



جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص



حرية المرأة في القوانين المغربية للأسرة - دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف:
أ.د. تشوار جيلالي

من إعداد الطالبة:
خدام هجيرة

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ.د. حميدو زكية
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. تشوار جيلالي
مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر "أ"	أ. لاريد محمد أحمد
مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذة محاضرة "أ"	أ. إلياس نعيمة مسعودة
مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذة محاضرة "أ"	أ. منادي مليكة

السنة الجامعية: 2017-2018



جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص



حرية المرأة في القوانين المغربية للأسرة
- دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف:
أ.د. تشوار جيلالي

من إعداد الطالبة:
خدام هجيرة

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ.د. حميدو زكية
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. تشوار جيلالي
مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر "أ"	أ. لاريد محمد أحمد
مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذة محاضرة "أ"	أ. إلياس نعيمة مسعودة
مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذة محاضرة "أ"	أ. منادي مليكة

السنة الجامعية: 2017 - 2018

شكر وتقدير

أحمد الله تبارك وتعالى وأشكره باسط العلم وفتاح الخير، على عظيم نعمه التي لا تحصى، وجليل مننه، فهو مبدأ الحمد ومنتهاه، لا أحصي ثناء عليه. والحمد لله وما توفيقى إلا به.

يشرفني ويسرني أن أتقدم بفائق التقدير والاحترام وخالص الشكر والامتنان إلى رفيع المقام أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور "جيلالي تشوار"، ذا النفس السخية والآراء السديدة عرفانا بفضلته في إنارة الطريق أمامي، وأعرب له عن امتناني الكبير لقبوله الإشراف على هذه الرسالة، ولتوجيهاته العلمية الدقيقة وملاحظاته القيمة ومساعدته رغم كثرة مشاغله والتزاماته، فلن تكف الكلمات على إيفائه حقه، فبارك الله فيه وفي علمه ودينه وصحته ورزقه وعائلته، أطال الله عمره إن شاء الله.

وأتوجه بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة المحترمة الذين قبلوا عناء وجهد قراءة هذه الرسالة، وإثرائها بمناقشاتهم وتوجيهاتهم القيمة.

وشكر خاص إلى الأستاذ بن عودة سنوسي، الأستاذ ساسي بن حليلة، ميراوي سمية، والوالدين الكريمين، ولكل من ساعدني واستفدت من جهدهم لإتمام هذه الرسالة.

خدام هجيرة

الإهداء

تحية مني عرفانا بالجميل أهدي ثمرة عملي هذا إلى من يعجز اللسان عن تعداد فضلهما، إلى من لم ييخل بشيء نحوي واحتملا أعباء الحياة من أجل راحتي إلى منبع الحب والعطاء، إلى من ربتني، أنارت دربي بالصلوات والدعوات، إلى الحضن الدافئ، أُمي الغالية. إلى من أعطى وضحي وكان صبره وحرصه نبراسا يضيء مسيرة حياتي، إلى الحب الصادق ومثلي أعلى، أبي العزيز.

إلى منابع فؤادي أخواي العزيزين، وعائلتهما.

إلى توأم روحي وصديقتي، إلى صاحبة القلب الطيب، أختي الغالية وعائلتها.

إلى سندي ورفيق دربي، زوجي الكريم حفظه الله.

إلى فلذة كبدي وقرّة عيني، ابنتي حفظها الله وجعلها ذرية طيبة صالحة.

إلى عائلة زوجي، "بن عودة حامد" كل باسمه، حفظهم الله ورعاهم.

إلى روح صديق العائلة "وجداوي عبد الرزاق" رحمه الله، وعائلتي خدام ويعقوبي.

إلى كل طالب علم...

خدام هجيرة

قائمة أهم المختصرات

1- باللغة العربية:

- إ. ق. غ. أ. ش: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية.
- ج. ر: جريدة رسمية.
- ج: الجزء.
- د. س. ن: دون سنة نشر.
- ر. ج. ت: الرائد الرسمي للجمهورية التونسية.
- ص: الصفحة.
- ط. خ: طبعة خاصة.
- ط: الطبعة.
- ع. خ: عدد خاص.
- ع: عدد
- غ. إ. ج: غرفة اجتماعية.
- غ. ش. أ. م: غرفة شؤون الأسرة والموارث.
- غ. ق. خ: غرفة القانون الخاص.
- ف: فقرة.
- ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ق. إ. م. إ. ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
- ق. إ. ع. م: قانون الالتزامات والعقود المغربية.
- ق. ق. أ: قسم قضاء الأسرة.
- ق. م: قسم مدني.
- م. أ. ش. ت: مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
- م. أ. ش. م: مدونة الأحوال الشخصية المغربية.
- م. إ. ع. ت: مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

- م. أ. م: مدونة الأسرة المغربية.
- م. ج. ت: المجلة الجزائرية التونسية
- م. ج. ع. ق. إ. س: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.
- م. ع. إن: مجلة العلوم الإنسانية.
- م. ع. ق. إ. س: مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية.
- م. ع. ق. إ. د: مجلة العلوم القانونية والإدارية.
- م. ق. ت: مجلة القضاء والتشريع.
- م. ق. م. أ: مجلة قضاء المجلس الأعلى.
- م. ق: مجلة قضائية.
- م. م. ع: مجلة المحكمة العليا.
- ن. ق: نشرة القضاة.
- ن. م. ت: نشرة محكمة التعقيب.

-2 باللغة الفرنسية:

- Ed : Edition.
- Jorf : Journal officielle de la République Française.
- N : Numéro.
- Opu : Office des publications universitaires.
- P : Page.
- **R. A. S. J. E. P.** : Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques.

مقدمة

الحرية شعور مقدّس وهي غريزة أساسية لدى الإنسان ولا يمكن لأحد أن ينكر حاجته لها واستماتته للدفاع عنها حفاظاً على كرامته وأدميته¹. وكلمة الحرية قديمة قدم تواجد الإنسان والحضارة، فلم تكن يوماً من الأيام وقفاً على مذهب معيّن من مذاهب الفكر الإنساني، بل واجهت الإنسان في كل مكان وزمان، حيث بقيت تتبوأً عرش المشكلات الفلسفية التي يعالجها الفكر الإنساني منذ القدم في صراعه مع الطبيعة والمجتمع، حتى أصبحت مسألة حيوية لا تكاد تنفصل عن وجود الإنسان نفسه، وذلك نظراً لعمقها وبعدها الفلسفي وتوسع معانيها النسبية لميادين مختلفة لفكر الإنسان وعمله².

ولهذا اختلفت لفظتها ودلالاتها باختلاف المراحل التاريخية. فالحرية في اللغة: "هي نقيض العبودية، والحرّة نقيض الأمة والجمع حرائر، وحرّره أي أعتقه، والحر من الناس أي أختيارهم وأفاضلهم والحر من كل شيء أعتقه، وفرس حر أي عتيق. وحر الفاكهة خيارها والحر كل شيء فاخر، وحر كل أرض وسطها وأطيبها، والحرّة والحر الطين الطيب، وحر الدار وسطها وخيرها وحر الفعل الحسن"³.

وهي في الاصطلاح: "غياب الضغوطات والممنوعات، فأنا حر في أن أعمل هذا وذاك إذا لم تكن قوة تفرض علي ذلك أو تمنعني منه"⁴. فتعني بذلك حرية التصرف أي امتلاك الحق أو القدرة على إتمام هذا العمل أو ذلك، فكلمة حر تترادف مع كلمة مشروع أو جائز والشيء الحر هو الشيء غير الإلزامي وغير الممنوع⁵.

وفي معناها العام هي: "حالة الإنسان الذي لا يتحمّل أي قسر والذي يتصرّف وفقاً لإرادته وطبيعته". وفي جانبها السياسي أو القانوني هي: "مجموعة الحقوق المعترف بها للفرد، والتي تحد من

¹ - أنظر، نبيل قرقور، الجرائم الماسة بحرية المعتقد في ظل ضوابط حرية الرأي والتعبير وحقوق الإنسان، م. ع. إن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2011، ع. 23، ص. 93.

² - أنظر، طارق صديق رشيد كه ردى، حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي، -دراسة تحليلية مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط. 01، 2011، ص. 17.

³ - أنظر، ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج. 04، دار صادر، لبنان، د. س. ن. ص. 181-182.

⁴ - أنظر، الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، ج. 01، طاكسياج كوم، الجزائر، ط. 01، 2007، ص. 77.

⁵ - أنظر، أحمد سليم سعيغان، الحريات العامة وحقوق الإنسان، -دراسة تاريخية وفلسفية وسياسية وقانونية مقارنة-، ج. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. 01، 2010، ص. 18.

سلطة الحكومة"⁶. وفي الاستعمال الجاري تعني الحرية: "تجاوز كل نوع من أنواع الإكراه، فهي تعارض كل إكراه وكل العراقيل أو العقبات التي تحول دون إرضاء رغبات الإنسان"⁷.

فحرية الإنسان مقدسة كحياته سواء، وهي الصفة الطبيعية الأولى التي يولد بها، وهي مستصعبة ومستمرة، ليس لأحد أن يعتدي عليها⁸، ويجب توفير الضمانات الكافية لحماية حرية الأفراد، ولا يجوز تقييدها أو الحد منها إلاّ بسطان⁹. ولهذا أمّن الإسلام حقوق الإنسان وحرياته، لتجد مصدرها بالقرآن الكريم¹⁰، والسنة النبوية الشريفة¹¹.

وتحتل الحريات الأساسية نصيب الأسد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹²، وقد أولتها دساتير الدول المغاربية أهمية قصوى¹³، فأرست القواعد والأحكام الخاصة بضمائها وكفالتها، ولم

⁶- أنظر، خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط. 02، 2005، ص. 23-24.

⁷- أنظر، أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، -النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط. 03، 2014، ص. 12.

⁸- لقول عمر بن الخطاب: "متى استعبدم الناس وقد ولدتم أمهاتهم أحرار".، أنظر، عبد العزيز بن إبراهيم العمري، الولاية على البلدان في عصر الخلفاء الراشدين، دار إشبيلية، الرياض، السعودية، ط. 01، 2001، ص. 110.

⁹- أنظر، محمد الغزالي، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، دار المعرفة، الجزائر، 2001، ص. 174.

¹⁰- فعن حرية العقيدة: في قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾. سورة البقرة، الآية رقم 256؛ وعن حرية التنقل قوله: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾. سورة الملك، الآية رقم 15؛ وعن حرية وحرمة المسكن قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ، فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارجِعُوا فَارجِعُوا هُوَ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾. سورة النور، الآيتين رقم 27-28؛ وعن حرية العمل قوله: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾. سورة الجمعة، الآية رقم 10؛ وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَايِشَ﴾. سورة الأعراف، الآية رقم 10؛ وعن حرية التملك: ﴿أَوْمِرُ بِرَبْوَا أَنَا خَلَقْنَا هُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَامًا فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ﴾. سورة يس، الآية رقم 71؛ عن حرية التعليم قوله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾. سورة الزمر، الآية رقم 09؛ وقوله تعالى: ﴿يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾. سورة المجادلة، الآية رقم 11.

¹¹- عن حرية العمل قوله صلى الله عليه وسلم: "من أعرأ أرضا ليست لأحد فهو أحق".، أنظر، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ص. 562؛ وعن حرية التعليم: "إن الله لا يقبض العلم انتزاعا ينتزعه من العباد، ولكن يقبض العلم بقبض العلماء، حتى إذا لم يبق علما، اتخذ الناس رؤوسا جهالا، فسئلوا، فأفتوا بغير علم، فضلوا وأضلوا".، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري... المرجع السابق، ص. 38.

¹²- اعتمد ونشر بقرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3)، المؤرخ في 10/12/1948. ونصت المادة 01 منه على أن: "يولد جميع الناس أحرار ومتساوين في الكرامة والحقوق. وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضا بروح الإخاء". إضافة إلى ورود مصطلح الحرية في الديباجة، وفي المواد 02، 03، 13، 18، 19، 20، 21، 22، 23، 29، 30.

¹³- نص الدستور التونسي لسنة 2014 على الحقوق والحريات من الفصل 21 إلى الفصل 49. كما جاء في الفصل الأول منه: "تونس دولة، حرة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها، والعربية لغتها، والجمهورية نظامها"؛ واقتضى الفصل 21 منه بأن: "المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز؛ تضمن الدولة للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامّة، وتحمي لهم أسباب العيش =

تسمح بالتعرض لها إلا لضرورة قانونية مشروعة تحتمها دواعي العدالة وأمن المجتمع وسلامته وذلك في نطاق محدود ودون المساس بجوهرها ومعاقبة كل من يعتدي على حريات غيره¹⁴.

بيد أنّها، أسردت الحقوق والحريات دون تمييزها للترابط الوثيق بينها¹⁵، إذ تقترب الحريات من الحقوق لدرجة يصعب الفصل بينهما¹⁶. فممارسة الحقوق لا تتم من دون الحرية، وإنّ الحرية لا معنى

=الكريم؛ ونظمها ظهير شريف رقم 91.11.1 الصادر في 27 شعبان 1432 الموافق ل 29 / 07 / 2011، بتنفيذ نص الدستور المغربي، ج. ر. ع. 5964 مكرر، الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 الموافق ل 30 / 07 / 2011، ص. 3600. بموجب الفصول من 19 إلى 40 منه. إضافة إلى ما جاء في ديباجته، وما نص عليه الفصل 03 منه والذي جاء فيه: "الإسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية"، والفصل 06 في فقرته 02، وقد اقتضت ما يلي: "تعمل السلطات العمومية على توفير الظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنات، والمساواة بينهم، ومن مشاركتهم في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية"؛ والفصل 10 المخصص لحرية الرأي والتعبير؛ وقد أكد الفصل 19 على أن: "يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى. وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها. تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء"؛ ووردت في الفصل الرابع من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 / 03 / 2016، ج. ر. ر. 14، الصادرة في 07 / 03 / 2016، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07 / 12 / 1996، والمتضمن الدستور الجزائري، ج. ر. ر. 76، المؤرخة في 08 / 12 / 1996، بمقتضى المواد من 32 إلى 73. هذا وإن مصطلح الحرية ورد في ديباجة الدستور، وأيضاً نصت الفقرة الثالثة من المادة 09 من الدستور على أن: "حماية الحريات الأساسية للمواطن، والازدهار الاجتماعي والثقافي للأمة". واقتضت الفقرة 01 من المادة 11 منه أن: "الشعب حر في اختيار ممثليه". وقد جاء في المادة 38 منه على أن: "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة. وتكون ثراثاً مشتركاً بين جميع الجزائريين والجزائريات، واجبه أن ينقلوه من جيل إلى جيل كي يحافظوا على سلامته، وعدم انتهاك حرمة".

¹⁴- الفصل 49 من دستور تونس؛ والفصل 37 من دستور المغرب؛ والمادة 77 من دستور الجزائر.

¹⁵- فالدساتير المغاربية الثلاث نظمتها تحت عنوان الحريات والحقوق دون تمييز أو فصل بينها، فوردت في الباب الثاني وعنوانه الحقوق والحريات من دستور تونس؛ وجاءت أيضاً ضمن الباب الثاني بعنوان الحريات والحقوق الأساسية من دستور المغرب؛ وفي الفصل الرابع تحت عنوان الحقوق والحريات من دستور الجزائر.

¹⁶- والحق، أنّ الحق يختلف مدلوله عن الحرية، فالحق يعرف بأنه وضع قانوني يجعل للشخص الاختصاص بمنفعة مادية أو معنوية، فمفهومه أوسع إذ يشمل جملة الواجبات التي يجب أن تضطلع بها المجموعة تجاه الشخص، والشخص تجاه المجموعة سواء صدر من المعنى بالأمر فعل أم لم يصدر. وأما الحرية، فتعرف بأنها الرابطة بين إرادة الشيء وقدرة المرء على القيام به. فهي العمل الذي يتبلور عبر فعل يبادر به الإنسان وطبيعة رد الفعل عليه.، أنظر، هيثم مناع، الإمعان في حقوق الإنسان، موسوعة عامة مختصرة، الأهالي، سورية، ط. 01، 2000، ص. 160.

فالحق هو مصلحة مشروعة يحميها القانون، فإما أن يستعملها أو لا يستعملها بينما، ولا يتمتع كل الناس بنفس الحقوق. وأما الحرية فهي رخصة للشخص له حق الاختيار بين أمور متعدّدة، وهي ميزة مكفولة للجميع على قدم المساواة. فحرية الرأي مثلا تسمح للشخص أن يتبنى هذا الرأي أو غيره، فالشخص يقرّها بنفسه. بينما حق المساواة ليس فيه مجال الاختيار، والحق بالمساواة لا يقرّها الشخص بنفسه إنّما يقرّها النظام أو المجتمع وليست مرهونة بالشخص ذاته.

وأنّ الحق مركزه قانوني قد يقدر بمال، أما الحرية فهي مركز إنساني لا يقدر بمال. كما أنّ الحق يقابله الواجب الذي مركزه قانوني أيضاً، ويكون الاعتداء على الحقوق عملاً مخالفاً للقانون يترتب عليه جزاء مادي. أما الحرية فيقابلها الإكراه والإرغام والجبر، والاعتداء على الحريات الشخصية يتبعه استنكار معنوي.، أنظر، سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان، موسوعة القانون الدولي 3، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط. 01، 2009، ص. 135؛ طارق صديق رشيد كهدري، المرجع السابق، ص. 25.

فالحق يختلف عن الحرية، لأنّه يرد على محل محدّد أو قابل للتحديد وتكون غايته محدّدة تبعاً لذلك، أما الحرية فتتمثل أوضاعاً عامة غير منضبطة ولا واضحة الحدود والغاية منها غير محدّدة تبعاً لذلك.

لها دون الحقوق، فالحق يعدّ ثمرة الحرية، والحرية هي الوعاء الذي نشأ فيه مصطلح الحق، ونقطة الربط بينهما هي التي أدّت بقسم من الفقهاء إلى تعريف الحرية بأنها حق، فيعبّر عن الحقوق بالحرّيات وعن الحرّيات بالحقوق أحيانا كأتهما مترادفان يعبرّان عن معنى مشترك.

ومع أنّ الدراسات أسهبت في الحديث عن مختلف حرّيات الإنسان في القانون العام، إلّا أنّ الحرية فيما يتعلّق بالمسائل الأسرية لم تعن القوانين الوضعية إلى حدّ الآن بتكريسها بصريح النص.

فمعلوم أنّ الأسرة حقيقة كونية أزلية¹⁷، كانت ولا تزال وستظل على الدوام، قاعدة كل المجتمعات الإنسانية، والمدرسة الأولى للحياة الاجتماعية، والوسط الاجتماعي الذي تذوب فيه فطريا المصالح الفردية الأنانية في سبل خدمة مصلحة الجماعة الأسرية وتأمين استقرارها والرفع من اعتبارها، والذي تنمو فيه طبيعيا المبادرات السخية، الخيرة والمرتفعة، وتشيع فيه بين أفرادها قيم المحبة والتضامن والتسامح والإيثار.

ولئن اختلف الناس في تصوّراتهم لمفهوم الأسرة وتركيبتها والطرف الأبوي المانح اسمه ونسبه لأعضائها والممارس للسلطة فيها والمسؤول عن إرادتها وتسييرها والقيام على عموم شؤونها ومصالحها من حيز جغرافي إلى آخر، ومن حقبة تاريخية إلى أخرى، ومن وضع اقتصادي إلى آخر. إلّا أنّهم ظلّوا في كل مكان، وعلى مر الأزمنة والعصور، رغم اختلاف فئاتهم العمرية وتفاوت مراتبهم الاجتماعية وتباين انتماءاتهم الفكرية والعقائدية، متشبثين بها، مدركين أهمّيتها لشدّة حاجتهم إليها لتأمين توازن حياتهم¹⁸.

¹⁷- الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع أولتها الدساتير المغاربية أهمية، فجاء في الفصل 07 من دستور تونس أنّ: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وعلى الدولة حمايتها؛ يقابله الفصل 32 من دستور المغرب التّاص على أنّ: "الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع. تعمل الدولة على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة، بمقتضى القانون، بما يضمن وحدتها واستقرارها والحفاظة عليها. تسعى الدولة لتوفير الحماية القانونية، والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال، بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية. التعليم الأساسي حق للطفل وواجب على الأسرة والدولة. يحدث مجلس استشاري للأسرة والطفولة"؛ وهذا موازاة مع الفقرة 01 من المادة 72 من دستور الجزائر والتي اقتضت بأن: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"؛ وعلى صعيد القوانين الأسرية، يعتبر قانون الأسرة الجزائري الوحيد الذي وضع لها تعريفا بموجب المادة 02 منه بقولها: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكوّن من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة".

¹⁸- أنظر، محمد اللحمي، قانون الأسرة، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، ط. 01، 2008، ص. 15.

وتعتبر المرأة عنصرا أساسيا في هذه الأسرة، ومع ذلك كانت في المجتمعات القديمة سواء منها الشرقية أو الغربية محرومة من حقوقها الاجتماعية والقانونية وحتى من حقها في الحياة في كثير من الأحيان، فكانت بابل تعاملها معاملة السوائم وكانت شريعة هامورابي تعاملها نفس المعاملة. وكان الهنود الآسيويون يربطون مصير الزوجة بمصير زوجها عند وفاته فيحرقونها وهي حية مع جثته¹⁹.

والمرأة عند اليونان، كانت محتقرة مهينة، حتى سموها رجسا من عمل الشيطان، وكانت عندهم كسقط المتاع، تباع وتشترى في الأسواق، مسلوبة الحقوق، محرومة من حق الميراث وحق التصرف في مالها²⁰.

وكان الرومان يجعلون لرئيس العائلة حق التصرف في حياة البنت سواء قبل الزواج أو بعده، فتكون تابعة للآباء أو الأزواج والأبناء مدى الحياة. فالقانون الروماني أعطى للرجل السلطة المطلقة على المرأة تصل إلى حدّ التعذيب والقتل، والحرمان من الميراث. وحتى مع اتساع رقعة الإمبراطورية الرومانية ونيلها الثراء الفاحش، استغلت المرأة، فتعدّد الزواج والطلاق بصورة مهولة، وأصبح الزنا معترفا به، وكانت مهنة الدعارة من أكثر المهن رواجاً حتى في أوساط العائلات العريقة، فكان التحرّر مطابقاً أيضاً للتحلل والفساد²¹.

وبتحريف الديانة اليهودية، وضعت المرأة في مقام من الذل والهوان، واعتبرت سبب الإثم والخطيئة التي يقع فيها الرجل بإغوائها له، والبنت لا قيمة لها وهي عبء ثقيل على الأب. والتوراة المحرّفة، تعتبر الزوجة من أملاك زوجها في مقابل المال الذي قدّمه الزوج إلى الأب، والمرأة مقابل ذلك تتنازل عن كافة حقوقها²².

¹⁹- أنظر، علي الأشعل، تطور قانون المرأة عبر العصور، م. ق. ت.، الشركة التونسية لفنون الرسم، فيفري 1986، ع. 02، ص. 18.

²⁰- وفي هذا العصر فشت الفواحش والفجور، وعدّ من الحرية أن تكون المرأة عاهرا، وأن يكون لها عشاق، ونصبوا لها التماثيل، وأفرغوا على الفاحشة ألوان القداسة بإدخالها المعابد حيث اتخذ البغاء صفة التقرب إلى آلهتهم، ومن ذلك أنّهم اتخذوا إلها أسموه (كيبويد) أي (ابن الحب)، واعتقوا أنّ هذا الإله المزعوم ثمرة خيانة إحدى آلهتهم (أفروديت) زوجها مع رجل من البشر. أنظر، محمد أحمد إسماعيل المقدّم، المرأة بين تكريم الإسلام وإهانة الجاهلية، دار الإيمان، الإسكندرية، مصر، ط. 01، 2005، ص. 47-48.

²¹- أنظر، ليلي بن سدرين الشريف الكتاني، حقوق المرأة بين الفقه والقانون في المغرب، -مدونة الأسرة والمواثيق الدولية-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط. 01، 2015، ص. 12-13.

²²- أنظر، عصمت الدين كركر الهيلة، المرأة من خلال الآيات القرآنية، الشركة التونسية، قرطاج، تونس، د. س. ن.، ص. 29.

ولم يختلف حال المرأة في الديانة المسيحية، التي شككت في إنسانيتها، وأهدرت شأنها، فاعتبرتها شر لا بد منه، وإغواء طبيعي وكارثة لازمة، وفتنة مهلكة. فجعلتها خاضعة للرجل لضعف طبيعتها الجسدية والعقلية معاً، وأجازت له ضربها ومعاملتها بالعنف نظراً لضعف عقلها²³.

وأيضاً لم يكن العرب في عهد الجاهلية يختلفون عن ذلك في نظرهم إلى المرأة، فكانوا يتشاءمون بولادة البنت فيكون مصيرها الوأد، وإذا بلغت سن الزواج باعها أبوها لسيدّها الجديد فتستعبد وهي زوجة وتصبح بضاعة وأداة للمتعة والاستغلال. وإذا تأيمت فإنّها تورث ضمن تركة الزوج شأنها في ذلك شأن بقية العناصر المادية المشتمل عليها المخلف. ولم يكن لها على زوجها أي حق، وليس للطلاق عدد محدود، ولا لتعدد الزوجات عدد معيّن. وكانت تمسك ضرار للاعتداء، وتلاقي من بعلها نشوزاً، وتترك أحياناً كالمعلقة، وكان الرجال يكرهون إماءهم على الزنا ويأخذون أجورهم²⁴.

واستمرت بهذه الحال بعموم المعمورة وبقي تأثير ذلك متفشياً في جل القوانين الموجودة في ذلك العهد إلى غاية ظهور الإسلام.

فلما جاء الإسلام وقام النبي صلى الله عليه وسلم بالدعوة إلى هذا الدين الكريم تبدلت الحال وأصبح للمرأة كامل الاعتبار، فقد جعل الإسلام للمرأة مكانة اجتماعية لم تكن لها عند العرب ولا عند غيرهم من الأمم²⁵، إذ جعلها ربة البيت المسؤولة عن تدييره. ثم إنّه بعد أن قرّر لها هذه المكانة الاجتماعية نجده أعطاها من الحقوق المدنية والسياسية ما لم تظفر به لحد الآن عند أكثر الأمم تسامحاً في حق المرأة.

ورغم ذلك، بقيت تعاني من استبداد وتسلط الرجل، ومن النظرة الدونية، فلا هي تمتعت بحقوقها، ولا وصلت إلى المكانة التي خصّها الإسلام بها. وهنا يقول الدكتور محمد الغزالي: "إنني أعترف أنّ المرأة لم تعامل بتعاليم الإسلام خلال قرون مضت. لقد فرضت عليها الأمية وحظرت

²³- عصمت الدين كركر الهيلة، المرجع السابق، ص. 30 - 31.

²⁴- أنظر، حاسم بن محمد بن مهلهل الياسين، فقه المرأة من المهد إلى اللحد، مؤسسة الريان، ط. 01، 2005، ص. 20 وما بعدها.

²⁵- خصّها القرآن الكريم بسورة كاملة وهي سورة النساء، ونجدها في سورة مريم، وفي آيات قرآنية متفرقة؛ وقد حث الرسول عليه الصلاة والسلام على حسن معاملة النساء لقوله: " واستوصوا بالنساء خيراً".، أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري... المرجع السابق، كتاب النكاح، باب الوصاة بالنساء، ص. 1321.

عليها المساجد، وأقصيت إقصاء حاسما من ميادين الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومستها الضيم في شؤونها الخاصة وأمست لا تحسن إلا الخدمة البيتية والغرائز الدينية؛

واتسعت مسافة البعد الروحي والعقلي بينها وبين النساء في سلفنا الأول كما تتسع المسافة بين الإنسان والحيوان؛

وشاء الله أن يدفع المسلمون جميعا ثمن هذه الخيانة لمبادئ الإسلام فاحتلت أرضهم وأدمغتهم وأفئدتهم، وبعد أن كانوا طليعة هادية، أو عالما أول، أصبحوا قافلة تتبع غيرها أو عالما ثالثا يقاد ولا يقود؛

وما أكثر القضايا التي انخرطنا فيها عن منهج الكتاب والسنة، فإذا نحن اجتماعيا وسياسيا نتراجع وتنقص أطرافنا، حتى كاد الانتقاص في هذا العصر يأتي على حقيقتنا، ولعلّ قضايا المرأة ورسالتها في الحياة من أهم هذه القضايا²⁶.

ولقد طرح موضوع النهوض بالمرأة، وضمن حقوقها، وإلغاء كافة أشكال التمييز ضدها مجموعة من التحديات دوليا، تجسّدت من خلال عدّة مؤتمرات منها: مؤتمر مكسيكو لسنة 1975، والذي تمثلت غايته في تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في السلم والتنمية، وفي فرص التعليم والأجور، وفي حق المرأة في أن تقرّر الزواج من عدمه بحرية. ويليه مؤتمر كوبنهاجن سنة 1980 الذي انعقد تحت شعار المساواة والتنمية والسلم وإشراك المرأة بصورة متساوية مع الرجل في الحقوق. فمؤتمر نيروبي سنة 1985 لمتابعة مسيرة وتطوّر وضع المرأة وحقوقها في العالم ووضع خطة للنهوض بواقع المرأة. ويعتبر مؤتمر بكين لسنة 1995 أوسع مؤتمر عالمي لتفعيل دور المرأة في العالم ولتحقيق المساواة ونبذ التمييز ضدّ المرأة.

وإنّ المسائل التي عاجلتها هذه المؤتمرات الدولية ما هي إلا مبادئ كرستها الإعلانات الأممية والاتفاقيات الدولية من خلال عدّة مواد، نذكر منها خاصّة المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق

²⁶- أنظر، محمد الغزالي، الحق المر، دار الشروق، القاهرة، ط. 02، 1990، ص. 116.

الإنسان²⁷. والمادة الأولى من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج المعروفة باتفاقية نيويورك²⁸. وأيضا المادة 10 في فقرتها الأولى من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والثقافية والاقتصادية²⁹. والمادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية³⁰. بالإضافة إلى المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة³¹.

²⁷- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر بقرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3)، المؤرخ في 10/12/1948. صادقت عليه تونس في 29/11/1968؛ وصادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، ج. ر. رقم 64، المؤرخة في 10/09/1963. ونصت المادة 16 منه على أنه: "للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله؛ لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه؛ الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة".

²⁸- هي اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، وقد عرضت للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة 1763 أ/د-17 المؤرخ في 07/11/1962، ودخلت حيز التنفيذ 09/12/1964. وانخرطت تونس في هذه الاتفاقية دون أي تحفظ بمقتضى القانون ع. 41 لسنة 1967 المؤرخ في 21/11/1967، ونشرت بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع. 19، الصادر بتاريخ 10/05/1968، ص. 559؛ ولم يصادق عليها المغرب؛ وصادقت عليها الجزائر. وجاء في المادة 01 منها أنه: "لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وبإعراهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود، وفقا لأحكام القانون.

²⁹- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمدهت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1966، ودخل حيز التنفيذ في 03/01/1976. صادقت عليه تونس بمقتضى القانون ع. 41 لسنة 1967، المؤرخ في 21/11/1967، ونشرت بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع. 19، الصادر بتاريخ 10/05/1968؛ وصادق عليه المغرب بموجب ظهير شريف رقم 1.79.186، بتاريخ 08/11/1979، بنشر الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ج. ر. ع. 3525، المؤرخة في 21/05/1980، ص. 632-633؛ وصادقت عليه الجزائر في 16/05/1989، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 11 شوال 1409 الموافق 16/05/1989 ج. ر. 11، المؤرخة في 26/02/1997. فقد اقتضت ف. 01 من المادة 10 منه بأن: "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بما يلي: وجوب منح الأسر، التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة، وخصوصا لتكوين هذه الأسرة وطول نوحها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعلبهم. ويجب أن ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء لا إكراه فيه".

³⁰- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمدهت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1966، ودخل حيز التنفيذ 23/03/1976، انخرطت تونس في هذه الاتفاقية مع الاحتراز على فصلها التاسع، بمقتضى القانون ع. 41 لسنة 1967، المؤرخ في 21/11/1967؛ ونشرت بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع. 19، الصادر بتاريخ 10/05/1968؛ وصادق عليه المغرب بمقتضى ظهير شريف رقم 1.79.186 بتاريخ 17 ذي الحجة 1399 / 8/11/1979، بنشر الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية المبرم بنيويورك يوم 16/12/1966، ج. ر. ع. 3525، في 21/05/1980، ص. 636؛ وصادقت عليه الجزائر في 16/05/1989 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 11 شوال 1409 الموافق 16/05/1989، ج. ر. 11، المؤرخة في 26/02/1997. فورد في المادة 23 منه بأن: "الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة؛ يكون للرجل والمرأة، ابتداء من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة؛ لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه؛ تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفي حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم".

³¹- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدهت الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضها للتوقيع والتصديق والانضمام بالقرار 180/34، في 18/12/1979، ودخلت حيز التنفيذ في 03/09/1981؛ صادقت عليها تونس بموجب القانون ع. 68 لسنة 1985، المؤرخ في 12/07/1985؛ صادق عليها المغرب بمقتضى ظهير رقم 4.93.2، في 21/06/1993. صادقت عليها الجزائر في 22/01/1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 02 رمضان 1416 الموافق 22/01/1996، ج. ر. رقم 06. المؤرخة في 24/01/1996، ص. 04، ونصت =

فكلها مواد أعطت الحق للمرأة في الزواج، وساوتها مع الرجل في الحقوق والواجبات لدى التزوّج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله.

ومجموعة التحدّيات التي طرحت على المستوى الدولي، عرفت أيضا على الصعيد المحلي³²، إذ أولت السياسة التشريعية في البلدان المغاربية أهمية خاصّة لدعم تمتّع المرأة بكامل حقوقها وتكريس مبدأ عدم التمييز الجنسي في المنظومة القانونية وذلك من خلال إلغاء مظاهر التمييز إزاء المرأة. وتبعاً لذلك، صدرت تباعاً العديد من القوانين بداية من نص الدستور إلى بقية المصادر الأخرى للقانون³³.

فعلوية الدستور بالنسبة إلى بقية المصادر الأخرى للقاعدة القانونية تجعل التنصيص ضمنه على مبدأ ضمان حق المرأة في أن تكون متمتّعة بجميع الحقوق الواردة بأحكامه دون تمييز بينها وبين الرجل يبيّن بصفة جلية المنزلة الهامّة التي تتمتّع بها المرأة باعتبارها مواطنة كاملة الحقوق³⁴.

=المادة 16 منها على أن: "1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضدّ المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة:

- أ- نفس الحق في عقد الزواج؛
- ب- نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلاّ برضاها الحر الكامل؛
- ج- نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه؛
- د- نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالها، وفي جميع الأحوال، تكون مصالح الأطفال هي الراجحة؛
- هـ- نفس الحقوق في أن تقرّر بحرية وبشعور من المسؤولية عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من هذه الحقوق؛
- و- نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلّق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة؛
- ز- نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة، والوظيفة؛
- ح- نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلّق بملكية وحيازة الممتلكات، والإشراف عليها وإدارتها، والتمتّع بها، والتصرّف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة؛

2- لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما فيها التشريع، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً".

³²- وذلك راجع: لعدم قدرة المجتمع على التغيير، النظرة الدونية للمرأة السائدة في المجتمع، جهل المرأة لحقوقها، الفجوة بين سرعة تطور النصوص وبطء تطبيقها العملي..، أنظر، فوزي أوصديق، تطوّر المركز القانوني للمرأة على ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة دراسات، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ع. 04، ص. 07.

³³- أنظر، سامية دولة، تكريس مبدأ عدم التمييز الجنسي في المنظومة القانونية، م. ق. ت.، مركز الدراسات القانونية والقضائية، معامل فنون، تونس، نوفمبر 2007، ع. 09، ص. 59.

³⁴- الفصول 21، 40، 46 من دستور تونس؛ الفصلين 06، 19 من دستور المغرب؛ المواد 32، 34، 36، 63 من دستور الجزائر.

وعلى صعيد القوانين المغاربية للأسرة، اكتسبت المرأة تدريجياً حقوقاً هامة، وذلك لمجابهة ما عسى أن تتمسك به الدول الأجنبية، وكذا بعض المغرضين المستشرقين الذين عمدوا بطبيعة الأمر إلى التشويه بالشريعة الإسلامية ناسبين إليها عدّة مفاهيم أو أمور هي منها براء.

فالنظرة لوضعية المرأة من خلال الفقه الإسلامي كانت حسبهم نظرة احتقار وازدراء. ولهذا كان من الضروري لسن قوانين أسرية أن تبرز المرأة بمظهر الكائن المتمتع إن لم يكن بالمساواة مع الرجل، فعلى الأقل بحقوق تجعلها تقترب من تلك المساواة³⁵.

فعندما سنّ المشرع التونسي مجلة الأحوال الشخصية سنة 1956 بعد مضي بضعة أشهر من تاريخ الاستقلال كانت تحدوه رغبة ملحة في أن يكون لتونس تشريع عصري في مادة الأحوال الشخصية، إذ لم تكن الأسرة قبل صدور مجلة الأحوال الشخصية تخضع إلى قواعد قانونية موحدة تنطبق على جميع سكان البلاد، ولم يكن الزواج يستوجب التوثيق، وإنما كان يبرم وفقاً لما جرى عليه عرف البلاد آنذاك، فلا يستوجب من الإجراءات غير الإشهار، وكان الطلاق بيد الزوج الذي يستعمله وفقاً لمشيئته ودون ضوابط ولا إشراف قضائي، وكان التشريع المتصل بالأسرة يكتفه الغموض والتعقيد لتشتت مصادره وتباين قواعده وتنوع الطوائف التي كانت تقيم بالبلاد وتحتكم لقضاء محاكمها.

وكانت المنازعات الأسرية راجعة بالنظر بالنسبة للمسلمين من سكان البلاد إلى المحاكم الشرعية التي نظمت لأول مرة بموجب أمر 14 ديسمبر 1856، وهي تقضي فيما يعرض عليها من نزاعات وفقاً لأحكام الشرع الإسلامي، وترتكب من غرفتين: غرفة تطبق المذهب المالكي، وغرفة ثانية تطبق المذهب الحنفي، واختيار الاحتكام إلى هذه الغرفة أو تلك متروك للمدعي الذي يمارسه وفقاً لإرادته الحرة، مع إقرار الحق لخصمه في أن يطلب نقل الدعوى إلى الغرفة الأخرى إن تراءى أنّ القواعد الفقهية التي يقررها المذهب الذي عينه المدعي لا يخدم مصالحه أو يتعارض معها.

³⁵- أنظر، ساسي بن حليلة، قانون العائلة بين التطور والجمود، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، صفاقس، تونس، 2001، ع. 08، ص. 29-

وإزاء ما ظهر من مساوئ الإبقاء على ذلك الحق في الاختيار وما ترتب عنه من تطويل مبالغ فيه للخصومات، أصدر الباي بتاريخ 23 مارس 1948 أمراً علياً في تعديل إجراءات التقاضي أمام تلك المحاكم، ففضى بتوزيع الاختصاص بين المذهبين المالكي والحنفي حسب موضوع النزاع، فخصّ المذهب المالكي بالنظر في قضايا الطلاق بالأساس أو بموجب الضرر، والمنازعات في صحة التبرع في المشاع من الأملاك والوصية للمعدوم. في حين خصّ المذهب الحنفي بالنظر في المنازعات المتصلة بشفعة الجوار، وإجبار ابنته البكر البالغة على الزواج، وصحة الوقف على النفس. وأمّا في النزاعات الأسرية المتصلة بمواد أخرى، فقد تم الإبقاء على حق المدعي في اختيار الاحتكام إلى هذا المذهب أو ذاك وفق مشيئته³⁶.

وبعدها تولّى شيخ الإسلام المالكي عبد العزيز جعيط وضع لائحة بمجلة الأحكام الشرعية، تناولت في قسمها الأوّل المخصّص لأحكام الأحوال الشخصية المشتمل على كتابين، أحكام الزواج، بدءاً بالمراكنة، فشروط الزواج وأركانه وأحكامه وموانعه، والمحرمات من النساء، فالولاية والوكالة والكفاءة في الزواج، فالمهر والتنازع بين الزوجين في أصل الزوجية، فالزواج الفاسد، فالرضاعة. كما تضمنت أيضاً الأحكام الخاصّة بالطلاق والعدّة والإستبراء وثبوت النسب والحضانة والنفقة، وأحكام الميراث، والأحكام المتصلة بتصرّفات الإنسان من حجر وغيره. في حين تناولت ضمن القسم الثاني، المخصّص للمسائل العقارية، الأحكام الفقهية المتصلة بالشفعة والقسمة والتبرعات من وصايا وهبة وصدقة ووقف، وتلك المتصلة بالبيع وعقود المريض والمغارسة، وبوسائل الإثبات من إقرار وإبراء وشهادة الشهود واليمين وغير ذلك من المسائل المتصلة بالولاية على النفس والمال والوصاية وتلك المتعلقة بأحكام الدعاوى وأحوالها وآجال سقوطها والقضاء فيها، وبالتحكيم³⁷.

وبخصوص الجالية اليهودية من سكان البلاد، فقد كانت تحتكم في فض منازعاتها الأسرية إلى ما كان يعرف بمحكمة الأحبار، والتي كانت تطبّق القواعد التي يستمدّها الحبر الأكبر من أحكام

³⁶ -Cf. Mohammed DABBAB et Tahar ABID, La justice en Tunisie,-Un siècle d'histoire judiciaire-, essai: de 1856 jusqu'à la veille de l'indépendance, éd. Centre d'études juridiques et judiciaires, Tunis, 1998, p. 27 et s.

³⁷ - محمد اللحمي، المرجع السابق، ص. 18 - 19.

الشريعة الموسوية، مستعينا في ذلك بما جرى عليه العمل فقه قضاء تلك المحكمة من منازعات سابقة³⁸.

ولم يكن وضع المرأة التونسية آنذاك على ما يرام فقد كانت تعيش تحت هيمنة الرجل، مهضومة الحقوق، فحرمت في الغالب الأعم من التمدرس، وكانت تزوّج في سن مبكرة بترتيب من وليّها دون أن يحفل أحد برأيها في من سيكون شريك حياتها.

فما كانت تعاني منه المرأة، دفع بالنخبة الإصلاحية في تونس إلى المناداة بضرورة تحرير المرأة ممّا يكبلها من قيود، ولم يكن من السهل تمرير تلك الأفكار التي لم يتعوّد عليها عامّة الناس، والتي بدت للمحافظين بدعة هدامة ودعوة إلى إفساد المرأة، ومحاولة لتغريبها عن بيئتها العربية المسلمة.

فهذا الاتجاه المحافظ، قابله اتجاه ليبرالي منادي لإصلاح وضع المرأة التونسية وتحريرها من القيود وإقرار حقها المشروع في التعليم والمساواة وإدماجها في الحياة الاجتماعية³⁹.

وتزامن هذا الجدل مع إصدار الطاهر الحداد كتابه المشهور "امراتنا في الشريعة والمجتمع" لسنة 1930⁴⁰. فأثارت أفكاره الإصلاحية ردود فعل عنيفة من تيار من الفقهاء والمشايخ على غرار محمد صالح بن مراد الذي تصدّى للحداد في كتابه "الحداد على امرأة الحداد"⁴¹.

ورغم ما تعرّض له من انتقادات لاذعة، ومحاربة واستنكار، إلّا أنّ تصوّراته تحوّلت إلى واقع معيش وملمس، وذلك عبر مجلة الأحوال الشخصية التي لم تمض أشهر قليلة على استقلال البلاد

³⁸-Cf. Mohammed DABBAB et Tahar ABID, op. cit., p. 35.

³⁹- أنظر، عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين، -جدلية التقليد والتجديد في القانونين التونسي والمقارن-، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص. 42 وما بعدها.

⁴⁰- نادى بعدة أفكار منها منع تعدّد الزوجات، وتقييد طلاق الزوج بالحوء إلى المحكمة، وداعيا إلى المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث، وتمكين المرأة من اختيار شريك حياتها، وإلى فرض الفحص الطبي السابق للزواج للوقاية من الأمراض الوراثية والمعدية، قائلا بإباحة منع الحمل لتنظيم النسل، وإلى إقرار حق المرأة في طلب الطلاق وإقرار الحق لها في التعويض. كما نادى بضرورة تنقيف المرأة صحيا وعقليا وصناعيا، وتأهيلها للزواج.، أنظر، الطاهر الحداد، امرأتنا في الشريعة والمجتمع، -تقدم حافظ قويعة-، دار محمد علي، صفاقس، تونس، د. س.ن.

⁴¹- أنظر، جريدة قيقة، المجلة ومسار التدعيم والتثبيت، مجلة الأحوال الشخصية: من النشأة الوطنية إلى الإشعاع الدولي، سلسلة دراسات برلمانية، مكتب البحوث والدراسات البرلمانية، تونس، جويلية 2006، ع. 09، ص. 82-83.

حتى برزت للوجود وذلك بتاريخ 13 أوت 1957⁴²، فاعتبرت عملا ثوريا توجّ كفاح ثلة من المصلحين من رجال تونس الذين ناضلوا من أجل تحرير المجتمع من أغلال التأخر، ووضعت أسسا قوية لأسرة مستقرة ومجتمع عصري⁴³. لكونها جاءت بإقرار عدّة قواعد تم السعي في وضعها إلى التوفيق بين الأصالة والحداثة، وإقرار المساواة بين الجنسين، وتمتيع كلاهما بالحرية والإنصاف⁴⁴.

وتم النظر إليها على أنّها مجلة ريادية بالنسبة إلى ما كان عليه وضع الأسرة والمرأة والطفل، وأنها حرّرت المرأة من خلال إلغاء ولاية الجبر وإعلانها على الرضائية في الزواج، وأيضا بسعيها نحو القضاء على ظاهرة الزواج المبكر بفرض سن قانونية دنيا، ونحو منعها لظاهرة تعدّد الزوجات، وتكريسها لمبدأ التقاضي في الطلاق ضمانا وحماية لحقوقها⁴⁵.

⁴²- صدرت بالأمر المؤرخ في 13 / 08 / 1956، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع. 66، الصادر في 17 / 08 / 1956، ص. 1544 - 1554.

⁴³- أنظر، فاطمة الزهراء بن محمود، تطوّر قانون الأسرة من خلال مجلة الأحوال الشخصية، م. ق. ت.، مركز الدراسات القانونية والقضائية، معامل فنزي، تونس، مارس 2006، ع. 03، ص. 23 - 24.

⁴⁴- في مجال استرجاع الهدايا: بعدما كان الفصل 02 من م. أ. ش. يحوّل إلى الخطيب فحسب استرجاع الهدايا التي قدّمها إلى خطيبته أثناء فترة الخطوبة عند العدول عن الخطبة من جهة هذه الأخيرة، عدّل بالقانون ع. 74 المؤرخ في 12 / 07 / 1993 ليسوّي ضمن الصيغة الحالية له بين الخطيبين حول مسألة استرجاع الهدايا المقدّمة لكلاهما من الآخر أثناء فترة الخطوبة؛

- في مجال الرضا بالزواج: أوجب الفصل 03 من مجلة توقّر رضا كلا الزوجين عند إبرام عقد الزواج؛

- بعدما كان الفصل 23 من نفس المجلة ينص على أنّ العلاقة الزوجية تقوم على مبدأ الطاعة من قبل الزوجة تجاه زوجها، تم تعويضه بأحكام جديدة تقوم على مبدأ التعاون بين الزوجين فيما بينهما دون تمييز أو مفاضلة في كل ما يتعلّق بتسيير شؤون الأسرة؛

- في مجال زواج الأبناء القصر: وفقا للمقتضيات الحالية للفصل 06 من نفس المجلة أصبحت الأم تشارك الأب في الموافقة على زواج أبنائها القصر؛

- بمقتضى تنقيح الفصل 23 من المجلة تم إقحام الزوجة في المساهمة في الإنفاق على الأبناء إن كان لها مال، بعدما كان يقتصر هذا الواجب على الأب فقط، وفي هذا حماية لمصلحة الأبناء الفضلي؛

- في مجال الأهلية: وفق ما نص عليه الفصل 157 من المجلة يعتبر كل من بلغ سن 20 سنة لكلا الجنسين له كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وأيضا تم توحيد السن الدنيا للزواج بين الرجل والمرأة إثر تنقيح الفصل 05 من نفس المجلة بموجب القانون ع. 32 لسنة 2007، فحدّدت بـ 18 سنة لكلاهما، بعدما كانت محدّدة بـ 17 سنة بالنسبة إلى المرأة وعشرين سنة بالنسبة إلى الرجل؛

وفي مجال الطلاق: ساوى الفصل 31 من نفس المجلة بين الرجل والمرأة في طرق فك الرابطة الزوجية.

⁴⁵- أنظر، إيناس معطر، دور القضاء في تجسيم مبادئ مجلة الأحوال الشخصية، م. ق. ت.، مركز الدراسات القانونية والقضائية، معامل فنزي، تونس، أكتوبر 2006، ع. 08، ص. 23 - 24 - 30.

وبعدها خضعت المجلة للتطوير والإحداث، بموجب عدّة تعديلات أدخلت على المجلة نفسها⁴⁶. وأيضاً بمقتضى قوانين أخرى مستقلة عن مجلة الأحوال الشخصية ولكنها متصلة بالأسرة⁴⁷.

وبهذا اشتملت على 219 فصلاً، إلاّ أنّه لا يوجد نص صريح صلبها يحيل على الفقه الإسلامي، بصفة عامّة أو مخصّصة لأحد المذاهب، عند فقدان القاعدة القانونية أو غموضها. وهناك من يعتبر أنّ عدم تحديد المشرّع مرجع تأويل أحكام المجلة هو عن قصد ورؤية، حتّى يترك لتطور المجتمع مجالاً للتأثير في ذلك، حسب الاتجاه الذي يرتضيه⁴⁸.

ورغم غياب نص صريح يحيل على الفقه الإسلامي، فقد جرى فقه القضاء التونسي، منذ بداية تطبيق المجلة، وبصورة تبدو طبيعية تلقائية، على الرجوع إلى الفقه الإسلامي، كلّما تطلّب الحال تعليلاً أو تفسيراً لقواعدها، وكأنّ المشرّع يميز ذلك ضمناً.

ولئن طبّق في بعض الحالات أحكام الفقه الإسلامي⁴⁹، فإنّه وفي حالات أخرى خرج عنها بتطبيق قواعد فصول مجلة الالتزامات والعقود⁵⁰، أو بالاستناد إلى الاتفاقيات الدولية المصادق عليها

⁴⁶ - ومنها المرسوم عدد 1 لسنة 1964 والذي عدّل الفصل الخامس، والفصل 18، و21؛ والقانون عدد 7 لسنة 1981 وعدّل الفصل 31؛ القانون عدد 74 لسنة 1993 عدّل الفصل 32، والفصل 43، 44، 46، 67، 153، 154، 155؛ القانون عدد 32 لسنة 2007 المدخل على أحكام الفصل 5؛ القانون عدد 20 لسنة 2008 المعدل للفصل 56.

⁴⁷ - كالقانون عدد 3 لسنة 1957 المتعلّق بتنظيم الحالة المدنية؛ القانون عدد 27 لسنة 1958 المتعلّق بالولاية والكفالة والتبني؛ القانون عدد 46 لسنة 1964 المتعلّق بالشهادة الطبية السابقة للزواج؛ القانون عدد 65 لسنة 1993 المتعلّق بإحداث صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق؛ القانون عدد 75 لسنة 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب؛ القانون عدد 91 لسنة 1998 المتعلّق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

⁴⁸ - أنظر، محمد الحبيب الشريف، حول الحداثة والهوية في مجلة الأحوال الشخصية،

mouvements du droit contemporain, mélanges offerts au professeur Sassi BEN HALIMA, centre de publication universitaire Tunis, 2005, p. 603.

⁴⁹ - يراجع على سبيل المثال القرار الصادر عن محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 07 / 06 / 2007، ع. 12678، ن. م. ت.، 2007، ج. 01، ص. 128. ذكر في الباب الأول، ص. 122 من هذه الرسالة.

⁵⁰ - نذكر القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 03 / 10 / 2003 والذي جاء فيه: "من المتفق عليه فقها وقانوناً أنّ الزواج هو عقد يخضع كسائر العقود إلى المبادئ المنظمة للتعاقد ما لم تتعارض مع الأحكام الخاصة التي تضمنتها مجلة الأحوال الشخصية". محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 03 / 10 / 2003، غير منشور.، مقتبس عن: ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، هامش ص. 29؛ ويراجع أيضاً القرارات التي ذكرت في المقدمة، هامش ص. 27-28 من هذه الرسالة.

من قبل تونس⁵¹.

وفي المغرب، وقبل الاستعمار لم تكن هناك قوانين موحدة مكتوبة تنظم العلاقات الأسرية، وكان الفقه المالكي المصدر الوحيد الذي ترجع له كل النزاعات الأسرية. ولكن أثناء الحماية، فرضت السلطات الفرنسية القانون الفرنسي، وتم إنشاء محاكم شرعية تقتصر على النظر في قضايا الأحوال الشخصية والميراث بين المسلمين، وقضايا العقار غير المحفظ. ومحاكم عرفية تنظر في نزاعات قبائل العرف البربري تحت رقابة السلطات الفرنسية. ومحاكم عبرية تنظر في نزاعات اليهود المغاربة⁵².

وإثر حصول المغرب على استقلاله سنة 1956 ظهر للدولة ضرورة تدوين الفقه المالكي في مجال الأسرة، وجعله مرجعا قانونيا. وكان الهاجس الرئيسي وقت ذاك هو الحفاظ على استقرار الأسرة وتماسكها، ولو على حساب أحد أطرافها ممثلا في المرأة، التي احتلت مرتبة دونية في التنظيم القانوني مقابل مركز الصدارة المعترف به للرجل.

فوضعت مدونة الأحوال الشخصية سنة 1957، حين صدور ظهير رقم 1.57.343 بتاريخ 22 نوفمبر 1957، المنظم لأحكام الزواج والطلاق، فظهير رقم 1.57.379 الصادر في 18 ديسمبر 1957 المنظم لأحكام الولادة ونتائجها، ثم ظهير رقم 1.85.019 المؤرخ في 25 يناير 1958 والخاص بالأهلية والنيابة الشرعية، وبعدها ظهير رقم 1.58.073 الصادر في 20 فبراير 1958 والمتعلق بالوصية، وأخيرا ظهير رقم 1.58.112 المؤرخ في 03 أبريل 1958 والخاص بأحكام الموارث⁵³.

⁵¹- يراجع على سبيل المثال: الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية، قسم مدني، 29/06/1999، ملف ع. 26855، م. ق. ت.، 2002، ع. 10، ص. 113. تفاصيل الحكم ذكر في الباب الأول، ص. 245-246 من هذه الرسالة؛ وأيضا القرار الصادر عن محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 05/02/2009، ع. 31115، م. ق. ت.، مارس 2009، ص. 93. ذكر في الباب الأول ص. 247-248 من هذه الرسالة.

⁵²- أنظر، رشيد برادة، تاريخ النظام الأسري، -الأحوال الشخصية المغربية عبر التاريخ من 1957 إلى 2004، 27/03/2013، على موقع الإنترنت: www.m.ahewar.org

⁵³- أنظر، زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص. 10.

غير أنه ومع ارتفاع مستويات التعليم، وانخراط النساء بشكل كبير في عالم الشغل، وفي إطار تكوين منظمات نسوية حقوقية، بدأت تهب رياح التغيير. وقد ترأست المعركة على الواجهة السياسية جمعية اتحاد العمّال النسائي سنة 1992، التي طالبت بإصلاح المدونة وتحسين مركز المرأة. فأسفرت أعمال اللجنة التي عينها الملك الحسن الثاني عن إصلاحات 10 سبتمبر 1993⁵⁴، والتي شملت أربع مجالات وهي المتعلقة بولاية الرجل على المرأة والطلاق والتعددية الزوجية والحضانة.

فجاءت الإصلاحات جدّ محتشمة ولم ترق لمستوى المطالب النسائية، فتواصلت معركتها وارتفعت أصواتها، واستمدت مطالبها من مؤتمر مكسيكو سيتي الذي نظم سنة 1975، ومؤتمر الإسكان والتنمية بالقاهرة سنة 1994، ومؤتمر بكين لسنة 1995⁵⁵.

إلى أن توجت هذه المطالب بخطة إدماج المرأة في التنمية في مارس 1999، عندما أعلن الوزير الأوّل السيّد عبد الرحمن يوسف عن برنامج الحكومة المعروف بمشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية. بيد أنّ هذه الخطة تعرّضت لهجوم كبير من طرف التيار المحافظ على أساس تنافيتها مع المرجعية الإسلامية، وأثارت ردود فعل قوية من لدن المجتمع المغربي، وبدت بوادر الأزمة والفتنة بين مؤيّد ومعارض، تمخض عنه مسيرتي الرباط والدار البيضاء يوم 12 مارس 2000⁵⁶.

فكان من الضروري بعد ذلك على الدولة أن تتجنّب نار الفتنة في هذا الموضوع الحساس، وتعمل على تهدئة الأوضاع. ليتدخل بعدها الملك محمد السادس، بأن بادر بتشكيل لجنة لإعادة النظر في مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية في 27 أبريل 2001، وقد توالى أعمال هذه اللجنة طيلة سنتين.

⁵⁴- القانون رقم 1.93.347، الصادر بتاريخ 22 ربيع الأوّل 1414، الموافق لـ 10 / 09 / 1993، ج. ر. ع. 4222، الصادرة بتاريخ 29 / 09 / 1993.

⁵⁵- أنظر، محمد جوهر، قراءة متقاطعة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية ومدونة الأسرة المغربية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق بصفاس، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2007، ع. 14، ص. 50.

⁵⁶- أنظر، محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، -الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة ونتائجها-، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، ط. 07، 2015، ص. 09.

وهكذا عرض مشروع مدونة الأسرة لأول مرة على البرلمان من قبل الملك بتاريخ 10 أكتوبر 2003 مستهلاً خطابه بالقول: "أمّا بالنسبة للأسرة والنهوض بأوضاع المرأة، فإنني قد أبرزت إشكالاتها الجوهرية، غداة تحملي الأمانة العظمى لإمارة المؤمنين متسائلاً في خطاب عشرين غشت 1999: "كيف يمكن الرقي بالمجتمع، والنساء اللواتي يشكّلن نصفه، تهدر حقوقهن ويتعرّضن للحيث والعنف والتهميش، في غير مراعاة لما حوّلنّ ديننا الحنيف، من تكريم وإنصاف"⁵⁷.

ليصدر بعدها القانون 70-03، معلناً عن ميلاد مدونة الأسرة سنة 2004⁵⁸. وأبرز ما خصّ المرأة هو جعل الولاية حقاً للمرأة الراشدة، ومساواة الرجل والمرأة بالنسبة لسن الزواج بتوحيده في 18 سنة، والتأكيد على ركن الرضا، تضييق مجال التعدّد، والسماح للمرأة باشتراط عدم التزوّج عليها، توسيع حق المرأة في طلب التخليق لإخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج، أو للإضرار بالزوجة، جعل الطلاق تحت رقابة القضاء، الاحتفاظ بمبدأ استقلالية الذمة المالية وتدعيمه بنظام الاشتراك في الأملاك⁵⁹.

وفي الجمل، تضمنت المدونة على 400 مادة، وما لم يرد النص عليه، يرجع بشأنه إلى الفقه المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف. وراهن من خلالها المشرع على احترام المبدأ الدستوري الذي يجعل المرأة والرجل سواسية أمام القانون، بالإضافة إلى مختلف الاتفاقيات الدولية التي تكترس تلك المساواة، في محاولة منه للحفاظ على الأصالة والموروث الفقهي مع إدخال الحداثة والتجديد.

هذا عن تونس والمغرب، وأمّا عن الجزائر، ففي فترة الاستعمار عمدت الأيديولوجية الاستعمارية إلى محاولة يائسة هدفها دمج نظريات الفقه الإسلامي في منظومة القانون الفرنسي، فعمد المشرع

⁵⁷- أنظر، محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، -عقد الزواج وآثاره-، الكتاب الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط. 02، 2009، ص. 07.

⁵⁸- ظهير شريف رقم 1.04.22، الصادر في 03/02/2004، المتعلّق بتنفيذ القانون رقم 70.03، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج. ر 5184، الصادرة في 05/02/2004، ص. 418؛ كما تمّ تعديله بالقانون رقم 08.09، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.103، بتاريخ 16/07/2010، ج. ر. ع. 5859، الصادرة في 26 جويلية 2010، ص. 3837، وكذلك بالقانون رقم 102.15 الرامي إلى تعديل المادة 16 من القانون رقم 70.03، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.2، بتاريخ 12/01/2016، ج. ر. ع. 6433، الصادرة في 25/01/2016، ص. 420.

⁵⁹- أنظر، أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط. 01، 2011، ص. 06-07-08.

الفرنسي عن طريق سلسلة من التشريعات الاستعمارية، التدخل في قانون الأسرة ونظام العائلة الجزائرية⁶⁰.

وبعد الاستقلال استمر القضاء وفق قواعد النظام الفرنسي⁶¹، حتى صدور قانون 29 جوان 1963 المتعلق بسن الزواج واثبات العلاقة الزوجية، تبعه صدور عدة أوامر⁶²، آخرها ألغى جميع القوانين الموروثة عن المستعمر الفرنسي، وهذا مما أدى إلى وقوع الجزائر مرّة ثانية في فراغ تشريعي كبير ناتج عن الاختلاف الأيديولوجي في مجال المسائل الأسرية⁶³.

فلسد هذا الفراغ التشريعي، وجمع أحكام الأسرة المبعثرة في الكتب الفقهية في نص واحد، ولأجل توحيد عمل القضاء، تدخل المشرع وأنتج عملا قانونيا إصلاحيا هاما بالقانون 11/84، المتضمن قانون الأسرة⁶⁴.

بيد أنه، لم يمض على الشروع العملي أكثر من عشر سنوات، حتى بدأت المطالبات والاقتراحات بتعديله، والحق، أنه بدخول هذا القانون حيز التطبيق، برزت غموض بعض نصوصه، وإشكالات تنفيذ البعض الآخر، ونقائص أخرى في معالجة بعض المسائل الهامة، إضافة إلى تعارض وعدم انسجام بعض مواد مع بعضها البعض.

كما أنه، ونظرا لحاجات المجتمع المتجددة، ولظروف العصر المتطورة، وتماشيا مع الاتفاقيات الدولية، وانطلاقا من تصاعد حدة المطالبة بضرورة تغييره من طرف بعض الهيئات والأحزاب السياسية

⁶⁰- كالقانون الصادر في 02/05/1930، والخاص بالخطبة وسن الزواج، والمرسوم المؤرخ في 19/05/1931، المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية، ووجه من الأعراف، والأمر الفرنسي رقم 274/59، المتضمن أحكام الزواج والطلاق في الجزائر.، أنظر، محمد تقيّة، تطور المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال الأحوال الشخصية، مجلة الفكر القانوني، الجزائر، 1984، ع. 01، ص. 18 وما بعدها.

⁶¹- القانون رقم 62/157 الصادر في 31/12/1962، الذي نص في مادته الثانية على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي فيما عدا مواد الاستعمارية أو العنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

⁶²- الأمر رقم 69/72 المتضمن استثناءات للمادة 5 من القانون 63/224؛ الأمر 65/71 المتعلق بإثبات الزواج؛ الأمر رقم 73/19 الصادر في 05/07/1973، ألغى القانون 62/157، ج. ر. 1973، ص. 678.

⁶³- زكية حميدو، مصلحة المحضون... المرجع السابق، ص. 18.

⁶⁴- القانون 84/11، المؤرخ في 09 جوان 1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج. ر. 24، الصادرة بتاريخ 12/06/1984، ص. 910.

والجمعيات النسائية⁶⁵، تم تعديل قانون الأسرة بعد أكثر من عشرين سنة على صدوره بمقتضى الأمر الرئاسي رقم 02 /05 المؤرخ في 27 فبراير 2005⁶⁶.

حظيت المرأة من خلاله باهتمام المشرع، حيث كرس لها عدّة مواد نذكر منها: التأكيد على مبدأ الرضائية في عقد الزواج والحضور الشخصي عند إبرامه⁶⁷، المساواة بينها وبين الرجل فيما يخص أهلية الزواج⁶⁸، إلغاء ولاية الإيجار⁶⁹، تقييد التعدّد⁷⁰، الحرية في الاضطرار في عقد الزواج⁷¹، إلغاء الوكالة⁷²، إحداث النظام المال⁷³، إخضاع الطلاق لرقابة القضاء⁷⁴، التوسع في أسباب التطلاق⁷⁵، إلغاء موافقة الزوج على الخلع⁷⁶، التعويض عن الطلاق⁷⁷، عدم سقوط حقها في الحضانة بسبب العمل⁷⁸، توفير سكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة⁷⁹، تحويل الولاية للأم بعد وفاة الأب أو فقده للأهلية⁸⁰.

وقد اجتمعت 223 مادة ضمن هذا القانون، وكل ما لم يرد النص عليه يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

⁶⁵- أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص. 34-35.

⁶⁶- الأمر 02 /05، المؤرخ في 27 /02 /2005، المعدّل والمتّم للقانون 84 /11 المؤرخ في 09 /06 /1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج. ر.

15، الصادرة بتاريخ 27 /02 /2005، ص. 18.

⁶⁷- المواد 04، 09، 10، 20 من ق. أ. ج.

⁶⁸- المادة 07 من ق. أ. ج.

⁶⁹- إلغاء المادة 12، وتعديل المادة 13 من ق. أ. ج.

⁷⁰- المواد 08، 08 مكرر، 08 مكرر، 01، 53 ف. 6 من ق. أ. ج.

⁷¹- المادة 19 من ق. أ. ج.

⁷²- إلغاء المادة 20 من ق. أ. ج.

⁷³- المادة 37 من ق. أ. ج.

⁷⁴- المادة 49 من ق. أ. ج.

⁷⁵- المادة 53 من ق. أ. ج.

⁷⁶- المادة 54 من ق. أ. ج.

⁷⁷- المواد 52، 53، 53 من ق. أ. ج.

⁷⁸- المادة 67 ف. 02 من ق. أ. ج.

⁷⁹- المادة 72 من ق. أ. ج.

⁸⁰- المادة 87 من ق. أ. ج.

فاعتمد المشرع على منهج اللامذهبية وعدم التقيّد بمذهب واحد، لأنّ المغالاة في تقديس المذهب ولو على حساب الصالح العام للأفراد، قد يؤدّي إلى الإضرار بالجماعة ذاتها، إذ أنّ ذلك يقتل في الأفراد روح المبادرة، ويخل من قيمة الاجتهاد، لذا يجب فتح باب الاجتهاد وتشجيع العلماء عليه لإعادة الفقه الإسلامي لدوره القيادي في مجال القضاء، كما لا يجب الاقتصار فقط على آراء الفقه الإسلامي القديم، بل أخذ كل رأي جديد يصدر عن أي فقيه معاصر أيضا، لنضيفه إلى الثروة الفقهية⁸¹.

وإن حظيت المرأة باهتمام ومكانة هامة صلب القوانين المغاربية للأسرة، إلا أنّ هذه الأخيرة ليست موجهة إليها فحسب، فهي تعنى بالرجل والطفل والأسرة كاملة. ولهذا يقتضي لتثبيت الأسرة الحرص على قيامها على أسس سليمة تكفل إثبات وجودها وتؤمن لها حظوظ الاستقرار والديمومة، وذلك من خلال تشريع الزواج كأساس لها وتنظيم أحكامه تنظيما دقيقا. فهو يحتل مكانة مرموقة لكونه من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته رغم وجود مسائل أخرى لها ارتباط بهذا الميدان.

والزواج حق لكل إنسان، وهو الطريق الشرعي لبناء الأسرة وإنجاب الذرية، وإعفاف النفس لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾⁸².

وهو حق معترف به دوليا ومحليا، غير أنّ التساؤل الذي يثار يتعلّق بما إذا كانت الاتفاقيات الدولية والتشريعات المغاربية للأسرة قد تطرقت لمسألة حرية المرأة في الزواج. فمن أجل ضمان هذه الأخيرة ينبغي اعتبار الخطبة مجرد واقعة قانونية، قد تلزم المخطوبة أخلاقيا أو اجتماعيا على إتمام الزواج، ولكن لا تلزمها قانونا هذا من جهة. ومن جهة أخرى، لا بد من التأكيد على الرضائية في الزواج من خلال أعمال مبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلّق بالأحوال الشخصية، فالحرية في الزواج وفي اختيار القرين تتطلّب أن يكون الرضا كاملا حرّا خاليا من عيوب الإرادة.

⁸¹- أنظر، جيلالي تشوار، عدم المذهبية الصرف كمنهج تبنّاه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية، م. ج. ع. ق. إق. س.، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ع. 03، ص. 309.

⁸²- سورة النساء، الآية رقم 01.

ولأنّ المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة هي مسائل خاصّة وحساسة، فيجب أن تنظم تنظيمًا دقيقًا، والحرية في الزواج لا تكون على إطلاقها بل تقيّد باسم النظام العام العائلي بقيود وحدود. فمنها ما يتعلّق بالقيود البيولوجية، لأنّه إذا كان للمرأة الحرية في إبرام عقد الزواج فإنّها مقيدة ببلوغ سن الزواج، وبالخضوع للفحص الطبي قبل الزواج. وبقيود الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي.

هذا الأخير، وإن كان في وقت ليس ببعيد لا يثير أي جدال أو نقاش، فإنّه وأمام غزو العولمة، وانخفاض الوازع الديني والأخلاقي، وفي ظلّ التقليد الأعمى للغرب، برزت ظاهرة المثلية الجنسية، فأصبح الحديث عن حرية المرأة في اختيار شريك من نفس جنسها تحت مسمى "الحرية الشخصية"، لتمارس علنا في مجتمعاتنا المغربي، بل وتؤسّس لنفسها منظمات وجمعيات تطالب بحقوقها. وليس هذا فحسب، فباسم الحرية الشخصية، تحدّي آخر يواجهه المجتمع المغربي في مواجهة ما يعرف بالمغيّر الجنسي.

ومنها أيضا، ما يخص فرض قيود اجتماعية ودينية، والتي أثارت هي الأخرى جدلا واسعا ونقاشا حادا، والحديث هنا عن مؤسسة الولي أو مركز الولي بالنسبة لزواج المرأة خاصّة الراشدة، والتي تعتبر بالنسبة للمحافظين حماية للمرأة وصون لكرامتها، على خلاف المعارضين الذين يرون فيها كبت ومساس حرية المرأة في اختيار الشريك.

وإذا كان الحديث عن مؤسسة الولي قد أسال حبرا كثيرا، فإنّ مسألة زواج المسلمة بغير المسلم لم تمر مرور الكرام، سيما مع تكاثر الزيجات المختلطة وتنامي فرضية إتباع أكثر من دين واحد داخل العائلة الواحدة. وبغض النظر عن المواقف المختلفة لرجال القانون، ونظرة المجتمع الدولي، ومع ما نادى به أيضا الحركات النسوية والجمعيات التحريرية، فإنّ المشرعين المغربي وجدوا أنفسهم بين المحافظة على الموروث الفقهي، والسير على خطى الاتفاقيات الدولية المصادق عليها وما جاءت به دساتيرها النّاصة على احترام مبدأ الحرية الدينية والمعتقد.

وبعد، فالنظام العام العائلي الذي يجزّر المرأة في بعض الحالات هو نفسه الذي يقيدّها في حالات أخرى تحقيقاً لمصالح معيّنة، ذات أولوية، بالنسبة إلى العائلة والمجتمع⁸³.

وإذا كانت حرية المرأة متطلّبة وذات أهمية عند إبرام عقد الزواج، فإنّ الحاجة إليها تكون أيضاً أثناء قيام العلاقة الزوجية، ولهذا كان من الضروري منح المرأة حرية الاشتراط في عقد الزواج، تخفيفاً للنزاعات التي تثار في المستقبل بين الزوجين لعدم الوفاء بالشروط المتفق عليها.

ولأنّ التطوّر الاقتصادي أدخل على وضعية المرأة تحوّلاً حيث أصبح لها دوراً إيجابياً في تطوير الوضعية الاقتصادية للأسرة، والواقع أنّ عديد الأسر لم يعد بإمكانها توفير احتياجاتها دون الدخل المتأتي من عمل المرأة، عمدت التشريعات المغاربية للأسرة إلى تنظيم النظام المالي للزوجين.

ومن هنا تتجلّى أهمية عقد الزواج والحاجة إلى إبرامه بحرية واختيار، ليقوم على أسس المودّة والرحمة والسكينة. ولكن، مهما كان الزواج مرتبطاً بالحياة متصلًا بقاؤه ببقائها ليثمر الثمر الطيب في الحياة المنزلية، وإنجاب الأبناء. ومهما كان الشرع والمصلحة متّحدين في إثبات ذلك وتأكيدّه، فإنّ لاختلاف الاستعدادات والميول بين المرأة والرجل لأثراً فعالاً في تقويض هذه الآمال مهما تنوعت وسائل علاجها. وخير من زواج كلّ أو جله شجار وكره أو رياء يغمره الفسق والكيد، فراق يرتاح به كلاهما⁸⁴، لقوله عز وجل: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾⁸⁵.

والطلاق، في العالم العربي والإسلامي لم يكن إطلاقاً محل نقاش من حيث مشروعيته باعتبار أنّه كان جائزاً منذ البداية، وجميع القوانين العربية والإسلامية أقرّت به ونظمتها، بما فيها القوانين المغاربية للأسرة⁸⁶. إلا أنّ الاحتجاج على التمييز القائم بين الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق من قبل

⁸³- محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي، -التجليات-، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص. 250-251.

⁸⁴- الطاهر الحداد، المرجع السابق، ص. 71.

⁸⁵- سورة البقرة، الآية 229.

⁸⁶- طوال القرون الوسطى كان الزواج أبدياً وكان الطلاق ممنوعاً، وقد فرضت الكنيسة ذلك ولم يكن الزواج ينتهي إلا في صورة بطلان عقد الزواج. ولم يقع إقرار إمكانية الطلاق في فرنسا إلا بعد صدور قانون 20 سبتمبر 1792. وبعد إقرار لائكية الزواج وانتشار إيديولوجيا الحرية الفردية أقرت المجلة المدنية الفرنسية الصادرة عام 1804 إمكانية الطلاق. ثم ألغى بعد ذلك الطلاق، ثم وقع الرجوع إلى العمل به عام 1884 على أنّ بعض القوانين في عدد من البلدان الأوروبية كانت تمنع الطلاق وتجعل الزواج أبدياً من ذلك أنّ القانون الإيطالي لم يسمح إلا عام 1970، وإسبانيا عام 1981، وفي أيرلندا لم يسمح بالطلاق إلا عام 1995، وإنّ مثل هذا المنع كان نتيجة لتأثير الكنيسة في تلك البلدان.، عبد الله الأحمد، المرجع السابق، ص. 119.

الجمعيات النسوية والمطالب الحقوقية، وكذا الضغوطات الدولية، جعل هذه المؤسسة تشهد تغييرات جذرية صلب القوانين المغاربية للأسرة. وهو ما يثير الاستفهام حول ما إذا منحت الزوجة الحرية في طلب فك الرابطة الزوجية، وما إذا كانت هذه الحرية مطلقة أم مقيدة.

وللبحث في هذه المسألة يتعين الرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للطلاق بمختلف صورته، لأنّ الوقوف عند معرفة ما إذا كان الطلاق يقع بطلب من الزوجة، فيخضع إلى إثبات الضرر، وإلى السلطة التقديرية للقاضي، أو أنه حاصل بإرادتها الحرة وبقضاء تشاء دون قيد ولا شرط، هو الذي سيحدد إن كانت تتمتع بحرية مطلقة أو مقيدة في ممارسة حقها في إنهاء الرابطة الزوجية.

وبعد، فموضوع المرأة من المواضيع الحساسة التي شكّلت أحد محاور النقاش العمومي والتدافع الوطني منذ الانخراط في بناء الدول المغاربية ما بعد الاستقلال، واكتسب هذا الموضوع راهنية كبيرة في السنوات الأخيرة بفعل تفاعل عدد من العوامل الداخلية والخارجية، نتجت من جهة أولى، عن تصاعد قوة الحركة النسائية. وتعمّقت، من جهة ثانية، على إثر تطوّر الاشتغال العالمي والأممي في مرحلة العولمة على قضايا المرأة وارتفاع الضغط الخارجي المستند على مجموع الاتفاقيات الدولية، وهو انشغال تنامي بشكل كبير منذ اعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة.

فنظرا لما لهذا الموضوع من أهمية تم اختياره ليكون محلاً لهذه الدراسة، والحافز الثاني راجع لكون الحريات الأساسية تحتل نصيب الأسد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتناولتها الدساتير المغاربية⁸⁷، والدراسات القانونية في مجال القانون العام⁸⁸، إلا أنّها لم تكن محل دراسة في القانون الخاص. ولم تعالجها الدراسات القانونية إذ تمحورت هذه الأخيرة حول حقوق المرأة ومبدأ المساواة بين

⁸⁷ - يراجع ص. 02-03 من هذه المقدمة.

⁸⁸ - نذكر من هذه الدراسات على سبيل المثال: صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2009-2010؛ حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013؛ محمد رحومني، تنظيم ممارسة حرية التجمع في القانون الجزائري، -الجمعيات والأحزاب السياسية أتمودجين-، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015؛ مختارية حلحال، الحماية القضائية الإدارية المستعجلة للحريات الأساسية، -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017؛

MALTI Nihar Faiza, la liberté de religion entre l'universalité et les spécificités, La liberté de religion entre l'universalité et les spécificités, Thèse de doctorat en droit, faculté de droit ; Université Abou Bakr BELKAID Tlemcen, 2016-2017.

الجنسين⁸⁹، وهذا ما يفسّر غياب المادة العلمية الخاصة بمسألة حرية المرأة في القوانين المغاربية بصورة مباشرة.

والاهتمام في هذه الدراسة بالقوانين المغاربية للأسرة، لكونها ورغم الإصلاحات والتعديلات التي أدخلت عليها، لا تزال تتعرض لحمولات شرسة، ولطالب دولية وداخلية من أجل تعديلها وإلغاء النصوص التي تقف حائلا دون تمتع المرأة بحقوقها بكامل حريتها، والتي تفرض قيودا دينية واجتماعية عليها، كالزواج بغير مسلم، الولي، تعدد الزوجات، عدم تمتعها بحريتها الجنسية، التطلاق وغيرها، فحتى المجلة التونسية التي تعتبر أكثر تحررا وتماشيا مع نصوص الاتفاقيات الدولية لا زالت المطالب والسهام توجه ضدها لتطبيق المساواة التامة بين الجنسين وتحرير المرأة أكثر فأكثر.

والاهتمام منصب أيضا حول الوقوف عند مدى توفيق المشرعين المغاربة الثلاث بين ملاءمة النصوص القانونية مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها خاصة ما تعلق منها بالمرأة ومركزها في الأسرة، دون المساس بالثوابت، لهذا كان لابد من الرجوع إلى هذه الاتفاقيات وإلى الشريعة الإسلامية والمذاهب الفقهية المختلفة.

ولم يقتصر اهتمامنا على البحث عن حرية المرأة في القوانين الأسرية المغاربية، والشريعة الإسلامية وكذا الاتفاقيات الدولية فحسب، وإنما تعدّاه إلى موقف القضاء المغربي وهل أنّ اجتهاداته ساهمت بشكل إيجابي أو سلبي في إطلاق حرية المرأة في المسائل الأسرية سواء أثناء إبرام العقد أو عند إنتهائه، ولمعرفة ما إذا كانت هذه الاجتهادات نابعة من المذاهب الفقهية المختلفة والاجتهاد المعاصر محتفظة بالأصالة ومتماشية مع التطور والتجديد. أم أنّها مستقاة من مبادئ الاتفاقيات الدولية.

وإنّ أهم ما تهدف إليه هذه الدراسة هو توضيح ما إذا كانت حرية المرأة في التشريع الأسري المغربي مقيدة أم مطلقة، وما إذا كان فرض قيود وشروط تعدي على هذه الحرية أم يقتضيه الصالح العام للأسرة والمجتمع.

⁸⁹- نذكر على سبيل المثال: عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015؛ محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.

ولأنّ الأكد، أنّ الاتفاق حول هذه المسألة لن يكون بالإجماع، والآراء ستنقسم إلى فريقين، فريق مؤيد يطالب بتحرير المرأة من منطلق أنّ تحرير المرأة للوصول إلى تحرير المجتمع، باعتبارها نصف المجتمع التي تربي كل النشء من الجنسين⁹⁰. وفريق آخر معارض، ينادي بضرورة التمسك بالهوية العربية الإسلامية، كون أنّ الإفراط في الحرية سيؤثر على القيم داخل المجتمعات وسيشتت الأسر⁹¹.

فإنّ هذه الدراسة ستهدف إلى عرض آراء الاتجاهين، في محاولة إلى التقيّد بالموضوعية، فليس الهدف التحيز للمرأة في جميع الأحوال للسير وراء الاتجاه الرامي إلى إرضاء مطالب الجمعيات النسوية والتيارات السياسية، أو التقليد الأعمى للاتفاقيات الدولية والانقياد وراء الأفكار التحررية الغربية، بحجة أنّ تغريب الأحكام الأسرية سيؤدّي لا محالة له إلى تطوير المجتمع مع التوفير للإنسان ما يطمح إليه من استقرار وللمرأة ما ترجوه من مساواة قانونية بينها وبين الرجل في جميع الحقوق ودون التمييز بينهما بسبب الجنس، وتحريرها من القيود التي تكبلها، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، لن يكون هدفنا الوقوف ضدّها تعصّباً أو تمسّكاً بمذهب معيّن دون فتح المجال للاجتهاد الفقهي المعاصر، أي الاجتهاد الذي يتماشى مع تطوّرات العصر ويوافق أصول الدّين الإسلامي.

والهدف أيضاً هو إبراز الاختلاف بين مفهوم المرأة عند المجتمعات العربية الإسلامية ومفهومها عند الغرب، لأنّ مسألة تحرير المرأة سلاح ذو حدين، فإمّا أن يطالب بتحرير المرأة للنهوض بالمجتمع، أو ينادى بتحريرها لإفساد أخلاقها وطمس هويتها العربية والإسلامية، بهدف تدمير الأسرة المسلمة والمجتمع ككل.

وما يضيف أهمية على هذا الموضوع، هو توجه الحكومات المغاربية نحو رفع تحفظاتها على المادة 16 من اتفاقيات القضاء على جميع أشكال التمييز⁹²، للوقوف عند أسباب ذلك ومخاطره على المرأة

⁹⁰- أنظر، سامية دولة، مجلة الأحوال الشخصية بين الاجتهادات التشريعية والقضائية، م. ق. ت.، مركز الدراسات القانونية والقضائية، معامل فنون، جانفي 2007، ع. 01، ص. 34.

⁹¹- أنظر، حسن بن محمد الحفناوي، الأسرة المسلمة وتحديات العصر، المجمع الثقافي، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ط. 01، 2001، ص. 143-144.

⁹²- أعلنت الحكومة التونسية بتاريخ 28/04/2014، أنّها أبلغت الأمم المتحدة سحب تحفظات تونس عن مواد وفصول في اتفاقية سيداو ومنها الفقرات ج، و، د، هـ، ز، ح من المادة 16 منها، www.albawabnews.com؛ فقامت بسحب تحفظها بموجب المرسوم الرئاسي ع. 103=

والأسرة والمجتمع. خاصة وأنه عندما تم التحفظ على بنود هذه الاتفاقية، تم تبرير ذلك بمخالفتها للشريعة الإسلامية، فما الذي تغيّر⁹³؟

فشريعة الله لم تأت فعلا لوقت دون وقت، أو لعصر معيّن، أو لزمان محدد، وإنما هي شريعة كل عصر، وشريعة الزمان كلّها حتى يرث الله الأرض ومن عليها⁹⁴. فكيف ننبر بالحصارة الغربية ككل ونسينا أنّ النظام الأسري لا يتماشى ومصلحة المجتمع إلا إذا صدر وفقا لدعوة الحق، دعوة الإسلام والإصلاح الإلهي.

=المؤرخ في 24 / 10 / 2011، والمتعلق بالترخيص في المصادقة على سحب بيان وتحفظات صادرة عن الحكومة التونسية وملحقة بالقانون ع. 68، المؤرخ في 12 / 07 / 1985، المتعلق بالمصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ر. ر. ج. ت. ع. 82، 28 / 10 / 2011، ص. 2467. والواقع أنّ تونس وقبل الإعلان عن رغبتها في رفع تحفظها، في الأصل خصت مجلة الأحوال الشخصية بنصوص تتماشى مع ما جاءت به الاتفاقية وذلك من خلال منعها للتعدّد وإقرار عقوبة على ذلك، أو المساواة بين الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق، المساواة بين الجنسين في أهلية الزواج، إلغاء الولي للمرأة الراشدة، وحاليا السماح بزواج المسلمة بغير المسلم.

- وكذلك رفعت حكومة المغرب تحفظها على المادة 16 بكاملها من هذه الاتفاقية بموجب ظهير شريف 1.11.51 الصادر في 01 رمضان 1432 الموافق 02 / 08 / 2011، بنشر الإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المضمنة في وثائق الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 / 12 / 1979، ج. ر. ع. 5974، الصادرة بتاريخ 02 شوال 1432 الموافق 01 / 09 / 2011.

- وأما بالنسبة لحكومة الجزائر، فلم ترفع تحفظها لحد الساعة على المادة 16 من الاتفاقية، ونأمل أن لا تساهم في تغريب قانون الأسرة والمرأة الجزائرية، ولا تتبع سير تونس والمغرب، وأن لا ترضخ لمطالب الجمعيات النسوية وذوي الأفكار التحررية الغربية. مع الإشارة إلى أنّه وبمناسبة تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، تبين أنّ هناك نصوص تمسكت فيها الجزائر بتحفظها، ونصوص أخرى أثبتت تراجعها عن بعض التحفظات، وحول هذه المسألة يراجع: جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالحقوق الأسرية، بين التراجع والتمسك، م. ع. ق. إد. س.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، ع. 12، ص. 12 وما بعدها.

⁹³ - تبدي حكومة المملكة المغربية تحفظا بشأن أحكام المادة 16 وخاصة تلك المتعلقة بتساوي الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بعقد الزواج وفسخه. فالمساواة من هذا النوع تتناقى مع الشريعة الإسلامية التي تكفل لكل من الزوجين حقوقا ومسؤوليات ضمن إطار التوازن والتكامل بغية الحفاظ على رباط الزوجية المقدّس؛ إنّ أحكام الشريعة الإسلامية تلزم الزوج بتقديم مهر عند الزواج وبيعالة أسرته، في لا يطلب من الزوجة قانونا إعالة أسرته؛ وعلاوة على ذلك يلزم الزوج بدفع النفقة عند فسخ الزواج؛ وعلى العكس من ذلك، تتمتع الزوجة الحرة التامة في التصرف في مالها أثناء الزواج وعند فسخه بدون إشراف الزوج، إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته؛ ولهذه الأسباب لا تمنح الشريعة الإسلامية حق الطلاق للمرأة إلا بتدخل القاضي، أنظر، حماد القباج، رفع التحفظات... السياق والتساؤل، 04 / 10 / 2011، على موقع الانترنت: m.hespress.com

- تعلن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أنّ أحكام المادة 16 المتعلقة بتساوي حقوق الرجل والمرأة في جميع الأمور التي لها صلة بالزواج، أثناء الزواج وعند فسخه على السواء، ينبغي ألا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة. نص التحفظات والإعلانات المقدّمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 22 / 05 / 1996 نشرت على موقع الانترنت: hrlibrary.umn.edu

⁹⁴ - أنظر، جيلالي تشوار، أحكام الأسرة بين الاجتهاد والتقنين، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2001، ع. 04، ص. 213.

وإذا كانت قضية المساواة وتحرير المرأة كما تنادي به المنهجية التغريبية في الدول الإسلامية لا تعرف فلاحا في عقر دارها، فكيف نضمن لها الفلاح والنجاح في مجتمع تختلف عاداته وأعرافه وتقاليده اختلافا جذريا عما هي عليه في المجتمع الغربي الذي لا يزال يعاني من مشاكل اجتماعية خطيرة مثل الانفكك الأسري، انخفاض مستوى الأخلاق، ازدهار العلاقات الحرة، وزيادة عدد الأبناء الطبيعيين وزواج المثليين والتغيير الجنسي، والعنف ضد المرأة والتحرش الجنسي⁹⁵.

والحق أنه، وبصدد محاولتنا لمعرفة كيف كانت صياغة المشرعين الثلاث للتقنيات الأسرية، وما هي التعديلات التي أدخلت عليها لضمان وحماية حقوق المرأة وإقرار مبدأ المساواة بينهما وبين الرجل، لنستخرج منها مدى حرية المرأة في المجال الأسري، لمسنا في بعض الحالات نصوص واضحة⁹⁶. وفي حالات أخرى، اصطدمنا بنصوص صيغت بطريقة عامة وفضفاضة أو يعترتها النقص، ولأجل تفسيرها وسد الفراغ التشريعي كان لابد من الرجوع إلى مختلف المذاهب الفقهية، إلى جانب الرجوع إلى ما توصلت إليه الاجتهادات القضائية.

وأمام عدم إيجاد حلول، ضمن أحكام الشريعة والفقه الإسلاميين، ولا بالاعتماد على القضاء، تعين اللجوء إلى القانون المدني بالرغم من صعوبة إسقاط أحكامه على مجال شؤون الأسرة لما تتميز به من خصوصية، وهذا الخيار راجع لأسباب ثلاث: أولها، لكون القانون المدني هو الشريعة العامة⁹⁷، وثانيها، لأنّ القضاة اعتمدوه كمصدر لحل النزاعات الأسرية⁹⁸، وثالثها، لأنّ العامل المالي دخل وبقوة مجال الأسرة على إثر خروج المرأة إلى العمل ومساهمتها في تنمية ثروة العائلة.

⁹⁵- أنظر، جيلالي تشوار، عدم المذهبية الصرف... المرجع السابق، ص. 310.

⁹⁶- مع أنه في كثير من المرات كان تدخل المشرع المغربي أحسن مقارنة بنظيره التونسي والجزائري لتخصيصه عدّة نصوص قانونية لمعالجة المسألة الواحدة.

⁹⁷- قانون ع. 87، المؤرخ في 15 / 08 / 2005، المعدل للأمر المؤرخ في 03 / 08 / 1956، والمتضمن مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ر. ج. ت.، ع. 68، المؤرخ في 15 / 08 / 2005؛ ظهير شريف رقم 1.11.140، الصادر في 17 / 08 / 2011، المعدل والمتمم لظهير شريف 12 / 08 / 1913، والمتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج. ر. ع. 5980، صادرة بتاريخ، 22 / 09 / 2011، ص. 4678؛ القانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 / 05 / 2007، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 / 09 / 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر. 31، مؤرخة في 13 / 05 / 2007.

⁹⁸- نذكر ما اتجهت إليه محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 04 / 12 / 2008، والذي جاء فيه: "أثارت مسألة المرض المعيق العلاقة الزوجية للطلاق للضرر جدلا في تحديد مدى اعتباره موجبا للطلاق للضرر ومدى الأخذ بخطأ القرين في تقدير الضرر واتجه التمييز بين وضعيتين، فأما الوضعية الأولى فهي التي يكون فيها العجز قائما قبل إبرام عقد الزواج، وفي هذه الحالة يتحوّل طلب الطلاق للضرر والتعويض عنه باعتباره ناتجا عن خطأ يتمثل =

إضافة إلى ذلك، ونظرا للارتباط الوثيق بين مصطلحي الحق والحرية إلى درجة عدم التمكن من الفصل بينهما أحيانا، تم النظر إلى هذا الموضوع من زاويتين: الزاوية الأولى، ونكون أمامها عندما ينفصل الحق عن الحرية، فبحث عن حرية المرأة داخل التشريع الأسري. والزاوية الثانية عندما لا ينفصل الحق عن الحرية، فيكون البحث عن مدى حرية المرأة في ممارسة حقوقها.

وإزاء ذلك كله، فإنّ التساؤل الذي يطرح هو هل تتمتع المرأة بحرية مطلقة أم مقيدة في القوانين المغاربية الأسرة، سواء فيما تعلق بمسائل الزواج من حرية الزواج واختيار القرين، أو حرية الاشتراط في عقد الزواج، إلى حرية التصرف في مالها من الناحية الواقعية. أو فيما يخص مسألة فك الرابطة الزوجية، من حيث إن كان لها حرية مطلقة في وضع حدّ لها وقتما تشاء دون قيد أو شرط؟

=في إخفاء الحقيقة عن القرين ويكون تقصيرا على معنى الفصل 82 من م. إ. الذي تقتضي أحكامه أنّ من تسبّب في مضرة غيره عمدا واختيار سواء كانت المضرة حسية أو معنوية فهو مسؤول عن فعله إذا ثبت أنه السبب الموجب للمضرة مباشرة...". محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 04/12/2008، ع. 28887، مقتبس عن: عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية، -محنة ومثارة بفقهاء القضاء-، تونس، 2011، ص. 34؛ وعن المجلس الأعلى المغربي نستشهد بالقرار الصادر بتاريخ 13/09/2006، إذ اقتضى: "لكن ردا على ما ورد في السبب المستدل به للنقض، فإنّ المحكمة مصدر القرار المطعون فيه لما اعتبرت التزام المالك والد المطلوبة في النقص المضمن برسم الخلع التزاما شخصيا ينقضي بوفاته ولا يجبر ورثته على الوفاء بما ترتب بعد وفاته، استنادا إلى ما نقل عن الفقيه الحطاب من أنّ الالتزام التبرعي على مذهب الإمام مالك وجميع أصحابه لازم لمن أوجبه نفسه ما لم يمّت أو يفلس، وأنّه إذا كان الاتفاق تطوّعا يسقط بموت المتطوّع. واستنادا إلى الفصل 229 من قانون الالتزامات والعقود بأنّه لا يواجه ورثته بهذا الالتزام وقضت تبعا لذلك بنفقة بنت الطاعن، تكون قد أقامت قضاءها على أساس من الفقه والقانون". مجلس أعلى، 13/09/2006، ملف ع. 2005/1/2/85، مقتبس عن: محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، -النص الكامل لمدونة الأسرة، نصوص تنظيمية وقرارات ومناشير وزارية، قضاء المجلس الأعلى، قضاء محاكم الاستئناف، قضاء محاكم الدرجة الأولى-، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين، ع. 01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2006، ص. 178؛ وفي قرار آخر صادر عنه بتاريخ 22/11/2006، وورد فيه: "لكن حيث إنّّه بمقتضى الفصول 46 وما يليه من ق.ل.ع أو عن الفقهاء، فإنّ الإكراه الذي يخوّل الحق في إبطال الالتزام، هو الذي يكون من شأنه أن يعيب إرادة المتلزم ويفقده حرية الاختيار عند إبرام الاتفاق...". مجلس أعلى، 22/11/2006، ملف ع. 2006/1/2/230، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 177-178؛

وأبضا اعتمده المحكمة العليا بالجزائر كمصدر في مجال الأسرة، وذلك من خلال القرار الصادر في تاريخ 27/04/1993، والذي جاء فيه: "(الشرعية الإسلامية، م. 107 ق. إ.م.م. 41 ق. مدني) من المستقر عليه شرعا وقضاء، أنّ العلاقة الزوجية هي سبب من أسباب الميراث، وتستحق الزوجة الإرث بموت مورثها. ومن المعروف في القواعد الإجرائية أنّ تقديم مستخرج من عقد الزواج المبرم هو دليل من أدلة الإثبات وليس طلبا جديدا. ومتى ثبت أنّ -الطاعنة- بعد وفاة زوجها الأوّل سنة 1957 ووفاته زوجها الثاني -أخ الزوج الأوّل- سنة 1959، فإنّها تستحق المطالبة بتحديد مناهم من تركة زوجها الأخرين ولا تعد دعواها تعسفية، كما أنّ تقديمها لعقدي الزواج ليس طلبا جديدا -كما فهمه خطأ قضاة الموضوع- وإنما أدلة إثباتية لتدعيم الدعوى". محكمة عليا، غ. أ. ش.، 27/04/1993، ملف رقم 91664، م. ق. 1994، ع. 01، ص. 68؛ وفي قرار آخر صادر بتاريخ 21/04/1998، والذي اقتضى بأنّه: "(المادة 181 من قانون الأسرة. والمادة 727 من القانون المدني) من المقرر قانونا أنّ قسمة التركة تتم وفقا للقانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة". محكمة عليا، غ. أ. ش.، 21/04/1998، ملف رقم 188189، م. ق. 2000، ع. 01، ص. 174.

فهل هذه النصوص القانونية تمكّنت فعلا من تحرير المرأة؟ هل استجابت للمطالب الدولية والحركات التحررية؟ وهل وفقت في خلق توازن بين الحفاظ على الثوابت والأصالة وبين إحداث التطور والتجديد؟ وكيف انعكس إقرارها لمبدأ المساواة بين الجنسين، واعترافها بحقوق المرأة، ورفعها للتحفظات على حرية المرأة؟

هذه الأسئلة وأخرى نحاول الإجابة عنها، بالاعتماد على دراسة مقارنة بين القوانين المغربية للأسرة، لاستخلاص أوجه التشابه والاختلاف القائمة بينها، والتي ستسمح لنا بالتعرّف على الثغرات والنقائص التشريعية الموجودة في كل تشريع أسري مغربي وتمكنا من تحديد الإيجابيات والسلبيات، وكذا لتساعدنا على وضع الاقتراحات عن طريق القياس والاستنباط، مع الاعتماد من خلال هذه المقارنة على أحكام الشريعة الإسلامية، التي استمدت القوانين المغربية أحكامها منها، وعلى مقارنة مواقف واجتهادات القضاء المختلفة وما لها من تأثير على حرية المرأة.

وإلى جانب الاستناد على المنهج المقارن، فهذه الدراسة لا تقوم إلا بتطبيق المنهج الاستنباطي لحاجتنا إلى التحليل والتفسير والنقد لاستجلاء عناصر كل نقطة من نقاط البحث.

وأما استعمالنا للمنهج التاريخي فكان حرصا منا على تتبع مسيرة التطور التي شهدتها القوانين المغربية للأسرة، ولارتباطها الوثيق بالشريعة الإسلامية، في محاولة لعرض الثابت والمتغير فيها.

ولأن القانون العائلي يرتبط بالمجتمع والواقع ارتباطا وثيقا كان لابد من الاستعانة بالمنهج الإحصائي، فالإحصائيات المعتمد عليها خصّت نسبة أبناء الزنا داخل المجتمعات المغربية لتوضيح مخاطر الإفراط في حرية الاختلاط بين الخطيبين، وكذلك الاستشهاد بعدد عقود الزواج التي تضمنت شروطا اتفاقية للوقوف عند مدى تقبّل المجتمعات لمبدأ الاشتراط في عقد الزواج، وما إذا كانت هذه الحرية الممنوحة للمرأة مجرد حبر على ورق أم تمارس على أرض الواقع. كما تم اللجوء إلى تحديد نسبة عمل المرأة لتوضيح مدى حرّيتها في التصرف في مالها. والكشف عن نسبة المثليين داخل المجتمعات المغربية المطالبين بالحرية الجنسية، وصولا إلى نسبة الطلاق بصفة عامة ونسب التطليق والخلع بصفة خاصة.

ولأجل ذلك ستم دراسة هذا الموضوع بتقسيمه إلى البابين التاليين:

الباب الأول: حرية المرأة في الزواج.

الباب الثاني: حرية المرأة في فك الرابطة الزوجية.

الباب الأول

حرية المرأة في الزواج

يقتضي تثبيت الأسرة الحرص على قيامها على أسس سليمة تكفل إثبات وجودها وتؤمن لها حظوظ الاستقرار والديمومة، لذلك شرع الشرع والقانون الزواج كأساس لها ونظما أحكامه تنظيما دقيقا، وأقرّا حرية الزواج بأن أكدا على الصبغة الرضائية للعقد.

فحرية الزواج ترتفع إلى مستوى المقوم الأساسي من مقومات الشخصية وتحتل مكانها ضمن فئة الحقوق الأساسية المعترف بها للفرد، وتعتبر مبدأ أساسيا من مبادئ النظام العام. وهي تعني حرية الإنسان في أن يتزوج أو أن لا يتزوج وفقا لما تقرّه نفسه، وفي اختيار قرينه بكامل رضاه. ولهذا يقتضي تأمين حرية المرأة في الزواج أن يتاح الخيار لها للارتباط بتلك العلاقة أو الإمساك عن الارتباط بها وضمنان ممارسة ذلك الخيار وفقا لمشيئتها الحرّة ومطلق رضاها.

ولإبرام عقد الزواج تتمتع المرأة بحرية مطلقة في التعبير عن رضاها رضاء حرا كاملا، خاليا من أي عيب من عيوب الإرادة. وهو وإن كان عقدا رضائيا، إلاّ أنّه ليس كسائر العقود الأخرى، فهو ميثاق غليظ وعقد مقدّس والنصف الذي يكتمل به الدّين. ولهذا وجب ضبط هذه الحرية ورسم حدود لها باسم النظام العام العائلي. فإذا كانت مسألة حرية المرأة في إبرام عقد الزواج تستند إلى مبررات منطقية ثابتة، وإقرارها أمر واجب، فإنّ ذلك لا يعني عدم إحاطتها بضوابط وقيود (الفصل الأوّل).

وإنّ إعمال مبدأ سلطان الإرادة في ميدان شؤون الأسرة لإيجاد نظام أسري يقوم على فكرة حرية الاختيار، لم يعد مقتصرا على حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، والذي من خلاله تم تعزيز حريتها في اختيار شريك حياتها، بل امتد إلى الشروط الإرادية في عقد الزواج. بحيث أصبح الاشتراط في عقد الزواج من حقوق المرأة تستعمله لتحتاط به لكل شيء، خاصة وأنّ الدخول إلى الحياة الزوجية يكون في بدايته مبني على التحوّف، فيكون أمام المرأة الحرية في أن تشتترط ما من شأنه أن يزيل هذه المخاوف. كما تم تمديده إلى الروابط الأسرية المالية من خلال الحرية في المشاركات المالية والتي يحكمها المبدأ الجوهري الذي تقوم عليه العلاقات المالية بين الزوجين وهو مبدأ استقلال الذمة المالية الذي يقر للمرأة حرية التصرف في مالها واستئثارها بممتلكاتها وعوائد عملها وأملكها.

وإلى جانب هذا الموروث الفقهي، وضع استثناء بمقتضاه منحت المرأة حرية اختيار نظام الاشتراك المالي. وقد جاء استجابة للواقع المعيش للأسرة إذ أصبحت مساهمة المرأة في تحسين أوضاعها الاقتصادية أمراً لا يمكن تجاهله أو غض الطرف عنه، حيث نجد المرأة تقوم بمجهودات طيلة حياتها الزوجية داخل البيت وخارجه كما تضطر في الكثير من الأحيان إلى القيام بأعمال شاقة للمساهمة في الرفع من دخل الأسرة بكل الوسائل والسبل لمواجهة متطلبات الحياة المتزايدة. فبموجب نظام الاشتراك المالي يتم القضاء على إشكالية إثبات ملكية الأموال التي تم تحصيلها أثناء فترة الزواج، حيث يثار النزاع بين الزوجين حول أحقية كل واحد منهما في الأشياء الموجودة داخل بيت الزوجية، وقد يمتد النزاع فيطالب ملكية منقولات وعقارات موجودة خارج البيت (الفصل الثاني).

الفصل الأول

حرية المرأة في إبرام عقد الزواج

حرية الزواج تملئها بداهة الأمور باعتبارها تتصل بأعمق ما في الإنسان وبأخص خصوصيات حياته الشخصية وباختيار نمط عيشه، وهي من المسلمات التي تفرضها طبيعة الأشياء ومفهوم الزواج ذاته. ولئن هي غير معلنة بنص قانوني صريح، إلا أنّ تكريسها من قبل التشريعات المغاربية لا يثير أي شك باعتبار أنّ الحرص على مراعاتها هو الذي دعا بالمشرعين إلى التأكيد على جعل الخطبة وعدا بالزواج غير لازم يجوز لكل من الطرفين العدول عنها لكي لا تضطر المرأة لإتمام إجراءات الزواج وهي غير راضية به. والأكثر من ذلك ذهبت إلى اعتبار الرضا ركناً في عقد الزواج، بحيث لا ينعقد إلا إذا عبّرت المرأة عن موافقتها الصريحة بحضورها شخصياً أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، وهذا كلّ من أجل ضمان حرية المرأة في اختيار شريك حياتها (المبحث الأول).

ولا تعني حرية الزواج التحلّل من كل قيد أو ضابط أو مانع حتى وإن كان شرعياً، وهي لا تعني امتناع الدولة من كل تدخل ولو عن طريق أجهزتها التشريعية، لفرض إجراءات خاصة للزواج أو إخضاعه لشروط أو ضوابط، ولهذا ورغم اعتراف التشريعات المغاربية بهذه الحرية إلا أنّها فرضت قيوداً عديدة على المرأة لم تفرض الاتفاقيات الدولية منها إلاّ قيد الأهلية، فمنعت الزواج المثلي، وزواج المغير

الجنسي، كما قيّدت حريتها في الزواج بمناخ الدين، وتمسكت بمؤسسة الولي. فهل كانت على صواب بتمسكها بهذه القيود التي أثارت حافظة المجتمع الدولي؟ وهل نظمتها بطريقة تحمي فعلا حق المرأة في إبرام عقد الزواج؟ وإلى أي مدى حافظت على الثوابت الشرعية؟ وهل تمكّنت من مسايرة الاتفاقيات الدولية في إطار الحدود المسموح بها خاصة إذا قمنا بمراعاة اختلاف نظرتي المجتمع العربي والغربي ومفهومه للمرأة؟ (المبحث الثاني)

المبحث الأول

حرية المرأة في اختيار شريك حياتها

إنّ الحق في الزواج وتأسيس أسرة حق تعترف به الشريعة الإسلامية، والاتفاقيات الدولية، وكذا التشريعات المغاربية للأسرة، وإنّ هذا الحق كما هو ممنوح للرجل فهو معترف به للمرأة بناء على مبدأ الحق في المساواة في مجال الزواج، فالاختيار الحر للزوج يمثل إحدى المظاهر الأساسية للحرية في الزواج، لهذا من حق المرأة إعطاء رأيها بكل حرية حول من يتقدّم لخطبتها سواء بالقبول أو الرفض. فحرية المرأة في الزواج تعني مدى حقها في الإقدام عليه أو الامتناع عنه، وكذا في الاختيار الحر لشريك حياتها.

ولكون عقد الزواج عقدا خاصا وقدسيا، وهو من العقود الرضائية فالزوجان حران في أن يتعاقدا وفق مشيئتهما وإرادتهما، إذ أنّ العقد شريعة المتعاقدين ولا إكراه أو إجبار أو لأحدهما على الآخر. ولحرص المشرعين على ذلك ومن أجل تفادي وقوع خلافات بعد الزواج، نظّم مسألة الخطبة لتكون مرحلة تمهيدية تسبق الزواج (المطلب الأوّل).

فإذا توصل الطرفان إلى طريق مسدود وجب وضع حد لها، أمّا إذا كلّلت بالنجاح سارا نحو إتمام إجراءات الزواج وذلك بعد الإفصاح عن الإرادة الحرة الكاملة، لكون الرضا ركنا أساسيا في الزواج ومجسّدا فعليا لمبدأ حرية المرأة في اختيار شريك حياتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حرية المرأة في اختيار شريك حياتها في المرحلة التمهيدية للزواج

نظرا لما لعقد الزواج من أهمية وخطورة باعتباره عقد الحياة الإنسانية القائم على الدوام والاستمرارية، كان لا بد أن تسبقه مقدّمة والتي تعرف بالمرحلة التمهيدية للزواج. فهي تمكّن الطرفين من معرفة كل واحد منهما للآخر، وتوضح لهما مدى إمكانية الإقدام على إبرام عقد زواج تسوده المودة والرحمة.

وقد بيّنت الشريعة الإسلامية أحكام الخطبة، فإذا روعيت هذه الأخيرة كان الاختيار عن رضا وقناعة. كما أنّ المشرع الجزائري لم يغفل تنظيم هذه المسألة بنصين خاصين وهما المادة الخامسة والسادسة من قانون الأسرة. ومن جانبه المشرع المغربي خصّص لها الباب الأوّل وبه خمس مواد من المادة الخامسة إلى التاسعة، فعالجها بشكل تفصيلي بعدما كانت مختصرة في فصلين اثنين. أمّا المشرع التونسي فنظّمها في الفصلين الأوّلين تحت عنوان المراكنة فجاءت نصوصه ناقصة وحتى فقه القضاء التونسي في هذه المسألة نادر ممّا يقتضي إعادة النظر وتقنين مواد الخطبة من جديد حتى تكون شاملة لمعناها وشروط انعقادها وموانعها وأسباب انقضائها وما يترتب عن ذلك من مسائل فرعية كالتعويض والمهر وما يتعلّق بالصدّاق.

فالمرحلة التمهيدية للزواج تعطي للمرأة حق اختيار شريك حياتها بكامل حريتها، وهنا يمكن لإرادتها أن تلعب دورا هاما لاتخاذ القرار المناسب وعدم التهور، فتلاقي إرادة الطرفين يبدأ من هذه الفترة (الفرع الأوّل). وإنّ الطابع التمهيدي للخطبة، يعدم عنها الصفة الإلزامية، الأمر الذي يخوّل للمرأة حق الاختيار بين إتمام عقد الزواج، أو العدول عن الخطبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور الإرادة في فترة الخطبة

شرعت الخطبة ليستطيع كل خاطب التعرف على الطرف الآخر¹. وهذا نظرا لأهمية عقد الزواج الذي يتطلب التحري حتى يكون الاختيار سليما لتسهيل المحافظة على الدوام والاستقرار مستقبلا². فلا يوجد ما يمنع المرأة من تمتعها بإرادتها لاختيار الرجل الذي تريد الزواج منه، وهذه الإرادة من شأنها أن تلعب دورا هاما إذ تفرض على المرأة اختيار من يصون عرضها، ويحسن معاشرتها، ويراعي شؤونها، فيتحقق السكون النفسي، وتسود المودة والرحمة. بدلا من أن تعرض نفسها لخطر قد لا يحمده عقباه بسبب سوء الاختيار وعدم التروي.

ومع أن الإرادة الحرة الكاملة تمكن المرأة من اختيار الرجل المناسب من بين من يتقدم لخطبتها، إلا أنه ينبغي مراعاة بعض الأحكام إذ أن هناك طائفة من النساء لا يجوز خطبتهن، ولذا لا يمكن لمن الإدلاء بموافقتهم (أولا). وما هي الحدود التي وضعها الشرع بشأن النظر والاختلاء مع بعضهما البعض؟ (ثانيا) وهل يسمح للمرأة بأن تبدي موافقتها لرجل في حين تتجه إرادتها لإبرام عقد زواج مع غيره؟ (ثالثا)

أولا: المرأة التي تحل خطبتها

تعرف الخطبة على أنّها: "طلب الرجل النكاح من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية"³. فكل امرأة خالية من الموانع الشرعية تحلّ خطبتها، قياسا على جواز الزواج منها. فهي وسيلة إلى الزواج، ولذلك يجب ألا تكون المرأة المراد خطبتها محرما على الزوج زواجها، فمن لا يجوز الزواج بها في الحال لا تجوز خطبتها.

¹ - يقال في اللغة خطب الرجل المرأة بخطبها خطبا وخطبة، طلبها للزواج. أنظر، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 01، دار صادر، بيروت، د. س. ن. ص. 360.

² - أنظر، أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص. 20.

³ - أنظر، جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد الزواج - الخطبة في الفقه والقانون -، دار الحامد، الأردن، ط. 01، 2009، ص. 20؛ إن تعريفها يصب في نفس المعنى حيث عرفها الإمام محمد أبو زهرة بأنّها: "طلب الرجل يد امرأة معينة للزوج والتقدم إلى ذوبها ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد"، أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، 1950، ص. 28؛ وعرفها بلحاج العربي على أنّها: "التماس الزواج من امرأة معينة بتوجيه الالتماس إليها أو وليها"، أنظر، بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص. 606.

ويكون التحريم إما تحريماً مؤبداً بمعنى النساء اللاتي لا يحل الزواج منهن أبداً لوصف غير قابل للزوال، ويشمل هذا الصنف المحرمات بالقربة أو النسب، والمحرمات بالمصاهرة، والمحرمات بالرضاع⁴. ويعود المنع لقول الله تعالى: "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعمّاتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمّهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمّهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفوراً رحيماً"⁵.

أو يكون تحريماً مؤقتاً، والتحريم المؤقت ما كان سببه أمراً يحتمل الزوال فيبقى التحريم ما بقي السبب قائماً ويزول إذا زال السبب⁶.

وقد نظمت التشريعات المغربية للأسرة موانع الزواج⁷، ويمكن القول أنّها قاربت النقل الحرفي عن الشريعة الإسلامية إذ تكيفها على غرار التشريع الإسلامي إلى موانع مؤبدة وموانع مؤقتة. ففصلت مدونة الأسرة المغربية الأحكام المتعلقة بالأصناف من الرجال والنساء المحرّم الجمع بينهم بالزواج، حيث نصت على المحرمات المؤبدة في المواد 36، 37 و38، فمنها ما يرجع إلى القرابة، ومنها ما يرجع إلى المصاهرة، وما يعود إلى الرضاع⁸. كما حدّدت في المادة 39 أسباب منع الزواج من بعض النساء مؤقتاً في: "الجمع بين أختين، أو بين امرأة وعمّتها أو خالتها من نسب أو رضاع؛ الزيادة في الزوجات على العدد المسموح به شرعاً؛ حدوث الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات، إلى أن تنقضي

⁴- أنظر، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج. 09، دار عالم الكتب، الرياض، ط. 03، 1997، ص. 513 وما بعدها؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 03، دار الكتب العلمية، لبنان، ط. 02، 2003، ص. 405 وما بعدها.

⁵- سورة النساء، الآية رقم 22.

⁶- أنظر، عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، -دراسة مقارنة فقها وقضاء-، مؤسسة المختار، مصر، ط. 01، 2004، ص. 80.

⁷- للإشارة تم استبدال مصطلح "المحرمات من النساء" بمصطلح "موانع الزواج" وذلك بهدف تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين، وليبيان أنّ المانع لا يتعلّق بالمرأة فقط بل تارة بالرجل وتارة بهما معاً، جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر... المرجع السابق، ص. 13.

⁸- تنص المادة 36 من م. أ. م. على أنّ: "المحرمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وأول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا؛" تضيف المادة 37 منها: "المحرمات بالمصاهرة، أصول الزوجات بمجرد العقد، وفصولهن بشرط البناء بالأمر، وزوجات الآباء وإن علوا، وزوجات الأولاد وإن سفّلوا بمجرد العقد؛" كما اقتضت المادة 38 منها ما يلي: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة؛ يعد الطفل الرضيع خاصة، دون إخوته وأخواته ولد للرضاعة وزوجها؛ لا يمنع الرضاع من الزواج، إلا إذا حصل داخل الحولين الأولين قبل الفطام".

عدّة المرأة من زوج آخر دخل بها دحولا يعتد به شرعا؛ زواج المسلمة بغير المسلم، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية؛ وجود المرأة في علاقة زواج أو في عدة أو استبراء".

وهي ذات الأحكام التي تبناها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، إذ نص على المحرمات المؤبدة من المادة 24 إلى المادة 29 منه وهي: "القربة، المصاهرة، الرضاع"⁹. في حين أنّ المحرمات المؤقتة ذكرها بالمادة 30 من نفس القانون وتشمل على: "المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا، الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، زواج المسلمة من غير المسلم".

ومع أنّ المشرع التونسي قسّم مواعن الزواج هو الآخر إلى مواعن مؤبدة وأخرى مؤقتة في إطار الفصول 14، 15، 16 و17 من مجلة الأحوال الشخصية، إلّا أنّه يلمس نوعا من الاختلاف، فقد اقتصر بالنسبة للمواعن المؤقتة على تعلّق حق الغير بزواج أو عدّة، أمّا المواعن المؤبدة فحدّدها في القربة، المصاهرة، الرضاع والتطليق ثلاثا¹⁰. وهنا يلاحظ إعادة تكييف مانع الطلاق ثلاثا من مانع مؤقت إلى مانع مؤبد، وفي هذا خروج واضح عن مبادئ الشريعة الإسلامية ولم تتبناه أي دولة مغاربية أخرى. وفي نظر الدكتور محمد اللحمي، فإنّ المشرع التونسي أورد هذا المانع ضمن المواعن المؤبدة وذلك من منطلق الحرص حسب الظاهر على إحكام تنظيم الوقاية العامة من أن تستخدم هذه الإمكانيّة من قبل البعض للتلاعب بمؤسسة الزواج بالتسرّع في الإقدام على الطلاق حتى إذا ما استنفذ الطلقات الثلاث لجأ إلى "المحلّل" الذي عادة ما يتم اختياره من قبل الزوج الراغب في مراجعة مطلّقه ثلاثا، فيتم ترتيب زواج صوري يلتزم فيه المحلّل بعدم الاتصال بمن زف إليها، وأن يبادر بإعلان

⁹ المحرمات بالقربة على نص المادة 25 من ق. أ.ج. هي: "الأمهات، والبنات، والأخوات، والعّمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت"؛ أما المحرمات بالمصاهرة فهي حسبما ما وردت بالمادة 26 من نفس القانون: "1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها؛ 2- فروعها إن حصل الدخول بها؛ 3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا؛ 4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا"؛ وقد نصت المادة 27 منه على أن: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"؛ وتطبيقا لأحكام المادتين 28 و29 منه فإنّ الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته يعد ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعها. هذا ولا يحرم الرضاع إلا ما حصل داخل الحولين وقيل الفطام سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا".

¹⁰ ينص الفصل 14 من م. أ. ش. ت. على أنّ: "مواعن الزواج قسمان: مؤبدة ومؤقتة. فالمؤبدة: القربة أو المصاهرة أو الرضاع أو التطليق ثلاثا. والمؤقتة، تعلّق حق الغير بزواج أو عدّة"؛ وعملا بالفصل 15 من نفس المجلة فإنّ المحرمات بالقربة هي: "أصول الرجل وفصوله وفصول أول فصل من كل أصل وإن علا"؛ أمّا المحرمات بالمصاهرة فتتحدّد على أساس الفصل 16 منها ب: "أصول الزوجات بمجرد العقد، وفصولهن بشرط الدخول بالأم، زوجات الآباء وإن علوا وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرد العقد"؛ وجاء في الفصل 17 من ذات المجلة ما يلي: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة. ويقدر الطفل الرضيع خاصة -دون إخوته وأخواته- ولدا للمرضعة وزوجها. ولا يمنع الرضاع من النكاح إلا إذا حصل في الحولين الأولين".

طلاقها بمجرد دخوله بها صوريا ليعيدها إلى مطلقها، وذلك نظير مبلغ مالي يتم دفعه مقابل التزامه بما تمّ الاتفاق عليه¹¹.

وبهذا جعلت هذه الموانع، لكون حرية اختيار الزوجة لزوجها كمبدأ عام لا يصح على إطلاقه، إذ يعارض ضوابط الفطرة السليمة.

من جانب آخر، تكون الخطبة إمّا بلفظ صريح، وهو اللفظ الذي لا يحتمل معنى غير النكاح، كأن يقول زوجيني نفسك¹². أو بلفظ التعريض، وهو ما كان من لحن الكلام الذي يفهم به السامع ما يفهمه من صريحه، أو الإيحاء والتلويح من غير كشف أو إظهار، كأن يقول الرجل للمرأة إنك علي لكريمة، وددت أن الله رزقني امرأة صالحة مثلك، أو يقول لوليها لا تزوّجها حتى تعلمني¹³. فمن تجوز خطبتها تعريضا؟

من المتفق عليه فقها أنّ المرأة المتوفى عنها زوجها تحل خطبتها تعريضا لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾¹⁴. وسبب الجواز راجع إلى أنّ الرابطة الزوجية انقطعت بالوفاة، ولم يبق للزوج حق بزوجه التي توفى عنها¹⁵.

كما أنّ المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى تجوز خطبتها بالتعريض، طالما أنّ زوجها الأوّل لا يمكنه مراجعتها إلّا بعد أن تتزوّج بغيره فيطلقها أو يتوفى عنها، فإنّها محرّمة عليه وصلته بها انقطعت. الأمر الذي لا يمنع من خطبتها بالتعريض شأنها شأن المعتدة من وفاة¹⁶.

¹¹- محمد اللجمي، المرجع السابق، ص. 235.

¹²- أنظر، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي وأبي البركات سيدي أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج. 02، دار إحياء الكتب العربية، د. س. ن.، ص. 216.

¹³- أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004، ص. 1184.

¹⁴- سورة البقرة، الآية رقم 235.

¹⁵- أنظر، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج. 04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ص. 219؛ السيد سابق، فقه السنة، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط. 01، 2002، ص. 111-112.

¹⁶- عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص. 17.

يحمل القول، المرأة الخالية من الموانع يمكن خطبتها تصريحاً أو تعريضاً، وهناك حالات استثنائية لا تسمح بالتصريح ولكن لا تمنع في التعريض. فما هي الحالات التي لا يجوز خطبة المرأة فيها لا تصريحاً ولا تعريضاً؟

المحصنة لا تجوز خطبتها لا صراحة ولا بالتعريض حتى لا يكون هناك اعتداء على حق زوجها، ولا يتم إغراءها وإفساد حياتها الزوجية. والمعتدة من طلاق رجعي حرمت خطبتها صراحة وتعريضاً، لأنها لم تخرج من عصمة زوجها ويمكنه مراجعتها وقتما شاء¹⁷. كما أنّ المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى لا تحل خطبتها قبل انقضاء عدتها، حتى يمنح لمطلقها فرصة إرجاعها، ولأنه لا يؤمن أن يحملها حرصها على النكاح على الإخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها¹⁸.

فمتى كانت المرأة خالية من الموانع جاز خطبتها تصريحاً أو تعريضاً، ممّا يعطيها الحرية في التعبير عن رأيها بالموافقة أو الرفض بعد النظر والتحدّث مع خطيبها.

ثانياً: حدود حرية المخطوبة في النظر إلى خطيبها

أعطت الشريعة الإسلامية الحق للخاطب في النظر إلى المخطوبة فعن أنس بن مالك أنّ المغيرة بن شعبة أراد أن يتزوج امرأة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: اذهب فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤذم بينكما¹⁹. فللمرأة أيضاً الحق في النظر إلى من يتقدّم لخطبتها، ولكن في الحدود التي تتفق مع الآداب ولا تتعارض مع روح الشريعة، بحيث نهتهما عن الانفراد ببعضهما البعض وإن كان برضاها وموافقة أهلها لقوله صلى الله عليه وسلم: "... لا يخلون رجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان"²⁰.

وإنّ هذا المنع لا يهدف إلى انتهاك حرية إرادة المرأة، بل هو ضمان لسمعتها وكرامتها، ولذا لا يقبل مخالفة الشرع بحجة تحرر المرأة²¹. بدليل أنّ ما جرت عليه عادة الناس في المدن من اختلاط الخاطب بمخطوبته بعكس ما يقرّه الشرع أدّت إلى مفاسد اجتماعية كبيرة وأضرار وخيمة خاصة إذا

¹⁷- أنظر، أحمد بن حنبل في المغازي وعبد الحلّيم علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر، ط. 01، 2008-2009، ص. 44 وما بعدها؛ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار... المرجع السابق، ص. 1148.

¹⁸- أنظر، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج. 07، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص. 2369.

¹⁹- أنظر، أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، مكتبة المعارف، الرياض، 1997، ص. 68.

²⁰- أنظر، أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الصحيح، -سنن الترمذي-، ج. 01، شركة مصطفى الحلبي، ط. 02، 1978، ص. 466.

²¹- أنظر، محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دار البازوري العلمية، الأردن، 2010، ص. 102-103.

طالت مدة الخطبة، ولا شك أنّ انتهاءها بدون زواج سيؤذي المخطوبة أكثر من الخاطب لما فيها من تفويت للفرص، وللقليل والقال وما يترتب عن ذلك من ضرر مادي ومعنوي²².

حالة بعدما كانت ناذرة الوجود سابقا أصبحت منتشرة بشكل ملحوظ في الآونة الأخيرة، تتمثل في اختيار المرأة لرجل ما وسرعان ما تبرم عقد زواج مع رجل ثان دون إخبار الأول عن تراجعها على الزواج منه. فهل لها الحرية في ذلك؟

ثالثا: حرية المخطوبة في إبرام عقد الزواج مع الخطيب الثاني

من شروط الخطبة ألا تكون الفتاة مخطوبة للغير خطبة شرعية، لأنّ في خطبتها اعتداء على الخاطب الأول وإيذاء له، زيادة على ما يترتب على حلها من الضغينة بين الخاطبين وإيقاع العداوة بينهما. ولهذا لا ينبغي أن يتقدّم الشاب لخطوبة فتاة وكان غيره قد سبقه إلى خطبتها لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يبيع أحدكم على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب"²³.

ومع هذا القول، فإنّ انخفاض الوازع الديني والأخلاقي وأمام طغيان الماديات لم يمنع من مخالفة هذه القاعدة، فهل تملك المرأة الحرة المطلقة في إبرام عقد زواجها مع الخطيب الثاني رغم قيام خطبتها الأولى؟

اتفق الفقهاء على أنّه إذا خطب رجل على رجل فإنّه آثم ديانة، ولكنهم اختلفوا في أثر هذا على صحة عقد الزواج²⁴، بحيث يرى الظاهرية أنّ العقد بعد الخطبة المحرّمة باطل ويجب فسخه سواء دخل بها أم لا، فالعقد بني على خطبة محرّمة فهو الآخر محرّم. أمّا جمهور الفقهاء فاتفقوا على أنّ عقد الزواج يعتبر صحيحا لأنّه مستوفي أركانه وشروط صحته، فالنهي منصب على الخطبة لا على العقد²⁵.

²²- عن الضرر المادي والمعنوي تراجع، ص. 49 وما بعدها من هذه الرسالة.

²³- أنظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج. 09، دار الريان للتراث، القاهرة، ط. 01، 1986، ص. 105.

²⁴- أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط. 01، 2007، ص. 75-76.

²⁵- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 217.

وهذه المسألة لم تتعرض لها التشريعات المغاربية، فقانوننا لا يوجد فيه نص يمنع خطبة رجل على رجل آخر، وفي قبول المرأة للرجل الثاني، عدول ضمني عن الخطبة الأولى. استنادا عليه، يحق للمرأة إبرام عقد زواج مع الخطيب الثاني، بالرغم من عدم إنهاء علاقتها صراحة مع الخطيب الأول، الذي يتبقى له حق المطالبة بالتعويض.

ويمكن القول هنا أنّ المرأة حتى وإن كان لها حق إبرام عقد الزواج مع من تشاء، إلا أنّ الأخلاق والآداب تمنعها من التصرف بهذا الشكل. فعلى الأقل تعلن الخاطب الأول عن نيتها في التراجع عن قرارها، خاصة إذا كان الارتباط بالخطيب الثاني مؤسس على مصالح مادية وهو للأسف ما تحوّل إلى أصل في مجتمعنا عوض أن يكون حالة شاذة لا يقاس عليها.

مما تقدّم يتبيّن أنّ إرادة المرأة تلعب دورا هاما في اختيار من تراه مناسبا لأن يشاركها بقية حياتها، ومتى تأكّدت المرأة من حسن اختيارها وتلاقت الإرادتين، عمدت إلى إتمام عقد الزواج. وإلاّ فلها حرية التراجع والعدول عن الخطبة.

الفرع الثاني

حرية المرأة في عدم الزواج ورفضه بعد خطبتها

الخطبة مرحلة سابقة عن العقد الذي هو الغرض النهائي لاتفاق الخطيبين ولكن هذا المبتغى قد لا تسمح ظروف أحد الطرفين ببلوغه، فأعطى المشرع هذه المرحلة طابع التروي والتفكير وتدبير خلفيات الأمور حتى لا يقحم الشخص نفسه في التزام قد يصعب عليه التخلص من نتائجه بالسهولة المتوقعة. وقد أباح المشرع ذلك للطرفين على حد سواء²⁶.

والعدول عن الخطبة يعني تراجع أحد الخطيبين والتخلّي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر والتوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق عقد الزواج كما كان مخططا له في أول الأمر بعد إتمام الخطبة، لذلك فإنّه إذا وقع العدول انقضت الخطبة ولا يجوز

²⁶- أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، - الزواج و الطلاق-، ج. 01، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، الجزائر، 1986، ص. 20.

للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام العقد دون إرادته وهو عقد ينبنى على الرغبة المعلنة و الإرادة المتبادلة للخطيبين²⁷.

وللحديث عما إذا كانت المرأة حرة في العدول عن الخطبة، ينبغي أولاً تحديد طبيعتها الشرعية والقانونية، بمعنى هل الخطبة ذات طابع إلزامي أم أنّها غير ملزمة؟ وعلى هذا الأساس يمكن الحكم (أولاً). فوجه التفرقة هنا له أهمية كبيرة، لأنّ الطابع غير الإلزامي للخطبة يسمح للمرأة بالعدول عنها، وفي المقابل يطرح التساؤل عما قد يترتب عن هذا العدول من آثار (ثانياً).

أولاً: مدى إلزامية الخطبة

الخطبة تواعد بإنشاء عقد الزواج، فهي ليست عقدا له قوة الإلزام في العقود، وأقصى ما تؤديه إذا تمت أن تكون مجرّد وعد لإبرام عقد الزواج. الأمر الذي يجعلها غير ملزمة تسمح للمرأة بالرجوع عنها، لتفادي إنشاء حياة زوجية بالإكراه. ومع ذلك يطلب شرعا وخلقا الوفاء بالوعد²⁸. فمن مكارم الأخلاق والآداب لا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده ويرجع في عزمه، اللهم إلا إذا كانت ثمة ضرورة أو حاجة شديدة تستدعي نقضه، مراعاة لحرمة البيوت وكرامة الفتاة²⁹.

فمن الناحية الشرعية، لا يكره للولي الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك، لأنّ الحق لها، ولا يكره لها الرجوع إذا كرهت الخاطب لأنّه عقد عمر يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها. وإن رجعا عن ذلك لغير غرض، كره لما فيه من إخلاف للوعد³⁰. ومصدر جواز العدول عن الخطبة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك"³¹. فدلّ قوله "أو يترك" على جواز العدول عن الخطبة، وكما أنّ حق العدول هنا مقرّر للخاطب فإنّه يتقرّر أيضا للمخطوبة. وعلى هذا سار الفقه المالكي حيث لا يكون حراما أن ترد المرأة أو وليها الخاطب بعد الركون إليه ما لم يكن الرد لأجل خطبة الثاني³².

²⁷- أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط. 02، 1989، ص. 85.

²⁸- مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾، سورة الإسراء، الآية رقم 34.

²⁹- أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، -الأحوال الشخصية-، ج. 07، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط. 02، 1985، ص. 25.

³⁰- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 571.

³¹- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري... المرجع السابق، ج. 09، ص. 414.

³²- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 193.

وعلى غرار الشريعة الإسلامية، فإنّ القوانين المغاربية للأسرة جعلتها وعدا غير ملزم ولكل من الطرفين العدول عنها آخذة بذلك بمبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه في المستقبل دون ضغط أو إكراه، وحتى يقوم عقد الزواج على أساس متكامل من الرضا. وعلى ذلك نص المشرع التونسي بالفصل الأوّل من مجلة الأحوال الشخصية حيث اقتضى أنّ: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به". واقتضت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من مدونة الأسرة المغربية: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج"، وقد أكملت المادة السادسة من نفس المدونة بالقول: "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها". وجاءت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها".

إنّ أوّل ملاحظة جديرة بالإشارة هي أنّ مشروعوا التشريع العائلي اختاروا الخروج عن قاعدة عامّة مفادها أنّ التعريف ليس من صميم عمل المشرع وإنّما هو موكول لفقّه، ولعلّهم بذلك قصدوا وضع حد لأي مجادلة والحسم بخصوص التكيف القانوني للخطبة.

فهي تواعد متبادل بين الخطيبين، والقانون لم يتطلّب لتمامها شكلية معيّنة ولا جعل من استيفائها قبل الزواج أمرا واجبا وإنّما هي أمر اختياري وجوازي. وبدون شك فإنّ إضفاء صبغة التواعد غير الملزم على الخطبة جاء لكفالة حرية الزواج، هذه الحرية تستوجب الحرية التامة بين إبرام الزواج وعدمه والحق في اختيار شريك الحياة، وهي حرية ينبغي أن تبقى قائمة إلى حين توثيق العقد وإبرامه. وبهذا فالوعد بالزواج والتواعد عليه لا يترتب عليه آثار أكثر من أثر طلب الزواج أي أنّه غير ملزم لكل من الخاطب والمخطوبة. والعلّة في ذلك أن تتوفر للمقدمين على الزواج حرية الاختيار لأنّ الزواج عقدة الحياة والتروي فيه أمر لا بد منه ولو ألزمت المخطوبة بخطيبها لكان في ذلك حمل لها على إتمام ذلك العقد قبل أن تتوافر كل أسباب الفحص. وأيضا لأنّ ذلك الإلزام لو قلنا به لتعذر تنفيذه عمليا على الذات إذ لا يمكن لأية قوة مهما كانت أن تجبر شخصا على الاقتران بمن لا يرغبه زوجا له. فعقد الزواج أساسه المكارمة والتراحم والمودة لا المشاحنة والتقاطع والتنافر. ممّا وجب معه بقاء حرية الاختيار متحتمة في علاقة المخطوبة بخطيبها ضمانا لإقامة مؤسسة زواج على أسس سليمة مصداقا

لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾³³.

ورغم هذا التأكيد الذي يدل على حرية المرأة في رفض إتمام الزواج إلا أنّ ذلك لا يمنعنا من الإشارة إلى بعض الأخطاء المنهجية التي تخللت هذه النصوص، فبتحليل الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري نجد أنّ المشرع لم يكن موفقاً في استعمال لفظ "الوعد"، وذلك لسببين: الأول، لكون القانون المدني جعل الوعد ملزماً، في حين أنّ قانون الأسرة جعله غير ملزم، وهو ما يؤدي إلى تضارب الأحكام في المصطلح القانوني الواحد³⁴. على خلاف المشرع التونسي الذي وفق بين الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية والفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود حيث اعتمد منهجية واحدة باعتبار الوعد غير ملزم³⁵.

أمّا السبب الثاني، فلكون المصطلح يوحي أنّ الأمر يتعلّق بتصرّف بإرادة منفردة صادر عن الخاطب وحده ولا دور للمخطوبة فيه³⁶. لهذا نقترح عليه تبني مصطلح "تمهيد" ليؤدي الغرض المقصود منه، أو "تواعد" الذي اعتمده المشرع المغربي عوض مصطلح "وعد" المستخدم في النص قبل التعديل³⁷. وهذا في محاولة منه لإبراز الدور الإيجابي للمرأة في التعبير عن إرادتها، بعدما كانت

³³- سورة الروم، الآية رقم 21.

³⁴- حيث نص المشرع في المادة 72 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 12 جمادى الأولى الموافق ل 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري. ج. ر. رقم 44، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005 على أنّه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد تم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط لازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلّق منها بالشكل متوفرة، قام الحكم مقام العقد".

- أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، -دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، دار الخلدونية، الجزائر، ط. 01، 2008، ص. 31.

³⁵- جاءت صياغة الفصل 18 من م. إ. ع. ت.، على النحو التالي: "مجرد الوعد لا يترتب عليه التزام".

³⁶- أنظر، يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مجلة المنتدى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2005، ع. 05، ص. 81.

³⁷- بعدما كان الفصل الثاني من م. أ. ش. م. ينص على أنّ الخطبة هي "وعد" بالزواج، كقيمتها المدونة على أنّها "تواعد" رجل وامرأة على الزواج. وبهذا تكون قد خاطبت الخاطبين على قدم من المساواة لأنّ كلمة التواعد تفيد تبادل الوعد بين الطرفين على خلاف مصطلح الوعد الذي يشمل إرادة طرف دون الطرف الآخر. كما أنّ هذا التحوّل من قبل المشرع المغربي يعكس إرادته في إلقاء المسؤولية الأسرية المشتركة على عاتق الطرفين منذ الفترة التمهيدية للزواج. أنظر، الطاهر كركري، العدالة الأسرية، دراسة في ضوء مدونة الأسرة، -كتاب الزواج-، مطبعة أنفو، فاس، ط. 01، 2009، ص. 61.

الصياغة السابقة توحي أنّ الأمر يتعلّق بتصرّف بإرادة منفردة صادر عن الخاطب وحده ولا دور للمخطوبة فيه³⁸.

ولضمان كفالة مبدأ حرية الزواج من عدمه على صعيد الواقع، جاء موقف المشرع التونسي واضحاً وصريحاً بتحجيره على القضاء الحكم بجبر الطرف العادل على الزواج الذي لم تعد له رغبة في إبرامه تكريساً واضحاً لقاعدة حرية الزواج، ذلك أنّ الزواج المبرم كرهما وعن طريق الإلزام لا يمكنه أن يصلح لتأسيس أسرة متماسكة ومستقرة تقوم على المودة والرحمة والتفاهم³⁹.

وهذا الموقف سارت عليه المحكمة العليا بالجزائر في العديد من قراراتها، نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 17 مارس 1992 تضمّن ما يلي: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنّ الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من طرفين العدول عنها، وأنّ لصحة عقد الزواج لا بد من توفره على جميع أركانه المتمثلة في: رضا الزوجين، ولي الزوجة، وشاهدين وصادق"⁴⁰. فلا ينبغي الخلط بين الخطبة وعقد الزواج.

ورغم أنّ القضاء المغربي هو الآخر سار على نفس المبدأ، حيث صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 15 فيفري 1988 ما يلي: "حيث أنّ الخطبة وعد بالزواج، وليست زواجا، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا، حيث أنّ العلاقات خارج إطار الزواج لا يترتب عنها شيء وهي محض الزنا"⁴¹، إلّا أنّ المجلس الأعلى المغربي انفرد بتقرير مبدأ مفاده أنّ التزام الخاطب كتابة بإتمام إجراءات الزواج يلزمه، حيث تضمن القرار الصادر عنه بتاريخ 31 يناير 2007 ما يلي: "إنّ المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها أنّ العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين استناداً إلى مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة التي تنص على أنّ المحكمة تعتمد في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات، معتمدة في ذلك على شهادة الشهود المستمع إليهم بعد أدائهم اليمين القانونية والذين أثبتوا العلاقة الزوجية بين الطرفين لكون الزوجة زفت إلى بيت الزوجية، وكذلك على التزام الطاعن المصادق عليه في 09 فبراير 1999 تحت عدد 272 جماعة دار أولاد زيدوح

³⁸- يونس الزهري، آثار الخطبة... المرجع السابق، ص. 81.

³⁹- محمد اللجمي، المرجع السابق، ص. 167.

⁴⁰- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 17 / 03 / 1992، ملف رقم 81129، إ. ق. غ. أ. ش.، 2001، ع. خ.، ص. 30.

⁴¹- محكمة الاستئناف بالرباط، 15 / 02 / 1988، ملف عدد 6917 / 85، مجلة الإشعاع، 1991، ع. 05، يونيو 1991، ص. 118.

والذي يتضمن أنه يلتزم بمقتضاه بإتمام إجراءات الزواج مع المطلوبة في النقض بعدما وعداها به تكون قد أقامت قضاءها على وثائق لها أصلها في الملف ولم تخرق القانون ولا القاعدة المتمسك بها من طرف الطاعن، فجاء قرارها معللاً تعليلاً كافياً⁴².

يعدّ هذا التوجه غير صائب، فعبارة "يلتزم بإتمام إجراءات الزواج مع المطلوبة في النقض بعدما وعداها به" يثير الغرابة وغير مقبول، لكونه يتعارض مع حق الشخص في العدول عن الخطبة، ويشكّل انتهاكاً لمبدأ الحرية في الزواج لما فيه من تحجير وتضييق لممارسة هذه الحرية. كما أنّ إرغامه على إتمام الزواج وهو كاره له قد ينعكس سلباً على الحياة الزوجية ويهدّد استقرارها في المستقبل للمساس بأهم ركن في عقد الزواج ألا وهو الرضا. وبهذا يتعارض هذا الاتجاه مع روح الشريعة الإسلامية ومع القوانين الوضعية، التي شرّعت الخطبة بهدف التروي، وحسن الاختيار، والسير في إتمام الزواج عن قناعة ورغبة، والتي كوّنت الخطبة على أنّها مجرد تواعد غير ملزم ممّا يترتب على ذلك الحرية في القبول أو رفض الزواج.

نخلص ممّا تقدّم إلى أنّ الخطبة ليست عقد زواج، ولا يترتب عنها شيء من أحكام الزواج، وإنّما هي مجرد وعد بالزواج ومقدمة من مقدماته. لأنّها لو اعتبرت عقداً ملزماً لفقدت غايتها، فما شرّعت إلّا ضماناً كافياً لحرية الأزواج، لا للالتزام به ولا للإكراه عليه⁴³. وإنّ فقدانها للصبغة الإلزامية يجعل المرأة حرة في التراجع عنها وقتما شاءت، فبنكولها تنقضي الخطبة ولا يجوز للحاطب أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزامها بالاستمرار معه وإبرام عقد الزواج، فلها كامل الحرية في مباشرته من عدمه. فهل يعني ذلك أنه لا وجود لآثار قانونية تنجر عن ممارسة هذا الحق بحرية مطلقة؟

ثانياً: عدول حر بشرط عدم التعسف فيه

لأنّ الخطبة هي تواعد بالزواج فإنّها تبقى على حرية الزواج كاملة ولا تلزم قانوناً الطرفين بتنفيذ ما تواعدا به رغماً عن إرادتهما أو رغماً عن إرادة أحدهما. ولهذا أجازت الشريعة الإسلامية وعلى

⁴² - مجلس أعلى، 31 / 01 / 2007، ملف شرعي ع. 437، (غير منشور)، مقتبس عن: محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة... المرجع السابق، ص. 169.

⁴³ - أنظر، جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة - في الفقه والقانون -، دار الحامد، الأردن، ط. 01، 2009، ص.

غرارها التشريعات المغاربية للأسرة - كما تم بيانه أعلاه⁴⁴ - لطرفي الخطبة العدول عنها، لأنّ الخطبة ما شرعت إلاّ ليستطيع كل خاطب التعرّف على الطرف الآخر، وهذا نظرا لأهمية عقد الزواج الذي يتطلب التحري حتى يكون الاختيار سليما لتسهيل المحافظة على الدوام والاستقرار مستقبلا⁴⁵.

فتفريعا على كفالة حرية الزواج، فإنّ حق العدول عن الخطبة يبقى مكفولا، باعتباره حقا ثابتا ومقرّرا قانونا للخطيبين على حد سواء. غير أنّ ذلك لا يعني جواز التحلّل من الخطوبة بأي طريقة دون أن يترتب عن العدول عنها أثر في كل الظروف، إذ يمكن أن يتعسف أحدهما في استعمال حقه، فيتاح حينئذ المجال للطرف الآخر طلب التعويض عما لحقه بسبب ذلك من ضرر (1).

فالعدول عن الخطبة جوازي، وذلك للدلالة على أنّ العدول عن الخطبة ليس حقا مطلقا يستعمله صاحبه كيفما شاء دون مساءلة، وإتّما هو حق مقيد بالغاية التي وضع لأجلها، وكأتمّ رخصة يسمح باستعمالها في ظروف معيّنة من باب الإباحة في الرجوع عن التواعد إذا ما ظهر ما يمنع من المضي في إتمام عقد الزواج⁴⁶.

ولأنّّه عادة ما يتبادل الخطيبين الهدايا أثناء فترة الخطوبة مجاملة وتودّدا، يطرح التساؤل عن مآل تلك الهدايا في صورة إخفاق مشروع الزواج بالعدول عن الخطبة، كما يطرح التساؤل عن مصير الصداق في حالة ما إذا كان معجلا (2).

وأمام ما تشهده المجتمعات من تحلّل وانفلات ديني وأخلاقي لا نستبعد اختلاء الخاطبين بعضهما ببعض ما قد يثمر عن حمل وولادة فهل ينسب المولود إلى أبيه؟ وكيف كانت المواقف الفقهية والقانونية حيال هذه المسألة؟ وهل صمد القضاء أمام المتغيرات أم أنّّه شهد توجهها جديدا؟ (3).

⁴⁴- يراجع، ص. 43 وما بعدها من هذه الرسالة.

⁴⁵- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 20.

⁴⁶- أنظر، مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص. 66.

1- التعويض عن الضرر المترتب عن عدول المرأة

باعتبار أنّ الخطبة ليست بعقد فإنّ المرأة تبقى حرة في إتمام عقد الزواج، فإن رغبت في العدول كان لها ذلك. هذا الحكم لا يعني إغفال الطرف المقابل في هذه العلاقة ألا وهو الخاطب، لأنّ تصرّف الخطيبة قد يلحق به ضرار ماديا أو معنويا. فهل يمكن إلزامها بدفع تعويض له؟ وإذا كانت مجبرة على التعويض، ألا يعد ذلك تعدي على حقها وكبت لحريتها؟ فكيف نقر لها بحرية التصرف في حقها ثم نعاقبها على ذلك؟

إذا كان الفقهاء القدامى، قد أجمعوا على أنّ الخطبة وعد بالزواج ولكل واحد من الطرفين الحق في أن يعدل عنها، فإنّهم لم يتعرّضوا لما يترتب عن هذا العدول من أضرار⁴⁷. وإنّ عدم التطرّق لهذه المسألة يرجع إلى عدّة ظروف وملابسات منها:

أنّ مثل هذه الأمور كانت تجري في عهود الفقهاء القدامى على نحوٍ من البساطة واليسر لعدم استمرار الخطبة فترة طويلة، ولم يكن أحد الطرفين قد تكلف في معظم الأحوال ما يستحق التعويض من مال أو غيره. كما أنّ التعفف عن أخذ العوض في مثل هذه الأمور لم تكن لتفسح المجال لطلب التعويض القضائي. ثم إنّ كلا من طرفي الخطبة يعلم مسبقا أنّ حق العدول مقرّر له شرعا، فكان لزاما عليه أن يتوقّع العدول من جانب الطرف الآخر في أي وقت، فلا يعتبر وقوعه مفاجأة له وليس اعتداء على حق أحد. وإذا كان الأمر كذلك فينبغي أن يترتب حتى تتبيّن له حقيقة الأمر ولا يتسرع في شراء جهاز البيت، أو تستقيل المرأة من الوظيفة للتفرغ لشؤون الأسرة قبل أن ييث في أمر العقد. كما أنّ الزواج لا يتم إلاّ بالرضا الكامل من كل من الرجل والمرأة، فلو لزم الحكم بالتعويض عند العدول لكان في ذلك إلزام ضمني للخاطب بالزواج من مخطوبته، وهذا لا يجوز في العقود مطلقا، فكيف في عقد الزواج؟

47- أنظر، الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، البجيرمي على الخطيب، -المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب-، ج. 04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1996، ص. 150 وما بعدها؛ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبوي وابراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبي ، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، ج. 01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1998، ص. 460؛ موفق الدّين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي وشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي وعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج. 20، هجر للطباعة، ط. 01، 1996، ص. 78 وما بعدها؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 215 وما بعدها.

هذا وإنّ الحياة الاجتماعية في زمن أولئك الفقهاء لم يكن من شأنها أن تترك مجالاً للإضرار بالمخطوبة عند العدول، فالإسلام لا يبيح للخاطب إلاّ النظر والحديث إلى مخطوبته بحضور المحارم، ولا يتصوّر في مجتمع يقوم على الآداب الإسلامية أن يلتقي الخاطب بمخطوبته إلاّ بحضور أحد محارمها. أمّا الظهور أمام الناس بمظهر الزوجية وما ينشأ عن ذلك من إضرار بالمخطوبة عند العدول، فذلك ما لا وجود له في تلك العصور ولا في البيئات التي تتمسك بتعاليم الإسلام، ولكن لما انحرف المسلمون عن تعاليم الإسلام وقلّدوا الأجانب فسمحوا للخاطب أن يخرج مع خطيبته وحدهما ترتّب على ذلك إلحاق الضرر بالمخطوبة عند عدول الخاطب⁴⁸.

لهذا كله لم يتعرّض الفقهاء القدامى لهذا الموضوع، وخلافاً لذلك فقد نالت هذه القضية اهتمام بعض الفقهاء والقانونيين المعاصرين، نظراً لتطوّر الحياة الاجتماعية وتأثيرها بالحضارة الغربية، وفساد الأخلاق، وضعف الوازع الديني، كل ذلك من شأنه أن يؤدّي إلى الإضرار بالمخطوبة عند العدول. ولهذا نجد أنّ مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة أثار اختلافًا وانقسامًا في جانب الفقه الإسلامي المعاصر وسندهم في ذلك يختلف باختلاف مواقفهم، فالأجته الأوّل يرى أنّه لا وجه لإلزام من يمتنع عن العقد بعد الخطبة بالتعويض ولكل الحق والحرية التامة في الزواج ممن يشاء، فالقول بالتعويض يتعارض مع طبيعة الخطبة باعتبارها وعدًا بالزواج. وإذا مارس الخاطب حقه المشروع في العدول، فإنّه لا يكون مسؤولاً عمّا يترتب من ضرر طبقاً للقاعدة الفقهية القائلة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان". وقياساً على الزوج الذي طلق زوجته قبل الدخول لا يتحمّل إلاّ نصف المهر، فمن غير المنطقي والعدل أن يتحمّل الخاطب دفع تعويض عن أضرار قد تفوق قيمة ما يدفعه الزوج من نصف المهر المسمى. وخوفاً من دفع مبلغ التعويض قد يضطر الشخص إلى إبرام عقد الزواج وهو مكره على ذلك، فيغيب الرضا وتنعدم معه الحرية، فإذا كان سبب العدول عدم الرغبة في إتمام الزواج وليس بهدف الإضرار بالطرف الآخر فلماذا يلزم في هذه الحالة بالتعويض؟ خاصة وأنّ فتح مجال

⁴⁸ - أنظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مطبعة دار النهضة العربية، لبنان، ط. 03، 1977، ص. 86؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دمشق، 1957، ص. 63.

للتعويض، قد يفتح بابا واسعا على القضاء بكثرة القضايا وتراكمها، مما يزيد من حدة المشاكل والضغينة بين الطرفين وعائلتهما⁴⁹.

وبناء على هذا الاتجاه ليس لقاض أن يحكم بالتعويض، لأنّ العدول حق للخاطب والمخطوبة بلا قيد ولا شرط، ولأنّ العادل بحكم الفقه والقانون يسترد هداياه فكيف يغرم مالا. ولأنّ المقرر فقها وقانونا أنّه لا ضمان في استعمال الحق، ولأنّ الذي وقع في الضرر من الطرفين يعلم أنّ الطرف الآخر له العدول في أي وقت شاء، فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة ثم حصل عدول، فالضرر وقع نتيجة لاغتراره، ولم يغرر به أحد، والضمنان عند التغير، لا عند الاغترار، ولأنّه لو حمل العادل عن الخطبة مغارم لكان في ذلك بعض الإكراه على الزواج، ويجب أن يتوافر في عقد الزواج كامل الرضا، وكامل الحرية، ولهذا يجب أن تكون الحرية في عدم إتمام عقد الزواج والعدول عن الخطبة حرية مطلقة وغير مقيّدة.

أمّا الإتجاه الثاني، فيرى وجوب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية عند العدول عن الخطبة، لأنّه ضرب من التعسف في استعمال الحق، فالحق يحوّل لصاحبه التصرف فيه كما يشاء، شريطة مراعاة الغير، إذ لا يجوز اتخاذه كوسيلة للهدم وإلحاق الضرر. وكذلك عملا بقاعدة "العدل لا يتجزأ". ومن منطلق حرية الزواج، يقتضي العدل منح كل طرف الحق في العدول، يقابله عدل بإلزام المتعسف بالتعويض عن الأضرار التي لحقت الطرف الآخر. وعليه تطبيقا لمبدأ "لا ضرر ولا ضرار"، وجب إقرار التعويض عند التعسف في استعمال الحق، فكل وعد كان سببا في إلحاق ضرر يجب الوفاء به⁵⁰.

يقول في ذلك الدكتور مصطفى السباعي: "ولا شك في أنّ المخطوبة قد تتضرر أدبيا أو ماديا ضررا بالغا بالعدول عن خطبتها، كأن يفوت الخاطب عليها خاطبا آخر كان مستعدا لأن يدفع لها مهرا أكثر، أو يعيش معها في مستوى من المعيشة أعلى وأكرم، أو كان صاحب منزلة اجتماعية أرقى وأعلى، وإذا استمر الخاطب في خطبتها سنين - كما يقع كثيرا فإنّه يفوت عليها الخاطبين بعد أن

⁴⁹- أنظر، عمر سليمان عبد الله الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار الفرائس، الأردن، ط. 04، 2012، ص. 77؛ محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار العدوي، الأردن، ط. 01، 1981، ص. 31.

⁵⁰- أنظر، عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري - الزواج وآثاره -، ج. 01، جامعة دمشق، سوريا، د. س. ن، ص. 51؛ إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر تعديلات ظهور 10.09.1993، دار الجسور، المغرب، 2001، ص. 32.

تصبح في سن يقل الراغبون في زواجها، ومن الأضرار المعنوية ما تلوكه الألسنة عن أسباب العدول مما يؤدي سمعتها ويعرضها لكثير من الشائعات⁵¹.

ومن جانب آخر، ذهب فريق ثالث إلى اتخاذ موقف وسط، بالقول أنّ مجرد العدول لا يلزم صاحبه بالتعويض، غير أنّه إذا اقترن العدول بأفعال ألحقت ضررا بالآخر وكان العادل هو المتسبب فيها وجب عليه التعويض⁵². وأنّ العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض لأنّه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة، لا بمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب نوعا من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن، ثم يكون العدول والضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة، فيعوض وإن لم يكن كذلك فلا يعوّض.

وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر ينشئ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوّض والثاني لا يعوّض، إذ الأول كان فيه تعيير والتعيير يوجب الضمان، والثاني لم يكن فيه تعيير، بل اغترار ممن وقع الضرر عليه والاغترار لا يوجب الضمان⁵³.

أمام هذه المواقف الثلاث، نجد أنّ المشرع المغربي سار على نهج الاتجاه الثالث حيث اقتضت المادة السابعة من مدونة الأسرة ما يلي: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض. غير أنّه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض". وهنا يتبين أنّ النص قد جمع بين أحقية العدول عن الخطبة وبين المطالبة بالتعويض في حالة الضرر، بمعنى أنّ العدول عن الخطبة أمرا مباحا، ولا تحميل للمرأة فيه أية مسؤولية، فالخطبة تمهيد لعقد الزواج الذي يستوجب إعطاء كامل الحرية في مباشرته واختيار الشريك، غير أنّه متى صدر عن المرأة فعل سبب للخاطب ضررا فإنّه يمكنه المطالبة بالتعويض. ولنا أن نقول أنّه حسنا فعل المشرع المغربي حين تبني وبوضوح

⁵¹- مصطفى السباعي، شرح قانون... المرجع السابق، ص. 62.

⁵²- أنظر، سعاد سطحي ونصر سلمان، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، -دراسة مقارنة مع قانون الأسرة-، دار السلام، الجزائر، بدون سنة، ص. 53-54.

⁵³- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 36-37.

مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة من قبل المتسبب فيها بخطئه الشخصي، واضعا بذلك وبكل جرأة حدًا للاختلاف الفقهي الذي كان منقسما في المغرب إلى فريقين: الأول يرى أنّ القانون المدني قد رتب على المسؤولية التصيرية تعويضا يمكن أن يطبق بالنسبة للخطبة عن طريق القياس حفظا للحقوق وحرصا على جعل حدّ للتصرفات الطائشة⁵⁴. إلا أنّ القضاء المغربي قرّر عدم إمكانية تطبيق الفصلين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود في مجال الأحوال الشخصية. والثاني يرى إمكانية التعويض ولكن بشرطين وجب تحققهما معا وإلا فلا محلّ للتعويض ولو تحقّق الضرر، وهما: ألا يكون للعدول مبرّر ظاهر لإنهاء الخطبة، بل يفعل ذلك لمجرد التهور والطيش، وأن يكون له دور في انجاز التصرف الضار بالآخر⁵⁵.

أما المشرع الجزائري فقد تبني الموقف الثاني فنصت الفقرة الثالثة من المادة 05 من قانون الأسرة على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض". وإذا تم التأمل في نص هذه الفقرة فإنه يمكن تقرير الملاحظات التالية:

- نجد أنّها جعلت مجرد العدول موجب للتعويض، في حين أنّ الأصل جعل المتسبب في العدول مسؤولا كما أقرّ به المشرع المغربي.

- لا ينبغي صياغتها بهذا الشكل، لكونها تدل على منح الشخص حقا تم تعاقبه عند استعماله. لذا يرجى من المشرع أن يعيد النظر في هذه الصياغة، بأن يجعل مجرد العدول عن الخطبة لا يعدّ سببا للتعويض بناء على حق الشخص في العدول، أمّا إذا لازمت العدول أفعال أخرى مستقلة عنه استقلالا تاما وألحقت ضررا ماديا أو معنويا للطرف الثاني فإنّها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت فيه⁵⁶.

- هي جوازية، وحسنا فعل المشرع بمنحه للقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالتعويض، ولذا يمكنه ألا يحكم به إذا بدت له المبررات المقنعة، ومنها أن لا يكون الضرر معتبرا أو ناتجا عن خرق

⁵⁴- أنظر، إدريس الفاخوري، ترجيح الاتجاهات الأخلاقية في مجال العقود والالتزامات، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، جوان 2000، ع. 01، ص.

26.

⁵⁵- أنظر، محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط. 01، 2005، ص. 74 - 75.

⁵⁶- أنظر، حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط. 01، 2009، ص. 15 - 16.

قاعدة شرعية⁵⁷. ولأنّ في التعويض شبه إكراه على الزواج وهذا لا يتفق وما يجب أن يكونا عليه الخطبة والزواج من رضا الطرفين وحريةهما الكاملة في إنشائه⁵⁸، فإنّ القضاء قرّر أنّ العدول عن الخطبة المقترن بأفعال تلحق ضرراً بأحد الخطين، يوجب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية⁵⁹. ويعتبر هذا الحكم عادلاً متفقاً مع روح الشريعة الإسلامية التي قرّرت أنّه لا ضرر ولا ضرار، وأنّ الضرر يزال شرعاً، ومتماشياً مع مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، فلا يكون التعويض عن العدول وإثماً عن الضرر الناشئ عن الأفعال التي صاحبته، فتدخل المسألة في التعويض الموجب للضمان⁶⁰.

- نصت صراحة على جبر الضررين معاً المادي والمعنوي⁶¹، وهو ما جرى العمل عليه قضاءً، فلقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 28 مارس 2000 ما يلي: "حيث أنّه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلّق بالمشاعر والألم الوجداني، فإنّ التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره"⁶².

وإذا كانت صياغة المشرع الجزائري معيبة، فإنّ المشرع التونسي لم يتناولها، ورغم هذا الفراغ نقول أنّ حرية العدول عن الخطبة التي يكفلها الفصل الأوّل من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ليست مطلقة لا تخضع لأي قيد ولا شرط ولا توجب أيّة مساءلة، وإثماً هي مقيدة ومعلّقة على شرط عدم التعسف. ولهذا إذا تعسفت المرأة في عدولها عن الخطبة وترتب عن ذلك ضرر لحق بالخاطب، فله اللجوء إلى القضاء لا للمطالبة بإلزامها بتنفيذ وعدها وإثماً لمساءلتها عن جبر الضرر الذي تسببت له فيه. وذلك على الأقل ما أكّده محكمة التعقيب في قرار صادر عنها بتاريخ 03 مارس 1959 واقتضى: "إنّ الوعد بالزواج وإن كان غير ملزم بإتمامه لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم إساءة

⁵⁷- أنظر، عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، ط. 01، 2007، ص. 105.

⁵⁸- أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج. 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط. 03، 2004، ص. 57.

⁵⁹- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 25 / 12 / 1989، ملف رقم 56097، م. ق.، 1991، ع. 04، ص. 102؛ محكمة عليا، غ. أ. ش.، 13 / 07 / 1993، ملف رقم 92719، م. ق.، 1995، ع. 01، ص. 128.

⁶⁰- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي... المرجع السابق، ج. 07، ص. 27-28؛ المادة 124 مكرر من ق. م. ج.

⁶¹- لمزيد من التفاصيل حول الضرر المادي والمعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة راجع، مبروكة مقنّانة، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية-، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009، ص. من 85 إلى 99.

⁶²- محكمة عليا، غ. م.، 28 / 03 / 2000، ملف رقم 231419، م. ق.، 2003، ع. خ.، ص. 593.

استعماله، وإساءة استعماله تمكّن من حق المطالبة بجبر الضرر على قاعدة الجنحة المدنية لا المطالبة بغرم ناتج عن عدم الوفاء بالالتزام⁶³.

وهو ما تبنته المحكمة الابتدائية بصفاقس بتاريخ 17 مارس 1986 حيث ذهبت إلى القول: "حيث أنّ العلاقة التي كانت قائمة بين الطرفين بموجب خطبة المدعى عليها للمدعية ثابتة بالملف وقد قدّمت المدعية للدلالة على ذلك عدّة صور شمسية أخذت للطرفين يوم الاحتفال بالخطبة كما أنّ المدعى عليه لم ينازع في قيامها وقد اعترف بنكوله عن الخطبة عند استجوابه بواسطة العدل؛

وحيث أنّ الوعد بالزواج يترك الحرية المطلقة للخاطبين لإتمام الزواج لكن النكول ولن كان حقا لكل منهما فإنّه حق لا يمكن التعسف به وينجر عن التعسف بهذا الحق جنحة مدنية تحوّل المطالبة بغرم الضرر من جراء عدم احترام الناكل لما التزم به..."⁶⁴.

ما يلفت الانتباه في هذا القرار استعمال عبارة "الوعد بالزواج يترك الحرية المطلقة للخاطبين لإتمام الزواج"، وبعدها يقرّر منح التعويض على أساس التعسف في استعمال الحق، فهذه العبارة لا تنسجم مع الغرم. لهذا كان من المتجه استبدالها بعبارة "الوعد بالزواج يترك مبدأ الحرية للخاطبين لإتمام الزواج". لبيان أنّ الحرية هنا ليست حرية مطلقة بل هي محدودة وعليه تحذف عبارة "مطلقة" لتلافي التضارب بينها وبين الحكم بدفع الغرامة هذا من جهة. ومن جهة أخرى، هناك تناقض آخر، ففي البداية تؤكد المحكمة بأنّ الوعد بالزواج يترك الحرية المطلقة للخاطبين لإتمام الزواج تمّ تنتقل إلى الحديث عن عدم احترام الناكل لما التزم به. فكيف يمكن أن يكون الوعد غير ملزم وملزما في نفس الوقت؟ فكان عليها أن تشير إلى أنّ الوعد غير ملزم ولا وجود للالتزام وأنّ التعويض ينجم عن التعسف في استعمال الحق.

وفي هذا الصدد لا بأس من الإشارة، أنّ من الأضرار المعتمدة قانونا الاستهواء للتغريب بالطرف الآخر، والتماطل عن إتمام الزواج بالدخول، استعمال الخديعة والغش، مطالبة الطرف الآخر بمطالب

⁶³- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 03 / 03 / 1959 ، ع. 1556، م. ق. ت.، 1959 ، ع. 06، ص. 30.

⁶⁴- المحكمة الابتدائية بصفاقس، 17 / 03 / 1986، ع. 12374، مقتبس عن: ساسي بن حليلة، مجموعة تعاليق على قرارات في مادة الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012، ص. 10.

معينة مما ينجر عنه الخسارة الواضحة، العدول المفاجئ من الخاطب ودون مبرر بعد أن يكون قد استغل فترة الخطبة للنيل من سمعة وشرف الخطيبة، تقدم المخطوبة في السن فتقل فرص زواجها.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 182 مكرر من القانون المدني على أنّ الضرر المعنوي يشمل كل مساس بالحرية أو السمعة أو الشرف. وعملا بقرارات المحكمة العليا، فإنّ تفويت فرصة الزواج يعد سببا للحصول على تعويض، فقد صدر عنها بتاريخ 23 / 04 / 1991 ما يلي: "على العادل عن الخطبة بتعويض المخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابتها من جراء فسخ الخطبة التي دامت 4 سنوات، لأنّ الثابت في القضية أنّ المدعي عجز عن إقامة الدليل أنّ له مسكن تأوي إليه زوجته عند الزواج، وهو حق ثابت شرعا للزوجة، وأنّ الضرر قد أصاب الزوجة نتيجة انتظارها مدة 4 سنوات كخطيبة"⁶⁵. وقد تمسكت بنفس الاتجاه في قرار آخر صادر عنها بتاريخ 15 نوفمبر 2006 حيث جاء فيه: "حيث يتضح من خلال القرار المنتقد بأنّ مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن والمقدر بمبلغ 100000 دينار هو تعويض للمطعون ضدها جبرا للضرر الذي أصابها من جراء تفويت فرصة الزواج عليها، باعتبار أنّ الطاعن طلب بفسخ الزواج بعد مدّة طويلة من الانتظار الذي انتظرها المطعون ضدها أثناء فترة الخطوبة، ولم تحقّق هدفها في الزواج بالطاعن، وبالتالي فإنّ ما قضى به قضاة الموضوع من تعويض يتماشى والقانون"⁶⁶.

وهو أيضا ما تضمنه الحكم الصادر عن محكمة ابتدائية صفاقس المذكور أعلاه على النحو التالي: "... وحيث أنّ بقاء المدعية مخطوبة للمدعي عليه طيلة أربع سنوات وما يتبع ذلك من زيارات متبادلة ونزهة بالشارع واعتقاد المدعية بأنّ المدعي عليه هو أوّل وآخر شخص تربط علاقتها به باعتباره زوج المستقبل تم يقع فسخ الخطبة من جانب الخطيب عن حين غفلة وبدون أي سبب شرعي يلحق ضررا معنويا بالمدعية ويحوّل لها والحالة تلك المطالبة بالتعويض عن هذا النوع من الضرر وترى المحكمة اعتمادا على ماديات القضية وفي نطاق اجتهادها منح المدعية خمسمائة دينار تعويضا عن هذا الضرر".

⁶⁵- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 23 / 04 / 1991، ملف رقم 73919، م. ق.، 1993، ع. 01، ص. 54.

⁶⁶- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 15 / 11 / 2006، ملف رقم 372290، م. م. ع.، 2007، ع. 01، ص. 487.

وهذا اجتهاد في محله، فالعدول بعد المماثلة في الدخول بالمخطوبة هو ضرر محقق وأكد يستوجب التعويض وذلك لضياع مشروع الزواج ومرور السنين وتفويت فرصة الزواج من شاب آخر، مما قد يصيبها بخيبة أمل وضرر نفسي.

تفريعا على ذلك يتضح بأنّ العدول وإن كان مشروعاً لكلا الطرفين، فيجب استعماله في الحدود المرسومة حتى لا تترتب المسؤولية، وفي حالة الخروج عن هذه الحدود يكون مجال التعسف قائماً، وبالتالي أمكن الحكم بالتعويض⁶⁷. فلا مجال للتعويض بمجرد العدول، لأنّه ينطوي ضمناً على الإكراه على الزواج، لكن متى كان مقترناً بأفعال ضارة مستقلة، فإنّ إثارة المسألة تكون ضمن دائرة الضرر الناجم عن هذه الأفعال⁶⁸.

وعليه، يجوز للمرأة في أي وقت شاءت أن تعدل عن الخطبة دون إلزام وهذا تكريس لمبدأ الحرية في مباشرة الزواج، ولا يجب اعتبار التعويض المقرّر قانوناً أنّه تهديد للرجوع عن العدول، إنّما هذا التعويض مقرّر في حالة ما إذا نتج عن هذا العدول ضرراً مادياً أو معنوياً وبالتالي لا يمكن اعتبار هذا التعويض عائقاً للعدول يمس بحرية الزواج. فما هو حكم الهدايا والصدقات المقدمين في فترة الخطبة إذا ما تم التراجع عنها؟

2- مآل الهدايا والصدقات في حالة العدول عن الخطبة من المخطوبة

من العادات المتداولة في مجتمعنا، تبادل الهدايا بمناسبة الخطبة، وذلك للتودد والتأليف بين القلوب وتوثيق عرى المحبة وتمتين أواصرها. غير أنّه يثار التساؤل حول مآل الهدايا المقدّمة في حالة العدول من قبل الخطيبة؟

⁶⁷- ينص الفصل 103 من م. إ. ع. ت.، على أنّ: "من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعليه العهدة المالية"؛ تقابله الفقرة 01 من الفصل 77 من ق. إ. ع. م.، وقد اقتضى: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بيّنة واختيار، ومن غير أن يسمح به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر"؛ والمادة 124 من ق. م. ج.، وجاءت صياغتها على النحو التالي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير لزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

⁶⁸- أنظر، حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة بدون زواج، مجلة محكمة، دار أبي رقرق، الرباط، 2008، ع. 04، ص. 161.

تعرف الهدية لغة ما أتحف به يقال: "هديت له وإليه... والتهادي: أن يهدي بعضهم إلى بعض، والجمع هدايا وهداوى"⁶⁹. وهي مشروعة بالكتاب لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّرَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾⁷⁰. ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "تهادوا تحابوا"⁷¹.

ولقد اختلفت المذاهب الفقهية وتباينت بشأن مسألة الهدايا، حيث يرى الأحناف جواز استرداد الهدايا إن كانت موجودة بغض النظر عن الجهة مصدر العدول، وسواء كان مبرراً أو غير مبرر. أما إن كانت غير موجودة لكونها هلكت أو استهلكت يسقط حق المهدي في استرجاعها لأن الهدية تأخذ عندهم حكم الهبة⁷². فإذا عدلت المخطوبة عن الخطبة توجب عليها إرجاع الهدايا التي قدّمها لها خطيبها، ويسقط عنها هذا الإلزام في حالة فقدانها أو استهلاكها. والملاحظ أنه بالرغم من كونها العادلة، إلا أنه يثبت لها الحق في المطالبة باسترداد الهدايا التي قدّمها إن كانت قائمة. نفس الحكم تبناه الشافعية بالنسبة للهدايا إن كانت موجودة، وخالفهم في حالة الهلاك أو الاستهلاك إذ يرون ضرورة رد قيمتها أو مثلها، ففي جميع الحالات لا مبرر للاحتفاظ بها⁷³.

في حين أنّ المالكية اتخذوا موقفاً مغايراً بالقول أنّ المتسبب في العدول لا حق له في المطالبة باسترداد هداياه، وعليه أن يرد ما قدّم له من هدايا إن وجدت، أو رد قيمتها أو مثلها إن لم توجد⁷⁴. فلإلزام المخطوبة بإرجاع الهدايا أو دفع قيمتها، وإسقاط حقها في استرجاعها ينبغي أولاً التأكد من أنّها المتسببة في العدول عن الخطبة وإلا فمن حقها أن تمتنع عن الرد، وتطالب بإرجاع هداياها.

⁶⁹ - أنظر، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 15، دار صادر، بيروت، د. س. ن.، ص. 357.

⁷⁰ - سورة النساء، الآية رقم 04.

⁷¹ - أنظر، عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الأدب المفرد، المطبعة السلفية، القاهرة، 1375 هـ، ص. 155.

⁷² - أنظر، محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. 02، 2003، ص. 153.

⁷³ - أنظر، محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. 01، 1993، ص. 61-62.

⁷⁴ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 219-220.

أمام هذه المواقف المختلفة، الرأي المالكي يعتبر أكثر عدلا، فمن غير المنطقي أن يتسبب الطرف في العدول ويطلب أيضا باسترداد الهدايا، أمّا الطرف الآخر فيتكبد ألم العدول عن الخطبة، وألم ضياع أمواله دون مقابل⁷⁵.

وعلى منوال المالكية، سارت مدونة الأسرة المغربية حيث تقضي المادة الثامنة منها بأن: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من الهدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله، ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال". وإنّ الأثر الوحيد الذي أقرته مجلة الأحوال الشخصية التونسية للخطبة هو حكم الهدايا في حالة العدول، فقد حوّل الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية لكل واحد من الخطيبين الحق في أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو ما لم يوجد شرط خاص. ومن جهته، عالج المشرع الجزائري مشكلة الهدايا في حالة العدول عن الخطبة بموجب الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 05 من قانون الأسرة ورد فيهما: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك ممّا أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

وفي هذا السياق، قضى القضاء المغربي بأحقية الخاطب في استرجاع ما قدمه من هدايا لخطيبته التي عدلت عن الخطبة دون مبرر موضوعي، من خلال القضية التي عرضت على محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ 07 أكتوبر 1980، تتلخص وقائعها في كون رجل قام بخطبة فتاة من عائلتها قصد الزواج منها، فاستجابت الفتاة لهذه الخطبة التي ذاع أمرها بين الناس، بعدها تبرع الخاطب بقطعة أرضية مساحتها عشرة هكتارات وسجلها باسمها في السجل العقاري. ولكن المخطوبة تراجعت عن التزامها الأدبي بالخطبة وذلك بزواجها من رجل آخر غير المتبرع، الأمر الذي دفع بالخاطب الأول إلى رفع دعوى يطلب من خلالها الحكم له باسترجاع الهدية من السجل العقاري. وبالفعل قضت محكمة الاستئناف بأحقية الخاطب في استرجاع هديته بعدما تبين لها أن ما قامت به المخطوبة هو عمل مشوب بسوء نية، أن العدول كان من جانبها وليس من جانبها⁷⁶.

⁷⁵ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 40.

⁷⁶ - محكمة الاستئناف بمكناس، 07/10/1980، ملف عدد 303/79، مجلة رابطة القضاء، ع. 8-9، ص. 155.

وكذلك تجسد موقف القضاء الجزائري في عدّة قرارات صادرة عن المحكمة العليا، نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 13 مارس 1993 وقد اقتضى بأته: "من المقرر قانوناً، أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج، أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف صداقها إلاّ عند الطلاق قبل الدخول (المادتان 5 و16 من ق. أ)؛

ولما ثبت -من قضية الحال- أنّ الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنّه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك، وأنّ دفع الطاعنة المتعلّق بأحقيتها في نصف الصداق، إنّما يتحقّق لو تمّ الطلاق بإرادة الزوج، ممّا يتعيّن القول أنّ قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفض الطعن"⁷⁷.

وبالعودة إلى النصوص القانونية المذكورة أعلاه نجد أنّ التشريعات المغاربية حاولت تدارك الفراغ القانوني الذي كان سائداً قبل التعديل إذ عاجلت حكم الهدايا التي يقدمها الخاطب إلى خطيبته ثم يقع العدول، في حين أغفلت الحديث عن حكم الهدايا التي تقدّمها بدورها المخطوبة إلى خطيبها وبعدها يتم العدول عن الخطبة. وحسنا فعلت بتعديلها لهذه المواد واعتبارها أنّ الهدايا ممكن أن تصدر من الخطيبين، فأصبحت الصياغة الجديدة أكثر تلاؤماً مع التطور الذي تشهده المجتمعات في وقتنا الحالي، إذ أصبح للمرأة أموالاً خاصة بها بحكم عملها تتصرّف فيها بحرية مطلقة، وهو الأمر الذي لا يستبعد معه أن تهدّي خطيبها بعض الهدايا قد تفوق قيمتها قيمة الهدايا التي تقدّمها لها هو. وباعتبار أنّ الحكم واضح، فإنّ المخطوبة إذا عدلت عن الخطبة وجب عليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته، فيكون احتفاظه بالهدايا بمثابة تعويض مستحق عن تخليها عنه بإرادتها الحرة والمنفردة.

ومن جانب آخر، نجد أنّ الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية التونسية امتاز عن النصين المغربي والجزائري بإضافة عبارة "أو وجد شرط خاص"، وكأنّ المشرع التونسي يعتبر أنّ مسألة استرجاع الهدايا لا تمم إلاّ المصالح الشخصية للطرفين الخاطبين ولا صلة لها بالنظام العام، بدليل جواز الاتفاق

⁷⁷- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 13 / 07 / 1993، ملف رقم 92714، م. ق.، 1995، ع. 01، ص. 128.

على مخالفة تلك القاعدة المضمنة بالفصل الثاني من المجلة متى رأى الطرفان مصلحة في ذلك⁷⁸. ما يعني أنّ للمخطوبة الحرية في عدم إرجاع الهدايا مهما حصل إذا وجد شرط يقضي بذلك.

غير أنّ هذا الشرط يثير غرابة من الناحية النفسانية لأنّ كلا الخطين لا يمكن أن يقبل مسبقا فكرة عدم إرجاع هداياه مهما كان الأمر، وحتى وإن كان العدول من قبل الطرف الآخر. كما أنّه لا يخلو من الغرابة من الناحية القانونية لأنّ الشرط يعني تعاقد وهذا التعاقد يحصل بمناسبة الخطبة التي ليست بعقد، فهذا التعاقد أمر غريب إذا تم بمناسبة واقعة قانونية لا صبغة إلزامية لها⁷⁹.

وهذا ما كانت محكمة التعقيب التونسية قد عبرت عنه مسبقا في قرارها الصادر بتاريخ 05 نوفمبر 1985 جاء فيه ما يلي: "إنّ تحرير كتب في ما يقدّم من هدايا في المخطوبة فيه استحالة أدبية تمنع من ذلك إذ لا يستساغ عرفا أن يطلب الخاطب من مخطوبته تقديم كتب في ما اتصلت به من هدايا وترتبا على ذلك لا مانع من سماع البينة في تقديم الهدايا إذا كان سماعها على أساس إثبات وقائع مادية وتحقيق حالة واقعية"⁸⁰.

وكذلك نشير إلى أنّ المادة الثامنة من مدونة الأسرة المغربية لا تتضمن إحاطة بمختلف الأحكام التفصيلية، فهي تنص على إرجاع قيمة الهدايا في حالة هلاكها أو استهلاكها، دون بيان إذا كان الأمر يتعلّق بقيمتها يوم قبضها أم قيمتها يوم إرجاعها. والرأي الأوفق هو الاعتداد بقيمتها عند الإرجاع، كما هو الشأن بالنسبة للصدّاق إذ تشير المادة التاسعة من المدونة إلى قيمته يوم تسلمه⁸¹.

وأیضا تقصیر المشرع الجزائري جاء واضحا فمن جهة، جعل مجرد الإعلان عن العدول مقياسا للحكم في استرداد الهدايا، إذ كان عليه أن يحمل المتسبب عن العدول المسؤولية لا العادل، لذلك لا بد من ربط الحق في استرجاع الهدايا بسبب العدول لا بالعدول ذاته، مع منح القضاء حق تحديد

⁷⁸ - أنظر، السيد علي الفطناسي، أحكام الخطبة، -دراسة مقارنة-، م. ق. ت.، الشركة التونسية لفنون الرسم، تونس، مارس 1982، ع. 24، ص.

55.

⁷⁹ - ساسي بن حليمة، محاضرات في... المرجع السابق، ص. 35.

⁸⁰ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 05 / 11 / 1985، ملف ع. 12671، ن. م. ت. 1985، ج. 02، ص. 209.

⁸¹ - حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء... المرجع السابق، مجلة محكمة، ص. 157.

ذلك السبب. ومع أنّ القاضي لا يمكنه إجبار أي شخص على إتمام إجراءات الزواج لما فيه من إكراه، إلا أنّ لديه السلطة التقديرية لتحديد إن كان متعسفا في عدوله، فيحمّله مسؤولية ذلك⁸².

ومن جهة أخرى، نص على أنّ الهدايا التي استهلكك لا يتم ردها، وهذا الرأي هو للأحناف الذين اعتبروها من موانع الرجوع في الهبة⁸³. ولكن، الغريب أنّ النص القانوني في بدايته جاء متطابقا مع رأي المالكية، ليعود المشرع ويتبنى في نهايته الموقف الحنفي. والحقيقة لا ندري ما السبب وراء ذلك، ولا يمكن مشاطرته الرأي، فمن المستحسن لو أنّه أخذ برأي المالكية على إطلاقه. فإذا كانت المرأة هي المتسببة في العدول تلزم برد الهدايا القائمة، وأمّا المستهلكة فعليها إرجاع مثلها إذا كانت من المثليات أو قيمتها إذا كانت من القيميات. بهذا الحكم يضمن عدم تحايلها بأن تبيع الهدايا بهدف عدم إرجاعها في حالة العدول عن الخطبة كونها أصبحت مستهلكة. فيتوجب على المتسبب في العدول رد الهدايا إن كانت قائمة، وفي حالة ما إذا استهلكك فعليه رد مثلها إذا كانت من المثليات أو قيمتها إذا كانت من القيميات.

حالة أخرى تطرح وهي عندما تنتهي الخطبة بوفاة الخاطب، فهل للمخطوبة الاحتفاظ بالهدايا أم يحق لأهلها المطالبة باسترجاعها؟

لم تتطرق التشريعات المغاربية لهذه الحالة صراحة لأنّها عندما عاجلت حكم الهدايا أشارت إلى صورة واحدة وهي صورة العدول، والعدول يفترض أن يكون العادل على قيد الحياة. فهذا الفراغ التشريعي من شأنه أن يضعنا أمام احتمالين: أوّلهما أن تتمسك المخطوبة بحقها في الهدايا كونها لم تعدل عن الخطبة ولا دخل لها في وقوع الوفاة، خاصة وأنّ النص القانوني يلزمها بإرجاع الهدايا متى كان العدول منها. وهنا يبدو التحليل منطقيا إذ يكون من العدل والإنصاف اعتبار المخطوبة ملزمة بإرجاع الهدايا متى كان العدول منها، أمّا إذا كانت غير متسببة فيه، فإنّه من المنطق عدم إلزامها بإرجاع الهدايا. وبالنسبة للاحتمال الثاني فهو خاص بورثة الخاطب المتوفى الذين يمكنهم التمسك

⁸² - أنظر، أحمد خرطة، آثار العدول عن الخطبة وفق مدونة الأسرة المغربية، -إشكالات تطبيقية-، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحاصلة والمعوقات، سلسلة الندوات 2، مطبعة الجسور، وجدة، ط. 1، 2008، ص. 99-100.

⁸³ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 42.

بالقول أنّ النص يشير إلى إمكانية الاحتفاظ بالهدايا من قبل المخطوبة في حالة عدول الخاطب، وبما أنّ الخاطب لم يعدل ولا يد له في عدم إتمام الزواج فإنّه من المتجه مطالبته بإرجاع الهدايا⁸⁴.

لهذا نجد تباين حتى في آراء رجال القانون، فمنهم من ذهب إلى القول أنّ حق استرجاع الهدايا مرهون بمسألة العدول عن الخطبة، فإذا توفي الخاطب قبل أن يصدر عنه أي عدول كان من حق ورثته المطالبة باسترجاع تلك الهدايا التي قدّمها مورثهم لخطيبته لغاية الزواج الذي لم يتم لأمر قاهر خارج عن إرادة الخاطب⁸⁵. وهو رأي يتفق مع ما اتجهت إليه محكمة التعقيب في القرار الصادر عنها بتاريخ 11 مارس 1982 حيث قضت أنّ العدول طالما ليس من الخاطب، فإنّه يحق لأهله استرجاع الهدايا⁸⁶. ومنهم من اعتبر أن لا حق للورثة في استرجاعها لأنّ حكمها حكم الهبة والوفاء مانع من حق الرجوع فيها⁸⁷. ما يعكس تأثرهم بالموقف الفقهي القائل بعدم الأحقية في الإرجاع قياساً على عدم جمع الأملين، ألم الوفاة وألم إفقار المهدي له المتبقي على قيد الحياة. والإلزام بالإرجاع مؤسس على التسبب العمدي في انقضاء الخطبة، وهذا التسبب خارجي لا يد لأحد فيه.

والأخذ بالرأي الثاني هو الأرجح، إذ طالما أنّ الخاطب الآخر لا دخل له في الوفاة وكانت نيته تتجه نحو إتمام عقد الزواج فمن الإجحاف مطالبته بإرجاع الهدايا لكونه هو الآخر متضرر.

هذا بشأن الهدايا، فما حكم الصداق المقدم في فترة الخطبة؟

⁸⁴- ساسي بن حليلة، مجموعة تعليقات... المرجع السابق، ص. 06.

⁸⁵- السيد علي الفطناسي، أحكام الخطبة... المرجع السابق، ص. 57.

⁸⁶- جاء في حثياته: "حيث اقتضى الفصل 02 من مجلة الأحوال الشخصية ما نصه يسترد الخاطب الهدايا التي يقدها إلى خطيبته إلا إذا كان العدول من قبله أو وجد شرط خاص؛

وحيث يستفاد من هذا النص أنّه فيما عدا وجود شرط خاص وهو غير متوفر في قضية الحال فإنّ الصورة الوحيدة التي ليس للخطيب فيها أن يسترد ما قدمه هدايا لخطيبته هي إذا صدر النكول منه عن الخطوبة، يعني إذا عدل عن الخطوبة من تلقاء نفسه وبمحض اختياره؛

وحيث أنّه بالرجوع إلى أوراق القضية يتضح أنّ الخطوبة انفسخت بسبب وفاة الخطيب وهي غير الصورة المشار لها وتأسيساً على ذلك فإنّ الحكم المطعون فيه يكون صحيح المبنى قانوناً لما قضى بأحقية ورثة الخطيب في استرجاع الهدايا واستعمال الحكم للقاعدة القانونية المتعلقة بالهدايا غير مستقين رغم أنّه ليس له تأثير على صحة الحكم طالما كان مبنياً على أساس من القانون صحيح، وعليه، فإنّ هذا المطعن غير وجيه وتعين رده"، محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 11 / 03 / 1982، قرار ع. 4146، ج. 02، ص. 209.

⁸⁷- محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة... المرجع السابق، ص. 65.

مما لا خلاف فيه فقها أنّ الخاطب إذا دفع للخطيبة المهر كله أو بعضه، فله أن يسترده إذا كان قائماً، أو قيمته إذا كان هالكا، فالمهر يجب بالعقد أو الدخول لا بالخطبة وحدها⁸⁸. أمّا قانوننا، فلم يسن المشرع التونسي أحكاماً بالنسبة لما يقدم من مهر للخطيبة بمناسبة تقريره لأحكام الخطبة، بل اعتبره شرطاً من شروط صحة الزواج حسبما ورد بالفقرة الثانية من الفصل الثالث من مجلة الأحوال الشخصية. وبما أنّ المهر يعطى بقصد الزواج، وما دام هذا لم يتم كان من حق الخاطب استرجاعه عينا إن وجد أو قيمة إن تلف بقطع النظر عن مسألة العدول وأسبابها.

وكذلك لم يتضمن القانون الجزائري نصاً صريحاً فيما يتعلّق بمسألة المهر المقدم خلال فترة الخطبة، غير أنّه وبالرجوع إلى نص المادتين 15 و16 من قانون الأسرة، يفهم منهما أنّ الصداق يعد من مستلزمات العقد وهنا تستحق المرأة نصفه إذا وقعت الفرقة قبل الدخول، وتستحقه كاملاً بالدخول أو وفاة الزوج. كما أنّ المشرع خاطب من خلالهما الزوجة لا المخطوبة. كذلك بالاستناد إلى نص المادة 09 مكرر من نفس القانون نجد أنّ الصداق شرط من شروط صحة عقد الزواج.

ومن هنا حكمت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 16 أكتوبر 1993 بأنّ: "قضاة الموضوع طبّقوا المادة الخامسة من قانون الأسرة على الطلاق قبل البناء وقضوا بإرجاع الصداق كاملاً على أساس أنّ العدول عن الخطبة كان من طرف الطاعنة، رغم أنّ عقد الزواج قد تمّ بين الطرفين، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون، ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁸⁹.

فعملاً بهذه النصوص وبالرجوع إلى المادة 222 من القانون أعلاه والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية نقول أنّه يتوجب على المخطوبة سواء كان العدول من جهتها أو من جهته، إرجاع الصداق بعينه إذا كان قائماً بذاته، أمّا إذا استهلك أو هلك فعليها رد مثله أو قيمته. وهذا لأنّ العقد

⁸⁸- أنظر، إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية -دراسة مقارنة-، دار الحامد، الأردن، ط. 01، 2009، ص. 70.

⁸⁹- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 16/10/1993، ملف رقم، 96801، ع. خ.، ص. 266.

لم يتم بعد، ولكونه يدفع لغرض الزواج وهذا ما لم يتحقق طالما أنّ الخطبة هي مجرد وعد به⁹⁰. فماذا لو وقع اختلاف حول طبيعة ما تم قبضه، أهو من قبيل الصداق أم الهدايا؟

وما يمكن قوله في هذا الصدد، أنّ التمييز له أهمية كون الصداق يسترد أيا كان المتسبب في العدول، أمّا الهدايا فتسترد حسب الأحوال. فإذا كان العدول من المخطوبة فإنّ النزاع لا يثار لأنّها ملزمة بإرجاعهما معا. أمّا في الحالة العكسية، فقد تتمسك المخطوبة بكون ما قبضته هدية للتحلل من رده، أمّا الخاطب فيتمسك باعتباره صداقا للاستفادة من إمكانية الاسترداد⁹¹.

ونكون هنا أمام النزاع حول الصداق والذي لم تتطرق إليه مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث اكتفت بحكم التنازع بين الزوجين في متاع البيت، وفي الهدايا المقدّمة من كل واحد من الزوجين ضمن الفصلين 26 و 27 منها. في حين نصت عليه المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحد بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين."

وأمام الفراغ التشريعي التونسي، قضت محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 04/05/1995 بما يلي: "إنّ المهر ركن من أركان الزواج الذي يبرم بين الطرفين باعترافهما، وعليه فلا يمكن اعتبار المصوغ والملابس المقدّمة من الخطيب إلى خطيبته قبل إبرام عقد الزواج إلاّ من قبيل الهدايا التي يحكم دعوى استردادها الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية"⁹².

ومن جانبها اعتبرت المحكمة العليا بالجزائر أنّ الهدايا لا تعتبر صداقا، وذلك في قرار صادر عنها بتاريخ 16/03/1999 حيث جاء فيه: "من المقرّر قانونا أنّه لا يسترد الخاطب شيئا ممّا أهدها إذا كان العدول منه؛

⁹⁰ - تنص المادة 15 من ق. أ. ج. على أنّه "يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان مؤجلا أو معجلا"، أمّا المادة 16 من ذات القانون فجاء فيها: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عن الطلاق قبل الدخول".

⁹¹ - أنظر، حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة بدون زواج، مجلة القصر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2008، ع. 19، ص.

.107

⁹² - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 05/04/1995، رقم 35362، ن. م. ت.، 1995، ص. 444.

ومتى تبين في -قضية الحال- أنّ الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإنّ القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج وإلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدّمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقا دون الرد على دفع الطاعنة أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسيب؛ ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁹³.

وفي قرار آخر صادر عن مجلس قضاء البلدة بتاريخ 12 يناير 1998، تقرّر من خلاله أنّه إذا وقع خلاف بشأن طبيعة الحلي والنقود أهو صداق أم هدية؟ يلجأ القاضي إلى تطبيق عرف المنطقة، وعند عدم معرفة الحقيقة يتم اللجوء إلى اليمين الحاسمة، والتي يوجهها أحد الطرفين للآخر⁹⁴.

وعلى خلاف المشرعين التونسي والجزائري الذين سكتا عن بيان حكم الصداق المقدم في حالة العدول عن الخطبة، فإنّ المشرع المغربي وضع حدا لهذه الحالة ترجمته المادة التاسعة من المدونة كما يلي: "إذا قدّم الخاطب الصداق أو جزء منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلّم بعينه، إن كان قائما وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلّمه، إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حوّل إلى جهاز، تحمّل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه".

ما يمكن ملاحظته على هذه المادة، أنّها أعطت الحق للخاطب أو ورثته استرداد الصداق سواء كان العدول من جهته أو من جهتها، وهذا أمر منطقي كون وجوب الصداق يكون بالزواج لا بالخطبة. فإذا كان الصداق قائما بذاته، يتعيّن إرجاعه بعينه. أمّا إذا استهلك أو هلك، فيجب رد مثله أو قيمته وقت تسلّمه. وفي حالة تحويله إلى جهاز، ورفضت المخطوبة أداء المبلغ، فإنّ المتسبب في العدول يتحمل دفع الفرق بين المبلغ المؤدى فيه وثمانه الحالي في السوق. وعن هذه الحالة الأخيرة لا نعتقد أنّ المشرع وفق في تقريره لهذا المبدأ، إذ كان عليه أن يميّز بين حالة وقوع العدول من الخاطب

⁹³ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 16 / 03 / 1999، ملف رقم 219313، إ. ق. غ. أ. ش.، 2001، ع. خ.، ص. 39.

⁹⁴ - القرار مقتبس عن: حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج. 01، دار هومة، الجزائر، 2005، ص. 37 وما بعدها.

فللمخطوبة الخيار بين أن ترجع له مبلغ الصداق أو تسلمه الجهاز، وبين حالة صدور العدول من المخطوبة حيث يتعين عليها إعادة المهر أو قيمته، لأنه من باب أولى أن تتحمل الخسارة⁹⁵.

ومع أنّ المادة أعلاه وضعت تفصيلاً بشأن استرداد الصداق، فإنّ تساؤلات أخرى بشأنه تبقى مطروحة، فما هو الحل في حالة الاختلاف في مقدار الصداق؟ ما حكم الزيادة التي تلحق به عندما يكون بيد المخطوبة؟ وهل يحق للمخطوبة استرداد المصروفات التي أنفقتها على ما قدّم إليها كصداق؟

نحاول الإجابة عن هذه التساؤلات في النقاط التالية:

- الاختلاف في مقدار الصداق: إذا اختلف الخطيبين حول مقدار الصداق بأن تمسك هو بمبلغ مالي وتمسكت هي بمبلغ أدنى وجب تطبيق القواعد العامة في الإثبات. ومنه أنّ الخاطب يكون مدعياً في حدود الفارق بين ما يدعيه وما يقترّ به، ويلزم بالإثبات فإذا أقام البينة قضي له وفق حجته. أمّا إذا اختلفا ولا وجود لأي حجة لأحدهما فالقول قولها بيمينها لأنّها منكرة، واليمين تقع على من أنكر⁹⁶.

- أحقية المخطوبة في استرداد المصروفات التي أنفقتها: قد تقوم المخطوبة على إنفاق مصروفات على ما سلم إليها كصداق، وعند العدول واسترداده من قبل الخاطب يثار مشكل مدى أحقيتها في المطالبة بهذه المصروفات؟

الإجابة هنا لا تخلو من أمرين: فإذا كان هو المتسبب في العدول، له الحق في استرداد الصداق مع الالتزام بأداء قيمة المصروفات التي تحمّلتها المخطوبة. أمّا إذا كانت هي المتسببة في العدول فعليها إرجاع الصداق إلى الخاطب، ولها مطالبة بالمصروفات الضرورية وكذلك المصروفات النافعة، ويسقط حقها في المطالبة بالمصروفات الكمالية فتتحمل الخسارة.

وبهذا يتضح أنّ المهر ليس من حق المخطوبة، فهي ملزمة بإرجاعه إلى الخاطب أو ورثته.

محمل القول، لا يفقد التواعد بالزواج حرية المرأة في الرجوع فيما تواعدت به، إذ أنّ حرية العدول عن الخطبة من حرية الزواج، غير أنّ هذه الحرية شأن سائر الحريات الأخرى ليست مطلقة

⁹⁵ - مصطفى السباعي، شرح قانون... المرجع السابق، ص. 56.

⁹⁶ - حساين عبود، بعض مشكلات... المرجع السابق، مجلة القصر، ص. 103.

وإنما هي مقيدة بشرط عدم استعمالها بقصد الإضرار بالخطاب، فللتراجع عنها انعكاس على حكم التعويض، ومآل الهدايا والصدقات.

ولأنّ الخطبة شرعت للتعارف الذي يرشد اتجاه القلوب لتحصل الموافقة والملاءمة، فالأرواح جنود مجنّدة ما تعارف منها ائتلف وما تناكر منها اختلف. ولم تشرّع للاختلاط الذي يصطحبه الفساد وخزي لشرف الفتاة وأسرقتها. كما أنّ حل التمتع إنّما هو من آثار العقد وليس من آثار الوعد، فما دام لم يحصل العقد لا يحصل الحل⁹⁷. وجب الإشارة إلى مخاطر حرية المرأة في الاختلاط بخطيبها.

الفرع الثالث

مخاطر حرية المرأة في الاختلاط بخطيبها

نتيجة لتغيّر المجتمع وانخفاض الوازع الديني، وبحجة تحرّر المرأة أصبحت ظاهرة الاختلاط بين الخطيبين شائعة، فهل في حالة العدول تعوّض المخطوبة عن الأضرار التي لحقتها (أولاً)؟ وإن كانت حاملاً هل ينسب الولد إلى الخطاب (ثانياً)؟

أولاً: لا تعويض عن الأفعال المحرّمة

إنّ مقصد الشارع الإسلامي من إباحة الخطبة تيسير سبل التعارف بين أهل الخطاب والمخطوبة وإتاحة الفرصة بذلك للخطيبين لأن يتعرّف كل منهما بالآخر، وقد أساء قوم فهم الخطبة باعتبارها مقدّمة الزواج فيباح بها ما يبيح الزواج وبذلك استباح الخطبان لنفسهما أن يحتليا ببعضهما وينفردا في نزهاتهما بل استباحا معاشرته بعضهما البعض معاشرته الأزواج، فاستحلاً ما لم يبيح الشرع وكانت النتيجة عدول عن الخطبة وفقدان المخطوبة لسمعتها وشرفها. ولا شك أنّ مثل هذه التصرفات اللاأخلاقية بداعي العصرية والتحضر والتحرّر هي في أصلها دخيلة عنا ولا تمت لمبادئ وقيم وأخلاق

⁹⁷- أنظر، محمود شلتوت، الفتاوى، دراسات لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، دار الشروق، القاهرة، ط. 08، 1975، ص. 255-

المجتمع الإسلامي بأية صلة وإنما تسربت في العقود الأخيرة للعمولة المتوحشة التي غزت العلاقات الأسرية.

فتفريط المخطوبة في حق نفسها بالخروج مع الخاطب والاختلاء به يرتب مسؤوليتها الديانية ولا تستحق تعويضا في حالة العدول⁹⁸. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري: "إذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان، ورضيت المرأة أن تكون خليعة على علم من أقاربها فلا تعويض، ولا يكون التعويض عن الإغواء إلا إذا اصطحب بالخديجة والغش"⁹⁹.

وهو ما قضت به في المغرب المحكمة الابتدائية بالحسيمة بتاريخ 22 / 03 / 2007 بقولها: "حيث إنّ المدعية تهدف من طلبها الحكم على المدعى عليه بأدائه لها تعويضا مدنيا قدره ثلاثمائة ألف درهم، عن الضرر الحاصل لها بسبب التغيير بها وعدوله عن الزواج بعد الإذن له بالزواج بها، وتحميله الصائر في الأقصى؛

وحيث إنّ مقتضى المادة السابعة من مدونة الأسرة فإنّه في حالة ما إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض؛

وحيث تبيّن للمحكمة من خلال اطلاعها على وثائق الملف، أنّ المدعية تطالب بالتعويض عن فعل التغيير الذي ارتكبه المدعى عليه الذي مارس الجنس معها بمنزها كما هو ثابت بإقرارها؛

وحيث إنّ القول بتغيير المدعى عليه للمدعية قصد ممارسة الجنس معها لا يمكن الاستكانة إليه، على اعتبار أنّ المدعية تبلغ من السن ما يسمح معه بتدبير أمورها جيدا وتقدر أفعالها بكل دقة، خصوصا وأنها متعلّمة ومربية أطفال تعي جيّدا أنّ الأفعال التي قامت بها مخالفة للشرع وللعرف والتقاليد وللقانون الذي لا يبيح العلاقة الجنسية بين الطرفين إلاّ في نطاقها الشرعي، خصوصا وأنّ الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج، وبالتالي يكون الخطيبان قد استسلما معا للرجبة الجنسية، ورضيت المدعية بذلك بدون إكراه، فإنّه لا موجب لأيّ تعويض لا لضرر مادي أو معنوي؛

⁹⁸ - أنظر، سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2004، ع. 09، ص. 12.

⁹⁹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج. 01، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص. 830.

وحيث إنّه وبناء على ما ذكر أعلاه يكون طلب المدعية غير مرتكز على أساس قانوني سليم ويتعيّن التصريح برفضه؛

وحيث إنّ خاسر الدعوى يتحمّل مصاريفها¹⁰⁰.

وفي هذا اجتهاد سليم، لأنّ المخطوبة قبل العقد لا تزال أجنبية بالنسبة لخاطبها، ولو استمرت الخطبة سنين طويلة والخلوة بها كالخلوة بالأجنبية سواء بسواء وجدت شهوة أم لا¹⁰¹. فالأضرار الناتجة عن الأفعال المحرّمة لا توجب التعويض، حتى لا يتم تشجيع مرتكبيها على التمادي في هذه الأمور، وتغليب التفكير بالجنس على عامل العقل. كما وأنّ الاستسلام الجنسي يفضي لا محال إلى عدم إتمام الزواج بل وينتهي بفضيحة ومساس بشرف المرأة، ويتعدّى ذلك إلى ارتكاب الجرائم سواء من قبل الخاطب أو أهل المخطوبة¹⁰²، وهذا كلّ نتيجة منحها حرية اللقاء.

فماذا لو نتج عن هذا الاختلاط مولود، هل ينسب إلى الخاطب؟

ثانياً: نسب الولد الناجم عن الخطبة

تعتبر المرأة في فترة الخطبة أجنبية عن تقدّم لخطبتها، ولهذا يحرم عليهما الاختلاء ببعضهما البعض، فالخلوة من الآثار المترتبة عن عقد الزواج. فما لو نتج عن الاختلاط في فترة الخطبة مولود؟ هل يلحق نسبه بأبيه؟ خاصة إذا أقرّ بأبوته له أو أثبتته البصمة الوراثية؟

لم يضع الفقهاء القدامى تعريفاً للنسب، أمّا الفقه الحديث فقد عرفه على أنّه: "علاقة الدم أو رباط السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه، ورباط السلالة هذا هو السبب في تكوين الأسر"¹⁰³.

¹⁰⁰ - المحكمة الابتدائية بالحسيمة، 22 / 03 / 2007، الملف ع. 536 / 2006، مقتبس عن: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج.

01، مطبعة إيت، المغرب، 2009، ع. 10، ص. 05 - 06.

¹⁰¹ - أنظر، عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط. 01، 2011، ص. 41 - 42.

¹⁰² - حكمت محكمة الجنايات مجلس قضاء سكيكدة بتاريخ 27 / 06 / 2010، بالإعدام على الخاطب الذي قام بقتل خطيبته بوحشية بعد أن صرحت

له أنّها حامل منه من جراء الاختلاء بها مرارا دون علم أهلها.، جريدة الخبر، 29 / 06 / 2010، ع. 6041، ص. 19.

¹⁰³ - أنظر، أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، ط. 01، 1983، ص. 17.

وبالرجوع إلى الفقه القديم، نجد أنّ الجمهور يرى أنّ ولد الزنا لا ينسب لأبيه¹⁰⁴. في حين ذهب الإمامان ابن تيمية، وابن القيم إلى القول أنّ النسب يثبت من الزاني، ويلحق به إذا طلب ذلك، بشرط أن لا تكون المرأة التي زنى بها ذات فراش آخر. أمّا إذا لم يطلب إلحاقه به فلا ينسب إليه¹⁰⁵.

وسبب الخلاف بين الموقفين راجع إلى اختلافهم في فهم حديث "الولد للفراش وللعاهر الحجر". إذ يعتبر الجمهور أنّ ليس للزاني فراش وبالتالي لا يثبت نسب ولد الزنا لأبيه، أمّا ابن تيمية وابن القيم فيريان أنّ الفراش لا يقتصر على العلاقة الزوجية، فإن لم تكن المرأة لأحد وولدت ولد الزنا واستلحقه الزاني لحقه.

من جانبه الفقه المعاصر انقسم إلى قسمين، إذ يرى البعض منهم أنّه إذا أثبتت البصمة الوراثية أنّ الولد تكوّن من ماء الزاني ألحق نسبه به حتى وإن لم يطلبه. وعارضه البعض الآخر لاعتبارهم أنّ الماء لوحده لا يعد سببا في التنسب، فلا بد من وجود العلاقة الشرعية، ولكون هذه الأخيرة منتفية بين صاحب الماء والزانية فلا يلحق النسب¹⁰⁶.

أمام هذه المواقف المتضاربة من جانب الفقه القديم والحديث، يرجح موقف الجمهور، بمعنى إذا نتج مولود عن علاقة غير شرعية فلا ينسب إلى أبيه وإن طلب ذلك أو أثبتته البصمة الوراثية، وأمّا ينسب إلى أمه. وذلك لاقتناعنا بقوة الأدلة التي استدّلوا بها، فضلا عن تمسكنا بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا مساعاة في الإسلام، من ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصيته، ومن ادعى ولدا من غير رشدة، فلا يرث ولا يورث". والمساعاة تعني الزنا وقد أبطلها الرسول صلى الله عليه وسلم في الإسلام ولم يلحق النسب بها¹⁰⁷. فالقول بإلحاق ابن الزنا لأبيه سيجعل العلاقة الشرعية وغير الشرعية في ميزان واحد وهذا ما لا يتفق مع روح الشريعة الإسلامية، وسيشجع على إقامة العلاقات غير السوية

¹⁰⁴ - أنظر، إبراهيم علواني، مدى مشروعية تنسب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، دار الكتاب القانوني، مصر، 2009، ص. 81.

¹⁰⁵ - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. 02، دار الجليل، 2004، ص. 358.

¹⁰⁶ - أنظر، خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، -دراسة فقهية مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص.

196؛ ولزويد من التفاصيل حول أدلة المذاهب في تنسب ولد الزنا؛ راجع، إبراهيم علواني، المرجع السابق، ص. 88 وما بعدها.

¹⁰⁷ - أنظر، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن قسيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج. 02، دار الإمام مالك، الجزائر، ط. 02، 2012، ص.

وجعل الزنا أصلاً لثبوت النسب، وفي مجتمع كثرت فيه المناداة بتحرر وحرية المرأة لا نستبعد ارتفاع نسب الأبناء غير الشرعيين خاصة وأنّ تخوّفها من تحمّل المسؤولية بمفردها سيزول بزوال المانع.

فالأولى معاقبة الزاني على فعله عوضاً عن مكافأته بإلحاق النسب إليه. والتساؤل هنا طالما أنّ العلاقة الزوجية غير قائمة فكيف يلزم الزاني على تحمّل الآثار الناجمة عن الزواج؟ لهذا لا يترتب عن إلحاق النسب أية فائدة عملية، بل على العكس آثاره السلبية تفوق إيجابياته. فماذا عن موقف التشريعات المغاربية؟

المشروع التونسي وعلى غرار نظيره الجزائري لم يفكر في الطفل المولود خارج الفراش ولم يهتما بتنظيم وضعية قانونية له متأثرين لا محال بالفقه الإسلامي الذي لا يعترف بأي وضعية قانونية للطفل الطبيعي بالنسبة للأب على أساس أنّ نسبه يثبت لأمه. فيمكن استنتاج ذلك من أحكام الفصل 152 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن: "يرث ولد الزنا من الأم وقرابتها وترثه الأم وقرابتها".

فإذا كان النسب عبارة عن علاقة البنوة المبنية على زواج شرعي، فإنّ الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية يصعب فهمه كونه ينص على أنّه: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر". فعبارة إثبات النسب بإقرار الأب جاءت على إطلاقها ولم يصحبها تحديد يقيّد من نطاقها ما أدى إلى إثارة الجدل بين مؤيّد ومعارض لإثبات نسب ابن الزنا حال إقرار أبيه¹⁰⁸.

¹⁰⁸- يرى الدكتور محمد اللجمي أنّه إطلاق مقصود من جانب المشرع أراد به حسب الظاهر توسيع نطاق إثبات النسب عند الزواج الفاسد أو الوطاء بشبهة، على شرط أن لا يظهر من ظروف الحال أن الولد المراد إثبات نسبه منحدر من علاقة زنا، وإلا فلا نسب اتساقاً. فنعمة النسب لا تتأتى عن طريق محرم وهو ما يظهر ضمناً في باب النسب وصراحة في باب الإرث تحديداً بالمادة 152 من المجلة، محمد اللجمي، المرجع السابق، ص. 293، ويخالفه الاتجاه الدكتور ساسي بن حليلة الذي ذهب إلى القول أنّ تأويل الفصل 68 من م. أ.ش. على أنّه يعتبر أنّ الوسائل الثلاث الواردة فيه تتعلق كلّها بزواج صحيح أو فاسد أي بالفراش، هو تأويل فيه تضيق كبير لنطاق تطبيق هذا الفصل إن لم يكن ممثلاً لخرق له. فما دام المشروع قد وضع وسائل ثلاث لإثبات النسب فمعنى ذلك أنّه يكفي أن تتوفر إحدى تلك الوسائل كي يثبت النسب أي أنّه ليس من الضروري أن يثبت الفراش ومن الممكن أن يصدر إقرار عن الأب دون حاجة أي إثبات زواج صحيح أو فاسد بين والدي الطفل، ساسي بن حليلة، مجموعة تعاليم على قرارات... المرجع السابق، ص. 650-651؛ وجاء عنه أيضاً: "لا يوجد مبدئياً أي مانع من إثبات ابن الزنا بالإقرار، فالإقرار هو إحدى الوسائل التي أشار إليها الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية، وقد اعتبره فقه القضاء التونسي وسيلة مستقلة عن الوسيلة الأولى أي الفراش، فلا ضرورة لإثبات الفراش إذا ما توفر الإقرار"، أنظر، ساسي بن حليلة، إثبات نسب ابن الزنا بالإقرار، -تعليق على حكم أصدرته المحكمة الابتدائية بقفصة تحت عدد 43979 بتاريخ 21 فيفري 1994-، مجلة الأحداث القانونية التونسية، 1992، ع. 06، ص. 131.

ما يعني إلحاق نسب الطفل بالخاطب وذلك بالإقرار له بالنسب، خاصة وأن محكمة التعقيب التونسية أشارت إلى ذلك صلب قرارها الصادر بتاريخ 05 ديسمبر 1963 بقولها: "يتضح بمراجعة الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية أن ثبوت النسب لا يتوقف على ثبوت الزوجية بل اقتضى الفصل المذكور أنه يثبت بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر"¹⁰⁹. وفي قرار آخر لها صادر بتاريخ 07 أكتوبر 1986 اقتضى بأن: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو شهادة شاهدين من أهل الثقة ولا ضرورة لاقتران الإقرار بوجود علاقة زوجية قائمة"¹¹⁰. هذا وقضت المحكمة الابتدائية بقفصة في حكم صدر عنها بتاريخ 21 فيفري 1994 بما يلي: "يتضح من خلال الحكم الجناحي المدلى بنسخة منه أن المدعي والمدعى عليها قد اعترفا بوجود علاقة خنائية بينهما أثمرت ابنا وتم مؤاخذتهما جزائيا من أجل ذلك؛

إنّ الإقرار المعتبر يعتبر أحد وسائل الإثبات الأساسية المعتمدة في مادة النسب إذا ما توفرت شروط اعتماده وذلك عملا بأحكام الفصل 68 من م. أ. ش؛

إنّ القرار المعتمد في قضية الحال لثبوت نسب الابن جاء صريحا وواضحا بما أنه تمّ أمام القاضي المقر ويعتبر إقرارا حكما حسب أحكام الفصل 428 من م. إ. ع؛

إنّ هذا الإقرار الصريح والنتائج عن إرادة واعية يكفي لثبوت نسب الابن واتجه والحالة تلك الحكم لصالح الدعوى"¹¹¹.

غير أنّها سرعان ما عدلت عن موقفها رافعة بذلك اللبس والغموض الذين يعتبران الفصل 68 من المجلة، فكان ذلك بمقتضى القرار التعقيبي الصادر عنها بتاريخ 26 نوفمبر 1996 وفيه: "نقتضي القاعدة بأنّه عند غموض النص أو إجماله الرجوع إلى أهم المصادر التشريعية التي قام عليها ذلك النص وهو الفقه الإسلامي ليستنار به في استجلاء ما غمض أو توضيح ما أجمل؛

¹⁰⁹ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 05 / 12 / 1963، قرار ع. 2000، مقتبس عن: ساسي بن حليمة، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012، ص. 434.

¹¹⁰ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 07 / 10 / 1986، قرار ع. 15532، م. ق. ت.، 1988، ع. 04، ص. 78.

¹¹¹ - محكمة ابتدائية بقفصة، حكم مدني، 21 / 02 / 1994، قرار ع. 43979، م. ق. ت.، 1994، ص. 199.

إنّ الشهادة الواردة بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية يقصد بها إثبات البنية الشرعية لا غير وبالتالي فإنّ البنية الطبيعية غير واردة أصلاً ضمن النصوص الوضعية لمادة إثبات النسب وهو ما درج عليه فقه قضاء محكمة التعقيب ضمن عديد قراراتها¹¹².

وعليه لا يقتضي نص الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية بحال إثبات نسب ابن الزنا للزاني فالولد للفراش وللعاهر الحجر، وقد استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على هذا الاتجاه المؤكّد بأنّ العلاقة الخنائية لا ترتب نسبا وإنّ وسائل الإثبات الواردة بالنص أعلاه إنّما يلتجأ إليها في الابن المخلف من علاقة زواج شرعية، ممّا يستبعد إلحاق نسب طفل الخطيبين إلى الخاطب. وبخصوص هذه المسألة نستشهد بالقرارات التالية:

أقرّت محكمة التعقيب في قرار عنها صادر بتاريخ 02 جوان 1992 بما يلي: "إنّ الفصل الأوّل من مجلة الأحوال الشخصية لم يرتب عن الخطبة زواجا ولا يقضي بأحكام الزواج فيما بين الخطيبين فكل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضي به فلا يحل ولا يحق للخطيبين تجاوز حدود الحكم من الاتصال الذي يعتبر بالنسبة لهما اتصالا غير مشروع ولا يشكل إلاّ علاقة خنائية لا يترتب عنها نسبا"¹¹³.

ونفس الحكم سارت عليه المحكمة في قرار صادر عنها بتاريخ 18 أكتوبر 1996 بقولها: "يؤخذ من صريح الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية أنّ النسب لا يثبت من علاقة خنائية وإنّما يحصل من اتصال جنسي ناتج عن علاقة زواج شرعية ولو كانت مختلة الأركان أو الشكليات القانونية وهذه العلاقة الشرعية يمكن أن تكون زواجا صحيحا أو فاسدا طبقا للفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية أو عرفيا على خلاف الصيغ القانونية على معنى الفصل 31 من قانون الحالة المدنية المؤرخ في 01 أوت 1957 إذ الولد للفراش وللعاهر الحجر حسبما درج عليه الفقه الإسلامي وفقه قضاء محكمة التعقيب؛

¹¹² - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 26 / 11 / 1996، قرار ع. 51346، ن. م. ت.، 1996، ج. 02، ص. 228.

¹¹³ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 02 / 06 / 1992، قرار ع. 26431، ن. م. ت.، 1992، ص. 183.

على المحكمة أن تبرز العناصر المجسمة للوعد بالزواج الواقع اعتباره من قبلها عنصرا تمهيديا مفضيا للزواج الذي أسست عليه نسب البنت وتجاوزت في تعليلها أحكام الفصل 01 من مجلة الأحوال الشخصية القاضي (بأن كل من الوعد الزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به) وهو بهذا الاعتبار لا ينتج أثرا ولا يثبت به نسب¹¹⁴.

فعلى صعيد فقه القضاء التونسي فلقد بقي متأرجحا بين نزعتين، أمّا الأولى فهي متأثرة بفكرة أنّ المشرع متشوق لإثبات الأنساب فاعتبر أنّ الزواج غير ضروري لإثبات النسب، وأمّا الثانية فمتأثرة بقاعدة "الولد للفراش وللعاهر الحجر" وتعتبر أنّ النسب لا يثبت إذا كان ثمرة علاقة خنائية¹¹⁵.

وعلى صعيد التشريع وبعد تفسير الفصل 68 من المجلة لا معالجة لنسب أبناء الزنا، وأنّ النصوص المتعلقة بإثبات النسب تنصرف إلى الأبناء الشرعيين، كما أنّ الاستناد إلى أحكام الفصل الأوّل من نفس المجلة يدفعنا إلى القول أنّه لا أثر من آثار الزواج يترتب عن الخطبة بما فيه النسب، فالابن الناجم في فترة الخطبة يعد ابن زنا لانتفاء العلاقة الزوجية، ومنه لا يثبت نسبه للخاطب حتى وإن أقرّ بذلك بل يلحق نسبه بأمه.

ومع ذلك هناك من يرى أنّ تدخل المشرع وسنّه القانون عدد 75 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، يفهم من خلاله أنّ ابن الخطيبين تثبت بنوته إمّا بإقرار الأب أو بالشهادة أو بالتحليل الجيني، ومتى تمّ الإثبات يكسب الحق في اللقب العائلي والنفقة. لكون الفصل الأوّل منه ينص على: "الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسمها ولقبها العائلي؛

يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقد الأب للطفل الذي يثبت بإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب لذلك الطفل".

¹¹⁴ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 18/10/1996، قرار ع. 43354، ن. م. ت.، 1996، ج. 02، ص. 225.

¹¹⁵ - ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود... المرجع السابق، ص. 53.

ليؤكد على ذلك من خلال القانون 51 المؤرخ في 07 جويلية 2003، حيث نص الفصل الثالث مكرّر فقرة رابعة منه على أنّه: "ويحوّل للطفل الذي تبث بنوته الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة إلى أن يبلغ سن الرشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها بالقانون". والملاحظ هنا أنّ المشرع سكت عن أحقية الطفل في الإرث ولعلّه يفهم منه أنّه لم يمنح له هذا الحق¹¹⁶، خاصة وأنّ المادة 152 من مجلة الأحوال الشخصية تنص على أن: "يرث ابن الزنا من الأم وقرابتها وثمرت منه الأم وقرابتها". وهنا يبدو أنّ المشرع تبني حلّين متباينين، فإمّا أنّ نسبه يكون ثابتاً ويتمتع بجميع الحقوق، وإمّا أنّه لا يكون ثابتاً فلا يتمتع بها¹¹⁷.

ولا محال أنّ الاعتراف بنسب الابن الناجم في فترة الخطبة وإحاقه بأبيه، سيفتح المجال لإقامة عديد العلاقات غير الشرعية خارج إطار الزواج، الأمر الذي سيمنح للمرأة حرية مطلقة في الاختلاط، طالما أنّ المسؤولية ستشترك فيها مع الخطيب، ولا يكون هناك فرق بين الابن الشرعي وابن الزنا.

هذا على صعيد التشريع التونسي، أمّا التشريع المغربي فنجد أنّ المادة 150 من مدونة الأسرة تقضي: "النسب لحمّة شرعية بين الأب وولده، وتنتقل من السلف إلى الخلف". والظاهر منها أنّ الزواج هو مصدر النسب، وبالرغم من ذلك فإنّ المشرع انفرد بصياغة المادة 156 من نفس المدونة، فهل يمكن القول أنّ الخطبة وحدها كافية للنسب بين الحمل والخطاب؟

تنص هذه المادة على أنّه: "إذا تمت الخطبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، وظهر حمل بالمخطوبة ينسب للخطاب للشبهة متى توافرت الشروط التالية:

- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء؛

- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛

- إذا أقرّ الخطيبان أن الحمل منهما؛

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

¹¹⁶ - ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون... المرجع السابق، ص. 41-42.

¹¹⁷ - ساسي بن حليلة، دراسات في الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 444.

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء لجميع الوسائل الشرعية لإثبات النسب¹¹⁸.

فتوفر هذه الشروط ينسب الحمل الذي يظهر بالمخطوبة أثناء الخطبة للخاطب وذلك استنادا إلى الشبهة التي تقع خلالها¹¹⁹. ومع أن المادة 152 من مدونة الأسرة حددت أسباب لحوق النسب وهي الفراش والإقرار والشبهة. إلا أن الظاهر أن السبب الأخير المتمثل في الشبهة لا يقصد به فقط الوطء بشبهة كما ورد التنصيص عليه ضمن كتب الفقه الإسلامي ونظمتها المادة 155 من المدونة¹²⁰، بل يشمل أيضا مفهوما جديدا لا يمكن معرفة مضمونه بمعزل عن المادة 156 من نفس المدونة والمذكورة أعلاه.

وفي معرض الحديث عن الشبهة، فالتساؤل يثور حول ماهيتها، حيث أن الشبهة التي يثبت بها النسب، هي إما شبهة الملك كموافقة شخص جارية ابنه ظانا بإباحتها، أو شبهة الفعل كما إذا دخل الرجل بأخته من الرضاع ظانا منه أنها تحل له، أو شبهة العقد كما إذا أخطأ الشخص ووطئ امرأة ظانا منه أنها زوجته¹²¹. وليس في الخطبة شيء من ذلك حيث أن الخطيب يعرف تماما المخطوبة، والعلاقة الجنسية التي أدت إلى الحمل تم السعي إليها من الطرفين عن وعي واقتناع.

¹¹⁸- إن تطبيق المادة أعلاه يثير إشكالات تتطلب حل قانوني لها نذكر: المادة 19 من المدونة حددت أهلية الزواج بثمانية عشر سنة، بينما النصوص المنظمة للخطبة لم تحدد سنا معينًا لها؛ اشترط المشرع أن يتضمن ملف الزواج شهادة طبية لكل من الخطيبين، وذلك بهدف حمايتهما من الأمراض المعدية. إلا أن اتصالهما جنسيا والذي نتج عنه حمل جعل هذه الشهادة بدون فائدة، لأن المحذور قد تحقق؛ إذا لحق الخطبة الناتج عنها حمل زواج، فهل ينص عقد الزواج على أن الخطيبين قد أنجبا قبل الزواج أم يسكتان على هذا الحمل؟ لأن السكوت في حد ذاته يثير مشاكل أخرى، فإذا توفي الخاطب دون أن يقر به ويلحقه بنسبه، قد يتدخل من يعنيه الأمر ويدعي أن المولود غير شرعي. وإذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب.، أنظر، إبراهيم بحامي، من أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة بشأن الخطبة، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحاصلة والمعوقات، سلسلة الندوات 2، مطبعة الحسور، وجدة، ط. 1، 2008، ص. 182، 183.

¹¹⁹- أنظر، عمرو لمزرع، غمز العيون في أحكام الزواج والحلاله، مطبعة أنفو، المغرب، 2006، ص. 38-39.

¹²⁰- نصت المادة 155 من م. أ. م.، على أنه: "إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها تبث الولد من المتصل. يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا".

¹²¹- يقسم فقهاء الحنفية الشبهة إلى ثلاثة أقسام وهي: 1- شبهة الملك أو ما يعرف بشبهة الحل، تكون إذا كان في المحل دليلان أحدهما قوي يفيد التحريم، والآخر ضعيف قد يؤدي إلى الحل. وإن الحكم يسير على مقتضى القوي، فإذا حصل دخول في هذه الحال يكون سيرا على مقتضى الدليل الضعيف، فيكون هذا شبهة قوية. وحكم الدخول مع هذه الشبهة أنه يسقط فيه الحد، وبمحو وصف الزنا، فيثبت المهر، والعدة، والنسب؛ 2- شبهة الفعل هي الشبهة التي تحدث في نفس الشخص فيظن الحرام حلالا من غير دليل من الشارع قوي أو ضعيف؛ 3- شبهة العقد أي أن صورة العقد وهي الإيجاب والقبول الصادران عن عاقلين لعبارتهم اعتبار، شبهة في ذاتها، بحيث لو حصل دخول مع هذه الصورة كان دخولا بشبهة ولو كان يعلم فساد العقد وعدم صحته.، أنظر، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص. 201 وما بعدها.

أما بالنسبة لعبارة "وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج"، فمن جهة، هي مبهمة في مدلولها لأنّ هناك فرق شاسع بين إبرام عقد الزواج وتوثيقه. فإذا اقترنت الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد، أي بتوافر أركانه وشروط صحته عدّ زواجا صحيحا، يسري عليه من الآثار ما يترتب على الزواج الموثق بما فيه النسب، على أن يثبت بحكم قضائي ويسجل لدى الحالة المدنية. أما إذا لم يتم الزواج واعتبرت العلاقة مجرد خطبة فلا يمكن الاعتراف بما يجمع الخاطبين من علاقة جنسية¹²².

ومن جهة أخرى، فهي تطرح إشكالية حدود هذا الظرف القاهر، مع العلم أنّ القاعدة في الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود تعرّف القوة القاهرة بكل ما لا يستطيع الإنسان توقعه أو دفعه، هذا مع ملاحظة أنّ المشرع استعمل عبارة الظرف بدلا من القوّة للدلالة على القوّة القاهرة. وفي هذا خلط واضح للمؤسسات القانونية ممّا يطرح إشكالية تكييف هذا الظرف أمام القضاء باعتباره مسألة واقع تستخلصه المحكمة من ظروف كل نزاع. كما يجب الإشارة إلى التباعد بين المادة 16 والمادة 156 من مدونة الأسرة حيث لا يمكن الحديث عن عقد زواج غير موثق في المادة 156 عكس المادة 16 إذ كان المشرع صريحا بالتأكيد على أنّ العلاقة الزوجية الصحيحة هي مناط سماع دعوى الزوجية، وتزكية هاته الوضعية الشرعية بحكم قضائي. أما بالنسبة للمادة 156 فإنّها تتعلّق بإثبات النسب الناتج عن الخطبة للشبهة، وليس العلاقة بين الخطيبين.

ولقد أثارت هذه المادة جدلا انعكس على آراء رجال القانون، حيث هناك من يرى أنّ المشرع ولو أنّه استعمل لفظ الخطبة في المادة 156 من مدونة الأسرة فهو يقصد بها الزواج غير الموثق، لأنّ عبارة الإيجاب والقبول تنصرف إلى الزواج لا إلى الخطبة، ذلك أنّه عند تنظيمه للخطبة لم يتحدّث فيها عن الإيجاب والقبول، وإمّا اعتبرها تواعد بالزواج، وأنّ تطابق الإيجاب والقبول معناه انعقاد الزواج تطبيقا لمقتضيات المادة العاشرة من المدونة. وفوق هذا عبارة الفقرة الثانية من نفس المادة "وافق ولي

¹²² - أنظر، بن شويخ الرشيد، أحكام الخطبة في الزواج، -دراسة مقارنة في أحكام الفقه والقانون والقضاء-، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحاصلة والمعوقات، سلسلة الندوات 2، مطبعة الجسور، وجدة، ط. 01، 2008، ص. 91.

الزوجة عليها عند الاقتضاء" تفيد أنّ المشرع لم يقصد الخطبة بل انصرفت نيته إلى الزواج¹²³. وأنّ هذا الحل يفتح باب الأمل أمام هؤلاء الأبناء بإلحاق نسبهم لآبائهم، ويحميهم من عار يدمر حياتهم¹²⁴.

وهناك من يعتبر أنّ التأسيس على العقد الرضائي للخطبة للحقوق النسب بالخاطب رغم تشوّف المشرع للحقوق الأنساب، يبقى محل نظر شرعياً وذلك لانتفاء باقي شروط الزواج من ولاية وصدّق وإشهاد وينزل بالخطبة منزلة الزواج والقاعدة شرعاً أنّها وعد بالزواج وليست بزواج¹²⁵.

ومن ثمة لا يرحّح الموقف الأوّل، وذلك لخلطه الواضح بين مؤسسة الزواج وبين مؤسسة الخطبة، فالمادة الخامسة من مدونة الأسرة نصت في فقرتها الأولى على أنّ: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج"، وأضافت المادة السادسة من نفس المدونة "يعتبر الطرفان في فترة الخطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها". في حين أنّ المشرع في المادة الرابعة من مدونة الأسرة عرّف الزواج أنّه: "ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام المدونة"، هذه المواد ومواد أخرى تظهر بوضوح أنّ لكل من المؤسستين أحكامهما الخاصة لا سواء من حيث الحقوق والواجبات أو من حيث الآثار الناتجة عن المؤسستين، كما تعمل هذه المواد على كشف اللبس والخلط الكبيرين اللذين يكتنفان إرادة المشرع في صياغته للمادة 156 من مدونة الأسرة ويبرز محاولة الزواج القسري لمؤسستي الخطبة والزواج في هذه المادة الأخيرة، وذلك بإعطائهما نفس الآثار من حيث نسب الابن الناتج عنهما، وبالمحصلة الاعتراف بالعلاقات غير الشرعية وما ينتج عنها إن لم نقل التشجيع عليها وذلك بإضفاء الشرعية عليها، وبذلك يكون المشرع المغربي قد خطى الخطوة الأولى في اتجاه المساس بأحكام الأحوال الشخصية والثوابت الشرعية.

فكما يقول الأستاذ الدكتور "جيلالي تشوار" إنّ ما جاءت به المادة 156 أعلاه لم يقل به لا فقيه من فقهاء الشريعة الإسلامية، ولا قانون من القوانين المغاربية الأسرية الأخرى، وذلك لما ساوت

¹²³- أنظر، عبد الرحمن اللمتوني، إثبات النسب والشبهة خلال مرحلة الخطوبة، -قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة-، مجلة القضاء والقانون، ع.

152، ص. 128؛ يونس الزهري، آثار الخطبة... المرجع السابق، ص. 96-97.

¹²⁴- أنظر، بشرى العاصمي، قراءة في قانون الأسرة، -جرد وتحليل-، مجلة المنتدى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005، ع. 05، ص. 66.

¹²⁵- أنظر، محمد جوهر، إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب، مجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، 2004، ع. 50، ص. 153.

من حيث الآثار بين الخطبة والزواج بشأن ثبوت النسب. وبهذا يكون المشرع المغربي قد اتبع القوانين الغربية في هذا المجال بحكم مصلحة الطفل، وهو ما لا يمكن الأخذ به كون أنّ الأمر متعلق بإحدى الكليات الخمس التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بأحكام دقيقة لا يمكن خرقها مهما كان الدافع أو المصلحة المرجوة منه. فالخطبة مجرد تواعد ولا ترقى إلى منزلة عقد الزواج، ولا يمكن أن يترتب عنها ما يترتب عنه بما في ذلك النسب الشرعي¹²⁶.

واستناد لما تقدّم، فإنّ نية المشرع المغربي جاءت واضحة في إلحاق نسب الطفل في فترة الخطوبة إلى الخاطب بدليل أنّ الفقرة الثانية من المادة 156 من المدونة أجازت اللجوء إلى جميع وسائل الإثبات الشرعية حال إنكار الخاطب، وهو ما يدفع إلى القول أنّه ساوى بين الخطبة والزواج فيما يتعلّق بأثر النسب الشرعي، مكرّساً أمراً واقعاً على حساب الأحكام الشرعية، وفتحاً باب الحرية للمرأة على مصرعيه. فكيف تعامل معها القضاء المغربي؟

يتم الكشف عن نية القضاء المغربي وكيفية تعامله وتفسيره لنص المادة 156 من المدونة من خلال القرارات التالية:

اقتضى الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 03 نوفمبر 2004 ما يلي: "وحيث أنّه وفق المشار إليه فإنّه تنبني الشبهة المفضية إلى نسبة الحمل للخاطب إذا حالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج في وقته المحدّد وتوافر الإيجاب والقبول والشروط المنصوص عليها في الفصل 156 من مدونة الأسرة وذلك بموافقة الولي كلّما كانت ضرورية واشتتار الخطبة بين الناس وحمل المخطوبة خلال الخطبة وإقرار الخاطبين بالحمل؛

وحيث إنّ ذلك كان ثابتاً حسب تصريح الطرفين أثناء جلسة البحث وكذا ما هو منصوص عليه في النكاح، وحيث إنّ المستأنف عليه خلال هذه الفترة لم ينف نسب البنت إليه بمجرد ظهور الحمل وقبل إبرام عقد النكاح، وحيث إنّ تبعاً للمشار أعلاه فإنّ نسب البنت لاحق بالمستأنف عليه

¹²⁶- أنظر، جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، م. ع. ق. إد.، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ع. 03، ص. 13.

وتترتب عليه جميع الآثار وكذا الوسائل المقررة شرعا بالنفقة والتوارث وغيره وتسجيلها في دفتر الحالة المدنية¹²⁷.

وأصدرت المحكمة الابتدائية بمراكش حكما بتاريخ 11 نوفمبر 2004 جاء فيه ما يلي: "وحيث تبين خلال البحث أنّ المدعى عليه أصليا لم يتقدم لخطبة المدّعية أصليا إلاّ قبل 20 يوما على عقد نكاحها وهي فترة حتى على فرض حصول الاتصال خلالها ليست كافية لثبوت النسب لكونها تقل عن أقل مدة الحمل المطلوبة شرعا وأنّ الاحتجاج ضد المدعي فرعيا بتصريحاته المضمنة بمحضر الضابطة القضائية والتي تفيد كونه تعرّف على المدعى عليها خلال سنة 2002، إذ العبرة بتاريخ حصول الإيجاب والقبول بين المخطوبين وثبوت الاتصال بينهما بعد ذلك وفق أحكام المادة 156 من مدونة الأسرة وهي عناصر لم تقم المدعى عليها إثباتا بشأنها"¹²⁸.

وأیضا في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 أبريل 2006 ورد فيه: "بمقتضى المادة 156 من مدونة الأسرة فإنّه من ضمن شروط إلحاق النسب بالخاطب للشبهة ثبوت الخطبة الناتج عنها حمل، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه علّلت قرارها المؤيّد للحكم الابتدائي القاضي برفض طلب إلحاق النسب بالمطلوب بعلّة أنّه لا مجال لتطبيق مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة بما في ذلك إجراء خبرة لما ثبت لها عدم حصول الخطبة بين الطرفين، وأنّ العلاقة المزعومة الناتج عنها الحمل موضوع النزاع مجرد علاقة فساد حسبما تثبته وقائع القرار الجنحي الصادر في 21/07/2004 ملف 04/728، وحسبما استخلصته في إطار سلطتها من شهادة الشهود الذين وقع الاستماع إليهم في المرحلة الابتدائية، وبذلك تكون قد أسست قضاءها على أساس قانوني صحيح وعلّته بما فيه الكفاية لذلك يتعيّن رفض الطلب"¹²⁹.

¹²⁷ - محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، 03/11/2004، قرار رقم 03/1913، مقتبس عن: محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مطبعة دار النشر المغربية، ط. 03، 2008، ص. 374.

¹²⁸ - المحكمة الابتدائية بمراكش، قسم قضاء الأسرة، 11/11/2004، الملف عدد 604/21/2004، غير منشور، مقتبس عن: يونس الزهري، آثار الخطبة... المرجع السابق، ص. 99.

¹²⁹ - مجلس أعلى، 26/04/2006، ملف 607/2/1/2005، مقتبس عن: إبراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة - متركزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، مكتبة دار السلام، المغرب، 2008، ص. 11-12؛ إبراهيم بحماني، من أهم قرارات المجلس الأعلى... المرجع السابق، ص. 178.

من خلال هذه القرارات تتأكد نية القضاء المغربي في إلحاق نسب المولود الناتج في فترة الخطبة للخطاب متى تحققت شروط المادة 156 من مدونة الأسرة، فمع أنّ الخطوبة المشتهرة ليست بعلاقة زواج شرعية، إلا أنّ الأبناء الناجمين عنها يلحقون إلى الأب وكأهمّ أبناء شرعيين بمجرد الإقرار، وحتى وإن أنكر الخطاب يتم اللجوء لجميع الوسائل الشرعية لإثبات النسب.

وإن كانت حجة القضاء المغربي تطبيق أحكام المادة 156 من مدونة الأسرة لإلحاق نسب المولود بأبيه، فإنّ أحدث ما صدر عنه شكّل خرقاً وتعدياً واضحاً لمبادئ الشريعة الإسلامية وللموروث الحضاري والثقافي، وهذا بمناسبة صدور حكماً عن المحكمة الابتدائية بزاكورة -جنوب المغرب-، بتاريخ 25 ماي 2017 يقضي بانتساب الطفل الطبيعي لأبيه لتجنيبه آثار الوصم الاجتماعي، إعمالاً للاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل المغرب. وتتلخص وقائع القضية: "في أنّ امرأة تقدّمت بدعوى أمام المحكمة الابتدائية بزاكورة تعرض فيها أنّها أنجبت من المدعى عليه طفلاً بتاريخ 25 /05 /2005، وقد رفض هذا الأخير الاعتراف به رغم أنّ الخبرة الطبية أثبتت أنّه من صلبه. وأضافت المدعية أنّ الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية حقوق الطفل التي صادق عليها المغرب نصت على أنّه يتوجب على القضاء إبلاء الاعتبار لمصالح الأطفال الفضلى عند النظر في النزاعات المتعلقة بهم، كما نصت المادة السابعة من نفس الاتفاقية على أنّ الطفل يسجل بعد ولادته فوراً، ويكون له قد الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما. ملتزمة الحكم ببنوة الابن لأبيه المدعى عليه مع تحميله صائر الدعوى؛

وأثناء نظر المحكمة اعتمدت في حيثياتها على نص المادة 142 من مدونة الأسرة في تحديدها لمفهوم البنوة باعتبارها النتيجة الطبيعية للتوالد الذي يكون ثمرة اتصال جنسي بين رجل وامرأة، إذ يكون الولد في هذه الحالة ابناً طبيعياً لطرفي العلاقة التي كانت سبباً في وجوده والتي يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط لتكون شرعية، وإذا انتفت تلك الشروط اعتبرت غير شرعية؛

كما اعتمدت المحكمة على الفقرة الثالثة من الفصل 32 من الدستور المغربي والتي تنص على أنّ الدولة تسعى لتوفير الحماية القانونية والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال بكيفية

متساوية بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية. فضلا على تصدير الدستور وقوانين البلاد وهويتها الوطنية الراسخة تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية؛

ومن ناحية أخرى استندت المحكمة على نص المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الطفل الموقعة بستراسبورغ والتي صادق عليها المغرب بتاريخ 27 / 03 / 2014، الرامي إلى حق الطفل في معرفة والديه وتلقي رعايتهما. كما واقتضت المادة الثامنة من نفس الاتفاقية على أنّ الدول الأطراف في الاتفاقية تتعهد بالحفاظ على هوية الطفل بما في ذلك جنسيته واسمه وصلاته العائلية على النحو الذي يقره القانون، وأنّ حرم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته تقدّر الدول الأطراف، المساعدة والحماية المناسبتين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته؛

وانطلاقا من ذلك اعتبرت أنّ حماية الطفل ومصالحته الفضلى وفق ما جاء في الفصل 32 من الدستور المغربي وكذا الاتفاقية الدولية يتطلّب بالدرجة الأولى حقه في معرفة والده ومن تم هويته بغض النظر إذا كان أبا طبيعيا له أو بيولوجيا لما في ذلك من تأثير إيجابي على تكوين شخصيته وتجنّبه آثار الوصم الاجتماعي؛

وحيث أنّ الثابت من خلال تقرير الخبرة الجينية المدلى به بالملف أنّ المدعى عليه هو الأب البيولوجي للابن والذي لم يكن محل منازعة من طرف المدعى عليه، ممّا يكون معه الطلب مبني على أساس قانوني ويتعيّن الاستجابة له¹³⁰.

ومن هذا الحكم نتوصل إلى مدى خطورته وانعكاساته السلبية على المجتمع وأفراد الأسر، فمن الواضح أنّ الطفل ولد نتيجة لعلاقة غير شرعية ممّا يجعل نسبه ثابت لأمه لا إلى أبيه البيولوجي حتى وإن أقر بذلك أو إن أثبتته التحاليل الجينية. فهذا التوجه للمحكمة غير سليم لتجاوزه لأحكام الشريعة السمحاء، ولتقليده للمجتمعات الغربية وسيره نهج الاتفاقيات الدولية. وهو كفيل بالتشجيع على العلاقات غير الشرعية وزيادة نسبة الأبناء الطبيعيين وانتسابهم إلى آبائهم كما لو كانوا أبناء شرعيين، وكذا التشجيع على فكرة الحرية في الاختلاط وإقامة علاقات حرة بين الرجل والمرأة خارج

¹³⁰ - حكم ابتدائي بزاكورة، 25 / 05 / 2017، نشر على موقع الانترنت: www.legal-agenda.com

إطار الزواج. وهكذا نقضي على الثوابت الشرعية والأعراف والتقاليد، ونلغي قدسية عقد الزواج، ونقوم بطمس الهوية العربية الإسلامية.

فبينما تأرجح الرأي الفقهي والموقف القضائي التونسيين بين إلحاق نسب المولود الناجم عن الخطبة للخطاب، واعتباره ابن زنا، جاء الموقف المغربي قانونا وقضاء واضحا بإلحاقه للخطاب متى توافرت شروط المادة 156 من مدونة الأسرة، بل أكثر من ذلك فتوجهه الجديد يرمي إلى إلحاق ابن الزنا لأبيه حتى وإن نجم عن العلاقة الحرة، وهنا للمرأة الحرية المطلقة. فما هو الحكم على صعيدي التشريع والقضاء الجزائريين؟

نجد أنّ المشرع الجزائري عند تنظيمه لموضوع النسب لم يشمل التعريف بنص خاص¹³¹. تاركاً ذلك لشراح القانون، إذ عرّفه الدكتور العربي بلحاج بالقول: "هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة، وينبني عليه الميراث، وتنتج عنه موانع الزواج وتترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وبنوية"¹³². ومما لا خلاف عليه، يعتبر النسب أثراً من آثار عقد الزواج، فمتى نتج عن العلاقة الزوجية مولوداً ألحق نسبه لأبيه، وما يؤكد ذلك أنّ المشرع جعل الزواج الصحيح طريقاً لإثباته¹³³. ومن المتفق عليه أيضاً أنّ الولد ينسب لأمّه بالولادة، سواء كان من علاقة شرعية أو غير شرعية، فهل ينسب ولد الزنا لأبيه؟

المشكل يكمن في كون قانون الأسرة لم يعالج موضوع الأبناء غير الشرعيين ونسبهم بالصورة المطلوبة، فلم يتعرّض لأحكام ابن الزنا إلا من باب الإشارة في مواطن متفرقة كالمادتين 44 و119 من قانون الأسرة، والمادة 64 من قانون الحالة المدنية. وكان على المشرع أن ينظم أحكام هذه المسألة بشكل متكامل في قانون الأسرة، لأنّ ظاهرة الأطفال غير الشرعيين ليست غريبة على المجتمع الجزائري¹³⁴.

¹³¹ - المواد التي نظمت موضوع النسب من المادة 40 إلى المادة 45 من ق. أ. ج.

¹³² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 188.

¹³³ - تنص المادة 40، ف. 01، من ق. أ. ج. على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح..."; وتضيف المادة 41 منه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينه بالطرق المشروعة".

¹³⁴ - أنظر، بن شويخ الرشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، -دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء-، م. ع. ق. إد.، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ع. 03، ص. 46.

فالواقع يدل على كثرة الأطفال غير الشرعيين، ونظرا لتدني الأخلاق والوازع الديني، فإن السنوات المقبلة لا تشير إلى إمكانية تراجع هذه النسب وإنما ستكون في تزايد مستمر. الأمر الذي يستدعي عدم إهمال هذه المسألة بل معالجتها معالجة دقيقة وواضحة¹³⁵. فهل إذا نتج عن الاختلاط في فترة الخطبة مولودا ينسب إلى أبيه، لوجود الرابطة الدموية، ولكون الخطبة معلنة؟ وماذا لو أقر الخاطب بأبوته؟

مع أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يتطرق لمسألة الأبناء الناجمين في فترة الخطبة، إلا أنه يفهم من قراءة المواد 09، 09 مكرر، 40 و 41 من قانون الأسرة أن المشرع لا يعترف إلا بالزواج الشرعي القائم على ركن الرضا والمتوفر على شروط صحته، وما ينتج عنه يفيد البنوة المشروعة طبقا لقاعدة الولد للفرش الصحيح. أمّا ما تثمره العلاقات خارج إطار الزواج ومنها الاتصال الجنسي بين الخاطبين قبل العقد يعد زنا وأن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه. أضف إلى ذلك وأمام سكوت المشرع وجب إعمال المادة 222 من قانون الأسرة، وقد اتفق الفقه الإسلامي على عدم المساواة بين الزنا والعلاقة الشرعية فكل ابن أتت به الزوجة من زواج نسب إلى أبيه، وما نتج عن علاقة خارج إطار الزواج تحت أي تسمية -علاقة حرة أو في إطار خطبة- لا يثبت نسبه بأبيه وإنما يلحق بأمه، وفي هذا ضبط حدود لحرية المرأة في الاختلاط وإقامة العلاقات غير الشرعية.

وهو ما أكدته قرارات المحكمة العليا، فمن مراجعة لبعضها نجد أنّ موقف القضاء جاء موّخدا بخصوص هذه المسألة، حيث اعتبر العلاقات قبل الزواج علاقات غير شرعية، وأنّ الأبناء الناجمين عنها أبناء زنا يلحق نسبهم إلى أمهم لا إلى أبيهم، من بين هذه القرارات نذكر:

القرار الصادر بتاريخ 08 أكتوبر 1984 ورد فيه: "من المقرر شرعا أنّ الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن تمّ فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا؛ ولما كان كذلك، فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية؛

¹³⁵- ففي سنة 2000 أحصت الجزائر حوالي 3400 أم عازبة، أي 3400 طفل غير شرعي بغض النظر عن تلك اللائي وضعن حملهن خارج المستشفى، زكية حميدو، مصلحة المحضون... المرجع السابق، ص. 108 وما بعدها، وارتفعت النسبة سنة 2015 إلى ما يقارب 5000 مولود غير شرعي سنويا بحسب ما كشفت عنه وزيرة التضامن الوطني "مونية مسلم" لجريدة الخبر، أنظر، ع. رضوان، الأطفال غير الشرعيين على طاولة الحكومة، 29 جويلية 2015، على الموقع الإلكتروني: www.elkhabar.com

إذا كان الثابت -في قضية الحال- أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية؛

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة¹³⁶.

والقرار الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 1984 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين، قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، وعليه فإنه لا وجود لأي تناقض بين إثبات الزواج ونفي نسب الولد عن الزوج؛ ولما كان القرار المطعون فيه قد قضى بتصحيح عقد الزواج بعد إثبات توافر أركانه، وبنفي نسب الولد فإنه بقضائه هذا كان مطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية"¹³⁷.

والقرار الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 1984 والذي تضمن: "من المقرر شرعا أن الاتصال الجنسي قبل العقد يعد زنا، وأن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"¹³⁸.

بالإضافة إلى القرار الصادر عنها بتاريخ 19 ماي 1998، اقتضى: "من المقرر شرعا أنّ الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونا أنّ أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر؛

ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل، وأنّ الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأنّ قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش، مع أنّ الزواج الثاني باطل شرعا فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية؛

¹³⁶ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 08 / 10 / 1984، ملف رقم 34137، م. ق.، 1989، ع. 04، ص. 79.

¹³⁷ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 19 / 11 / 1984، ملف رقم 34046، م. ق.، 1990، ع. 01، ص. 67.

¹³⁸ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 17 / 12 / 1984، ملف رقم 35087، م. ق.، 1990، ع. 01، ص. 86.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة¹³⁹.

وفي أحدث قراراتها الصادر بتاريخ 05 مارس 2006 وبموجبه اقتضت: "يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة، إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية"¹⁴⁰.

يتضح من قرارات المحكمة العليا أنّ كل علاقة جنسية بين الرجل والمرأة خارج إطار الزواج تعتبر غير شرعية ولا تلحق نسب الولد الناجم عنها بأبيه، وأنّ النسب لا يثبت إلاّ بالفراش الصحيح ما لم يتم إنكاره بالطرق المشروعة وأنّ أقل مدّة الحمل هي ستة أشهر. ولا يعتبر دخولا من الناحية الشرعية ما يقع بين الخاطبين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد. وليس في هذا مساس بحرية المرأة، فإنّما قيّدت هذه الحرية حفاظا على الأحكام الشرعية ولعدم المساس بالثوابت، فشتان بين العلاقة الشرعية وتلك غير الشرعية. وبهذا يكون ما سار عليه القضاء الجزائري عين الصواب.

هذا الحكم ينطبق في حالة ما إذا تمت المخالطة في فترة الخطبة التي لا تعدّ زواجا، على أمل أن يتمسك المشرع والقضاء بموقفيهما هذا في المستقبل ويصمدا في وجه التيارات التحريرية التي تهدف إلى تغطية العلاقات غير الشرعية تحت غطاء الشرعية بداعي الحرية أو بحكم مصلحة المولود¹⁴¹.

ولكن القول يختلف إذا اقترنت الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد فهنا تعدّ زواجا حسبما جاء بالفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأسرة والتي نصت على أنّه: "غير أنّ اقتران الخطبة

¹³⁹- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 19/05/1998، ملف رقم 193825، إ. ق. غ. أ. ش.، 2001، ع. خ.، ص. 73.

¹⁴⁰- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 05/03/2006، ملف رقم 355180، م. م. ع.، 2006، ع. 01، ص. 469.

¹⁴¹- يقول الأستاذ الدكتور جيلالي تشوار: "الخلوة بالأجنبي باسم الخطبة باب من أبواب الفساد والإلحاح الخلفي فتح على مصرعيه في وجه الشباب والشباب. وتعدّ هذه التقاليد والعادات بدعا وضلالة، ومن ثم فإنّ كل تعديل أو تغيير في الحكمة المرجوة من الخطبة وحقوق طرفيها لا يستدعي بتاتا نظاما جديدا، وهذا يعني الاعتراف بالقواعد الشرعية وعدم اخضاعها للتطور الاجتماعي".، جيلالي تشوار، عدم المذهبية...المرجع السابق، ص.

بالفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون¹⁴².

علما وأن صياغة هذه الفقرة جاءت تكريسا للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا التي أشارت في أكثر من قرار لها إلى أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج، لا زواجا إلا إذا اقترنت بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق وتوافر الرضا الكامل فهنا تعتبر زواجا صحيحا من الناحية الشرعية غير مسجل من الناحية القانونية، ومن ثم يمكن بعد ذلك إثباته وتصحيحه قانونا¹⁴³. من هذه القرارات، نذكر القرار الصادر عنها بتاريخ 4 أبريل 1995 والذي جاء فيه: "إنّ اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من ق. أ؛

ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعدا بالزواج طبقا للمادة 05 من ق. أ، وإتّما اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق، وبالتالي فإنّ اقتران الخطبة بالفاتحة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من ق. أ؛

¹⁴²- إنّ السبب الذي دفع بالمشروع الجزائري إلى استحداث هذه الفقرة، هو غموض المادة السادسة قبل التعديل أي من قانون 84-11، وما أثارته من جدل حول تأويلها، فقد كانت تنص على أنه: "يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة؛ تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه". وحتى وإن نص في المادة 222 من نفس القانون على ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند انتفاء النص التشريعي، فإنه مع ذلك خرج عنها بخصوص الفاتحة اللاحقة للخطبة، فتناقض مع نفسه، لكونه اعتبر الفاتحة خطبة بالمادة 06 من ق. أ، ثم اعترف بالزواج العرفي بالمادة 22 من ذات القانون، وهو الزواج الذي يتم أمام جماعة من المسلمين بمجرد قراءة الفاتحة،، جيلالي تشوار، عدم المذهبية...المرجع السابق، ص. 313-314.

فهنا ساوى المشروع بين اقتران الخطبة بالفاتحة والتي تعد مجرد وعد بالزواج، وبين الحالة التي تقترن فيها الخطبة بالفاتحة في المجلس فتحوّل إلى زواج صحيح. وإنّ هذا الخلط له انعكاس سلبي ويشكّل خطورة على الحالات التي تكثّف على أنّها زواجا عرفيا، خاصة وأنّ العرف جرى في المجتمع الجزائري أن تقرّ الفاتحة بتحقيق ركن الرضا وتوفّر شروط صحة عقد الزواج ما يجعلها في هذه الحالة زواجا ينقصه الرسمية. وبهذا يكون المشروع تدارك الفراغ التشريعي، ورفع التناقض والغموض بالترقية بين مجرد قراءة الفاتحة للتبرك، وبين قراءة الفاتحة في مجلس العقد.

ورغم هذا التعديل هناك من يرى أنّ المشروع فتح من جديد ثغرة تشريعية كبيرة، عندما أجاز من خلال الفقرة الثانية من المادة السادسة المعدلة من ق. أ. إبرام الزواج وفق الشكل العرفي، فهي تشكّل تراجعا عن موقفه المعلن في المادة 18 من نفس القانون الرامية إلى ضرورة توثيق عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية ما يوقعه في التناقض،، بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص. 474-475.

¹⁴³- نشير في هذا الصدد، إلى أنّ اللفظ الذي شاب المادة السادسة من ق. أ. قبل التعديل انعكس على قرارات المحكمة العليا، فشاها الخلط وعدم الوضوح والاستقرار حيث كانت تكثّف تارة الفاتحة على أنّها خطبة وتارة أخرى تعتبرها زواجا. من القرارات التي اعتبرت الفاتحة خطبة، القرار الصادر عنها بتاريخ 17 مارس 1992 والتي ذهب من خلاله إلى القول أنّ الفاتحة ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرطا لوقوع الخطبة وإتّما هي من باب التبرك والدعاء، محكمة عليا، غ. أ. ش.، 17/ 03/ 1992، ملف رقم 81129، م. ق.، 1994، ع. 03، ص. 62.

وعليه فإنّ قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة لشهودها على وقوع الزواج وتوافر أركانه، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون؛ ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹⁴⁴.

وبهذا، يكون المشرع قد تظنن إلى أنّ النص الأصلي للمادة السادسة من قانون الأسرة لا يتماشى مع العادات والأعراف السائدة في البلد، فحرص على تعديل الفقرة الثانية من هذه المادة، لتستجيب للتحوّلات التي عرفتتها بنيات المجتمع الجزائري في العصر الحديث، ولتنسجم مع باقي نصوص قانون الأسرة وروح الشريعة الإسلامية، وتتماشى مع العادات والتقاليد الجزائرية¹⁴⁵.

فأصبح اقتراح الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد يعدّ زواجا شرعيا صحيحا تنقصه الرسمية وهو ما يسمى بالزواج العرفي الذي ترجمته المادة 22 من قانون الأسرة¹⁴⁶، والمفروض أنّ المولود الناجم عن المعاشرة في هذه الحالة يعتبر ابنا شرعيا ينسب إلى أبيه.

غير أنّ المشكل يكمن في عدم تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية ما يمنع تسجيل الطفل أيضا إلاّ بعد تثبيت عقد الزواج، وهذا من شأنه أن يخلق العديد من المشاكل فتضيق معه الحقوق. وفي هذا الصدد يرى الأستاذ الدكتور بلحاج العربي أنّ اجتهاد المحكمة العليا في هذا الخصوص غير صائب، فالزواج المنصوص عليه في المادة 06 فقرتها الثانية من قانون الأسرة هو زواج ينقصه الجانب الرسمي التوثيقي، ممّا قد يترتب عليه ضياع حقوق المرأة والأولاد، كما أنّه يخالف النظام العام الذي وضعته الدولة بضرورة تسجيل هذا العقد. ويضيف أنّه من المستحسن التصدّي لظاهرة

¹⁴⁴ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 04 / 04 / 1995 ملف رقم 111876، إ. ق. غ. أ. ش.، 2001، ع. خ.، ص. 36؛ وفي قرار آخر بتاريخ 14 / 04 / 1992 ورد فيه: "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقرن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محدودة، ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا؛

ومتى تبين -في قضية الحال- أن أركان الزواج قد توفرت وقت مجلس العقد، وأنه تم اقتراح الخطبة بالفاتحة، وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالحطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها؛

وإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى، والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله، فإنهم كما قضاوا قد طبقوا صحيح القانون؛

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن، محكمة عليا، غ. أ. ش.، ملف رقم 81877، إ. ق. غ. أ. ش.، ع. خ.، ص. 33.

¹⁴⁵ - جيلالي تشوار، عدم المذهبية الصرف... المرجع السابق، ص. 314-315.

¹⁴⁶ - نص المادة 22 من ق. أ. ج.، على أن: "يثبت الزواج بمسخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

الزواج العربي بسياسة تشريعية واضحة، بالنص على عدم سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا عند تقديم وثيقة رسمية للزواج، وكذا توقيع عقوبة على من يلجئ لهذا النوع من الزواج لأنه من واجب الدولة حماية الحق المهتدّ الضرر بإحداث نصوص جزائية في قانون العقوبات تردع المخالفين والمتقاعسين في تسجيل زواجهم لدى الدوائر الرسمية¹⁴⁷.

هذا وتساءلت الأستاذة الدكتورة هجيرة دنوبي بخصوص انعدام عقد التوثيق في العلاقات الأسرية، ما هي الضمانات القانونية عند الإخلال بالالتزامات المادية والمعنوية الناتجة عن عقد الزواج؟ وما هي الضمانات القانونية الكفيلة بحماية حقوق جميع الأسرة¹⁴⁸؟

ولهذا أصدرت وزارة الشؤون الدينية تعليمة تمنع الأئمة من قراءة الفاتحة ما لم يتم عقد الزواج المدني، كما أنّ المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر في دورته 31 المنعقدة يومي 26 و27 ديسمبر 2006، أوصى بأنّ الفاتحة هي مجرد تبرّك وأنّ تسجيل عقد الزواج في مصلحة الحالة المدنية يعد توثيقاً للعقد الشرعي الذي تعارف الناس على تسميته بالفاتحة.

ومع ما يثيره الزواج العربي من مشاكل نجده على مستوى الواقع سواء في الجزائر، أو في تونس حيث جاء في القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 13 جوان 1989 عن محكمة التعقيب التونسية ما يلي: "مفهوم الفراش الوارد في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية يقتضي العلاقة الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة ويدخل تحت هذا المفهوم ما سمي بالزواج العربي، وهو زواج تام الشروط والأركان وقد أقرّه المشرع التونسي باعتباره من الأحكام العرفية الواقعة قبل إجراء العمل بمجلة الأحوال الشخصية ورُتب عليه نتائج قانونية والأمر كذلك بالنسبة للتكاح الفاسد إذ جاء بالفصل 22 من نفس المجلة أنّ مجمل النتائج المترتبة عنه النسب"¹⁴⁹. ولا يختلف الأمر في المغرب فقد اعترف به المشرع المغربي بموجب المادة 16 من مدونة الأسرة حينما أجاز توثيق العقد أمام المحكمة¹⁵⁰.

¹⁴⁷- بلحاج العربي، أحكام الزوجية... المرجع السابق، ص. 147-148.

¹⁴⁸- أنظر، هجيرة دنوبي، المستحدث من تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، 2010، ع. 07، ص. 14.

¹⁴⁹- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 13/06/1989، قرار ع. 21419، ن. م. ت.، 1989، ص. 292.

¹⁵⁰- فقد جاء في هذه المادة: "تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج؛ إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة؛ تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن="

إنّ حرية المرأة في اختيار شريك حياتها والتي تبتدئ من المرحلة التمهيدية لعقد الزواج، تعني استعمال هذه الحرية وفقا للحدود التي رسمها الشّرع والقانون، وفي هذا ضمان لحسن الاختيار، وتكوين أسرة مبنية على أسس سليمة، قادرة على تربية جيل صالح. فالحرية لا تعني الانفلات والتأثر بعادات وتقاليد غريبة تتعارض مع شريعتنا السمحاء، آدابنا ونظامنا العام، لأنّ هذا المفهوم الخاطئ يسيء إلى سمعة وشرف الفتاة وعائلتها، ويؤدّي إلى الانحطاط وتردّي الأخلاق. كما يسقط حقها في المطالبة بالتعويض إذ لا تعويض عن الأفعال المحرمة¹⁵¹.

وعليه، إذا اقتنعت المرأة بمن اختارته شريكا لحياتها في فترة الخطبة، فإنّها ستقدم على إتمام عقد الزواج، وهي مرحلة تتطلب إعادة تعبير المرأة عن رضاها بكل حرية، فالرضا هو تجسيد حقيقي لمبدأ حرية المرأة في إبرام عقد الزواج.

المطلب الثاني

الرضا تجسيد لحرية المرأة في اختيار شريك حياتها

ترتكز الحياة الزوجية على ثلاث ركائز هي السكون النفسي، المودة والرحمة¹⁵²، وإنّ هذه الركائز لا تتحقّق إلاّ بطيب الخاطر، والموافقة الصريحة على الزواج، ونظرا للأهمية البالغة للرضا فقد أكّدت الاتفاقيات الدولية على أنّ الزواج لا ينعقد إلاّ برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه منها: المادة 16-2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 01 من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن

=العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين؛ يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس سنوات، ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيّز التنفيذ".

¹⁵¹- في هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري: "إذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان، ورضيت المرأة أن تكون خلية على علم من أقاربها فلا تعويض، ولا يكون التعويض عن الإغواء إلا إذا اصطحب بالخدعة والغش".، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح... المرجع السابق، ص. 830؛ فتفريط المخطوبة في حق نفسها بالخروج مع الخاطب والاختلاء به يرتب مسؤوليتها الديانية ولا تستحق تعويضا في حالة العدول، سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية... المرجع السابق، ص. 12.

¹⁵²- لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾. سورة الروم، الآية رقم 21.

الزواج، وتسجيل عقود الزواج، والمادة 16 (ب) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وأيضا المادة 06 (2-أ) من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة¹⁵³.

ولا تعدّ هذه الاتفاقيات السبّاقة في اعتبار عقد الزواج من العقود الرضائية، فقد سبقتها في ذلك الشريعة الإسلامية التي بدورها أقرت بعدم انعقاد عقد الزواج بدون تلاقي إرادة طرفيه وتطابقهما سواء كانت المرأة ثيبا أم بكرا¹⁵⁴. ولم يخالف قانون الأسرة الجزائري ما جاء في الشريعة الإسلامية ولا الاتفاقيات الدولية حيث جعله ركنا لانعقاد عقد الزواج¹⁵⁵. ورتّب على تخلفه البطلان¹⁵⁶. مع العلم أنّ مصطلح "عقد رضائي" لم يكن موجودا في نص المادة الرابعة قبل التعديل وإتّما تمّ إضافته بموجب الأمر رقم 02/05¹⁵⁷، وهو ذات الموقف المتبني من قبل المشرع المغربي¹⁵⁸. أمّا المشرع التونسي لم يستعمل مصطلح الرضائية كونه لم يضع تعريفا لعقد الزواج، ومع ذلك فإنّ هذا لا يعني أنّ عقد الزواج لا يعتبر رضائيا، لأنّ القاعدة العامّة في كل العقود هو مبدأ الرضائية. أضف إلى ذلك فإنّه مجرد اعتبار الرضا ركنا لانعقاد عقد الزواج، كاف لفهم أنّه من العقود الرضائية. هذا وإنّ الفصل الثالث من مجلة الأحوال الشخصية نص على عدم انعقاد الزواج إلاّ برضا الزوجين.

واعتبر كل من المشرع الجزائري والتونسي أنّ الرضا يعتبر ركنا في عقد الزواج¹⁵⁹، وخالفهم في ذلك المشرع المغربي الذي اكتفى بجعله شرطا من شروط الصحة¹⁶⁰. ولا نوافق رأي هذا الأخير فمن

¹⁵³ - أنظر، عباسية لعسري، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى، الجزائر 2006، ص. 22 وما بعدها؛ مع العلم أنّه ثم الإشارة إلى تاريخ دخول هذه الاتفاقيات الدولية حيز التنفيذ، وكذا مصادقة الدول المغاربية عليها في مقدمة هذه الرسالة هامش ص. 08-09.

¹⁵⁴ - عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: " لا تنكح الأُم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن " - قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال أن تسكت. وعن أبي عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتمها".، شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد... المرجع السابق، ج. 02، ص. 397.

¹⁵⁵ - المادة 09 من ق. أ. ج.

¹⁵⁶ - المادة 33 ف. 01 من ق. أ. ج.

¹⁵⁷ - تنص المادة 04 معدلة من ق. أ. ج. على أنّ: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

¹⁵⁸ - جاء في المادة 04 من م. أ. م. أنّ: "الزواج ميثاق تراض وترايط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقلة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة".

¹⁵⁹ - تنص المادة 09 من ق. أ. ج.، على أنّه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"؛ وينص الفصل 03 من م. أ. ش. ت.، على أنّه: "لا ينعقد الزواج إلاّ برضا الزوجين".

¹⁶⁰ - تنص المادة 13 ف. 04 من مدونة الأسرة المغربية على أنّه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: 4- سماع العدلين، التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه".

باب أولى أن يكون عنصر الرضا ركنا لانعقاد عقد الزواج لا شرط صحة فحسب، وهذا لما له من أهمية بالغة.

هذا وقد جعلت التشريعات المغربية للأسرة الموافقة على الزواج حق للرجل والمرأة معا من باب المساواة، وهذا يظهر جليا من خلال النصوص القانونية التي أكدت على أنّ عقد الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة، فإذا كان للرجل الحق والحرية في اختيار شريكه حياته، فإنّه من حق المرأة أن تبدي رأيها بكل حرية في موضوع يهّمها هي بالدرجة الأولى باعتبارها طرفا أساسيا وأصيلا في العقد، فلها الحرية في الموافقة كما لها الحرية في رفض من لا ترغب فيه ولا ترضاه¹⁶¹.

إنّ ما تقدّم عرضه يدفع إلى طرح التساؤل التالي: ما مدى تأثير الرضا على حرية المرأة في اختيار شريك الحياة؟

سعت القوانين المغربية للأسرة إلى العمل على تعزيز مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات الأسرية بصفة عامّة، والزواج بصفة خاصّة (الفرع الأوّل)، هذا وقد تأثرت بالعديد من المبادئ التي تجدها مكانا ضمن المجالات المدنية، والتي تؤطرها نظرية الالتزامات والعقود، فأخذت منها مسألة عيوب الإرادة والآثار المترتبة عنها كون هذه الأخيرة تشكّل حرقا واضحا لمبدأ الحرية في التراضي (الفرع الثاني). ونظرا لما له من أهمية قرّرت جزاء تخلفه (الفرع الثالث).

الفرع الأوّل

تعزيز حرية المرأة في اختيار شريك حياتها بمقتضى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في الزواج

يمكن تعريف مبدأ سلطان الإرادة على أنّه ذلك المبدأ الذي يجعل للإرادة وحدها القدرة على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات القانونية ما دامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب، وأنّها قادرة على فعل ذلك دون حاجة إلى معونة خارجية، وأنّها كذلك حرة في رسم نطاق العقد وتحديد آثاره، وهي وحدها القادرة على إنهائه. وهذا يؤدي إلى القول بأنّ العقد هو من خلق إرادة

¹⁶¹ - أنظر، مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، الجزائر، 1997، ص. 175.

المتعاقدين وبالتالي فهو يمثل مصالح أطرافه، وأنه لا يمكن أن تنصرف إرادة أحدهم إلى شيء لا مصلحة له فيه¹⁶². فمبدأ سلطان الإرادة مبدأ عام يشمل كل الأطوار التي تمرّ عليها العقود من وقت التمهد لها إلى وقت تكوينها وترتيب آثارها، ولا تنتهي مهمته هنا بل ويستمر دوره إلى انحلال العقود¹⁶³.

ولقد كانت هناك محاولة لإمكانية إدخال مبدأ سلطان الإرادة في ميدان الأحوال الشخصية في القانون الداخلي، لإيجاد نظام أسري يقوم على فكرة الاختيار، بمقتضاه يتم منح الأفراد حق التقرير بإرادتهم في بعض مسائل الأسرة الشديدة الحساسية، ومن هذه المسائل مسألة إبرام عقد الزواج بعد الاختيار الحر لشريك الحياة.

فمن منطلق مبدأ سلطان الإرادة تتقرّر للمرأة الحرية في اختيار شريك حياتها وإقدامها على إبرام عقد زواج يجمعهما، تترجم من خلال مبدأ الرضائية، لأنه ولبناء الأسرة على أسس سليمة والحفاظ عليها ومحاولة وضع حد لمشاكلها المستقبلية أو على الأقلّ التقليل منها، لا بد من وجود الرغبة المتبادلة بين الرجل والمرأة، والاختيار المطلق، والرضا الكامل بالتزواج. ولكي تتحقّق هذه الدعامة لا بد من أن يأنس كل واحد منهما إلى شريك حياته ويوافق عليه.

ولم تعرّف قوانين الأسرة ركن الرضا وإنما اكتفت فقط بتحديد قسميه واللفظ بصفة عامّة، الذي يجوز به التعبير عن الإيجاب والقبول. وبعدم تعريف ركن الرضا يمكن الرجوع إلى التعريف الفقهي له¹⁶⁴. ومن بين تلك التعريفات ما عرّفه به السيد سابق بقوله: "أنّه توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنّ ما صدر من الأوّل يعتبر إيجاباً

¹⁶² - أنظر، محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 10.

¹⁶³ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ج. 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط. 03، 2004، ص. 45.

¹⁶⁴ - يعرّف الرضا في اللغة: "مرضاة، قناعة وقبول، نقيض السخط والرفض..، أنظر، جوزيف إلياس، المجاني المصور، دار المجاني، بيروت، لبنان، ط. 01، 2002، ص. 405؛ أما اصطلاحاً فيقصد به: "التوافق بين طرفين أو أكثر للقيام بأمر مع تحمّل ما يترتب عنه".، أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، -نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام-، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. س. ن.، ص. 366.

وما صدر من الثاني يعتبر قبولا¹⁶⁵، وعرفه بدران أبو العينين بدران بقوله: "الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين اللذين يرتبط أحدهما بالآخر، فيفيدان تحقق المراد من صدورهما"¹⁶⁶.

وعليه، إنّ الرضا هو الذي يحقق مشروع الزواج ويجعله تصرفاً قانونياً تترتب عليه آثار قانونية، ولا ينعقد إلاّ بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الطرف الآخر. والإيجاب هو ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين للدلالة على إرادته في إنشاء الارتباط. أمّا القبول فهو ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر للدلالة على موافقته بما أوجبه الأوّل¹⁶⁷.

والملاحظ هنا أنّ صدور الرضا يجب أن يكون من العاقدين، فالتأكيد على الحضور الشخصي لطرفي العقد بما فيه المرأة، ضمان وتفعيل لمبدأ الحرية في التراضي (أولاً). على أنّ حالات استثنائية يتعذر معها حضور أحد الطرفين لمجلس العقد، فإذا كانت الظروف خاصة بالمرأة هل يمكنها توكيل شخص آخر عنها لإبرام عقد الزواج؟ هذا التساؤل له أهميته خاصة أنّ المشرع الجزائري ألغى الوكالة في عقد الزواج، فهل هذه الأخيرة تقيّد فعلاً حرية المرأة؟ أم على العكس هي إطلاقاً لحريتها؟ (ثانياً).

أولاً: التأكيد على الحضور الشخصي للمرأة أثناء إبرام عقد الزواج

لا بد من حضور طرفي العقد شخصياً للمجلس حتى يتمّ التحقق من التطابق الفعلي للإيجاب والقبول، ولتفادي أي نوع من أنواع الإكراه الممكن فرضه، خاصة على المرأة، هذا ومن شأنه أن يؤكّد على تحقّق شروط الصيغة. ففيما تتمثل هذه الشروط؟ وكيف يتمّ التعبير عن الإرادة؟

1- الشروط الواجب توافرها في الصيغة

برجعنا إلى القوانين المغاربية للأسرة نجدتها تنص على أنّ الزواج لا ينعقد إلاّ بالإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الطرف الآخر، ما عدا المشرع التونسي الذي اكتفى بذكر الرضا دون بيان الصيغة وشروطها وطرق التعبير عنها¹⁶⁸.

¹⁶⁵ - السيد سابق، المرجع السابق، ص. 22.

¹⁶⁶ - أنظر، بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 1964، ص. 56.

¹⁶⁷ - أنظر، يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول، مجلة الكويت، 2002، ع. 02، ص. 67.

¹⁶⁸ - المادة 10 من ق. أ. ج؛ المادة 10 من م. أ. م.

ولقد انفرد المشرع المغربي بوضع شروط لا بد من توافرها في الإيجاب والقبول، نصت عليها المادة 11 من مدونة الأسرة بقولها: "يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا:

- 1- شفوئين عند الاستطاعة، وإلاّ فبالكتابة أو الإشارة المفهومة؛
- 2- متطابقتين وفي مجلس واحد؛
- 3- باتين غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ".

وبهذا تكون المادة أعلاه قد اشترطت أن يكون الطرفين حاضرين معا في نفس المكان والزمان، فيتم تبادل الإيجاب والقبول من كلا الطرفين يقينا، إذ لا يجب أن يكون هناك فاصل أو عارض بينهما¹⁶⁹. وهذا ما يعرف بتطابق الإرادتين في مجلس عقد حقيقي، فهل يعد بتطابق الإرادتين في مجلس عقد حكومي؟

مجلس العقد الحكمي هو الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غائب، وهنا انعقد العقد بإحدى الطريقتين:

- 1- الزواج بالمكتابة أو المراسلة بحضور شاهدين: حيث يرسل الزوج رسالة للمرأة المطلوبة، يطلبها فيها للزواج، فعلى هذه المرأة أن تقرأ الرسالة بحضور الشاهدين حتى يعلم ما تضمنته فإذا وافقت المرأة انعقد العقد¹⁷⁰.
- 2- الزواج عن طريق وكالة خاصة: يحزرها الزوج لشخص ما أمام الموثق لينوب عنه في إبرام عقد الزواج¹⁷¹.

كما اشترطت أن يكونا باتين، غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ، إذ تكون الصيغة منجزة، فتعليق عقد الزواج على شرط قد يتحقق أو لا، أو إضافة العقد إلى زمن المستقبل، أمور لا تتفق مع طبيعة وحقيقة الزواج الشرعية والقانونية التي تجعله عقدا فوريا في تنفيذه. وإنّ عقد الزواج

¹⁶⁹- أنظر، أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص. 93.

¹⁷⁰- بلحاج العربي، الوجيز شرح قانون الأسرة الجزائري... المرجع السابق، ص. 66.

¹⁷¹- أنظر، الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج. 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 44-45.

يتنافى مع صفة التأقيت، لكونه يتطلب التأييد، وهو السبب الذي يجعل زواج المتعة والزواج المؤقت باطلين¹⁷².

ويعدّ المشرع المغربي الوحيد الذي خصّص نصاً قانونياً عاجل من خلاله الشروط الواجب توافرها في الصيغة، فهل وضعت هذه الشروط على سبيل الحصر أم المثال؟

هذه الشروط ليست على سبيل الحصر، لأنّ الفقه وضع شروط غيرها نذكر منها:

- أن يكونا في صيغة الماضي للدلالة على تحقّق المعنى وحصولهما فعلاً، كما يمكن أن يكونا في صيغة الأمر أو المضارع شريطة أن تكون هناك قرائن تدل على أنّ المقصود إنشاء العقد في الحال، كدعوة الأصدقاء والشهود لحضور العقد، أمّا غير ذلك من الصيغ فلا ينعقد بها العقد لأنّها صريحة في الوعد بالزواج لا في إنشائه¹⁷³.

- موافقة القبول للإيجاب ومطابقتها له في موضوع العقد، فإن وقع اختلاف في المرأة المقصودة أو في مقدار المهر لا ينعقد العقد¹⁷⁴.

- أن يكونا خاليين من عيوب الإرادة، فانعقاد الزواج يتطلب إرادة حرة كاملة¹⁷⁵.

فماذا عن بقية التشريعات المغاربية الأخرى التي لم تنص على شروط الإيجاب والقبول؟

شروط الصيغة لم يأت ذكرها ضمن قانون الأسرة، فالمشرع الجزائري ألح على وجوب توفر رضا الزوجين كركن لانعقاد الزواج، ولكنه سكت عن بيان الشروط الواجب توافرها في الصيغة المعبّرة عن الرضا¹⁷⁶. وهو الذي يحيلنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بناء على نص المادة 222 من قانون

¹⁷² يعتبر زواج المتعة والتأقيت زواجا باطلا لتنافيه مع أهداف وغاية الزواج، فطبيعة عقد الزواج الاستمرارية.. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 467 وما بعدها.

¹⁷³ - أنظر، نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، دار الهدى، 2006، ص. 136.

¹⁷⁴ - الاختلاف في المرأة المقصودة كأن يطلب الرجل من الولي أن يزوجه ابنته فاطمة وهو يزوجه ابنة أخرى غير المقصودة هنا لا ينعقد العقد.. أمّا الاختلاف في مقدار المهر كأن يحدّد الزوج المهر بـ 50.000 دج وهي تقبل بمقدار 60.000 دج لا ينعقد العقد. ونشير إلى أنّه إذا كانت الزيادة من الرجل وقبلت المرأة بأقل المقدار ينعقد العقد كأن يقول أتزوجك بـ 70.000 دج وهي تقبل بـ 60.000 دج هنا ينعقد العقد بمهر مقدّر بـ 60.000 دج. في هذا الصدد يراجع، أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص. 94-95.

¹⁷⁵ - عن عيوب الإرادة يراجع، ص. 109 وما بعدها من هذه الرسالة.

¹⁷⁶ - أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، - الزواج والطلاق بعد التعديل -، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 39.

الأسرة. أما المشرع التونسي لم يتعرّض لهذه المسألة ما يميلنا إلى تطبيق القسم المتعلق ب"التصريح بالرضا" في مجلة الالتزامات والعقود.

وباعتبار أنّ حضور المرأة أمر ضروري للتأكد من سلامة رضاها ولتعبّر بكل حرية عن إرادتها، ينبغي أن نتساءل عن الطرق التي تسمح بإعلان هذه الإرادة؟

2- طرق التعبير عن الإرادة

إنّ الإرادة مسألة نفسية تستوجب الكشف عنها، ولم تتطرق مجلة الأحوال الشخصية التونسية لطرق التعبير عن الإرادة، في حين لم تختلف مدونة الأسرة المغربية عن قانون الأسرة الجزائري بشأنها، بحيث جعلت الصيغة اللفظية هي الأصل، والكتابة أو الإشارة الاستثناء.

أ- التعبير عن الرضا بالصيغة اللفظية

من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي، أنّ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ولهذا لم يشترط الفقهاء لفظاً معيّناً، فكل لفظ يظهر ما في نفس المتعاقدين من إرادة إنشاء العقد ويدلّ على هذا المعنى بدون احتمال معنى آخر ينعقد به العقد¹⁷⁷. ويعتبر اللفظ الأصل في التعبير عن الإرادة الباطنية، وهو الأكثر استعمالاً وشيوعاً في جميع العقود بما في ذلك عقد الزواج. ويعد الألفاظ في إظهار الرغبة في الزواج والتعبير بكل حرية عن موقف كلا الطرفين، حيث لا يدع مجالاً للشك، وبه ينعقد الزواج¹⁷⁸.

أما بشأن الألفاظ المستعملة، فلم تشترط القوانين المغربية للأسرة لها صيغة معينة، إذ يجوز استخدام جميع الألفاظ التي تفيد معنى النكاح شرعاً أو لغة أو عرفاً. استناداً للفقرة الأولى من المادة 10 من مدونة الأسرة: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر بواسطة ألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً" والتي تقابلها الفقرة الأولى من المادة 10 من قانون الأسرة واقتضت: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً".

¹⁷⁷- أنظر، عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، ط. 01، 2006، ص. 19.

¹⁷⁸- أنظر، عيسى حداد، عقد الزواج، -دراسة مقارنة-، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006، ص. 37.

وفي هذا الصدد ننوّه إلى أنّ المشرع الجزائري يعتد بالألفاظ التي تفيد معنى النكاح شرعا، في حين المشرع المغربي أخذ بالألفاظ التي تفيد معنى النكاح لغة أو عرفا. وبالمقارنة نجد أنّ استعمال الألفاظ التي تفيد معنى النكاح لغة أو عرفا أفضل من استعمال الألفاظ التي تفيد معنى النكاح شرعا، وذلك لكون الصياغة المغربية أقرب إلى الواقع، من الناحية العملية، ويمكن حصرها. أمّا الصياغة المستعملة من قبل المشرع الجزائري، فجاءت واسعة وتحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، والمشكلة أنّ المادة 222 من قانون الأسرة لم توضح المذهب الواجب إتباعه، خاصة أنّ هناك خلاف بين الفقهاء حول دلالة الألفاظ. إذ يرى الحنفية والمالكية أنّ العقد ينعقد بكل لفظ يفيد معنى الزواج كالهبة والصدقة والتملك¹⁷⁹. أمّا الشافعية والحنابلة فلا ينعقد العقد عندهما إلاّ بلفظين مقيدتين هما الزواج والنكاح¹⁸⁰. واختار ابن تيمية صحة الإيجاب والقبول بأي لفظ يعتبره الناس إيجابا وقبولا في النكاح، وبالتالي ينعقد النكاح به، فقد قال -رحمه الله-: "وينعقد النكاح بما عدّه الناس نكاحا بأي لغة ولفظ كان ومثله كل عقد"¹⁸¹.

هذا الاختلاف يدفع إلى اللجوء إلى الرأي الراجح لجمهور الفقهاء المحييز لاستعمال كل الألفاظ التي تدل دلالة واضحة على الرغبة في الزواج صراحة. فكان على المشرع الجزائري أن يعتد بالألفاظ التي تفيد معنى النكاح لغة أو عرفا، كونها أقرب إلى مجتمعنا والأكثر استعمالا، ولا تخرج عن المعنى ولا عن الغاية من الزواج.

¹⁷⁹- ذهب المالكية والحنفية إلى القول بأنّه: "يجوز ويصح أن يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ التالية: التزويج، النكاح، الهبة، التملك، الصدقة، البيع. شريطة أن تدل هذه الألفاظ على بقاء الحياة الزوجية مدى الحياة. وسندهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لِّكَ﴾. سورة الأحزاب، الآية رقم 50، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 318 وما بعدها.

¹⁸⁰- حجّتهم في ذلك من الكتاب: قوله تعالى: ﴿زَوْجِنَاكُمْ﴾،، سورة الأحزاب، الآية رقم 37؛ وقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾،، سورة النساء، الآية رقم 22؛ وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾،، سورة النور، الآية رقم 32؛ كما استدلو بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: "اتقوا الله في النساء، فإنّ عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله". ولأنّ الحكم الأصلي للنكاح هو الازدواج، والملك يثبت وسيلة إليه، وجب اختصاصه بلفظ يدل على الازدواج، وهو لفظ التزويج والإنكاح لا غير، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 317-318؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 459-460.

¹⁸¹- أنظر، تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1987، ص. 450.

هذا ولم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة إطلاقاً على اللغة التي يجب أن يبرم بها عقد الزواج، بل اكتفى فقط بذكر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، في حين لم يغفل جمهور الفقهاء التطرق إلى هذه المسألة، فقد جاء في المغني: "من قدر على لفظ النكاح أو الزواج باللغة العربية لم يصح بغير هذين اللفظين"¹⁸²، واحتج بقوله: "بأنه من عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة، فلم يصح كما لو استعمل لفظ الإحلال. وذهب الشافعية إلى أنه لا يصح إبرام عقد الزواج بغير اللغة العربية إذا كان العاقد يفهمها وينطق بها لأن النكاح حقيقة شرعية إسلامية أظللها الإسلام بحمايته، وأوجد آثارها، ورتب أحكامها، ونظم العلاقة بين الزوجين، فكان كالصلاة، لا تصح ممن يجيد العربية بغير العبارة العربية. ويجوز لمن لا يستطيع النطق بها أن يعقد بغير اللغة العربية، طالما أنه عاجز عنها فإنها تسقط عنه"¹⁸³. وعند جمهور الفقهاء يصح العقد ويعقد، لأنه أتى بلفظه الخاص فاعتقد به كما يعتد بلفظ العربية، لأن العبرة في العقود تقوم على المعاني لا على الألفاظ والمباني، وأن الزواج ليس أمراً تعبدياً حتى يجب تعلّم أركانه باللغة العربية، فالتكلم بغير اللغة العربية ليس حراماً، والأمر لا يعدو أن اثنين اختارا أن يتخاطبا في شأن من شؤونهما أو في أهم شؤونهما بغير اللغة العربية وربما كانت تلك اللغة لغتهم الأصلية"¹⁸⁴. وما يلاحظ على ما ذهب إليه المشرع الجزائري في عدم تحديده للغة التي يتم بها العقد هو أنه أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو موقف وفق فيه وذلك تيسيراً على من أراد الزواج.

وقد استقر العمل في المغرب على قبول إبرام الزواج ممن لا يعرف اللغة العربية بواسطة لغته وإذا تعذر على العدلين أو القاضي فهم تلك اللغة تمت الاستعانة بترجمان، فقد نصت المادة 30 من القانون رقم 16-03 بشأن خطة العدالة على أنه: "يستعين العدل بترجمان مقبول لدى المحاكم عند وجود صعوبة في التلقي مباشرة من المشهود عليهم؛

يستعان في حالة انعدام الترجمان بكل شخص يراه العدل أهلاً للقيام بهذه المهمة؛

¹⁸²- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 461.

¹⁸³- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 04، ص. 227؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن

قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 461.

¹⁸⁴- أنظر، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج... المرجع السابق، ص. 79.

يشترط في الترجمان أو الشخص المستعان به أن لا تكون له مصلحة في الشهادة؛

تكتب الشهادة وجوبا باللغة العربية، وينص فيها على اللغة الأجنبية أو اللهجة التي تم بها التلقي، إذا تعلّق الأمر بغير لغة الكتابة¹⁸⁵.

من جانب آخر، لم يحدّد المشرع الجزائري صيغة الفعل التي يعبرّ بها عند الإيجاب والقبول، والمعقّل عليه في هذه المسألة هو الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية لتحديد صيغة الإيجاب والقبول. فلا خلاف بين الفقهاء في صحة الإيجاب والقبول بلفظين يعبرّ بهما عن الماضي، كقول الأب للخاطب: زوجتك ابنتي، فيقول الخاطب قبلت أو رضيت. وهذا هو الأصل في العقود، وإتّما اختير لفظ الماضي لدلالته على التحقيق والثبوت، فصيغة الماضي تفيد دلالة قطعية على رضا الطرفين، والمقصود بها إنشاء العقد في الحال من غير توقف على نية أو قرينة. ويكون بالتالي الإيجاب والقبول منجزين غير مضافين إلى المستقبل¹⁸⁶.

وكذلك يتحقّق الإيجاب والقبول إذا كانت صيغة العقد إحداهما بالماضي والأخرى بصيغة المضارع، كأن يقول الرجل للمرأة في مجلس العقد أتزوجك على مهر كذا، أو تزوجيني، فتقول قبلت. وذلك إذا كانت دلالة الحال على أنّ صيغة المضارع للإيجاب لا للوعد، أي أنّهما يريدان التنجيز، وكذلك إذا كان أحد اللفظين بصيغة الماضي، والآخر بصيغة الأمر، كأن يقول لها زوجيني نفسك فتقول له قبلت فالعقد صحيح¹⁸⁷.

ب- التعبير عن الرضا بالكتابة أو الإشارة

إنّ النطق ليس الطريق الوحيد لظهور الإرادة العقدية، فحتى وإن كان الأصل إلّا أنّه قد تقوم مقامه وسيلة أخرى ممّا يمكن أن يعبرّ عن الإرادة الجازمة تعبيراً كافياً مفيداً. ومراعاة منها لمبدأ حق وحرية كل شخص في الزواج، وضعت الشريعة الإسلامية والتشريعات المغاربية للأسرة استثناءاً يخص

¹⁸⁵ - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة... المرجع السابق، ص. 204.

¹⁸⁶ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي... المرجع السابق، ج. 07، ص. 41.

¹⁸⁷ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 322.

العاجز عن الكلام، بحيث يمكنه إبرام عقد زواجه بالكتابة إن كان يحسنها، وإلا فبالإشارة شريطة أن تكون مفهومة من الطرف الآخر، ومن الشاهدين.

اتفق الفقهاء على أنّ إشارة الأخرس تقوم مقام النطق باللسان، إذا كان العاقد لا يعرف الكتابة في جميع تصرفاته التعاملية القولية التي يكون له فيها إشارة مفهومة جرت عليها عادته سواء ما كان عقدا كالبيع والشراء والنكاح، لأنّ الإشارة أقصى طرق التعبير بيانا عنده¹⁸⁸. وإذا كان يحسن الكتابة، فإنّه لا يصح عقده بالإشارة، لأنّ الكتابة أبين دلالة، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى، فلا يقبل منه العقد بالإشارة¹⁸⁹.

وعلى الصعيد التشريعي، تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المادة 10 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة بقولها: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة". هذه الفقرة تثير إشكالين، من جهة، عدم تناسقها مع الفقرة الأولى فتارة يستخدم المشرع عبارة "بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، وتارة أخرى يستعمل عبارة "بكل لفظ يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا". إذ كان عليه أن يستقر على عبارة واحدة تسري على الأشخاص القادرين عن الكلام وعلى الأشخاص العاجزين عنه. ومن جهة أخرى، جعل الكتابة والإشارة وسيلتين لتعاقد على سبيل المثال، وكأن هناك طرق أخرى يمكن للعاجز عن الكلام أن يستعملها لانعقاد عقد الزواج. زيادة على ذلك لم يوضح أيّهما أسبق في الترتيب وذلك لاستعمال حرف العطف (و) بينهما وكأنّه ترك حرية الاختيار للعاقد، أي بإمكان الشخص أن يعقد بالإشارة رغم مقدرة على التعبير بالكتابة. مع أنّ الفقه ذهب إلى القول أنّه إذا كان العاقدين أو أحدهما عاجزا عن التعبير وكان يحسن الكتابة، فإنّه يعبر عن إرادته بواسطة الكتابة، لأنّها طريقة تعبير أكثر بيانا من الإشارة، ولأنّها أوضح وأدل على المراد وأبعد عن الاحتمال والوقوع في الشك، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى¹⁹⁰.

¹⁸⁸ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 43.

¹⁸⁹ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج... المرجع السابق، ص. 80.

¹⁹⁰ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 43.

فما كان من المشرع إلا أن يتبنى صياغة بسيطة، وواضحة كما فعل المشرع المغربي، إذ جاءت الفقرة الثانية من المادة 10 من مدونة الأسرة متناسقة مع الفقرة الأولى، ولا تدع مجالاً للشك أو الغموض، وهي على النحو التالي: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين". وللتأكيد على أن الكتابة تسبق الإشارة نصت الفقرة الأولى من المادة 11 من المدونة: "يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا: 1- شفوئين عند الاستطاعة وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة".

وفي إطار الحديث عن ضرورة إخراج الإرادة الباطنية، لإظهار الإرادة العقدية بصورة جازمة. هل سكوت المرأة تعبير عن موافقتها؟

لقد أجمع أهل الفقه أن التعبير عن الإرادة في عقد الزواج إما أن يكون باللفظ أو السكوت، أما اللفظ فهو في حق الرجال والثيب من النساء واقع به، وأما السكوت فهو يعني التعبير في حق الأبقار واقع به. أما الرفض وعدم الموافقة، فلا يكون إلا باللفظ أو ما جرى مجراه إذا عجز عن التعبير به. واعتبر السكوت تعبيراً عن الإرادة في الزواج مراعاة لجبلية النساء عموماً والأبقار على وجه الخصوص، وذلك لما طبعن عليه من الحياء والحشمة. وسندهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صممتها"¹⁹¹.

بما أن الساكت لا يعبر بطريق إيجابي عن أية إرادة، ولما كان عقد الزواج مبني عن الرضا الحر والكامل، فإنه لا بد من أن تتضح هذه الإرادة بصورة واضحة لا تدع مجالاً للشك أو التأويل، وهذا لا يتحقق بالسكوت. فطبيعة عقد الزواج تحيل إلى تطبيق قاعدة لا ينسب لساكت قول في هذه الحالة¹⁹². وفي الوقت الراهن، ومن الناحية العملية والقانونية، فإن هذه الحالة لا تثير إشكالاتاً بفضل الدور الذي يلعبه الموثق أو ضابط الحالة المدنية، الذي يتعين عليه التأكد من الموافقة الصريحة للمرأة بسماعها. وإذا كان السكوت لا يطح إشكالاتاً، فإن انتشار وسائل الاتصال الحديثة من هواتف، وانترنت، تفتح باباً آخر للتساؤل عن صحة التعبير عن الإيجاب والقبول بواسطتها؟

¹⁹¹- أنظر، أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. 01، دار ابن حزم، مصر، 1999، ص. 03.

¹⁹²- أنظر، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1983، ص. 142.

ت- استعمال الوسائل الحديثة للتعبير عن الإرادة

فقهاء الشريعة الإسلامية استثنوا التعبير عن الإيجاب والقبول والزواج بوسائل الاتصال الحديثة من هاتف وفاكس وتلكس بحسب ما جاء في ملخص وثيقة مجمع الفقه الإسلامي رقم (137)، القرار 6 / 03 / 52 بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة: "التعاقد عن طريق البرق والفاكس والحاسب الآلي ينعقد عند وصول الإيجاب وقبوله، وأمّا التعاقد عن طريق الهاتف اللاسلكي فيشترط له تطابق الإيجاب والقبول والموالاتة بينهما، ولا يصح إجراء النكاح عن طريق البرق والفاكس والحاسب الآلي والهاتف اللاسلكي، وذلك لاشتراط الإشهاد فيه"¹⁹³.

وبهذا يكون مجمع الفقه الإسلامي مسّ حرية المرأة في التعاقد بأن منع عقد الزواج عبر وسائل الاتصال التقليدية والحديثة كالإنترنت كتابة ومشافهة، لسد أبواب الفتنة ولما يترتب من أضرار ومفاسد تخالف مقتضى عقد النكاح ومقاصده التي شرّع من أجلها. ولأنّ عقد الزواج يتميّز بشرط خاص يخالف به سائر العقود، وهو اشتراط الشهود، وبالتالي حتى يكون جائزاً لا بد من مراعاة هذا الشرط. وهنا يقول الأستاذ محمد مصطفى شليبي: "وحضور الشهود وسماعهم ممكن في حالة اجتماع العاقدين في مكان واحد وفي حالة إرسال الرسول أو الكتاب، لأنّ السماع ممكن فيها، أمّا في التكلم في الهاتف فإنّ الشاهدين يسمعان كلام أحد العاقدين فقط، وسماعهما الإيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف في صحة العقد، وكذلك لو شهدا اثنان على كلام أحدهما وآخران على كلاما لآخر، لأنّ الشهادة لم توجد على العقد، وأمّا عند من لم يشترط الشهادة فيمكن أن يقال إنّه ينعقد متى تأكّد كل من الطرفين من شخصية الآخر، ووضوح عبارته، والتأكّد من ذلك عسير لاشتباه الأصوات وإمكان تقليدها"¹⁹⁴.

من جهتها لم تنص التشريعات المغاربية للأسرة على حكم انعقاد الزواج بوسائل الاتصال القديمة ولا الحديثة، ممّا يستوجب الرجوع إلى ما نص عليه فقهاء الشريعة في هذه المسألة. ويرجح أنّ الزواج لا ينعقد بوسائل الاتصال القديمة لتخلّف شرط الشهود في مجلس واحد، ولعدم التحقّق من هوية طرفي لعقد، فمن السهل جدّاً أن يحل شخص محل أحد طرفي العقد ويقوم بانتحال شخصيته

¹⁹³ - محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 140 - 141.

¹⁹⁴ - محمد مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص. 107 - 108.

وتقليد صوته. أمّا عن انعقاد الزواج عبر الكمبيوتر المتصل بشبكة الإنترنت فهو جائز، لأنّ التعاقد بواسطته كأنّه بين حاضرين فيما يتعلّق بالزمان في حالة عدم وجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب والقبول، فتكون المحادثة مباشرة وفورية، بحضور الشاهدين وسماعهما وتحققهما من انعقاد الرضا، فلا تقتصر خدماتها على نقل الصوت فقط، وإنّما تستطيع نقل الصورة والحركة والكتابة أيضا بشكل آني وتفاعلي¹⁹⁵.

وإذا كانت القاعدة هي أن تباشر المرأة عقد زواجها بالإفصاح شخصيا عن إرادتها الحرة والكاملة، فهل لها الحرية في التنازل عن هذا الحق لتوكل طرفا آخر عنها؟

ثانيا: تأثير الوكالة على حرية المرأة في إبرام عقد الزواج

الأصل في تحقّق الرضا تطابق إرادة العاقدين، فعلى غرار الرجل تعدّ موافقة المرأة أمرا شخصيا. ومع ذلك أجازت غالبية قوانين الأسرة إبرام عقد الزواج عن طريق الوكالة كاستثناء. هذا الأخير لا نجده في قانون الأسرة الجزائري، حيث ألغى المشرع المادة 20 منه والتي كانت تنص على أنّه: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة". ولعلّ السبب الذي دفع بالمشرع إلى إلغاء الوكالة في عقد الزواج هو وضع حد للمشاكل التي أفرزتها، إذ جعل التوكيل مطية لإكراه المرأة على الزواج، ولكونها لا تنسجم مع طبيعة عقد الزواج القائمة على الاعتبار الشخصي وعلى مبدأ الرضا والحرية في الاختيار.

في الحقيقة لا يمكن الاتفاق مع هذا الموقف الذي يبدو غريبا، وذلك للأسباب التالية: الأوّل يتعلّق بأحكام النظرية العامة للعقد، فالتوكيل في جميع العقود أمر جائز شرعا وقانونا. أمّا الثاني فهو راجع إلى التضيق على الناس، إذ يمكن أن تكون هناك ظروف خاصة للمرأة تمنعها من حضور الشخصي لإبرام عقد الزواج¹⁹⁶. في حين أنّ السبب الثالث يتمثل في تقييد حرية المرأة، فباعتبار أنّ لكل شخص الحق في الزواج، كان لا بد من التنصيص على أنّ الأصل هو حضور طرفي عقد الزواج المجلس، على أن يكون الاستثناء إمكانية التوكيل في حالات خاصة يتم تحديدها. وبهذه الصياغة

¹⁹⁵ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية... المرجع السابق، ص. 245 وما بعدها.

¹⁹⁶ - كأن يكون الزوج مسافرا في بلد أجنبي، ولا تسعفه الظروف أن ينتقل إلى الجزائر لإبرام عقد الزواج، كأن لا تتوفر لديه الإمكانيات المادية، أو ظروف شغله لا تسمح له بذلك، نفس الشيء إذا تعلق الأمر بالمرأة.

يفتح الباب للأفراد بممارسة حقهم في الزواج بكل حرية. وأخيرا السبب الرابع والذي نرى من خلاله أنّه كان على المشرع أن يستلزم توافر شروط في التوكيل على إبرام عقد الزواج، حتى لا تستغل الوكالة أسوأ استغلال وتستعمل كأداة تحايل على المرأة بدلا من إلغائه لها.

وهذا الرأي المعارض لا يمنع من طرح التساؤل التالي: هل للزوجة الحرية في التوكيل بمباشرة عقد الزواج في غياب النص القانوني؟

في الحقيقة تضاربت آراء رجال القانون بخصوص الإجابة عن هذا التساؤل، فهناك من اعتبر أنّ هذا الإلغاء لا فائدة منه إذ أحدث فراغا تشريعا، فالوكالة تبقى قائمة والعقد صحيح، وذلك الأمر الذي يحيلنا إلى تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة، والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية. هذه الأخيرة تجيز التوكيل في الزواج سواء كان الولي حاضرا أو غائبا، فقد روي أنّ النبي صلى الله عليه وسلم وكلّ أبا رافع في تزويجه ميمونة. ووكّل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيبة¹⁹⁷. وبهذا يبقى الإلغاء لنص المادة 20 من قانون الأسرة غريبا وبلا معنى لخروجه عن القواعد الشرعية والقانونية والعرفية¹⁹⁸. وأنّ المشرع ألغى المادة 20 من قانون الأسرة لكونها كانت على سبيل التكرار مادام نصت عليها المواد من 571 إلى 589 من القانون المدني¹⁹⁹.

في حين ذهب الرأي الثاني إلى القول أنّ إلغاء المادة جاء صريحا، واحتوائها على حكم جديد إنّما يتضمن نصا خاصا يقضي بإلغاء الحكم القديم كما أنّه يعتبر نصا خاصا مقدّما على النص الذي تضمنه القانون المدني وعلى هذا الأساس يمنع قانون الأسرة التوكيل في عقد الزواج²⁰⁰.

¹⁹⁷ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 363، فمن القواعد المقترّة أنّ من ملك تصرفا ملك التوكيل فيه إذا كان في ذاته يقبل الإنابة، وعقد الزواج يقبل الإنابة، فيجوز التوكيل فيه، ولأنّه عقد معاوضة جاز التوكيل فيه كالبيع، فيملك صاحب الشأن أو وليه أن يوكل فيه. ويصح من الرجل والمرأة على سواء عند أبي حنيفة، لأنّه يجيز لها أن تنشئ العقد بنفسها ومن يتولاه يكون وكيلها عنها إذا كانت بالغة عاقلة؛ وعند جمهور الفقهاء وليها يتولى عنها من غير توكيل، إذ هو الذي يملك إنشاء العقد، وإن كان لا بد من رأيها، فلا حاجة إلى توكيلها إنّما الحاجة إلى رضاها، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج... المرجع السابق، ص. 179.

¹⁹⁸ - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل... المرجع السابق، ص. 72.

¹⁹⁹ - فضيل العيش، شرح وحيز لقانون الأسرة، مطبعة طالب، الجزائر، 2007-2008، ص. 27؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 80.

²⁰⁰ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية... المرجع السابق، ص. 283.

والواقع، إنّ وجود الوكالة قد يحدّ ولو نسبيا من الحرية الكاملة التي يفترض القانون توفرها. غير أنّها حالات نادرة، وإنّ حماية سلامة وصحة رضا المرأة لا يقتضي بالضرورة إلغاء الوكالة، فكان بإمكان المشرع الإبقاء عليها وتحويطها بجملة من الشروط منها إخضاعها للشكل الرسمي والرقابة القضائية كما فعل المشرعين المغربي والتونسي. فبالرغم من أنّ الأول أكّد بموجب الفقرة 04 من المادة 13 من مدونة الأسرة على ضرورة سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين نفسيهما وتوثيقه، إلاّ أنّه استثناء أجاز إبرام عقد الزواج عن طريق الوكالة، وذلك من خلال المادة 17 من نفس المدونة التي جاء فيها: "يتم عقد الزواج بحضور أطرافه غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه، بإذن من قاضي الأسرة، المكلف بالزواج وفق الشروط الآتية:

- 1- وجود ظروف خاصة، لا يأتي معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه،
- 2- تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية، مصادق على توقيع الموكل فيها.
- 3- أن يكون الوكيل راشدا متمتعا بكامل أهليته المدنية، وفي حالة توكيله من الولي يجب أن تتوفر فيه شروط الولاية.
- 4- أن يعين الموكل في الوكالة اسم الزوج الآخر ومواصفاته، والمعلومات المتعلقة بهويته، وكل المعلومات التي يرى فائدة في ذكرها.
- 5- أن تتضمن الوكالة قدر الصداق، وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل، وللموكل أن يحدد الشروط التي يريد إدراجها في العقد والشروط التي يقبلها من الطرف الآخر.
- 6- أن يؤشر القاضي المذكور على الوكالة بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة.

بتحليل نص المادة أعلاه نلاحظ بأنّ المشرع المغربي جعل الزواج عن طريق الوكالة استثناء للقاعدة العامّة ألا وهي إبرام عقد الزواج بحضور أطرافه، والملفت للانتباه أنّه شدّد من الشروط الواجب توافرها للحصول على الوكالة. كما أنّه علّقها على إذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج. وهذه الإجراءات الصارمة من شأنها، من جهة، أن تسهل عملية إبرام الزواج في حالة وجود ظروف خاصّة

تمتع أحد الزوجين من الحضور لإبرامه. ومن جهة أخرى، تحافظ على مبدأ الحرية في الاختيار خاصة عندما جعلها وكالة مقيدة²⁰¹.

ومن جانبه المشرع التونسي نص بموجب الفصل التاسع من مجلة الأحوال الشخصية على ما يلي: "للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بنفسهما وأن يوكلأ به من شاء أو للولي حق التوكيل أيضا". هذا وقد اشترط بموجب الفصل العاشر من ذات المجلة أن تفرغ الوكالة في محرر رسمي، ويتم فيها تعيين الزوجين وإلاّ عد باطلا. فمن خلال هذين الفصلين نلاحظ أنّ المشرع التونسي وعلى غرار المغربي، أجاز الزواج عن طريق الوكالة وجعلها أيضا وكالة مقيدة، ولزيادة الحماية اشترط إفراغها في قالب رسمي.

فقد تمّ إجازة إبرام عقد الزواج عن طريق الوكالة، لما لها من أهمية في حالات استثنائية، ولكونها تتماشى مع واقعنا المعاش. من أجل ذلك لم يكن موقف المشرع الجزائري موفقا بإلغائه المادة عشرين من قانون الأسرة، فذلك خروج عن القواعد الشرعية والقانونية.

مع أنّ الرضا يشكّل حماية حقيقية لحرية المرأة في اختيار شريك حياتها إلاّ أنّ وجوده لا يكفي، بل ينبغي أيضا أن يكون سليما من العيوب. وقد تأثرت القوانين المغاربية للأسرة بالعديد من المبادئ التي تجدها مكانا ضمن المجالات المدنية، فأخذت منها مسألة عيوب الإرادة والآثار المترتبة عنها.

الفرع الثاني

تعارض الإرادة المعيبة مع حرية المرأة في اختيار شريك الحياة

تعتبر المرأة طرفا أصيلا في عقد الزواج تتمتع بالحرية الكاملة في التعبير عن رضاها في الزواج وهذا ما هو إلاّ تأكيد لحريتها الشخصية في الزواج التي تتمثل في حقها في الإقدام عليه والاختيار

²⁰¹ - الوكالة المقيدة هي الوكالة التي يذكر من خلالها الزوج، اسم الزوج الآخر ومواصفاته وكل المعلومات المتعلقة بهوية من سيرتبط به، وهو ذات الأمر الذي نص عليه المشرع المغربي في الفقرة 04 من المادة 11 من المدونة، علما وأنّ الفقه الإسلامي يجيز التوكيل مطلقا أو مقيدا، فالمقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه، والمطلق التوكيل في تزويج من يرضاه أو ممن يشاء وهذا النوع الأخير منعه بعض الشافعية. لمزيد من التفاصيل: راجع، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 363 وما بعدها؛ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج... المرجع السابق، ص. 179 وما بعدها.

الحر لشريك حياتها، وكذا في حقها في رفضه وعدم إجبارها عليه. وتدعيما لهذه الحرية فيجب أن يصدر رضاها خاليا من أي عيب من عيوب الإرادة. ولهذا سارت القوانين المغربية للأسرة على نهج الاتفاقيات الدولية الداعية إلى ضرورة انعقاد الزواج برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه²⁰²، وهذا يعني أنّ الإرادة إن كانت مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه تعتبر إرادة معيبة تهدد مصير عقد الزواج. علما وأنّ المشرع المغربي تناول الإكراه والتدليس ضمن مدونة الأسرة إلى جانب نصه على عيوب الإرادة الأربعة ضمن قانون الالتزامات والعقود، في حين اكتفى المشرعان التونسي والجزائري بالقواعد العامة المقررة في القانون المدني، ما عدا ذكر الأخير لصورة التدليس وهو بصدد معالجة مسألة تعدد الزوجات، وكذا حالة منع الولي من إجبار المرأة القاصر على الزواج ضمن قانون الأسرة.

هذا وإنّ خصوصية عقد الزواج تحتمّ عدم الأخذ بكل عيوب الرضا، فالغبن لا يلعب أي دور في مادّة الزواج، لأنّ مفهومه اقتصادي والضرر الحاصل جراءه له علاقة بالذمة المالية وليس بالحالة الشخصية. فالضرر الاقتصادي الناتج عن عدم تكافؤ الالتزامات الاقتصادية لطرفي العقد هو بعيد كل البعد عن الالتزامات المرتبطة بعقد الزواج، لذا يمكن الجزم بأنّ الغبن لا يعدّ عيبا من عيوب الإرادة في الزواج²⁰³. فما مصير عقد زواج المرأة المشوب إمّا بعيب الإكراه (أولا)، أو عيب التدليس (ثانيا)، أو عيب الغلط؟ (ثالثا)

أولا: مصير عقد زواج المرأة المكرهه على إبرامه

الإكراه هو: "كل ضغط يولّد في نفس المتعاقد رهبة وخوف شديد، يدفعه إلى الإقرار والقبول بالمتعاقد الآخر، ما كان ليتعاقد معه لو عاد الأمر لاختياره"²⁰⁴. بمعنى آخر هو: "ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، والذي يعيب إرادة المتعاقد هنا ليست الوسائل المستعملة في الإكراه، بل هي الحالة النفسية التي أدت إليها وهي الرهبة التي تولدت في نفس الشخص فدفعته إلى التعاقد، فإرادة المكره تكون على هذا النحو إرادة معيبة تعوزها حرية الاختيار"²⁰⁵. والإكراه قد يكون إكراها

²⁰² - المادة 36 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية؛ المادة 10 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

²⁰³ - نظّمه المشرع التونسي في المادتين 60-61 من م. إ. ع؛ يقابلهما الفصلين 55-56 من ق. إ. ع. م؛ والمادتين 90-91 من ق. م. ج.

²⁰⁴ - أنظر، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج. 01، دار الهدى، الجزائر، ط. 02، 2004، ص. 191.

²⁰⁵ - أنظر، محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1994، ص. 287.

ماديا وذلك عندما تستعمل وسائل مادية تجبر الشخص على التعاقد لتفادي أدى جسماني كالضرب أو أي عنف مادي مؤلم. كما قد يكون معنويا بحيث يخلق في نفس المتعاقد حالة نفسية من الرعب تحمله على إبرام العقد لدفع خطر عن نفسه أو عن شخص قريب منه²⁰⁶.

بغض النظر عن نوع الإكراه، فإنه لا يتحقق إلا إذا توافرت الشروط التالية²⁰⁷:

أ- أن يكون التهديد بخطر جسيم: يشترط أن يكون التهديد بخطر محقق يتعلّق بالشخص المتعاقد أو بأحد أفراد عائلته في الجسم أو النفس أو المال، ويجب أن يكون حالا في نفس المكره، ليس له وقت لدفعه.

ب- الرهبة التي تدفع إلى التعاقد: ينبغي أن يولّد الإكراه رهبة في نفس المكره تدفعه على التعاقد، وباعتبار هذا الشرط عنصر نفسي لا يمكن الإطلاع عليه فإنّ للقاضي السلطة التقديرية في تقدير هذا الضغط ومدى تأثيره في نفس المتعاقد²⁰⁸.

فما مدى تأثير الإكراه على الحرية في الاختيار؟ وما مصير عقد الزواج إذا أبرم تحت طائلة الإكراه؟

اختلف أهل الفقه في نفاذ عقد زواج المرأة البالغة بالإكراه، فقال الشافعية أنّ للأب تزويج ابنته البكر، ويقع نكاحها نافذا، حتّى لو لم يستأذنها وزوجها من كرهت²⁰⁹، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾²¹⁰، ما يدل على أنّ الله عزّ وجل أمر الأولياء بإنكاح من في ولايتهم ولم يشترط الحصول على رضاهم. وأيضا عند الإمام مالك لا تجبر البنت على النكاح بغير رضاها إلاّ الأب في ابنته البكر وابنه الصغير وفي أمته وفي عبده، والولي في يتيمة²¹¹.

²⁰⁶ - باعتبار أنّ التشريعات المغربية للأسرة قد اشترطت حضور الطرفين لإبرام عقد الزواج، فإنّه لا يتصوّر الإكراه المادي هنا إنّما هناك إكراه معنوي، والإكراه المادي قد يقع في الزواج العرفي.

²⁰⁷ - الفصل 51 من م. إ. ع. ت؛ الفصل 47 من ق. إ. ع. م؛ المادة 88 من ق. م. ج؛ والمادة 89 من نفس القانون.

²⁰⁸ - عيسى حداد، المرجع السابق، ص. 61 وما بعدها.

²⁰⁹ - أنظر، محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ج. 06، دار الوفاء، المنصورة، ط. 01، 2001، ص. 47.

²¹⁰ - سورة النور، الآية رقم 32.

²¹¹ - أنظر، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، -رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم العتقي، ج. 04، دار سدار، بيروت، لبنان، د. س. ن.، ص. 155.

أما عند الحنفية، فإنّ نكاح المكره لا يقع نافذاً، بل يشترط الحصول على رضا المرأة، يكون صريحاً من الشيب ويكفي السكوت من البكر، فإن أبت وردت لم يجز العقد²¹².

ويرجح رأي الحنفية، فأساس العلاقة التي تربط بين الرجل والمرأة المودة والرحمة لإنشاء أسرة متكاملة، فكان لزاماً أن تقوم هذه العلاقة على أساس مبدأ التراضي وحرية الاختيار، وهذا لا يتحقق إلاّ إذا كان الرضا كاملاً خالياً من عيب الإكراه. فكيف عاجلته التشريعات المغاربية للأسرة؟

لم ينص المشرع التونسي على عيب الإكراه ضمن مجلة الأحوال الشخصية، إذ اكتفى بذلك في مجلة الالتزامات والعقود فعرفه طبقاً لأحكام الفصل 50 منها على أنّه: "إجبار أحد بغير حق على أن يعمل عملاً لم يرضه". ولا يوجب الإكراه فسخ العقد إلاّ إذا كان هو السبب الملجئ للتعاقد، أو كان من شأنه إحداث ألم بيدن المكره أو اضطراب معنوي له حسبما اقتضاه الفصل 51 من ذات المجلة²¹³. وحتى وإن وقع على من له قرابة قوية مع المتعاقد المكره على العقد وجب فسخه²¹⁴.

وبالعودة إلى مجلة الأحوال الشخصية يفهم من الفصل 21 منها أنّ الزواج إذا انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل 03 أي بدون مراعاة رضا الزوجين اعتبر زواجا فاسداً، والزواج الفاسد يبطل وجوباً بناءً على الفصل 22 من نفس المجلة. ومن هنا يمكن القول أنّ المرأة إذا كانت مكرهة على الزواج فإنّ زواجها يعد باطلاً.

فحتى على مستوى القضاء لا يمكن إجبار المرأة على إتمام إجراءات الزواج وهي مكرهة عليه، حيث ورد في الحكم الاستثنائي الصادر بتاريخ 20 جويلية 1957 ما يلي: "ليس في الإمكان عملياً جبر الزوجة على المساكنة، عقد الزواج مبناه المكارمة وذات الشخص مقصودة فيه بالذات؛

²¹²- أنظر، شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج. 05، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ن.، ص. 02.

²¹³- ينص الفصل 51 من م. إ. ع. ت.، على أنّ: "لا يكون الإكراه موجبا لفسخ العقد إلاّ في الصور الآتية:

- أولاً: إذا كان الإكراه هو السبب الملجئ للعقد؛

- ثانياً: إذا كان الإكراه من شأنه إحداث ألم بيدن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح بالنسبة لسنّه وكونه ذكراً أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثره".

²¹⁴- ينص الفصل 54 من ق. إ. ع. ت.، على أنّ: "الإكراه يوجب فسخ العقد وإن وقع على من له قرابة قوية مع المتعاقد المكره على العقد".

متى فقدت فيه الشروط المطلوبة يجب فسخه لا التنفيذ على الذات²¹⁵.

ونفس المنهجية اعتمدها المشرع الجزائري، حيث أنه لم ينص على عيب الإكراه كعيب من عيوب الإرادة ضمن قانون الأسرة، فنظّمته المادتين 88، 89 من القانون المدني. ومع ذلك يمكننا أن نستشفه من المادة 13 من قانون الأسرة التي منعت الولي من إجبار المرأة القاصرة على الزواج دون رضاها ولا أن يزوّجها دون موافقتها، فمن باب أولى أنّ هذا المنع يسري أيضا على الرشيدة. كما أنّ المادة 33 في فقرتها الأولى من نفس القانون رتبت البطلان على اختلال ركن الرضا.

وفي هذا الصدد للقضاء الجزائري قرارات تمنع إجبار المرأة غير الراضية بالزواج على إتمام إجراءاته، فقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18 / 07 / 2000 ما يلي: "يطل الزواج بانعدام ركن الرضا؛

ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج؛

ولما أعلنت الطاعنة من البداية عدم رضاها عن الزواج فإنّ القبول يكون منعما، وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد ممّا يجعله قابلا للإبطال، ولما قضى قضاة الاستئناف على المستأنفة بإتمام إجراءات الزواج يكونون قد أجبروها على تنفيذ عقد باطل وخالفوا بقضائهم القانون²¹⁶.

وفي قرار آخر صدر عنها بتاريخ 21 / 02 / 2001 ورد فيه: "إنّ الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون²¹⁷".

²¹⁵ - حكم استئنائي، 20 / 07 / 1957، ع. 17793، م. ق. ت.، 1959، ع. 03، ص. 51، مقتبس عن: محمد الهادي بن عبد الله، الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية من خلال مبادئ فقه القضاء المدني التونسي، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، 2009، ص. 427-428.

²¹⁶ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 18 / 07 / 2000، ملف رقم 249128، م. ق. 2003، ع. 02، ص. 267.

²¹⁷ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 21 / 02 / 2001، ملف رقم 255711، م. ق. 2002، ع. 02، ص. 424.

وفي أحدث قراراتها تمسكت بموقفها حيث جاء في القرار الصادر عنها بتاريخ 12 مارس 2008 ما يلي: "لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج، إجبار الزوجة على إتمام مراسم الدخول بها"²¹⁸.

وهذا اجتهاد سليم ومنطقي، فلا يمكن قيام عقد زواج دون رضا صاحبه. فهنا يكون رضاها معيها لأنها لا تتمتع بحرية كاملة وإرادة مستقلة تجعلها تختار بكل حرية إبرام العقد أو عدم إبرامه. والملاحظ أنّ القرارات رتبت عن الإكراه في الزواج قابلية العقد للإبطال لا المطالبة بالتطيق، وهو نفس الأثر المترتب عن الإكراه في العقود المنصوص عليه في القانون المدني.

ولقد انفرد المشرع المغربي وعلى خلاف نظيره التونسي والجزائري بالنص على الإكراه كعيب من عيوب الإرادة في مدونة الأسرة بعدما نظمها نصوص قانون الالتزامات والعقود²¹⁹، فحماية منه لعقد الزواج ولأطرافه من أي ممارسات أو سلوكيات تتنافى ومبدأ الرضائية والحرية في الاختيار أعطى للمكروه إمكانية طلب فسخ عقد الزواج قبل أو بعد البناء، شريطة أن لا يتعدى ذلك أجل شهرين من يوم زوال الإكراه. كما يحق له طلب التعويض بناء لما نصت عليه المادة 63 من مدونة الأسرة.

وبهذا يكون المشرع المغربي قد أخذ بموقف المالكية من حيث فسخ عقد زواج المكروه، مع وجود اختلاف جزئي يكمن في أنّ فقهاء المالكية يرتبون فسخ عقد زواج المشوب بعيب الإكراه ولو أجازته المكروه بعد زوال الإكراه، في حين أنّ المادة 63 من مدونة الأسرة تستلزم طلب الفسخ من الزوج المكروه، وفي حالة غيابه لا مجال للحديث عن هذا الفسخ²²⁰.

وما تجدر الإشارة إليه هو أنّ الإكراه كعيب من عيوب الإرادة في مدونة الأسرة يبرر على مستويين، المستوى الأوّل ويتعلّق بالزواج تحت وطأة الإكراه وحكمه الفسخ نصت عليه المادتين 63، 64 من المدونة. وأما المستوى الثاني، فهو خاص بخلع الزوجة بمقابل نتيجة الإكراه، ونصت عليه المادة

²¹⁸- جاء في حيثيات القرار: "حيث أنّ عقد الزواج بصفة عامّة مبني أساساً على الرضا وهو ركن من أركانه المنصوص عليها في المادة (09) من قانون الأسرة، إضافة على ذلك فللمادة (04) من نفس القانون تعرّف الزواج بأنه عقد رضائي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون"، محكمة عليا، غ. أ. ش.، 12/ 03/ 2008، ملف رقم 415123، م. م. ع.، 2008، ع. 01، ص. 275 وما بعدها.

²¹⁹- نصت عليه الفصول من 46 إلى 51 من ق. إ. ع. م.

²²⁰- أنظر، محمد بشير الشثقة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، ج. 03، دار القلم، دمشق، ط. 01، 2000، ص. 196.

117 من نفس المدونة بقولها: "للزوجة استرجاع ما خالعت به إذا ثبت أنّ خلعتها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج لها وينفذ الطلاق في جميع الأحوال".

وتطبيقاً لنص المادة 63 من مدونة الأسرة اقتضى الحكم الصادر عن ابتدائية الرباط بتاريخ 14 جانفي 2005 ما يلي: "حيث إنّ العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين استناداً إلى عقد الزواج الموماً إليه؛

وحيث قدمت دعوى الفسخ داخل الأجل المقرّر لرفعها طبقاً لمقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة؛

وحيث أوضحت المدعية بأنّها كانت ضحية إكراه تمثّل في تهديدها من طرف أستاذها بالرسوب إن لم تقبل الزواج به، فقبلت بهذا الزواج تفادياً للرسوب المتوقع إذا لم يتم قبولها له؛

وحيث أجاب المدعى عليه بأنّ ما تدعيه الزوجة لا أساس له من الصحة، موضحاً بأنّ تصريحها لدى عدلين بالموافقة على الزواج وتوقيعها بمذكرة الحفظ وكذا عقد الزواج دليل على رضاها؛ وحيث عقّبت الزوجة بأنّ كل ذلك صدر منها تحت الإكراه، وأنّها لو كانت لها الرغبة في ذلك لما أخرجت الدخول للمدّة المذكورة، وأنّها لو كانت غايتها إنهاء العلاقة لالتجأت إلى وسيلة أخرى كالتطليق للشقاق ولكن أرادت إنصافها مضيفة بأنّ ما أدلت به يؤكّد ادعاءها؛

وحيث أنّ المحكمة باطلاعها على وثائق الملف وكذا الشهود الذين أكدوا أنّ الزواج تمّ تحت إكراه الزوج (الأستاذ)؛

وحيث استناداً إلى ما ذكر وكذا البحث الذي أجرته المحكمة مع أفراد الأسرتين، وقرينة تأخّر الدخول إلى الأمد المذكور، وقرينة لجوء الزوجة إلى إنهاء العلاقة الزوجية بالفسخ قصد إنصافها دون وسيلة أخرى كالشقاق، يتبيّن أنّ إرادة الزوجة كانت معيبة فعلاً بإكراه زوجها آنذاك لها، ويعتبر تبعاً لذلك طلبها مؤسّس ويتعيّن الاستجابة إليه²²¹.

²²¹ - محكمة ابتدائية الرباط، ق. ق. أ.، 14 / 01 / 2005، تحت رقم 17 / 2005، ملف ع. 101 / 2005، مقتبس عن: محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، - أحكام الأسرة -، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط. 01، 2004، ص. 207.

بهذا نلاحظ أنّ محكمة الرباط استقرت على أنّ إرادة الزوجة كانت معيبة بعيب الإكراه فقوّرت الاستجابة لطلب فسخ عقد الزواج، وهو الحكم الوارد بالمادة 63 من مدونة الأسرة، ويتماشى مع ما تقرره القواعد العامّة.

بقي أن نشير إلى أنّ كل من المشرعين التونسي والمغربي، -عدا المشرع الجزائري- تفتننا لمسألة النفوذ الأدبي والتي هي موجودة لا محال على أرض الواقع فاتخذوا بشأنها نفس الحكم، ومفاده أنّ النفوذ الأدبي لا يعيب الإرادة، اللهم إلاّ إذا أدخل في الاعتبار ظروف خاصة كالتهديد أو سوء المعاملة فيتحوّل من نفوذ أدبي إلى إكراه، وهنا تكون إرادتها في اختيار شريك حياتها معيبة تماما، ممّا يستدعي فسخ عقد زواجهما²²². وهذا ما تضمّنه الفصل 55 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية وفيه: "الخوف المترتب على الحياء لا يقتضي الفسخ إلاّ إذا صحبه تهديد قوي أو ضرب". ويقابله الفصل 51 من قانون الالتزامات والعقود المغربي بنصه: "الخوف الناشئ عن الاحترام لا يخوّل الإبطال، إلاّ إذا انضمت إليه تهديدات جسيمة أو أفعال مادية".

لهذا وضمّانا لسلامة الرضا من كل ضغط أو إكراه من أي طبيعة كانت وبقائه قائما إلى آخر لحظة وهي لحظة إبرام العقد تمّ التأكيد على الحضور الشخصي للزوجين يوم إبرام عقد الزواج، وإلزام ضابط الحالة المدنية من التأكد من تحقّق الرضا رضاء حرا كاملا، وفي هذا كله فرصة للمرأة للتحرّر من الإكراه إن وجد، وهو ما يصعب من وجود حالة الإكراه المادي.

اعتمادا على ما تقدّم، يتّضح أنّ التشريعات المغربية للأسرة اعتبرت أنّ أساس الزواج هو الرضا والاختيار فلا ينعقد الزواج بالإكراه لما فيه من مساس لقاعدة الحرية الكاملة في التراضي، فالرهبة والخوف لا يتركان للمكرهة أي اختيار بإجبارها على التعاقد خوفا وتجنبنا للضرر الذي قد يلحقها. وهو ما لا ينسجم مطلقا مع طبيعة عقد الزواج التي تقوم على الرضا الحر والكمال، فالإكراه يعيب الإرادة في أحد عناصرها ألا وهو عنصر الحرية في الاختيار. هذا بشأن الإكراه، فما مدى تأثير التدليس على حرية المرأة في الاختيار؟

²²² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 198 - 199.

ثانيا: مدى تأثير التدليس على حرية المرأة في اختيار الزوج

التدليس هو: "استعمال أحد المتعاقدين طرقا احتيالية لتظليل المتعاقد الآخر وإجباره على التعاقد"²²³. أو هو: "غلط مستثار يقع فيه المتعاقد نتيجة الحيل التي يستعملها المتعاقد الآخر، فيتصوّر الأمور على غير حقيقتها بحيث لو علم بما أقدم على التعاقد"²²⁴. ويعتبر أيضا السكوت عمدا على ملابسة ما في الزوج أو الزوجة تدليسا²²⁵. فمصدر التدليس ليس المتعاقد بذاته وإنما المتعاقد الآخر والغير، ولا يعتبر عيبا للإرادة فحسب وإنما يعتبر أيضا عملا غير مشروع، وذلك لما يلجأ إليه المدلس من حيل وخداع بقصد التضليل²²⁶.

وعلى غرار عيب الإكراه لم ينص المشرعين التونسي والجزائري صراحة على التدليس كعيب من عيوب الإرادة ضمن القانون الأسري. فالمشرع التونسي عرّف التدليس في الفصل 56 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه: "من المخاتلات أو الكنايات التي تحمل الطرف الآخر على التعاقد بحيث أنه لا يتم إلاّ بها". وقرّر فسخ العقد سواء صدر من أحد المتعاقدين، أو من غير المتعاقدين إذا وقع بعلم من انتفع به²²⁷. أمّا المشرع الجزائري، فزيادة على أنه نص على التدليس في المادتين 86 و87 من القانون المدني، فإنه اعتبر حالة تعدّد الزوجات دون الحصول على ترخيص بالزواج من قبل رئيس المحكمة تدليسا، يمكن الزوجة من رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق طبقا لقانون الأسرة²²⁸. والملفت للانتباه أنه رتب التطليق على هذه الحالة رغم أنّ القواعد العامة المقررة في القانون المدني تعتبر التدليس عيبا مفسدا للإرادة مما يجعل العقد قابلا للإبطال²²⁹. وهنا نقول أنّ عدم تنظيم

²²³- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، مصادر الالتزام، ص. 318.

²²⁴- أنظر، توفيق حسن فوج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، 1992، ص. 144.

²²⁵- أشار المشرع الجزائري إلى ذلك في الفقرة الثانية من المادة 86 من ق. م.، والتي اقتضت بأن: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

²²⁶- أنظر، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، ج. 01، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص. 174.

²²⁷- الفصل 56 من م. إ. ع. ت.

²²⁸- المادة 08 مكرر من ق. أ. ج.، ولمزيد من التفاصيل: راجع، جيلالي تشوار، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، -أية عدالة قانونية أم قضائية-، م. ع. ق. إ. د. س.، 2010، ع. 10، ص. 117 وما بعدها.

²²⁹- تنص ف. 01 من المادة 86 من ق. أ. ج. على أنه: "يجوز إبطل العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"؛ وجاء في المادة 87 من نفس القانون ما يلي: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطل العقد، ما لم يثبت أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

عيوب الإرادة في قانون الأسرة من شأنه أن يؤدي إلى تضارب في الأحكام، فتارة يترتب عنه الفسخ وتارة أخرى التطليق.

ونظرا لغياب النص على التدليس أو التغيرير - كما أطلق عليه المشرع التونسي - كعيب من عيوب الإرادة في المجال الأسري وجب تقرير القواعد العامة والقول أنّ زواج المرأة المدّلس عليها قابل للإبطال لكون إرادتها معيبة.

هذا الفراغ لا نجده في التشريع المغربي، فقد خصّص المشرع للتدليس الفصلين 52 و53 من قانون الالتزامات والعقود، فأوضح مختلف الشروط الواجب توافرها لقيام هذا العيب، ومع ذلك هذا لم يمنع من النص عليه كعيب من عيوب الإرادة في الزواج حيث اقتضت المادة 63 من مدونة الأسرة بأنّه: "يمكن للمكره أو المدّلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء، وبعده خلال أجل لا يتعدّى شهرين من تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في التعويض". علما وأنّ هذا العيب لم تتطرق إليه مدونة الأحوال الشخصية السابقة، وإنّ التنصيص عليه في مدونة الأسرة ما هو إلا تأكيد على رغبة المشرع في دعم إرادة الزوجين في الزواج وبأن تكون الإرادة حرة سليمة.

وهذا النص نجده مكرّسا من قبل القضاء المغربي، نذكر منه ما جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1987/09/29: "تكون المحكمة على صواب لما صرّحت بفسخ عقد النكاح وإبطاله وإبطال جميع الآثار المترتبة عليه لفساده لكون الزوجة كانت حاملا وقت عقد النكاح عليها وكانت عاملة بحملها وأخفتها على الزوج الذي تمسك بإنكاره له وعدم علمه به"²³⁰.

وما صدر عن محكمة ابتدائية طنجة بتاريخ 16 جوان 2004، حيث تتلخص الوقائع في أنّ الزوج المدعي، اعتبر واقعة كتمان زوجته زواجها برجل إسباني بمثابة تدليس، فطالب على أساسه

²³⁰ - مجلس أعلى، 1987/08/29، ع. 984، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 55.

فسخ الزواج مع أداء المدعى عليها مبلغ 30.000 درهم كتعويض على الضرر المادي والمعنوي اللاحق به إثر ذلك²³¹.

وفي حكم آخر صادر عن ابتدائية وجدة بتاريخ 09 ماي 2005 جاء فيه: "وحيث أنّ المدعى عليها فرعياً بإخفائها واقعة كونها كانت قبل زواجها متزوجة بغيره، وأنها طلقت من ذلك الزوج، يكون باعتمادها شهادة الخطوبة الدالة على أنّها عازبة، والحال أنّها ليست كذلك قد استعملت الاحتيال معه؛

وحيث أصيبت إرادة الزوج نتيجة تدليسها عليه بغلط في شخصها فعاب بذلك إرادته، ممّا يكون معه طلب فسخ عقد الزواج بسبب التدليس والذي تقدّم به الزوج مستنداً على أساس قانوني ويتعيّن الاستجابة له"²³².

فالقرار القضائي والحكمين الابتدائيين المذكورين أعلاه يدلّون على أنّ القضاء المغربي سار على نفس الموقف من حيث اعتبار التدليس عيباً يعيب الإرادة ويجعلها غير كاملة ممّا يوجب فسخ عقد الزواج، وهو اجتهاد في محلّه فالرضائية المطلوبة في عقد الزواج يجب أن تكون كاملة وحرّة.

وما ينبغي الإشارة إليه هو أنّ القضاء المغربي يرفض فسخ الزواج الأبيض إذ جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالناظور بتاريخ 07 جوان 2005 ما يلي: "حيث إنّ ما اعتمده الحكم الأجنبي كسبب لفسخ الزواج الذي هو أنّ المستأنف لم يعقد الزواج بنية إقامة أسرة بل كان هدفه الوحيد هو توفير شروط إقامته واستقراره ببلجيكا، وهو سبب لم ينص عليه المشرع المغربي ضمن الأسباب المبرّرة للتطليق أو الفسخ أو الطلاق سواء في مدونة الأحوال الشخصية أو في مدونة الأسرة، وهو ما يخالف الفقرة 02 من المادة 128 وبالتالي مخالفته للنظام العام المغربي فكان مآله الرفض وإلغاء الحكم الابتدائي"²³³.

²³¹- المحكمة الابتدائية بطنجة، ق. ق. أ، 16/06/2004، ملف رقم 05/480، مقتبس عن: سناء أفضي، اختلال عقد الزواج بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دبلوم الدراسات المعمّقة في القانون الخاص، -وحدة البحث والتكوين في قانون الأسرة المغربي والمقارن-، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2005-2006، ص. 69.

²³²- محكمة ابتدائية وجدة، ق. ق. أ، 09/05/2005، ملف رقم 04/2340، مقتبس عن: سناء أفضي، المرجع السابق، ص. 75.

²³³- محكمة الاستئناف بالناظور، 07/06/2005، قرار رقم 339، ملف ع. 303، (غير منشور)، مقتبس عن: جمال الخمار، تنفيذ الأحكام البلجيكية المتعلّقة بالأحوال الشخصية في المغرب، 21/12/2016، منشور على موقع الانترنت: www.marocdroit.com

المحكمة لم تكن على صواب، فالفسخ من أجل أنّ الزواج لم يعقد بنية إنشاء أسرة لا يخالف النظام العام في شيء، وإّما يجد ما يمثله في مدونة الأسرة كالمادة الرابعة منها التي عرّفت الزواج على أنّه ميثاق تراض وترايط شرعي بين الرجل والمرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين. وهذا ما لا يتحقّق في الزواج الصوري. من جهة أخرى جاء القرار مخالف للشرع الذي يعتبره باطلا لمساسه بركن الرضا، ففي الظاهر يعبّر الطرفان عن رضاهما ولكنهما لا يريدان تحقيق غايات الزواج أو يرغبان في التستّر على ما هو غير مشروع، فالرضا موجود ولكنه غير جدّي.

ويمكن استخلاص بطلان الزواج الصوري من مجلة الأحوال الشخصية التونسية استنادا على الفصل 21 الذي اعتبر الزواج فاسدا متى اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد -ولا شكّ أن الزواج الصوري يتنافى مع جوهر العقد لأنّه يبرم لا بغاية الزواج وبنية تكوين أسرة، وإّما لقضاء شأن آخر لا علاقة له بالحياة الزوجية- والزواج الفاسد يبطل على معنى الفصل 22 من نفس المجلة²³⁴. هذا الحكم يقابله ما نصت عليه المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد". وجاء القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 11 أكتوبر 2006 ليؤكّد على بطلان الزواج القائم على مصلحة غير مشروعة فاقتضى: "البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي، يبطل عقد الزواج، ويحمّل الزوجة مسؤولية الطلاق"²³⁵.

وقد جاء في المادة 66 من المدونة: "التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة المنصوص عليهما في البندين 5 و6 من المادة السابقة أو التملّص منهما، تطبّق على فاعله والمشاركين معه، بطلب من المتضرر، أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي". علما وأنّ هذه الأخيرة تنص على أن: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، ما لم يكن الفعل جريمة أشد من: 1- صنع عن علم إقرارا أو شهادة تتضمن وقائع غير صحيحة؛ 2- زور أو عدل، بأية وسيلة كانت، إقرارا أو شهادة صحيحة الأصل؛ 3- استعمال عن علم إقرارا أو شهادة غير صحيحة أو مزورة".

²³⁴ - ساسي بن حليمة، محاضرات في... المرجع السابق، ص. 52.

²³⁵ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 10/11/2006، ملف رقم 371562، م. م. ع.، 2007، ع. 02، ص. 457.

وإنّ عيب التدليس لا يمكن تطبيقه على إطلاقه في عقد الزواج لأنّ المقبل على الزواج عادة ما يبذل كل ما في وسعه لإخفاء عيوبه وإظهار محاسنه يصل به ذلك إلى درجة الخداع، فهذه الظاهرة أصبحت مألوفة في مجتمعنا. وبما أنّ المرأة غير مجبرة على القبول فوراً فإنّه يمكنها أن تجري تحريات حول المتقدّم للزواج، أو تمديد فترة الخطوبة لتوظيفها في مزيد من تعرّف الطرفين على بعضهما البعض. ذلك أنّ الأخذ بالتدليس كسبب لإبطال عقد الزواج سيفتح المجال لتعريض عدد هائل من الزوجات إلى خطر البطلان، و في هذا مساس بكيان الأسرة ودوامها²³⁶.

ثالثاً: وقوع المرأة في غلط يحملها على التعاقد

الغلط هو وهم يقوم في ذهن الشخص يجعله يعتقد غير الواقع، ويتحقّق الغلط في عقد الزواج بشخصية العاقد بما أنّها محل اعتبار شخصي في العقد²³⁷. وإنّ الغلط في الشخص أنواع ومراتب، يمكن ردها إلى²³⁸:

1- الغلط في ذات الشخص

هو الغلط المتعلّق بشخص الزوج ذاته، والذي يفضي إلى نشأة علاقة بين شخصين لم يتفقاً على الزواج أصلاً، كأن يعتقد أنّه تزوج من امرأة معيّنة فتزوّج إليه امرأة أخرى، أي أنّ الغلط هنا وقع في محل العقد فممنع تطابق الإرادتين. مع العلم أنّ هذا النوع من الغلط أصبح نادر الوقوع في وقتنا الحالي لحضور الزوجين مجلس العقد، ولتغيّر المجتمع حيث أصبح بإمكان الرجل والمرأة التعرّف على بعضهما، على خلاف السابق لا تتعرّف الزوجة على زوجها ولا تراه إلاّ بعد إبرام عقد الزواج والدخول. وباعتبار أنّه يعدم الرضا فإنّه يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

2- الغلط في الصفات الثانوية للشخص

المقصود به الغلط الذي يحدث في صفات عرضية، التي لا توضع عادة في المقام الأوّل عند اختيار الزوج أو عند التعبير عن الرضا. فهل هذا النوع يؤدّي إلى إبطال عقد الزواج؟

²³⁶ - محمد اللحمي، المرجع السابق، ص. 193-194.

²³⁷ - الغوثي بن ملحّة، المرجع السابق، ص. 49.

²³⁸ - محمد اللحمي، المرجع السابق، ص. 188-189.

في الحقيقة، للإجابة عن هذا التساؤل لابد من التفرقة بين حالتين: الأولى، يكون فيها الغلط غير مؤثر على سلامة الرضا بالزواج باعتباره غير محدد له، وهذا إذا تعلّق بعنصر أو أكثر من عناصر هويته المدنية دون أن يفضي إلى الغلط في الشخص ذاته، كأن يتعلّق الغلط باسم أحد الزوجين، أو يتعلّق بالنشاط المهني لأحدهما²³⁹. هذا النوع من الغلط لا يعتد به ولا يؤثر على حرية إبرام عقد الزواج. أمّا الحالة الثانية، يكون فيها الغلط محددًا للرضا، كأن يقع الغلط في هوية الشخص المتصلّة بالعائلة التي ينتمي إليها، أو بالجنسية التي يحملها.

3- الغلط في صفة جوهرية في الشخص

إنّ الحالة الجنسية للزوج تعدّ صفة جوهرية فيه، فإذا تزوجت امرأة رجلاً تعتقد أنّه مكتمل الهيئة والتكوين، فوجدته مقطوع العضو التناسلي (أو مجبوباً)، أو منزوع الخصيتين (خصياً)، أو عنيماً (مصاب بعجز جنسي)، يحول دون قدرته على ممارسة أي علاقة جنسية، تكون قد وقعت في غلط. أو تعتقد أنّها تزوجت رجلاً سليماً فإذا به أنثى في الأصل، ليس لها من الذكورة إلاّ المظاهر الخارجية التي غيرت بالجراحة.

فإذا كان الغلط في صفة ثانوية في الشخص لا يؤثر على عقد الزواج، فإنّ الغلط في صفة من صفاته الجوهرية يفسد الإرادة ممّا يجعل عقد الزواج قابلاً للإبطال لما له من أهميّة في تحديد الرضا بالزواج، وأنّ من وقع فيه ما كان ليرضى به لو علم بالحقيقة.

ويتجلّى هذا الحكم من الفصل 46 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية الذي اقتضى: "الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجبا للفسخ إلاّ إذا كانت ذات المتعاقد معه أو صفته من الأسباب الموجبة للرضى بالعقد". وهنا نلاحظ أنّ المشرع قد ساوى بين الغلط في ذات الشخص، والغلط في صفة من صفاته الجوهرية، فجعل الإرادة معيبة في الحالتين يترتب عنها قابلية العقد للإبطال. ولكن في عقد الزواج لا يمكن تقرير هذه النتيجة، إذ ينبغي التفرقة بين الغلط المانع للإرادة والغلط المفسد لها. فإذا وقع غلط في ذات الشخص نكون أمام إرادة منعدمة تبطل العقد

²³⁹ - كأن تعتقد المرأة بأنّ زوجها يدعى زيد فإذا به عرف لدى أهله ومعارفه بمحمد، أو كأن تعتقد أنّها تزوجت رجلاً أعمالاً فإذا به تاجر صغير.

بطلانا مطلقا، أمّا إن كان يتعلّق بصفة من صفات الشخص الجوهرية فالإرادة تكون معيبة، فتجعل العقد قابلا للإبطال²⁴⁰.

فحتّى فقه القضاء التونسي يكاد يكون مفقودا في مادة البطلان بصفة عامّة وفي البطلان لغلط في الشخص بصورة خاصّة، ولربّما كان السبب في ذلك أنّ تقديم قضية في الطلاق أسهل من تقديمها في البطلان. ورغم هذه الندرة إلّا أنّه استوقفنا قضية اتخذت فيها محكمة التعقيب التونسية موقفا حول هذا الموضوع في 15 ديسمبر 1981، تتلخّص وقائعها في: "قيام زوج بطلب الحكم بطلاق زوجته للضرر، متمسّكا بأنّها مصابة بمرض في الأعصاب وقد حاول علاجها ولكن دون جدوى فأصبحت غير قادرة على القيام بواجباتها الزوجية. فأجابت محكمة التعقيب بقولها بأنّه لا مجال للحكم بالطلاق وذلك لأنّ مرض الزوجة هو مصيبة حلّت بها دون أن يكون لها في ذلك أيّ ذنب، ولذا فالزوج مخيّر بين حلّين إمّا أن يصبر على ما أنزله المولى عز وجل بزوجه وبه، أو أن يلتجئ إلى تطبيقها على أساس الفقرة الثالثة من الفصل 31 من م. أ. ش²⁴¹".

وفي قرار تعقيبي آخر صادر عنها بتاريخ 07 جوان 2007 اكتفت باعتبار أنّ القدرة الجنسية تعدّ من الشروط الجوهرية لعقد الزواج دون بيان مصير هذا العقد عند انعدامها، وكان ذلك بمناسبة تحديدها لتعريف الزواج فجاء كالتالي: "لا خلاف حسب كل الفقهاء وأنّ القدرة الجنسية تعدّ من الشروط الجوهرية لعقد الزواج وهي من الشروط الفيزيولوجية الجوهرية التي تتأسّس عليها العلاقة الجنسية باعتبارها أمرا طبيعيا وحتميا ولازما لقيام العلاقة الزوجية؛

إنّ المشرع التونسي ولئن لم يعرّف الزواج ضمن م. أ. ش. إلّا أنّه يمكن القول عامّة أنّ الزواج هو عقد يتعايش بمقتضاه رجل وامرأة تحت سقف واحد ليلتقيا عاطفيا وجنسيا للمحافظة على الجنس ويمكن القول أنّ هذا التعريف يتماشى مع الشريعة الإسلامية²⁴²".

²⁴⁰ - الغلط المانع يعدم الرضا فيمنع من انعقاد العقد، قد يرد على محل العقد كأن تزف إلى الرجل امرأة غير التي التجهت إرادته نحو إبرام العقد معها، كما قد يقع في ماهية العقد كأن تنصرف إرادة طرف نحو إبرام عقد الزواج في حين تتجه نية الطرف الثاني نحو العلاقة الحرة. ولأنّ هذا النوع من الغلط مانع يعدم الإرادة، فإنّ عقد الزواج يعدّ باطلا بطلانا مطلقا. أمّا الغلط المفسد للإرادة فهو يقع في صفة من الصفات الجوهرية للعقد بحيث لو علم بها المتعاقد لما أبرم العقد، وهنا تكون الإرادة موجودة ولكنّها معيبة، ممّا يجعل العقد قابلا للإبطال.، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 52.

²⁴¹ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 15/12/1981، قرار ع. 5929، ن. م. ت.، 1981، ج. 04، ص. 250.

²⁴² - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 07/06/2007، قرار ع. 12678، ن. م. ت.، 2007، ج. 01، ص. 128.

والملاحظ من خلال هذين القرارين أنّ القضاء التونسي لم تكن له من الشجاعة لينطق ببطلان عقد الزواج وإنما فضّل اللجوء إلى الطلاق مخالفاً بذلك الأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة الرامية إلى فسخ العقد.

وهو أيضاً ما استقر عليه القضاء الجزائري فاعتبر أنّ النقص الكامل في المقدرة الذاتية على الجماع يعدّ سبباً من أسباب فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق، سواء كان النقص سابقاً على الزواج أو لاحقاً له²⁴³. فقد جاء في القرار الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 1984 أنّه: "متى كان من المقرّر في الفقه الإسلامي، وعلى ما جرى به القضاء أنّه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته، يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأنّ الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإنّ القضاة بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعدّ خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية"²⁴⁴.

ويعتبر هذا اجتهاد في غير محله، فمتى ثبت أنّ العجز الجنسي كان موجوداً قبل العقد ولم يطرأ بعده، فإنّ الزوج الآخر لم يكن عارفاً به، وأنّه كان ليمتنع عن إبرام الزواج لولا وقوعه في الغلط، جاز المطالبة بإبطال الزواج. أضف إلى ذلك فمن غير المتصور أنّ الشخص الذي يكون سليماً من الناحية الجنسية أن يكون راضياً بالزواج مع شخص يفتقد هذه الصفة. من أجل ذلك وتطبيقاً لمبدأ احترام الإرادة العقدية، لا بد من إعطاء لمن وقع في غلط حق إبطال عقد الزواج²⁴⁵.

فالمادة 81 من القانون المدني تنص على أنّه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله". والمادة 82 منه تنص على: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط؛

ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرياً، أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية؛

²⁴³ - محكمة الجزائر العاصمة، 03 / 05 / 1958، م. ج. ع. ق. إق. س.، 1958، 02، ص. 103، مقتبس عن: جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 01، 2001، ص. 14.

²⁴⁴ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 19 / 11 / 1984، ملف رقم 34784، م. ق.، 1989، ع. 03، ص. 73.

²⁴⁵ - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 14 - 15.

وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد". وتضيف المادة 83 من نفس القانون: "يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 81 و82 ما لم يقض القانون بغير ذلك".

وبهذا يعاب على الموقفين القضائيين التونسي والجزائري، أنهما يتعارضان مع مبادئ الشريعة الإسلامية²⁴⁶، ويتناقضان مع القواعد العامة المقررة في القانون المدني، فما ينبغي هو تناول مسألة عيوب الإرادة في مجال الزواج، لكي يرفع التناقض، وحتى لا يبقى القاضي مشتتاً بين مواقف الفقه الإسلامي المتشعبة مما يصعب من مهامه.

ومن جانبه، المشرع المغربي الذي نظم عيبا التدليس والإكراه في مدونة الأسرة لم يدرج الغلط ضمنها، ولعلّ السبب راجع إلى أنّ عقد الزواج عقد شخصي يستوجب رضا كل واحد من الطرفين وحضورهما معاً لإبرام العقد أمام العدلين والشاهدين، وبالتالي من الصعب معه تصوّر الغلط. وحتى لو فرضنا وجوده تسري عليه أحكام المادة 63 من مدونة الأسرة. حيث أنّ تنظيمه للتدليس في عقد الزواج جعل القضاء المغربي يغيّر توجّهه، فإخفاء العيب الجنسي على الآخر رغم علمه به قبل الزواج كان يحوّل للزوج المتضرر قبل صدور المدونة طلب التفريق على أساس التظليق للعيب أو الضرر²⁴⁷. أمّا بعد صدور المدونة، فإنّ هذه الحالة أصبحت تندرج ضمن مقتضيات المادة 63 منها التي اقتضت فسخ عقد الزواج.

يعتبر العجز الجنسي غلط في صفة جوهرية للشخص، فهل تعتبر عذرية المرأة غلط في صفة من صفاتها الجوهرية؟

إذا لم يشترط الزوج عذرية المرأة أثناء عقد الزواج، وعند الدخول وجدها دون ذلك، فلا يمكنه أن يطالب بإبطال عقد الزواج، إنّما يمكنه أن يطلق بإرادته المنفردة، وفي هذه الحالة يعدّ طلاقه طلاقاً تعسفياً. وهذا ما استقر عليه القضاء المغربي، ففقه القضاء التونسي استنتج أنّ البكر في الفقه

²⁴⁶- تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى... المرجع السابق، ج.03، ص. 128.

²⁴⁷- توجه سار عليه المجلس الأعلى في العديد من قراراته، منها القرار الصادر بتاريخ 18/10/2000 والذي قضى بتطليق الزوجة للضرر لبقائها بكرًا لمدة سنوات رغم الاختلاء بها، مجلس أعلى، 18/10/2000، ملف ع. 99/2/396، م. م. أ.، ص. 103.

الإسلامي هي التي لم يسبق منها زواج بقطع النظر عن كونها عذراء أم لا وبذلك اتجه إلى عدم اعتبار الثيوبه عيبا ترد به الزوجه إلا أن يقع اشتراط ذلك بلفظ صريح²⁴⁸.

وحتي القضاء المغربي سار على نفس المبدأ، فجاء قرار محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 18 جويلية 1986 يقضي برفض طلب فسخ عقد الزواج الذي طالب به الزوج كون أن زوجته ليست بكرا. وقد رفض الطلب لأن المقصود بعبارة بكر المنصوص عليها في رسم النكاح هو أنه لم يسبق لها زواج قط، وليس المقصود أنها عذراء، والزوج لم يشترط العذرية عليها حين العقد²⁴⁹.

وهو ما قرره المجلس الأعلى لما اعتبر: "أن القاعدة التي نص عليها التسولي في شرحه على تحفة ابن عاصم لدى قوله: "والزوج حيث لم يجدها بكرا ولم يرجع إلا باشتراط عذرا". إذ قال: والمعنى، أن الزوج إذا تزوج امرأة فوجدها ثيبا فإنه لا يردّها بالثيوبه، في حال من الأحوال، سواء لم يشترط شرطا أو اشترط أنها بكرا إلا في حالة اشتراطه كونها عذراء، وهي التي لا زالت بخاتم ربّها، وإن خرق هذه القاعدة يؤدي إلى النقض"²⁵⁰.

وفي ذلك أيضا قضت المحكمة العليا بالجزائر في قرارها الصادر بتاريخ 23 ماي 2000 إذ جاء فيه: "ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج، فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق وجرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ممّا يستوجب نقض القرار"²⁵¹. وفي قرار آخر صادر في 11 فبراير 2009 تضمن: "حيث لا يتبيّن من وقائع الدعوى ولا من أوراق الملف ما يفيد اشتراط البكارة في عقد الزواج طبقا لما توجهه أحكام المادة 19 من ق. أ.، ومن ثمّ فإنّ قضاة

²⁴⁸ - ساسي بن حليمة، دراسات في الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 43.

²⁴⁹ - محكمة الاستئناف بمراكش، قرار ع. 634، 18/07/1986، ملف ع. 766-85، مجلة المحامي، ع. 10، ص. 86.

²⁵⁰ - مجلس أعلى، غ. أ. ش.، قرار ع. 1065، 04/07/1989، ملف ع. 689/86، مقتبس عن: عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقّه في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، 2000، ص. 172-173.

²⁵¹ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 23/05/2000، ملف رقم 243417، م. ق.، 2001، ع. خ.، ص. 109 وما بعدها.

الموضوع بمجلس قضاء قلما لما حملوا الطاعنة مسؤولية الطلاق وحرمانها من التعويض المترتب عنه يكونون قد خالفوا القانون وجانبوا الصواب²⁵².

إنّ ما اتجه إليه القضاء المغربي لا يتماشى مع العادات، إذ يجب أن نفرق بين حالتين: الحالة التي تفقد فيها المرأة عذريتها بسبب حادث، وكان الزوج على علم بذلك ورضي به، إذا لا يمكنه المطالبة بإبطال العقد. والحالة الثانية التي تفقد فيها المرأة عذريتها بسبب المخالطة الجنسية، هنا يسمح للزوج المطالبة بالإبطال حتى وإن لم يشترط العذرية في عقد الزواج، وذلك لمعيارين: الأوّل شخصي، يتمثل في أنّ الزوج لو علم بالأمر لما تزوّج بها ما يجعل إرادته معيبة بعيب التدليس. والثاني موضوعي، يخص الرأي العام والذي يعتبر شرط العذرية شرطا هاما، ولا يتقبّل إبرام عقد زواج بامرأة تخلو من هذا الشرط²⁵³.

وإذا كانت هذه العيوب الثلاث محل نظر رجال القانون فإنّ المشرع التونسي تعرّض لحالة السكر التي قد يكون عليها الشخص زمن إبرام عقد الزواج، وهو لا يعتبرها من عيوب الرضا الموجبة لفسخ عقد الزواج، اللهم إلا إذا أثرت على ملكة الوعي والإدراك، حيث أنّ الشخص الفاقد للشعور والإدراك لا يمكنه بأي حال أن يصدر رضا سليم منشئ للالتزام من أي طبيعة كانت بما فيها تلك الالتزامات المترتبة عن عقد الزواج، لذا وجب فسخه في هذه الحالة. وهذا ما أكّده الفصل 58 من مجلة الالتزامات والعقود الذي جاء فيه ما يلي: "إذا وقع العقد في حالة السكر المعيّر للشعور وجب فسخه". وبما أنّ المشرع التونسي الوحيد الذي نص على هذه الحالة، فإنّه يجب اللجوء إلى موقف الفقه المالكي والشريعة الإسلامية لسد الفراغ التشريعي في القانونين المغربي والجزائري، فحول هذه المسألة قال ابن قاسم: "سئل مالك عن نكاح السكران، قال لا أراه جائزا، وطلاقه جائز عليه".

²⁵² - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 11/ 02 / 2009، ملف رقم 480264، م. م. ع.، 2009، ع. 01، ص. 283.

²⁵³ - أنظر، جيلالي تشوار، حق الشخص في التصرف في جسمه - الرق العذري والتغيير الجنسي نموذجاً-، م. ع. ق. إد.، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ع. 06، ص. 68؛ سئل ابن تيمية عن رجل تزوّج امرأة على أنّها بكر، فبانت ثيبا. فأجاب له فسخ النكاح، وله أن يطالب بارش الصداق وهو تفاوت ما بين مهر البكر والثيب فينقص بنسبته من المسمى، وإذا فسخ قبل الدخول سقط المهر.، تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى... المرجع السابق، ج. 03، ص. 128.

وقال ابن سحنون: "أرى نكاحه وبيعه وهباته وصدقاته وأعطياته بمنزلة واحدة سواء لا يجوز منها شيء على حال من الحال"²⁵⁴.

إلا أنه ونظرا لكون إبرام عقد الزواج يتم أمام ضابط الحالة المدنية، فإنه من الناحية الواقعية يصعب تصوّر هذه الحالة لأننا نتحدث عن السكر المغيب للشعور المذهب للإدراك الواعي، فحتى وإن افترضنا وجودها فإنّ على ضابط الحالة المدنية الامتناع عن إبرام العقد لاختلال الرضا.

بجمل القول، يجب أن تكون إرادة المرأة خالية من كل عيب من عيوب الإرادة وذلك حتى يتوفر لها سلطانها الكامل، وفي حالة العكس، يوقع الجزاء²⁵⁵. فإذا تخلف ركن الرضا يعتبر الزواج باطلا بطلانا مطلقا، وهذا بناء على أحكام الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي اعتبرت الزواج المنعقد دون رضا الزوجين، زواجا فاسدا ويترتب عن فساده البطلان الوجوبي استنادا لنص الفصل 22 من ذات المجلة. وهو نفس الحكم الوارد بالفقرتين الأولى والثالثة من المادة 57 من مدونة الأسرة المغربية حيث يكون الزواج باطلا إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10، وإذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول. يقابلهما ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون الأسرة بقولها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

أمّا إذا كان الرضا موجودا ولكن يشوبه عيب من عيوب الإرادة، فإنّ العقد يكون قابلا للإبطال فالعيوب -المذكورة أعلاه- تعتبر من أسباب البطلان النسبي لذا يمكن للشخص إذا كان رضاه معيبا أن يميز العقد القابل لإبطاله وبمضيه، كما أنّ مسألة الرضا تمّ طرفي العقد وليست لها أية علاقة أو مساس بالنظام العامّ مما يجعل حق المطالبة بإبطال العقد محصورا على الطرف المتضرر.

ورغم صعوبة تصوّر إبرام عقد الزواج دون رضا سليم بالنظر إلى الإجراءات المنظمة التي فرضها المشرع، فإنه يجوز للمرأة إذا أبرمت دون إرادتها أن تطالب بإبطاله وذلك في ظرف سنة واحدة من

²⁵⁴- أنظر، أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، ج. 04، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط. 02، 1988، ص. 257-258.

²⁵⁵- يقصد بالجزاء المترتب على انعدام رضا المرأة أو عدم صحته، الوصف القانوني الذي يتخذه عقد الزواج إذا ما خلى من رضا المرأة أو وجد مشوبا بعيب من عيوب الرضا. وينحصر هذا الجزاء أساسا في التحلل القوي الملزمة للعقد عن طريق بطلان العقد إما بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا وهذا تماشيا مع ركن التراضي وجودا وصحة.، أنظر، أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير-فرع عقود ومسؤولية-، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1998، ص. 60.

تاريخ العلم بالعيب المفسد للرضا أو من تاريخ زوال الإكراه حسب ما تقتضيه الفصول 330، 331 و333 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، وبانقضاء ذلك الأجل تستقر الأوضاع ويسقط حق القيام بها على الطرفين.

وقد نصت المادة 63 من مدونة الأسرة المغربية على أنه يجوز للمكره أو المدلس عليه من الزوجين طلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده، خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه ومن تاريخ العلم بالتدليس. والملاحظ هنا أنّ المشرع المغربي قلّص من المدة التي يتعيّن رفع دعوى الفسخ فيها فبالرجوع إلى الفصلين 311 و312 من قانون الالتزامات والعقود، فإنّ دعوى الإبطال تتقدم بمرور سنة، ولعلّ السبب في ذلك يعود إلى رغبته في حفظ وحماية الأسرة بحيث أنّ مدة الشهرين في الزواج كافية لأن يترتب عنها الحمل.

وأما المشرع الجزائري فقد أطال كثيرا في مدّة تقادم دعاوى الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه حيث جاء في المادة 101 من القانون المدني: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات؛

ويبدأ سريان هذه المدّة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي زول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشرة (10) سنوات من وقت تمام العقد".

هذه المدد الطويلة إذا تم تطبيقها في مجال عيوب الإرادة في عقد الزواج ستجعل العقد مهّددا غير مستقر، وهو نقص تشريعي ينبغي على المشرع تداركه. فاقترح الأستاذ الدكتور بلحاج العربي أن يكون للطرف المتضرر الحق في طلب فسخ العقد قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى ستة أشهر من تاريخ العلم بالغلط أو التدليس أو زوال الإكراه، مع حقه في طلب التعويض²⁵⁶.

ولأنّ بطلان العقد بطلانا نسبيا لا يتعلّق بالنظام العام إنّما نتيجته الرئيسية هي المساس بمصلحة أحد المتعاقدين أو كليهما، فإنّه يجوز للمرأة إجازة العقد وفقا للمادة 100 من القانون المدني: "يزول

²⁵⁶ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية... المرجع السابق، ص. 279.

حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية. وتستمد الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير²⁵⁷. وهذا النوع من البطلان لا يرتب أي أثر قبل الدخول، في حين يترتب عنه بعد البناء المهر، ووجوب الإستبراء، ثبوت النسب، وحرمة المصاهرة، دون استحقاق النفقة، والميراث.

إنّ تعزيز مبدأ الإرادة في عقد الزواج بالتأكيد على رضا الطرفين -بما فيه المرأة خاصة-، رضا حرا وكاملا، خاليا من عيوب الإرادة، والتأكيد على الحضور الشخصي لإبرام العقد أمام ضابط الحالة المدنية يجعل بحق ركن الرضا "مجسدا وضمانا فعليا لحرية المرأة في الاختيار وإبرام عقد الزواج"، فالحرية في الاختيار تقتضي أن يكون للمرأة المقبلة على الزواج الحرية الكاملة غير المنقوصة في اختيار شريك حياتها. باستثناء القيود التي فرضها القانون على هذه الحرية حفاظا على النظام العام والاستقرار الأسري، فما هي هذه القيود وما أهدافها؟

المبحث الثاني

القيود الواردة على حرية المرأة في إبرام عقد الزواج

حققت التشريعات المغاربية للأسرة تطورا ملحوظا يجعلها عقد الزواج من العقود الرضائية، وتأكيدا على حرية المرأة في اختيار شريك حياتها أصبح بإمكانها أن تعبر عن رضاها الحر والكامل بحضورها الشخصي أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق. وإن كانت حرية الاختيار في الزواج في الأساس ليست مطلقة سواء بالنسبة للمرأة أو الرجل، فهي خاضعة لشروط قانونية بيولوجية (المطلب الأول)، وأخرى اجتماعية (المطلب الثاني).

هذه القيود تبدو في ظاهرها تشكّل مساسا وخرقا لمبدأ الرضائية في عقد الزواج. فهل من شأنها كبت وتقييد حرية المرأة في الزواج؟ أم فيها حرص على قطع سبل ضياع الحقوق الأسرية وعدم العبث بمؤسّسة الزواج؟

²⁵⁷ - الإجازة هي عمل قانوني يتم بإرادة منفردة ويصدر من جانب من تقرر لمصلحته البطلان النسبي.

المطلب الأول

القيود البيولوجية التي تحد من حرية المرأة في إبرام عقد زواجها

إنّ مبدأ الرضائية في الزواج الذي اعتمده التشريعات المغاربية للأسرة يضمن حرية المرأة في اختيار شريك حياتها، ولكن في نفس الوقت لا يضمنها بصورة مطلقة وغير محدودة، فباسم النظام العام العائلي وضعت قيودا وحدودا لها وذلك بفرض الشرط البيولوجي والذي يندرج في إطاره: اختلاف الجنس بين الزوجين (الفرع الأول)، سن الزواج (الفرع الثاني)، والخضوع إلى الفحص الطبي السابق على عقد الزواج (الفرع الثالث). وهذا تحقيقا لمصالح معيّنة ذات أولوية بالنسبة إلى العائلة والمجتمع.

الفرع الأول

الاختلاف في الجنس

الأصل في الزواج أن يتم بين رجل وامرأة أي بين جنسين مختلفين. لكن أمام تأثير العولمة وإطلاق حرية المرأة أصبح اليوم من حقها أن تختار شريك من نفس جنسها، بمعنى أدق تم الاعتراف بالزواج المثلي الذي يعدّ تحدياً لمبدأ الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي، وإنّ هذا المبدأ الأخير هو ما يميّز عقد الزواج كونه يعتمد على اختلاف طرفي عقد الزواج من حيث الجنس (أولاً). وإذا كانت مسألة الفارق في الجنس مسألة جوهرية وركنا أساسيا في عقد الزواج الذي لا يقوم إلاّ بين رجل وامرأة، فإنّ الطبيعة أفرزت طائفة من الأشخاص لديهم أعضاء تناسلية غير واضحة، بمعنى تجتمع فيهم الأنوثة والذكورة في آن واحد أطلق عليها "الخنثى" (ثانياً). هذا ولم تعد مسألتى الزواج المثلي ومختلطي الجنس هي المشكلة الوحيدة، فبتوصل الاكتشافات الطبية الحديثة إلى إمكانية تغيير الجنس أصبح الحديث عن حق وحرية المرأة في تغيير جنسها ومدى أحقيتها في إبرام عقد الزواج بعد هذا التغيير (ثالثاً).

أولاً: حرية المرأة في الزواج المثلي

يقصد بالجنسية المثلية حب الاتصال الجنسي بشخص من نفس الجنس، أو الميل الجنسي إلى أفراد الجنس الواحد. وهنا نكون أمام صورتين: زواج الرجل من جنسه وهو ما يسمى باللوواط، وزواج المرأة من جنسها وهو ما يسمى بالسحاق²⁵⁸. وإذا كانت الاتفاقيات الدولية والقوانين الأسرية أعطوا الحق للمرأة في اختيار شريك حياتها بكل حرية، فهل هذه الحرية مطلقة تعطيها الحق في اختيار شريك من نفس جنسها؟

إنّ الزواج المثلي لم يعد بالشيء الغريب في يومنا هذا خاصة بعد موجة اكتساح الشواذ جنسيا الشوارع. ما أدى ببعض الدول الأوروبية إلى الاعتراف بمثل هذا النوع من العلاقات غير السوية²⁵⁹. وقد تم تشجيع فكرة تأسيس أسر لوطية وسحاقية من خلال المؤتمر العالمي للسكان والتنمية الذي انعقد بالقاهرة سنة 1994، حيث نصت الوثيقة المقدّمة من الأمم المتحدة كبرنامج عمل للمؤتمر على ضرورة اتخاذ الدول الإجراءات الكفيلة لتقنين الزواج المثلي. ونفس الفكرة تبناها مؤتمر بكين العالمي المعني للمرأة الذي انعقد بالصين سنة 1995²⁶⁰.

ومن هنا نلاحظ أنّ المؤتمرات الدولية وضعت بدائل لفكرة الزواج الفطري المبني على أساس قيام العلاقات الشرعية بين جنسين مختلفين، وهي بذلك تعطي للمرأة حرية اختيار شريك من نفس جنسها. فماذا عن موقف الشريعة الإسلامية والقوانين المغاربية؟

ظاهرة الشذوذ الجنسي هي ظاهرة قديمة عرفت واشتهر بها قوم لوط عليه السلام، والشريعة الإسلامية الغراء ترفض هذه الحالة تماما، فالقرآن الكريم بيّن عقاب الله تعالى لقوم لوط، لقوله تعالى: ﴿وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً

²⁵⁸ - أنظر، أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والحمل والإجهاض، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص. 48؛ عبد الرحمان محمد العيسوي، الجريمة والشذوذ الفعلي، منشورات الحلبي، لبنان، ط. 01، 2004، ص. 135.

²⁵⁹ - تم تقنين اللواط والسحاق في كل من هولندا، الدنمارك، إسبانيا، السويد، بلجيكا، فرنسا التي اعترفت به رسميا بتاريخ 12 أكتوبر 1999. حيث يمكن الاقتران بين الشواذ جنسيا بموجب عقد مدني للتضامن يستفيد موجهه الشواذ من حقوق وامتيازات منها: الضمان الاجتماعي، السكن وغيرها؛ وليس هذا فقط، فبموجب القانون 2013 أصبح يسمح لهم بالزواج أيضا،

- Cf. Patrick COURBE, Droit de la famille, Armand Colin, 3 éd., 2003, pp. 227 et s.

- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253

²⁶⁰ - أنظر، شمس الدين الشيخ، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار الأمة، ط. 01، 2003، ص. 167 وما بعدها.

مِنْ دُونَ النَّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ وَمَا كَانَ جَوَابَ قَوْمِهِ إِلَّا أَنْ قَالُوا أَخْرِجُوهُمْ مِنْ قَرْيَتِكُمْ إِنَّهُمْ أَنْاسٌ يَتَطَهَّرُونَ فَأَجْبَيْنَاهُ وَأَهْلَهُ إِلَّا امْرَأَتَهُ كَانَتْ مِنَ الْعَابِرِينَ وَأَمْطَرْنَا عَلَيْهِمْ مَطَرًا فَانظُرْ كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُجْرِمِينَ²⁶¹. وقوله عز وجل: ﴿وَجَاءَهُ قَوْمُهُ يُهْرَعُونَ إِلَيْهِ وَمِنْ قَبْلُ كَانُوا يَعْمَلُونَ السَّيِّئَاتِ قَالَ يَا قَوْمِ هَؤُلَاءِ بَنَاتِي هُنَّ أَطْهَرُ لَكُمْ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَلَا تُخْزُونِ فِي ضَيْفِي أَلَيْسَ مِنْكُمْ رَجُلٌ رَشِيدٌ قَالُوا لَقَدْ عَلِمْتَمَا لَنَا فِي بَنَاتِكَ مِنْ حَقٍّ وَإِنَّكَ لَتَعْلَمُ مَا نُرِيدُ²⁶². فهذه الآيات الكريمة صريحة في رفضها لمثل هذه العلاقة، والتي تمثل عملا شيطانيا عذابه شديد عند الله.

إذن، الشريعة الإسلامية لا تقر أي علاقة جنسية بغير طريق الزواج الشرعي بين الرجل والمرأة²⁶³. بل وتوقع أغلظ العقوبات على من يمارس العلاقات المثلية²⁶⁴. فالحكمة في تشريع الزواج هو المحافظة على النوع العضوي والحيوي، وحفظ النوع النفسي والعقلي، والنوع الاجتماعي. وأسمى أهدافه تتمثل في تحصيل النسل²⁶⁵. وهذه الأهداف لا تتحقق إلا من وراء زواج شرعي قائم بين جنسين مختلفين. إذ لا يمكن أن نتصور تحصيل ذرية من وراء إقامة علاقة بين الجنس الواحد، ناهيك عن الأمراض التي تنجر من وراء هذه العلاقات المشينة، وفي هذا تدمير للأسرة بل وهدم الكيان البشري والمجتمع ككل.

وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه التشريعات الأسرية حيث نصت صراحة على أنّ الزواج هو علاقة شرعية بين رجل وامرأة²⁶⁶. أي أنّ نظام الزواج لا يقوم إلا على أساس الاختلاف في

²⁶¹- سورة الأعراف، الآيات من 80 - 84.

²⁶²- سورة هود، الآيتين 78 - 79.

²⁶³- قوله تعالى: ﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾، سورة الذاريات، الآية رقم 49؛ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى﴾، الحجرات، الآية رقم 13؛ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾، النساء، الآية رقم 01.

²⁶⁴- روى الحسن البصري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "سيكون بعدي قوم تحدث قلوبهم وتصدق أحوالهم وتتولى أعمالهم يتعلمون الزور أنواعا يكتفي الرجال بالرجال والنساء بالنساء فإذا فعلوا ذلك فانظروا النكاح من الله عز وجل"، أنظر، معجم المؤلفين، ج. 06، ص. 152، مقتبس عن: يحي أحمد الكعكي، العولمة الإسلامية العربية، دار النهضة العربية، لبنان، ط. 02، 2003، ص. 173.

²⁶⁵- قوله صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"، أنظر، سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بـ "ابن الملقن"، البدر المنير في تخرّيج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المجلد 07، دار الهجرة، 2006، ص. 423.

²⁶⁶- عرفته المادة 04 من م. أ. م؛ والمادة 04 من ق. أ. ج؛ أما المشرع التونسي فلم يضع له تعريفا ضمن مجلة الأحوال الشخصية لا قبل التعديل ولا بعده، وهناك من يرى أنه لم يضع تعريفا له لكونه ظاهرة طبيعية غنية عن التعريف وحالة اجتماعية شائعة، وحتى لا يقيد اجتهاد المحاكم لتنظر=

الجنس بمعناه الفعلي²⁶⁷. وفي هذا إنكار صريح لأي نوع من أنواع العلاقات غير الشرعية بما فيها العلاقات الجنسية المثلية والتي تصنفها القوانين الوضعية "بالشذوذ". ولم تتوقف عند عدم الاعتراف قانونا بالشذوذ الجنسي إنما تعدّته إلى توقيع عقوبات صارمة على كل من يمارس هذه الأفعال. فالقانون الجنائي التونسي يعاقب فعل الشذوذ الجنسي بالفصل 230 من المجلة الجزائية الرامي إلى معاقبة مرتكب اللواط أو المساحقة بالسجن مدة ثلاثة أعوام²⁶⁸. وفي القانون الجنائي المغربي يعاقب الفصل 489 منه كل مجامعة على خلاف الطبيعة، فمن ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي مع شخص من جنسه، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وغرامة من مائتين إلى ألف درهم من ما لم يكن فعله جريمة أشد²⁶⁹. ومن جانبه عاقب المشرع الجنائي الجزائري بموجب المادة 338 منه كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه، بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية من 500 إلى 2000 دج²⁷⁰.

وعلى الرغم من حظر القوانين المغاربية للعلاقات المثلية وتوقيع العقاب على ممارستها، إلا أنّ واقعها ومجتمعاتها تشهد هذا النوع من العلاقات، إذ لم تعد هذه الظاهرة تمارس في السر والخفاء مثلما كانت في وقت سابق، بل تجاوزت كل الحدود، وبدأت تخرج تدريجيا للعلن ويقدم أفرادها مطالب حيوية يعبرون من خلالها عن تواجدهم الفعلي. ففي تونس تقوم عدّة جمعيات مدافعة عن حقوق المثليين بمساع حثيثة لضمان حقوقهم ورفض تهميشهم داخل المجتمع، وعقب ثورة 2011 أسّس المثليون جمعيات خاصة بهم مثل "موجودين" و"شمس"، طالبت صراحة بإلغاء الفصل 230 من

= للموضوع وفقا للتطور لا بناء على تعريف نظري ثابت..، أنظر، محمد الحبيب الشريف، التعليق على قرار مدني حول تأثير العجز الجنسي للزوج على قيام العلاقة الزوجية وانفصالها، قرار ع. 16285، بتاريخ 18 نوفمبر 1986 صادر عن محكمة التعقيب، م. ق. ت.، الشركة التونسية لفنون الرسم، جوان 1988، ص. 45 وما بعدها..، هذا وبالرجوع إلى الفصل 23 من م. أ. ش. ت.، الذي حدّد واجبات وحقوق كل من الزوجين نجد أنّ المشرع التونسي خاطب الجنسين بصفة رجل وامرأة.

²⁶⁷ - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 09 وما بعدها.

²⁶⁸ - القانون ع. 46 لسنة 2005، مؤرخ في 06 جوان 2005، المعدّل والمتمم لأمر علي المؤرخ في 09 جويلية 1913، والمتعلّق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة الجنائية التونسية وإعادة صياغتها، ر. ر. ع. 48، صادر 17 / 06 / 2005، ص. 1412.

²⁶⁹ - الظهير الشريف رقم 1.16.104، الصادر بتاريخ 18 / 07 / 2016، المعدّل والمتمم لظهير رقم 1.59.413، صادر في 26 / 11 / 1962، والمتضمن القانون الجنائي المغربي، ج. ر. ع. 6491، مؤرخة في 15 / 08 / 2016، ص. 5992.

²⁷⁰ - قانون رقم 15-19، مؤرخ في 30 / 12 / 2015، المعدل والمتمم للأمر 66-156، مؤرخ في 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج. ر. ع. 71، مؤرخة في 30 / 12 / 2015.

القانون الجزائري التونسي، وبالفعل، في 30 سبتمبر 2015، دعا وزير العدل محمد صالح بن عيسى إلى إلغاء هذا الفصل فأقيل من منصبه²⁷¹.

وفي المغرب تم تأسيس حركة "مالي" منذ سنة 2012 للدفاع عن الحريات الفردية، وترى أنّها تناضل ضد رهاب المثلية الجنسية عن طريق مجموعة من الأنشطة وحملات التوعية داخل وخارج المغرب بالتعاون مع مجموعة من الجمعيات في فرنسا وبلدان أخرى²⁷²، هذا وطالبت جمعية "كيف كيف" للنشطاء المثليين والمثليات، والمتحولين بإلغاء المادة 489 من القانون الجنائي المغربي²⁷³.

ولا يختلف الحال في الجزائر حيث كانت هناك مبادرة دعماً للمثلية أعلن عنها يوم 10 أكتوبر من كل سنة تحت تسمية "يوم تان تان"، أو من خلال جمعية "ألوان" التي أنشئت عام 2011، وتعمل على توعية المثليين على حقوقهم. كما وينشط المثليون على وسائل التواصل الاجتماعي، لتبادل تجاربهم، كصفحة "زواج مدبر بين مثليين ومثليات" ليعيش الطرفان حريته الجنسية²⁷⁴.

والغريب في الأمر أنّ فئات عديدة من المجتمع الآن تدافع عن هذا النوع من العلاقات، رাকضة وراء إرضاء المجتمع الدولي وتقليده تقليداً أعمى، موجهة الانتقاد للمشرعين عن العقوبة المفروضة، وترى أنّ هؤلاء الأشخاص يعانون الأمرين: فمن جهة، عدم سهولة العيش داخل المجتمع، ومن جهة أخرى صرامة القوانين المفروضة عليهم، هذا وتطالب منحهم متسع من الحرية للتعبير عن آرائهم من باب احترام حقوق الإنسان ومراعاة للاتفاقيات الدولية وما أقرته الدساتير من حرية الرأي وعدم

²⁷¹- أنظر، تونس: المثليون يكسرون حاجز الصمت ويرفضون تهميشهم، مقال نشر بتاريخ 17 / 05 / 2016 على موقع الانترنت:

amp.france24.com

²⁷²- معلومات من الموقع: amp.dw.com

²⁷³- طالبت هذه الجمعية بإلغاء المادة 489 من ق. ع. م. بمبازرات تمثلت في كون المادة: - تراعي الأوساط الدينية الرجعية؛ - تطبق بشكل استثنائي وخاطئ وتمنع النقاش حول الجنسية؛ - تنتهك اتفاقيات حقوق الإنسان والدستور المغربي وروحية القانون؛ - تتعارض مع الأسس العلمية الحديثة التي شطبت المثلية الجنسية من لائحة الأمراض النفسية؛ - تحرم فئة كبيرة من المشاركة في المجتمع لأنه يرافقها اعتداءات وعقاب جسدي وأفعال كراهية وانتهاك للحريات الخاصة؛ تقوم على الحد من الحريات فتؤثر على حرية خياراتهم وتنعكس على سلوكهم؛ - تعزز الكراهية والتهميش الاجتماعي والسياسي. أنظر، أنس العمري، مجموعة الدفاع عن المثليين "كيف كيف" تطالب بإلغاء الفصل 489 من القانون الجنائي، مقال نشر 27 / 04 / 2011، على موقع الانترنت: www.maghress.com

²⁷⁴- أنظر، هيفاء زعيتر، كيف تتعاطى القوانين العربية مع المثلية الجنسية؟، مقال نشر بتاريخ 04 / 04 / 2016، على موقع الانترنت:

raseef22.com

التمييز على أساس العرق أو الجنس أو الدين، فهي تعتبر أنّ العلاقة الجنسية هي حرية فردية، شخصية.

فمن أي حرية يتحدّث هؤلاء؟ حرية تخالف شرع الله وحكمته؟ عن حرية تجلب المفساد والأمراض؟ حرية تبعد الفرد عن العيش بطريقة سوية؟ حرية تحرم الفرد من تحقيق رغبة الأمومة والإنجاب؟ حرية تخرج عن الموروث الفقهي والحضاري؟ فكفى متاجرة بالإنسان بداعي الحرية الفردية والشخصية الذي أدى إلى هدم الأسر والعلاقات في العالم كلّه، وتوجه الأصابع إلى البلدان العربية المسلمة في اتجاه علماني لهدمها هي الأخرى. فالطبيعة البشرية تستلزم الاختلاف في الجنس في إطار شرعي وقانوني لإشباع الغريزة وفق طرق سليمة، ولتحقيق أهداف الزواج بما فيها النسل.

وعليه، يعدّ الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي من الأركان الجوهرية التي يقوم عليها عقد الزواج. ومع ذلك هناك طائفة أخرى من الأشخاص لديهم أعضاء تناسلية غير واضحة يطلق عليهم بالخنثى فهل يمكن للخنثى إبرام عقد الزواج أم أنّ حالتها تحول دون ذلك؟

ثانياً: أحقية الخنثى في إبرام عقد الزواج

لا يطرح شرط الاختلاف في جنس الزوجين إشكالات تذكر في الغالب الأعم من الأشخاص، فالإنسان عادي الخلق وسليم التكوين يكون إمّا ذكراً أو أنثى، وعلامات الذكورة أو الأنوثة تكون واضحة وبارزة للعيان بعلامات جسمانية خارجية لا يختلف فيها اثنان. لكن ما كل البشر أسوياء الخلق وعاديين التكوين، فقد تحصل حالات غير عادية يشذ فيها الفرد عن ذلك التصنيف الجنسي الثنائي التفرّع، فيكون الشخص ذكراً وأنثى في آن واحد أي هو جنس ما بين الجنسين ويطلق عليه "الخنثى".

وصنفت الخنثى على نوعين: خنثى عادي فلا يعرف إن كانوا ذكورا أم إناثا إلا بعد مرور عدّة سنوات وذلك بظهور أمارات الرجولة أو الأنوثة فإن تمّ التأكد من أنّ الخنثى رجل فلا يمكنه الزواج إلاّ بامرأة، أمّا إذا تمّ التحقق من أنّه أنثى فلا يتزوَّج إلاّ برجل. ومع ذلك قد لا تظهر هذه الأمارات فيبقى على حالته الأصلية وهو النوع الثاني ويطلق عليه بالخنثى المشكل. وفي هذا الصدد يقول ابن قدامة: "الخنثى هو الذي له في قبله فرجان، ذكر رجل، وفرج امرأة، ولا يخلو أن يكون ذكراً أو أنثى،

فليس ثمّ خلق ثالث. ولا يخلو الخنثى من أن يكون مشكلا، أو غير مشكل. فإن لم يكن مشكل بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال، أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن. وإن كان مشكلا فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء يرجع إلى قوله فإن ذكر أنّه رجل ويميل طبعه إلى نكاح النساء فله نكاحهن، وإن ذكر أنّه امرأة وأنّه يميل طبعه إلى الرجال زوج رجلا²⁷⁵.

وإذا كان الخنثى العادي لا يطرح إشكالا بحيث متى اتضح عضوه الراجع زوج بخلاف جنسه، فإنّ الخنثى المشكل يثير التساؤل لعدم ترجيح عضوه، فما هو الموقف الفقهي والتشريعي من هذه المسألة؟

حتى وإن لم تتطرق القوانين المغاربية لمشكلة الخنثى، فإنّه استنادا للموقف الفقهي وحفاظا على مبدأ حقه وحرية في الزواج، ولكونه ضحية الطبيعة فلا مانع من إجرائه عمليات جراحية من أجل تصحيح جنسه، وبالتالي تصحيح أوراقه الرسمية²⁷⁶. وقد استدلت فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز إجراء عملية جراحية للخنثى بقوله -صلى الله عليه وسلم-: "ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء"²⁷⁷. وقوله عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار"²⁷⁸. فوجه الدلالة هنا أنّ ترك الخنثى على حالته فيه ضرر شديد عليه نفسيا وذلك بشعوره بالنقص، وجسديا من خلال عدم مقدرته من ممارسة دوره في الحياة كإنسان عادي، واجتماعيا لبذ المجتمع له ومعاملته كمخلوق غريب لا قيمة له. ولأجل ذلك وجب رفع الضرر عنه ليتمكن من التعايش مع مجتمعه وممارسة دوره كإنسان طبيعي، عن طريق إجراء العملية الجراحية التي تهدف إلى إزالة التشوّه الخلقي وبيان الجنس الحقيقي الذي ينتمي

²⁷⁵- أنظر، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج. 10، دار عالم الكتب، الرياض، ط. 03، 1997، ص. 94-95.

²⁷⁶- Cf., Djilali TCHOUAR, droit algérien de la famille, quels principes d'égalité ?, Etude de droit,- mélanges en hommage à Abdallah Benhamou-, éd., kounouz, 2013, p. 204.,

- محمد اللحي، المرجع السابق، ص. 120 وما بعدها.

²⁷⁷- أنظر، شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن قِيم الجوزية، الداء والدواء، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط. 01، 1996، ص. 15.

²⁷⁸- أنظر، أبو عبد الله بن يزيد بن ماجه الربيعي القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، دار الفكر، بيروت، ط. 01، 2003، ص. 542.

إليه لا إلى تغيير خلق الله. فالعمل الطبي هنا يكون واجبا ومشروعا، لأنّ تحقيق المصالح الحاجية واجب، والعمل الطبي وسيلتها، وما لا يتم الواجب إلّا به فهو واجب²⁷⁹.

ولأنّ الفقه الإسلامي لا يقف عقبة في طريق التطور العلمي الطبي، ولكن ذلك بمقياس أن يؤخذ من العلم بما لا يتعارض مع أحكام الشرع، وأنّ درء المفسد مقدّم على جلب المصالح. فقد صدر قرار مجلس الجمّع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، بشأن حالة تثبيت الجنس مفاده أنّ: "من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيًا بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيًا بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء كان العلاج بالجراحة، أو بالهرمونات لأنّ هذا مرض، والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغييرا لخلق الله عزّ وجل"²⁸⁰. كما جاء في كل من فتوى دار الإفتاء المصرية، وفتوى فضيلة شيخ الأزهر "جاد الحق علي جاد الحق" من جواز إجراء الجراحة، متى انتهى رأي الطبيب الثقة إلى وجود الدواعي الخلقية في ذات الجسد بعلامات الأنوثة المطمورة، أو علامات الرجولة المغمورة، باعتبار هذه الجراحة مظهرة للأعضاء المطمورة أو المغمورة تداويا من علّة جسدية، وإذا كان ذلك جاز إجراء الجراحة لإبراز ما استتر من أعضاء الذكورة والأنوثة، بل إنّه يصير واجبا باعتباره علاجا متى نصح بذلك الطبيب الثقة. ولا تجوز هذه الجراحة لمجرد الرغبة في تغيير نوع الإنسان من امرأة إلى رجل أو من رجل إلى امرأة، وسبحان الذي خلق فسوى والذي قدر فهدى²⁸¹.

وقد سبق وعرضت هذه المسألة على أنظار القضاء التونسي، حيث وبعد التدقيق في مختلف جوانب الموضوع المعروض عليها استجابت المحكمة الابتدائية بين عروس بتاريخ 28 مارس 1990 للطلب الرامي بتغيير جنس المعني بالأمر بدفاتر حالته المدنية. وتتلخص وقائع القضية في: "عرض المدعي أنّ زوجته أنجبت منه مولودا اعتقده الجميع بنتا وتم ترسيمه بدفاتر الحالة المدنية باعتباره أنثى وأعطى له اسم "أميرة" غير أنّه تبين فيما بعد أنّه ذكر حسبما تؤكّده الشهادة الطبية وطلب على

²⁷⁹- أنظر، شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية، -دراسة مقارنة-، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط. 01، 2011، ص. 109.

²⁸⁰- أنظر، قرار مجمع الفقه الإسلامي في حكم عمليات تحويل الجنس، على موقع الإنترنت: www.ahlalhadeeth.com

²⁸¹- أنظر، حسين العبد الله، تغيير الجنس يمثل تعقيدات قانونية من جهة العمل والنظام العام وقواعد الإرث والوصايا، جريدة القبس الإلكترونية، 19/09/2004، على الموقع: alqabas.com

ذلك الأساس الحكم بإصلاح مضمون الحالة المدنية باعتبار المولود ذكراً وأن اسمه "أمير" عوضاً عن "أميرة".

فعلّلت المحكمة حكمها بالقول: "يتحصص من أوراق الملف وخاصة من نتيجة الكشف الطبية أنّ غموض جنس المقام في حقها لم يكن بفعل فاعل ولا بصورة اصطناعية مثلما يحدث بالمجتمعات الغربية من عمليات جراحية أو تناول مواد كيميائية بل أنّه أمر طبيعي ليست فيه أيّ مخالفة لمقتضيات القانون الجزائري أو الديانات السماوية وهو وإن كان أمراً نادراً فإنّه إذا ما حدث يجعل من طلب تغيير جنس المعني بالأمر بدفاتر حالته المدنية أمر شرعي لكون مقومات الجنس المرغوب فيه متوفرة وراثياً لديه وأضحى من الحتمي استنتاج النتائج المدنية من خروج المعنية بالأمر من جنس الإناث إلى جنس الذكور"²⁸².

وهذا توجه سليم من قبل المحكمة التي ميّزت بين من يكون ضحية أمر طبيعي فيولد بتشوّه في أعضائه التناسلية، وبين من يقوم بالتغيير بإرادته وبصورة اصطناعية. فسأيرت روح الشريعة والقانون وبثت بتصحيح دفاتر الحالة المدنية لاقتناعها بأنّ المسألة لا تعدو أن تكون مرض مادي يمكن علاجه بما لا يخالف الشرع والفطرة.

وفي قضية أخرى نظرتها المحكمة الابتدائية بقفصة وحكمت فيها بتاريخ 12 فيفري 2007، والتي تتلخص في إدعاء شخص بأنّه أنجب طفل ولد بمستشفى بقفصة في 31 جويلية 2006، ووقع التصريح بولادته لدى بلدية قفصة، وأقيم له رسم ولادة، وقد وقع التصريح عند الولادة بأنّ الطفل من جنس الإناث، وقد تبين أنّ الطفل يعاني من مرض غموض الجنس بشكل التبس لدى الطبيب عند الولادة إن كان ذكراً أم أنثى. ممّا استوجب إخضاعه لعدد من الفحوصات والتحاليل الطبية والعلاجية بمستشفى الأطفال بتونس، انتهى الطبيب المعالج أنّ الطفل من جنس الذكور وليس الإناث كما هو مثبت في الشهادة الطبية المسلّمة للأب، فطلب الأخير تغيير الجنس من أنثى لذكر. ولأنّ قانون الحالة المدنية التونسي المنظم بالقانون رقم 03 لسنة 1957 لم يتناول مسألة تغيير الجنس، ولم يتناول وضعية الجنس غير الظاهر أو وضعية الخنثى مثلاً، وأنّ تحديد الجنس يكون عند الولادة بمعرفة الأطباء من

²⁸² المحكمة الابتدائية بين عروس، 28 / 03 / 1990، م. ق. ت.، فيفري 1991، ع. 02، ص. 127.

أهل الخبرة بناء على العلامات الظاهرة للطفل، فقد أثبتت مشكلة وجود فراغ تشريعي في هذه الحالة، إلا أنّ المحكمة تحاشت الحديث عن الخنثى، كما تحاشت الحديث عن تغيير الجنس، وحاولت حسم الطلب المعروض عليها في إطار قانون الحالة المدنية جازمة ضمنا بأن لا وجه للحديث عن فراغ تشريعي في تناول وضعية الخنثى أو تغيير الجنس، فتناولت المسألة على أنّها لا تتعدّى خطأ حسيا في تحديد جنس المولود من جانب الطبيب الذي أثبت الحالة بعد الولادة، فقضت بإصلاح رسم الحالة المدنية دون البحث في الأسباب أو النتائج التي يمكن أن تنتج عن هذا الخلاف²⁸³.

والملاحظ أنّه لئن سمحت المحكمة بتصحيح رسم الحالة المدنية للمعني، إلا أنّها كيّفت المسألة على أنّها خطأ حسيا من قبل الطبيب عوض أن تشير إلى أنّها حالة خنثى تتطلب رفع الحرج عنها بالتدقيق في عضوها الراجح وإثباته بشهادة طبية كما هو الحال في القضية التي عرضت عليها، أو بالتدخل الجراحي إن اقتضى الأمر ذلك. فكان عليها أن تكون أكثر جرأة خاصة وأنّ القضية طرحت عليها سنة 2007، حيث لم تعد مسألة الخنثى تطرح إشكالا، وفوق هذا سبق وأن عرضت على القضاء مسألة مشابهة لها سنة 1990 -وهو الحكم المشار إليه أعلاه-، وتصدّى لها بوضوح وبما يتفق والشرع ولا يخالف الواقع والنظام العام.

ولغياب معالجة الخنثى في التشريعين المغربي والجزائري، وعدم حصولنا على حكم قضائي يوضح الموقف منها، وجب الاستناد لأحكام الفقه الإسلامي المتفق على وجوب تحريّ أهل الخبرة لحاله. فإذا تبيّن أنّ أحد العلامتين أغلب وأبين وأقوى حكم بمقتضاها. ومع تطوّر الطب حديثا، يمكن التدخل لتصحيح حالته دون افتقاده لأعضائه التناسلية، فيصبح شخصا عاديا ويصنّف إمّا لجنس الذكور أو الإناث. وهنا يتعيّن تصحيح أوراقه في دفاتر الحالة المدنية، وهذا الحكم لا يتعارض مع الشرع ولا مع أي نص في التشريعات الوضعية.

تبعاً لذلك، فإنّ الخنثى سواء تلك التي ظهرت عليها أمارات طبيعية تؤكّد أنّها أنثى أو تلك الخاضعة لعملية تصحيح الجنس من حقها المطالبة بتصحيح أوراقها الرسمية ومن بعدها لها حرية

²⁸³ - محكمة ابتدائية بقفصة، 12/02/2007، قضية رقم 54406، مقتبس عن: خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية، -بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط. 01، 2014، ص. 180-181.

الزواج، فلأنّ الوضعية التي كانت عليها لا ذنب لها فيها وحاجتها كسائر غيرها من البشر العاديين للزواج وتأسيس أسرة لا تسمح إلاّ بالقول بصحة زواجها.

فإذا كانت هذه الطائفة من الأشخاص تحتاج إلى تصحيح لترجيح العضو الغالب لديها لينتهي الإشكال، فإنّ هناك طائفة أخرى من الأشخاص ممّن يشكون من اضطراب نفسي لعدم تحمّلهم العيش في جسدهم الأصلي ورغبتهم الجارحة في التحوّل إلى الجنس الآخر، فإلى أي مدى تمتلك المرأة حرية تغيير جنسها ومن بعده حالتها المدنية؟

ثالثاً: حرية المرأة في تغيير جنسها

لا يزال المجتمع يفرز حالات غريبة تتناقض وفطرة الإنسان منها ما أطلق عليه "بالاختلاف في الجنس بمعناه البيكولوجي"، ونكون أمام هذه الحالة عندما لا يتقبّل الشخص جنسه الفعلي والحقيقي فيسعى جاهداً لتغييره إلى جنسه البيكولوجي. فهي حالة مرضية تجعل الإنسان يكون ذكراً أو أنثى جسدياً فقط أمّا نفسانياً أو عاطفياً فهو يعيش في الجنس الآخر²⁸⁴. وحول هذه المسألة، يقول أستاذ علم النفس في الدار البيضاء بالمغرب أنّ اضطراب الهوية الجنسية هو تقمّص أحد الجنسين دور الجنس الآخر المخالف له، فسيولوجياً وسلوكياً ونفسياً، وهذا يطرح إشكالية في الاندماج على المستوى الاجتماعي وكذا على مستوى الصحة النفسية²⁸⁵.

وأعراضه تتمثّل في تصرّفه تصرّفات مغايرة لجنسه تماماً ومطابقة لتصرّفات الجنس الآخر ويجسّمها بشعوره، لذلك يكره جنسه وينفر من أعضائه التناسلية لأنّها تمثّل حاجزاً بينه وبين أفراد الجنس الآخر. ورغم مظهره التكويني إلاّ أنّ لديه ميل شديد ورغبة جارحة في التحوّل إلى الجنس الآخر، ويعتبر نفسه ضحية خطأ خلقي لا دخل له فيه، فيصرّ على إجراء عملية جراحية لتحويله إلى الجنس الذي يريد أن يعيش فيه²⁸⁶.

²⁸⁴- أنظر، جيلالي تشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م. ع. ق. إق. س.، 2010، ع. 10، ص. 29.

²⁸⁵- خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص. 192.

²⁸⁶- أنظر، محمد المحجوب الطريطر، حول تغيير الجنس بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، م. ق. ت.، جانفي 1994، ع. 01، ص. 61.

مع العلم أنّ عبارة التغيير الجنسي ليست وليدة اليوم حيث يرجع تاريخ ظهورها إلى سنة 1869، عندما نشر "krafft-Ebing" كتابه المعنون بـ "psychopathia sexualis"، تحدّث فيه عن صنف معقّد ومتغيّر للأمراض النفسية الجنسية. وبعده استعمل "cauldwell" عبارة تغيير الجنس في كتابه "psychopathia transsexualis"، عرّفه على أنّه امرأة في جسم رجل أو رجل في جسم امرأة²⁸⁷. وقليلون يعرفون أنّ أولى عمليات تغيير الجنس كانت تجرى في المغرب بداية الستينات، لدرجة أنّ أولى الابتكارات الطبية في هذا المجال كانت تسمى "تقنية كازا بلانكا"، وهي لطبيب فرنسي يهودي "جورج بيرو" كان مستقرا في الدار البيضاء. فكانت أوّل عملية أجراها سنة 1960 لبريطاني تحوّل من رجل إلى امرأة، وبعدها وصلت عدد العمليات التي قام بها "بيرو" إلى أكثر من 800 عملية تغيير للجنس²⁸⁸.

وتتعدّد الأسباب والعوامل المحدثّة لهذا الاضطراب في الهوية الجنسية في حياة الشخص، فمنها من يرجع إلى متغيّرات بيئية، مصدرها الفرد نفسه أو طريقة إدراكه للظروف الاجتماعية والنفسية من حوله، وكذلك قد تكمن في العلاقة التي تقوم بينه وبين أسرته، وبينه وبين أصدقائه ومجتمعه، وكذا القوى والمعايير الثقافية السائدة في البيئة الأسرية التي يعيشها. وهناك من يرجعها إلى أربعة دوافع وهي كالآتي²⁸⁹:

- الدافع الأوّل: أن يكون الشخص مصاب بمرض اضطراب الهوية الجنسية فيقوم بإجراء عملية تغيير الجنس غاية في علاج نفسه. وربما يحصل ذلك لبعض الأشخاص الذين يعانون من خلل نفسي أو تربوي اجتماعي دفعهم إلى الرغبة في تغيير جنسهم؛
- الدافع الثاني: تغيير الجنس بقصد التخنث والتشبه بالجنس الآخر، وذلك يحدث نتيجة لعدّة أسباب منها:

²⁸⁷ - Cf. Jean- Pierre AGARRA, aspect médico-légal et social du transsexualisme, thèse, faculté de médecine de marseille, 1991, p. 07.

²⁸⁸ - أنظر، أسرار وتاريخ عمليات تغيير الجنس في المغرب، مقال نشر بتاريخ 27 / 03 / 2015، على موقع الانترنت: quotidienpress.com

²⁸⁹ - أنظر، طارق حسن كشار، مشروعية التحوّل الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ذي قار، كلية الآداب، قسم علوم القرآن، المجلد 05، 2015، ع. 01، ص. 220 وما بعدها.

أولاً: قلّة الوازع الديني: إنّ الدّين الإسلامي هو المعيار الأساسي للإنسان والذي عليه تستقيم أمورهِ، وهو المعلّم الذي يدلّه على الحلال والحرام والصحيح والسقيم، فإذا ابتعد الإنسان عن الدّين قلّ عنده هذا الوازع الديني، وبالتالي تجده يتخبط يمناً ويسرة. وأنّ تغيير الجنس بقصد التخنث منهي عنه شرعاً، ولكن من قلّ عنده الوازع الديني تجده لا يهتم بهذا النهي، ويمارس كل ما يخطر على هواه دون مراعاة لأحكام الدّين الإسلامي.

ثانياً: التربية الخاطئة: إنّ للتربية دوراً مهماً في تكوين شخصية الطفل منذ نعومة أظفاره فهو يكتسب الخصائص النفسية والاتجاهات والقيم والمعتقدات التي تعتبر مناسبة لجنسه. وعليه، يكتسب الطفل هويته الجنسية، فإذا اتبعت الأسرة في تربية طفلها أساليب خاطئة كالتدليل الزائد والحرمان العاطفي والقسوة وعدم إشباع الحاجة النفسية للطفل، تجد الطفل يتجه للانحراف السلوكي وحدوث اضطرابات في هويته الجنسية.

ثالثاً: وسائل الإعلام: إنّ وسائل الإعلام لها أهمية بالغة وتأثير قوي على نفسيات الأفراد خاصةً على الأطفال، فمثلاً مشاهدة أفلام العنف تولّد العنف، وإن عرض مشاهد فيها انحرافات سلوكية ومخالفة لأعراف المجتمع يبني في نفوس الناس هذا الانحراف ويهدم كل القيم والتقاليد؛

- الدافع الثالث: التنكر والتخفي، قد يكون من دوافع تغيير الشخص لجنسه ارتكابه جريمة معينة، ومن ثم يرغب في تغيير جنسه ليتنكر ويختفي من العدالة ليفلت من العقوبة؛

- الدافع الرابع: السعي وراء تحصيل كسب معين: قد يرغب شخص في تغيير جنسه سعياً وراء تحصيل كسب معين لا يستطيع تحصيله وهو على الجنس الأصلي الذي خلق عليه، وهذا الكسب قد يكون أرث نصيب أكبر من الذي سيرثه وهو على جنسه، أو غير ذلك من أنواع الكسب.

فأمام التطوّر الكبير الذي شهده المجال الطبي، أصبح من العادي إجراء هذا النوع من العمليات فيتم استئصال الخصيتين والقضيب للرجل وعمل مهبل اصطناعي، أو لدى المرأة باستئصال الثديين والرحم وبناء عضو ذكري، فلا تكون هذه العمليات كاشفة وإثماً ناشئة لجنس اصطناعي. ولا يخفى علينا أنّ العديد من الدول الغربية تسمح بإجرائها، بل وتجهز للمغيّر الجنسي إبرام عقد الزواج بعد أن يعدّل حالته المدنية.

وفي الدول العربية والإسلامية، أضحت بعض الدول كالمغرب قبلة للعديد من الراغبين في إجراء مثل هذا النوع من العمليات، وذلك نظراً لانخفاض تكاليف إجرائها. وفي إيران تدعم الحكومة الإيرانية عمليات تغيير الجنس، كما وتحتل المرتبة الثانية من حيث عمليات تغيير الجنس من رجل إلى امرأة أو العكس²⁹⁰. وحتى المواطنين الجزائريين يلجؤون إلى إجراء عمليات تغيير الجنس في الدول التي أجازت مثل هذه الجراحات، فالوجهة كانت نحو فرنسا عندما قدّموا طلبات لتكفل دولة فرنسا بمصاريف علاجهم ليتمكّنوا من إجراء جراحة تغيير الجنس. ورفضت طلباتهم من طرف المحاكم الإدارية وتم ترحيلهم لبلدهم الأصلي بالجزائر.

ولأنّ عملية التغيير الجنسي أصبحت تكتسي في عالمنا الحاضر أهمية خاصّة لأنّها تمسّ حالة الإنسان الشخصية التي تتأسّس عليها القواعد القانونية منها الاسم الجديد والزواج وآثاره من نسب وميراث، يهّمنا معرفة موقف التشريعات المغاربية منها وكيف واجهت العولة الشرسة التي اجتاحت عدّة دول؟ وهل فعلاً للمرأة الحرية المطلقة في التصرف في جسدها وتبعاً لذلك تغييره؟

أثارت مسألة مشروعية التغيير الجنسي جدلاً كبيراً بين مؤيد ومعارض لها سواء أكان ذلك على الصعيد الفقهي أو التشريعي أو القضائي. فالالاتجاه الفقهي الشرعي المبيح لها يرى أنّ التحوّل الجنسي هو انفصام حاد بين النفس والجسد، وهو مرض كما يصرّح به الأطباء وليس مجرد نزوة شيطانية. فهذه الحالة المرضية قد تشتد وتنعس سلباً على صاحبها إذ تؤدي به إلى الانتحار، فلا يبقى أمام الطبيب إلّا إجراء جراحة التحوّل الجنسي. فحسب وجهة نظرهم الشرعية أنّ في مثل هذه الحالة تتحقّق شروط الضرورة الشرعية التي تبيح المحظور، ممّا يتعيّن معها القول بمشروعية التغيير الجنسي. وقد تم الرد على هذا الموقف بإثارة بعض التساؤلات منها:

- هل مشروعية التداوي ولو لحالة الضرورة يقتضي التداوي بمحرّم، خاصة بوجود طرق أخرى للتداوي؟

- هل حقوق الشخص على جسده يقتصر على حق العبد، أم كذلك حقوق الله؟

- هل الأعضاء التناسلية للشخص تعتبر زائدة بفرض رفضها لأسباب نفسية؟

²⁹⁰ طارق حسن كستار، المرجع السابق، ص. 214.

ولهذه التساؤلات لا بد من تدارك الأمر في إطار المسؤولية الجسدية التي تعني مسؤولية الإنسان على جسده. والنظر إلى الشرور المستطيرة الناتجة عن هذا التدخل الجراحي في إطار الفطرة التي خلق الله الناس عليها. ناهيك عن المشاكل التي تثور في الجوانب الاجتماعية والأسرية وما تحدثه من اضطراب في الأحكام المتعلقة بالحقوق والالتزامات²⁹¹.

هذا وقد أقرت بعض التشريعات عمليات التحوّل الجنسي، وأكدت على مشروعيتها بنصوص قانونية صريحة، منها: القانون السويدي، والقانون الألماني، والقانون التركي²⁹². وعلى الصعيد القضائي عرفت هذه المسألة تأييدا من قبل القضاء الفرنسي بعد أن شهد تضاربا في أحكامه²⁹³، والقضاء البلجيكي²⁹⁴، والقضاء الإنجليزي²⁹⁵. مبررة أسباب الإباحة تارة بالغرض العلاجي، وتارة بتحقيق التوازن النفسي، وتارة أخرى بتحقيق حالة الضرورة القصوى، وما استوقفنا تبرير احترام الحرية الفردية والذي يندرج في صميم موضوعنا، فإباحة إجراء عمليات تغيير الجنس باعتبار أنّ ذلك من

²⁹¹- أنظر، يوسف بوشي، الحق في سلامة الجسم وأثر التطور الطبي على حمايته جنائيا، -دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، مصر، ط. 01، 2015، ص. 310-311.

²⁹²- إنّ القانون السويدي الصادر في 21 أبريل 1972 يبيح إجراء عمليات تغيير الجنس عند إدراك الشخص سن البلوغ وشعوره برغبة نحو الجنس الآخر وتقديمه موافقة الجهة الإدارية المختصة بالفحص والتحقيق من توفر الشروط التي تتطلبها العملية؛ كذلك القانون الألماني الصادر 19 سبتمبر 1980 يبيح التغيير الجنسي للشخص الذي يعاني من جنسه شريطة أن يكون قد بلغ 25 سنة، ومستنكرا جنسه منذ 3 سنوات، وحاصلا على موافقة الأطباء المختصين؛ وبالنسبة للقانون الايطالي فهو الآخر يبيح تغيير الجنس طبقا لقانون 14 أبريل 1982؛ في فرنسا وأمام غياب نص تشريعي يبيح أو يمنع التغيير شهد القضاء تضاربا في أحكامه وقراراته؛ لنشر في الآخر أنّ تركيا ورغم أنّها دولة إسلامية إلا أنّ قانونها الصادر في 04 ماي 1998 سمح بتغيير الجنس وتسجيله في سجلات الحالة المدنية، محمد المحجوب الطريطر، المرجع السابق، ص. 66 وما بعدها؛ جيلالي تشوار، عملة بعض الاكتشافات المعاصرة للعلوم الطبية والبيولوجية ومدى تأثيرها على حقوق الإنسان الأسرية، المجلة القانونية التونسية، 2003، ص. 36.

²⁹³- مرّ القضاء الفرنسي بمراحل متعدّدة فيما يتعلّق بتغيير الجنس، ففي المرحلة الأولى لم يعترف إلا بالجنس الذي ولد عليه الشخص عند الميلاد، لذا اعترف بالجراحة التي تصحح الجنس لا التي تقوم بتغييره. أما في المرحلة الثانية اعترف فيها بمشروعية تغيير الجنس لعدم التوازن النفسي للشخص، وهو ما توصلت إليه محكمة تولوز سنة 1977، وكذا محكمة ديجون سنة 1977. وفي المرحلة الثالثة أجاز عمليات التغيير لأسباب ودواعي طبية لا مجرد أسباب نفسية من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 03 /03 /1987. ليستقر بعدها في المرحلة الرابعة على إباحة التغيير الجنسي من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 11 /12 /1992، مستندة في ذلك على حرية الشخص في تغيير جنسه وفق قناعته، مع ضرورة احترام القضاء لهذه الحرية والاختيار، أنظر، الشهابي ابراهيم الشراقوي، تثبيت الجنس وآثاره، -دراسة مقارنة-، دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2002، ص. 250-255.

²⁹⁴- قضت محكمة استئناف بروكسل بقبول دعوى تصحيح شهادة ميلاد امرأة تحوّلت إلى رجل على إثر خضوعها لعملية جراحية، وذلك بحجة توافر قصد العلاج اعتمادا على الجنس النفسي في تقدير الأطباء، وهو سبب كاف لدرء المسؤولية عن الأطباء، وقبول تغيير الأوراق الثبوتية للمتحوّل، أنظر، نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، -دراسة مقارنة-، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط. 01، 2003، ص. 467.

²⁹⁵- بموجب حكم صدر بتاريخ 02 /02 /1970 اعترف القضاء الإنجليزي بمشروعية التغيير الجنسي، لأنّه يندرج ضمن العمل الطبي أو التدخل الجراحي الذي يهدف إلى تحقيق غرض علاجي، يوسف بوشي، الحق في سلامة الجسم... المرجع السابق، ص. 314-315.

مظاهر الحرية الشخصية ومباشرة الشخص لحقه على عناصر جسده، وباعتبار أنّ المحافظة على حرية الشخص هي محور النظم القانونية، وأنّ تقديس حرمة الشخص تعدّ إحدى السمات التي تحرص عليها النظم القانونية. فالجراحة هي انعكاس للحرية الفيزيقية التي يتمتع بها صاحب الحق على أعضاء جسده، ومن ثم فإنّ ما يقوم به الشخص من عمل فردي يتمثل في تحويل جنسه وفقده لأعضائه التناسلية، لا يعدو كونه انعكاس لتلك الحرية الفيزيقية التي يتمتع بها الشخص تجاه جسده²⁹⁶. علماً وأنّ هذا الموقف القضائي الأوروبي يجد سنده في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية التي أدرجت الزواج في مرتبة الحريات العامة.

ولأنّ كل فرد يتمتع بقدر من الحرية على أن لا يضر بنفسه أو غيره، ليس له حرية التصرف في جسمه طالما أنّ هذا التصرف سيؤذيه ويؤذي مجتمعه. إذ يقول الأستاذ الدكتور "جيلالي تشوار": "فالعلّة من حظر التهاون في منع هذه العلاقات جلية ساطعة، إذ من غير المعقول ولا المنطق أن نضحى بالزواج وعن طريقه بالكيان البشري باسم **عولمة الحرية الفردية المقدّسة**، أمن الصالح العام أن نمجد هذه الأخيرة ونقضي على الخلية الأولى للمجتمع بل على المجتمع ككل"²⁹⁷.

وإذا كان لمسألة التغيير الجنسي من يبيحها، فهناك من دعا إلى الإعراض عنها وتحريمها، حيث ذهب غالبية الفقهاء إلى حرمة تغيير الجنس لأنّه تغيير لفطرة الله تعالى التي فطر الناس عليها، فلا يجوز للطبيب القيام بهذه العملية وإلاّ اعتبر آثماً لأنّه تعدّى على أعضاء شخص بالتحويل والاستئصال بدون دواع شرعية أو طبيّة، بل إنّه تعدّى على حقيقة خلق الله تعالى بقيامه بتغييرها إلى جنس آخر²⁹⁸. فقد صدر عن مجلس الجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة، والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية فتوى بعدم جواز لجوء الرجل أو المرأة إلى إجراء عمليات التغيير الجنسي بأي حال من الأحوال²⁹⁹. وذلك بالاستدلال بعدّة آيات قرآنية كريمة منها قوله عز وجل:

²⁹⁶- خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص. 202-203.

²⁹⁷- جيلالي تشوار، حق الشخص في التصرف في جسمه... المرجع السابق، ص. 71.

²⁹⁸- أنظر، بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، -دراسة فقهية مقارنة-، دار الفكر الجامعي، مصر، ط. 01، 2011، ص. 20.

²⁹⁹- انعقد مجلس الجمع الفقهي الإسلامي، برابطة العالم الإسلامي، في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من يوم الأحد 13 رجب 1409 الموافق 19 فبراير 1989 إلى يوم الأحد 20 رجب 1409 الموافق 26 فبراير 1989، فنظر في موضوع تحويل الذكر إلى أنثى، وبالعكس. وبعد البحث والمناقشة قرّر: "الذكر الذي كملت أعضاء ذكوره، والأنثى التي كملت أعضاء أنوثتها، لا يحل تحويل أحدهما إلى النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة، لأنّه تغيير لخلق الله، وقد حرّم سبحانه وتعالى هذا التغيير، بقوله تعالى مخبراً عن قول الشيطان: ﴿وَلَا مَرْتَبَهُمْ فَيَعْبِرُنَّ خَلْقٌ﴾

﴿وَلَا ضِلَّيْنَهُمْ وَلَا مَنِّينَهُمْ وَلَا مُرْتَبِنَهُمْ فَلْيَسْتَكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَا مُرْتَبِنَهُمْ فَلْيُعَيْرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا﴾³⁰⁰. وقوله تعالى: ﴿فَطَرَتِ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾³⁰¹. وقوله عز وجل: ﴿أَمْ يَكُ نُطْفَةٌ مِنْ مَنِيٍّ يُمْنَىٰ ثُمَّ كَانَ عُلْقَةً فَخَلَاقَ فَسَوَىٰ فَجَعَلَ مِنْهُ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ﴾³⁰². فوجه الدلالة في هذه الآيات الكريمة النهي والأمر عن عدم تغيير خلق الله. أضف إلى ذلك جعل الله توازنا في الكون الذي لولاه لفسد، وجعل توازنا في عدد الذكور والإناث وذلك بصريح الآية الكريمة: ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامَ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ﴾³⁰³. وقوله عز وجل: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾³⁰⁴.

وبالرجوع إلى السنة النبوية الشريفة نجدها تذخر بالأحاديث التي تنهى عن تشبه المرأة بالرجل والعكس، وتنهى عن تغيير خلق الله. فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "لعن رسول الله المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال"³⁰⁵. وجاء في حديث آخر: "لعن الله الواشحات والمستوشحات والمتمصصات والمتفلقجات للحسن المغيبرات خلق الله"³⁰⁶. وفي هذه الأحاديث لعن من تشبه بإخراج الشيء عن الصفة التي وضعها عليه أحكم الحاكمين.

إلى جانب ذلك، ليس من المعقول إباحة هذا النوع من الجراحة لأنه يشتمل على إباحة المحظور شرعا حيث يتم الكشف عن عورة المرأة دون ضرورة أو دوافع معتبرة من الناحية الطبية، ولن تحقق لها غرضا ولن تغير في تركيبها إلا في مظهرها الخارجي فتتعطل وظائفها الأساسية ويتضرر جسمها

=الله،، سورة النساء الآية رقم 119؛ أنظر، قرار مجمع الفقه الإسلامي في حكم عمليات تحويل الجنس، على موقع الإنترنت: www.ahlalhadeeth.com

³⁰⁰ - سورة النساء، الآية رقم 119.

³⁰¹ - سورة الروم، الآية رقم 30.

³⁰² - سورة القيامة، الآيات رقم 37، 38، 39.

³⁰³ - سورة الرعد، الآية رقم 08

³⁰⁴ - سورة الشورى، الآية رقم 49.

³⁰⁵ - أنظر، محمد ناصر الدين الألباني، مختصر صحيح الإمام البخاري، -كتاب اللباس، باب اخراج المتشبهين بالنساء من البيوت-، المجلد الرابع، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ط. 01، 2002، ص. 47-48.

³⁰⁶ - أنظر، الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم، ج. 02، -كتاب اللباس والزينة، باب في لعن الواشحات والمتفلقجات-، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط. 06، 1987، ص. 367.

وتصاب بخلل نفسي واضطراب وتغيّر في طباعها وسلوكها جراء الهرمونات والأدوية المصاحبة للتغيير. وفوق هذا هو إجراء يتضمن التناول على مشيئة الله تعالى والاعتراض على قدره وحكمته، وفيه جلب للمفاسد وفتح لباب الشذوذ الجنسي³⁰⁷.

ومن ثمة لا يمكن تأييد الموقف الداعم والمبيح لعمليات التغيير الجنسي، فكيف يمكن لمن يتمتّع بكافة أعضائه الجنسية أن يقوم بقطعها لغير غرض العلة أو إصابتها بمرض، ويستبدلها بأعضاء صناعية؟ فتغيير الجنس بغير ضرورة هو من قبيل هوى النفس، وهذا محظور لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَتَيْنَاهُمْ بِذِكْرِهِمْ فَهُمْ عَنْ ذِكْرِهِمْ مُعْرِضُونَ﴾³⁰⁸.

لهذا، وجب تقييد هذه الحرية بما لا يضر الشخص ولا يتعارض مع الشرع والنظام العام، فالمرضى لو عاش على نقصه وشذوذه النفسي قبل الجراحة، فإنّ الأمر سيكون أهون عليه ممّا لو عاش على نقص وشذوذ عضوي ونفسي معا بعد الجراحة التي لم تكسبه خصائص جنسية حقيقية جديدة وإتّما سلبته ما كان عليه، ولم يعد له مجال لإرجاع حالته إلى ما كانت عليه³⁰⁹.

إنّ التشريعات المغاربية لم تشر صراحة إلى مسألة التغيير الجنسي، غير أنّه يمكن استخلاص موقفها القانوني إمّا من القوانين ذات الصلة، أو من الاجتهادات القضائية في حال وجودها. فعلى الرغم من سكوت المشرع التونسي عن بيان جواز التغيير الجنسي من عدمه إلا أنّ فقه القضاء التونسي لعب دورا هاما في التصدي لهذه المسألة، حيث لقي القرار الإستثنائي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 22 ديسمبر 1993 أهمية بالغة على الساحة القانونية التونسية باعتبار أنّه تناول لأول مرة مسألة تغيير الجنس تبعا لإجراء عملية جراحية ومدى وجاهة الاستجابة إلى طلب تغيير الحالة المدنية تماشيا مع الوضع الجديد للشخص الخاضع لعملية التغيير الجنسي³¹⁰.

³⁰⁷ - أنظر، محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط. 02، 2004، ص. 204؛ بديعة علي أحمد، المرجع السابق، ص. 40 وما بعدها.

³⁰⁸ - سورة المؤمنون، الآية رقم 71.

³⁰⁹ - الشهابي إبراهيم الشرفاوي، المرجع السابق، ص. 250 - 251.

³¹⁰ - أنظر، عصام الأحمر، تغيير الجنس، م. ق. ت.، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2010، ع. 09، ص. 197.

فقد تثلت وقائع القضية في: "قيام المدعي لدى محكمة البداية عارضا أنه ولد ذكرا وأطلق عليه اسم "سامي" غير أنه بمرور الأيام تغيّرت بعض أعضائه بصفة طبيعية وصارت له خاصيات أنثوية من ذلك نمو النهدين... وقد اضطر إلى إجراء عملية جراحية لتغيير أعضائه التناسلية وأدلى بشهادة طبية وطلب الحكم بتغيير حالته المدنية فقضت محكمة البداية برفض الدعوى.

وبعرض المسألة على محكمة الاستئناف لاحظت أنه خلافا لتقريبي الاختبار -أحدهما عن الطبيب الاسباني الذي أجرى العملية والآخر عن الطبيب المختص في أمراض النساء بمستشفى شارل نيكول- المدلى بهما من قبل المدعي، فإنّ الطبيب المنتدب من قبل المحكمة أكد أنّ التغيير اصطناعي في الجسم وأنه كان نتيجة عمل إرادي وكان بالإمكان تلافي الاضطراب النفسي عبر العلاج النفسي باعتبار أنّ هذه العملية الجراحية لا تؤديّ إلاّ اكتساب المظاهر المورفولوجية للجنس المعاكس مع الإبقاء على المقوّمات البيولوجية للجنس الذي ينتمي إليه منذ الولادة؛ وتبعاً لذلك، وبالرجوع إلى القرآن الكريم والسنة النبوية وآراء الفقهاء انتهت محكمة الاستئناف إلى انتفاء الضرورة العلاجية المبررة لإجراء مثل هذه العمليات الجراحية وبالتالي لا يمكن مسايرة المدعي في طلب تغيير الحالة المدنية واعتبار أنه من جنس الإناث، فما قام به المستأنف لا يعتبر حالة من حالات الضرورة التي تخوّل له تغيير جنسه وكان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفسي لكسب توازن في شخصيته وإنه بتغيير جنسه قد خالف الموروث الحضاري والأخلاقي لهذه الأمة وهو ما يعبر عنه قانونا بالنظام العام والأخلاق الحميدة³¹¹.

³¹¹ - لضحد الأسانيد التي اعتمد عليها المتحوّل جنسيا "سامي"، والبث في عدم مشروعية التغيير الجنسي، ارتكزت محكمة الاستئناف على الحجج التالية: - أنّ القانون التونسي لم يتعرّض إلى إشكالية جواز، من عدم جواز، تغيير شخص جنسه من ذكر إلى أنثى بالأسلوب الجراحي، وبالتالي يتعيّن الرجوع للفقهاء الإسلامي والقانون المقارن؛

- إنّ المستأنف ولد ذكرا مثلما أقرّ بذلك أمام محكمة البداية، ولا يمكن أن يوصلنا الفقه الإسلامي إلى حل ثابت ومعلوم باعتباره حثي. ونظرا لأنّ القضية مستحدثة في الطب وجب رد المشكلة وحلّها عبر القرآن الذي نجد فيه أنّ الله جعل توازنا في الكون "الله يعلم ما تحمل كل أنثى وما تغيض الأرحام وما تزداد وكل شيء عنده بمقدار". وبالرجوع إلى الأحاديث النبوية، قال صلّى الله عليه وسلم: "لعن الله المتشبهات من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال". وبالرجوع إلى آراء الفقهاء لاستخلاص أركان الضرورة وهي جسامة الضرر، وأن يكون حالا، وأن يكون الوسيلة الوحيدة لرفع الضرر علاوة على أنّ الضرر لا يزال بالضرر؛

- وبالرجوع إلى التقارير الطبية لمعرفة توافر أركان حالات الضرورة، وبالإطلاع على التقرير المحرّر بواسطة الحكيم الإسباني الذي أجرى العملية، وتأكيد الحكيم "عبد الحميد قوابع" الذي أكد على توافر الخصائص الأنثوية، في حين أنّ الحكيم "رفيق بوخرىص" الذي أكد أنّ الاضطرابات النفسية السبب في القيام بالعملية. فإنّ العمل إرادي وبموجبه وقع تغيير اصطناعي كان بالإمكان تلافيه بالعلاج النفسي؛ =

وحسنا فعلت محكمة الاستئناف باتخاذها قرار عدم جواز التغيير الجنسي وذلك من خلال تمسكها بثوابت الشريعة الإسلامية للبت في هذه المسألة التي تنتفي فيها أركان الضرورة حسب ما استقر عليه الفقه الإسلامي هذا من جهة، ومن جهة أخرى أصابت عندما تجاوزت إعمال مبدأ حرية الفرد في تغيير جنسه لمجرد مجازات الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والتي لا يمكن مسايرتها لاختلاف المخزون الثقافي والحضاري والديني، فالحرية هنا لا تكون مطلقة بل مقيّدة بأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام. وحالة المغيّر الجنسي لا تغدو أن تكون مجرد نزوة واضطراب عاطفي يحتاج إلى علاج نفسي عوض التسرع واتخاذ قرار إجراء التحويل لما يحمله من أضرار جسمانية ومعاونة نفسية أكثر مما كان عليه المغيّر في السابق.

ويحترم أيضا هذا الموقف منها، لأنها أخذت المسألة على محمل الجد إذ لم تكتف بما أدلى به المغيّر من تصريحات وبما أثبتته بالشهادة الطبية وإلاّ لكانت قد اعتبرتها حالة خنثى تستدعي تصحيح أوراقها الرسمية، فبتعيينها لخبير طبي أكد أنّ الأمر تمّ بطريقة اصطناعية ولا علاقة له بتشوّه خلقي في الأعضاء التناسلية، جعلها تفصل بين حالة الخنثى وحالة التغيير الجنسي. لهذا على القضاء إذا ما عرضت عليه قضايا مشابهة أن يتوخى الدقة والحذر حتى يتفطن للتلاعبات والحيل المتخذة من قبل مغيّري الجنس لتصحيح حالتهم المدنية بما يتماشى مع جنسهم الجديد.

وإنّ التحوّل الجنسي غير معترف به في القانون المغربي، إذ لم يحسم في أمرهم ولهذا فإنّ باب الاجتهاد القضائي مفتوح، والذي بدوره يجب أن ينطلق من تركيبة المجتمع المغربي المحافظة ومبادئ الدين الإسلامي.

=- وحيث والحالة تلك فإنّ ما قام به المستأنف لا يدخل ضمن حالات الضرورة بشرائطها، أمّا والأمر بخلاف ذلك وتسرع لإجراء العملية يكون قد خالف الموروث الحضاري والأخلاقي؛

-إنّ الاستناد إلى القرارات القضائية الفرنسية التي ركزت على حرية الفرد في تغيير جنسه دون تعليل علمي وقانوني مقنع وهي موازية للاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان، لا يمكن مجازاته لاختلاف المخزون الثقافي والحضاري والديني؛

- إنّ إقرار الحق لا يكون بصفة مطلقة بل مطابق للقانون والنظام العام. وبالتالي فإنّ تغيير الجنس بصفة تلقائية إرادية يتناقى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام، وما استقر عليه العلم حاليا. ولهذا قضت محكمة الاستئناف بقبول الدعوى شكلا ورفضه أصلا، وتقرير الحكم الابتدائي وتخطئة المستأنف بالمال المؤمن، وتحميل المستأنف المصاريف القانونية".، محكمة استئناف تونس، قرار تعقيبي مدني، 22 / 12 / 1993، ع. 10298، م. ق. ت.، 1995، ص. 145 وما بعدها.

وإذا كانت مسألة التغيير الجنسي قد عرضت منذ سنوات على فقه القضاء التونسي الذي كان كفيلا بالتصدّي لها ومنعها، فإنّها لم تسبق وأن عرضت على القضاء الجزائري، فضلا عن عدم معالجة القوانين الوضعية لها بشكل خاص. ولهذا وجب علينا البحث والعمل بالقواعد العامة³¹².

وبما أنّ عمليات تغيير الجنس تشكّل انتهاكا صريحا لمادة الجسم والتي اتفقت جميع الشرائع والنظم القانونية على وجوب المحافظة عليها، وذلك بالمحافظة على التكامل الجسماني وسلامة تلك الأجهزة والأعضاء لوظائفها المقرّرة لها، ومن هذه الأجهزة الأعضاء التناسلية. فإنّ أي تغيير يطرأ بعد ذلك على جنس الشخص إثر إجراء عمليات جراحية يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون³¹³. فتطبيقا لقانون العقوبات يمكن الاستناد من جهة، إلى نص المادة 274 من هذا القانون لكونها تنص على: "كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد. ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدّت إلى الوفاة". ومن جهة أخرى، وباعتبار أنّ عمليات تغيير الجنس لا تخلو من استئصال وبتير للأعضاء التناسلية، نستطيع تطبيق ما ورد في الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 264 من نفس القانون واللتين تعاقبان الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات إذا أدى الضرب أو الجرح العمدي إلى بتر أو فقد أحد الأعضاء، وبالسجن المؤقت من عشر إلى عشرون سنة إذا أفضى ذلك إلى الوفاة دون قصد إحداثها³¹⁴.

ولأنّ التغيير لا يمكن أن يحدث إلّا بتدخل طبي، فإنّه يمكننا أن نتوصل إلى حظر هذه الجراحة لعدم اتساقها مع الأصول الطبية من خلال قراءة المواد المقرّرة في مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية على غرار المادة 18 منها الناصة على أنّه: "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلّا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة...". هذا ونصت المادة 31 من نفس المدونة على أنّه: "لا يجوز للطبيب أو جرّاح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجا أو طريقة وهمية أو غير

³¹² - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 32 وما بعدها.

³¹³ - يوسف بوشي، الحق في سلامة الجسم... المرجع السابق، ص. 325.

³¹⁴ - عدلت بالقانون رقم 06 - 23 المؤرخ في 20 / 12 / 2006، ج. ر. ع 84.

مؤكدة...". وتضيف المادة 34 منها: "لا يجوز للطبيب بتر عضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة..."³¹⁵.

ومن وجهة القانون المدني، فإنّه لا يمكن الاعتراف قانوناً بمثل هذه العمليات لتعارضها مع النظام العام والآداب العام، ومخالفتها لمبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان.

وحتى قانون الأسرة الذي لم ينص صراحة على حالة التغيير الجنسي، لا يمكننا القول إلاّ أنّه لا يعترف به وذلك لكون المادة الرابعة منه حدّدت طرفي عقد الزواج بالرجل والمرأة. فالمرأة هي التي ولدت على أساس جنس أنثى والرجل هو الذي ولد على أساس جنس ذكر. ومن ثمّ لا يجوز لكليهما تغيير هذه الخلقة. فهذا القانون خصّص أحكاماً خاصة بكل من الذكر والأنثى، حيث يظهر الاختلاف بين الجنسين غي عدّة مجالات³¹⁶. ففي مجال الزواج يبدو التباين واضحاً من حيث تعدّد الزوجات المسموح به للرجل استناداً للمواد من 08 إلى 08 مكرر 1 من قانون الأسرة. وأيضاً من حيث الولاية في الزواج حسب المادة 11 من نفس القانون. إضافة إلى اختلاف الحقوق المقرّرة لكل واحد منهما والالتزامات المفروضة عليه، فالنفقة مثلاً واجب يقع على عاتق الرجل وهو حق مقرّر للزوجة والأبناء، كما أنّ نفقة الولد ما لم يكن له مال تختلف حسب جنسه، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد وبالنسبة للإناث إلى الدخول وهو ما اقتضته المادة 75 من قانون الأسرة، وتسقط عن الأب في حالة عجزه لتنتقل إلى الأم على نص المادة 76 منه. هذا وتضطرب أحكام الحضانة في حالة تغيير الجنس، خاصة وأنّ الأم هي الأولى بها.

وفي مجال الطلاق تختلف صور فك الرابطة الزوجية بينهما، فبينما يحق للزوج الطلاق بإرادته المنفردة، يتقرّر للزوجة إنهاؤها بالتطليق لأحد الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة، أو لها أن تخلع نفسها حسب مقتضيات المادة 54 من نفس القانون.

³¹⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 07 محرم عام 1413 الموافق لـ 06 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج. ر. ع 52، الصادرة في 08 جويلية 1992.

³¹⁶ - أنظر، يوسف بوشي، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً، -دراسة مقارنة-، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص. 228-229.

وإلى جانب رفض التغيير الجنسي جنائيا ومدنيا وأسريا، فإنّ قانون الحالة المدنية لم يخرج عن دائرة هذه القوانين³¹⁷، ولهذا لا يحق للمرأة التي قامت بتغيير جنسها أن تصحح أوراقها الرسمية لتصبح رجلا لأنّ تعديل عقود الحالة المدنية معلق على تحقيق المصلحة المشروعة التي لا يمكن تصوّرها في المقاطع الجنسي³¹⁸. ولما كان إبرام عقد الزواج مرتبطا ارتباطا وثيقا بتقديم الأوراق الرسمية، وبما أنّ ظاهر المرأة الجديد مناقض لأوراقها الرسمية فلا يمكن لضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يبرم عقد الزواج.

فإذا كانت المرأة عزباء وغيّرت جنسها قبل الزواج، فإنّ الأستاذ الدكتور "جيلالي تشوار" يرى أنّ الأمر يتعلّق بغلط في الحالة الجنسية الأصلية لها. فإذا تبين فيما بعد أنّ الزوجة لم تكن على جنسها الطبيعي، ولم يكن الزوج الآخر يعلم ذلك من قبل، كان لهذا الأخير طلب إبطال الزواج متى أثبت أنّه كان ليمتنع عن إبرام عقد الزواج لو لم يقع في هذا الغلط، الذي يعتبر بالنسبة إليه فعلا جوهريا³¹⁹.

أمّا إذا كانت المرأة متزوّجة وبعدها أجرت عملية التغيير فحكم زواجها البطلان المطلق لغياب صورة الأسرة التي يشترط أن تتكوّن من رجل وامرأة، بمعنى أن زواجها يصبح مفتقرا لركنه الجوهري المتمثل في الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي وفي حالة التغيير يتحوّل إلى زواج بين متّحدي الجنس ما يجعله باطلا بطلانا مطلقا³²⁰. كما أنّه لا يتصوّر أن تتحوّل إلى رجل فتتحمل الالتزامات المفروضة عليه اعتمادا على أنّ حالتها المدنية الجديدة ترتب عليها التزامات كانت في السابق معفيّة منها،

³¹⁷ - يلعب نوع الإنسان من حيث الذكورة والأنوثة دورا هاما، إذ به تتحدّد حالة الإنسان من حيث الاسم والجنس، وإنّ تغييره وتحوّل الشخص من أنثى لذكر أو العكس يحتمّ تغيير جميع بياناته لتناسب مع حالته الجديدة. فالفقرة الأولى من المادة 28 من ق. ح. م.، توجب أن يكون لكل شخص لقب واسم أو أكثر، وأنّ هذا اللقب يلحق أبناء صاحبه. يوسف بوشي، الجسم البشري... المرجع السابق، ص. 227.

³¹⁸ - المواد من 49 إلى 57 من ق. ح. م. ج.

³¹⁹ - جيلالي تشوار، حق الشخص في التصرف في جسمه... المرجع السابق، هامش ص. 73.

³²⁰ - إذا كان رجلا وغيّرت جنسه وهو متزوّج فهذا نكاح أمام احتمالين: الأوّل أن يتمكّن من تغيير جنسه دون أن يتمكّن من تبديل حالته المدنية، فهذا يصعب على الزوجة إثبات واقعة التغيير إلاّ باللجوء إلى القضاء والمطالبة بتغيير خبير طبي لفحص زوجها وتأكيد حصول التغيير، ومن ثمّ لها المطالبة بفك الرابطة الزوجية. والثاني على فرض أنّه غيّر جنسه وتمكّن من تغيير بيان جنسه في الحالة المدنية، فهذا لها إثبات مادي يسهل عليها طلب التفريق. وفي كلتا الحالتين سواء رضيت بحال زوجها أم لم ترض بذلك وجب التفريق بينهما لأنّ العلاقة تصبح بين شخصين من نفس الجنس، إذ أنّ الجنس الجديد الظاهر للمغيّر الجنسي هو نفس الجنس الأصلي والقانوني الزوج الآخر، وهذا أمر يخالف الشرع والطبيعة والنظام العام. أنظر، وهيبه مكرلوف، الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص. 331 وما بعدها.

كواجب الإنفاق. ولمن تؤول الولاية في هذه الحالة؟ وكيف بالإمكان الحفاظ على استقرار الأسرة والتوازن النفسي للأبناء إذا أعفيت من دور الأمومة ولعبت دور الأب، حيث لا توجد إلا أم واحدة وهي الأم الولادة³²¹؟

ناهيك عمّا في هذا التغيير من مساس بأحكام الميراث، فلقد حدّد الشارع الحكيم سبحانه وتعالى نصيب كل شخص من الميراث وجعل نصيب الذكر مختلف عن نصيب الأنثى ومن ذلك قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾³²². وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 155 من قانون الأسرة، لذلك فإنّه عند تغيير الشخص لجنسه فإنّ نصيبه في الميراث سيختلف عن ما إذا بقي على حالته الأولى، فإذا غيّر جنسه إلى أنثى فإنّه يأخذ نصيب الأنثى بحسب قرابتها من الميت وإذا غيّر جنسه إلى ذكر سيأخذ نصيب الذكر بحسب قرابته من الميت سواء كان ذلك بالفرض أو بالتعصب.

واضطراب الأحكام لا يكون فقط على صعيد الزواج والميراث وإنما يمتد إلى جميع المجالات التي أقرت حقوقاً للمرأة والرجل، وفرضت عليهما التزامات. شأن مجال التعليم والعمل³²³.

بهذا، ومن خلال استقراء نصوص القانون الجزائري القابلة للتطبيق على المغيّر الجنسي نجد أنّه مرفوض تماماً بل منعدم، وهو قول مستمد من الأساس الشرعي الراض للتغيير الجنسي. بهذا ليس للمرأة حرية التصرف في جسمها على أساس مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان. ولأنّ تغيير الجنس يدخل في هذا الإطار، فإنّه لا يمكنها تغيير جنسها بل عليها العيش مثلما خلقها الله سبحانه وتعالى، فالمستحسن من الوجهة الطبية والبيولوجية ليس المستحسن من الوجهة الشرعية. لهذا العلاقات غير السوية التي يروج لها تيار العولمة هي تدمير للفرد، الأسرة والمجتمع، ووجب علينا التمسك بخصائصنا الحضارية وعدم التفريط فيها³²⁴.

³²¹ - جيلالي تشوار، عولمة بعض الاكتشافات... المرجع السابق، ص. 39.

³²² - سورة النساء، الآية رقم 11.

³²³ - لمزيد من التفاصيل يراجع: وهيبة مكرلوف، المرجع السابق، ص. 384 وما بعدها.

³²⁴ - جيلالي تشوار، عولمة بعض الاكتشافات... المرجع السابق، ص. 40-41؛ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص. 164.

نستشف من خلال ما تقدّم أنّ ما يميّز عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقوانين المغاربية للأسرة أنّه يعتمد على اختلاف طرفيه من حيث الجنس، فهذا الاختلاف يعتبر من الأركان الجوهرية في عقد الزواج، ولا يمكن أن يقوم بدونه أو يحل محله أي نوع آخر. فالعلاقات القائمة بين شخصين من نفس الجنس أو ما يعرف بالمثلية الجنسية تكون منعدمة، ليس هذا فحسب بل ومعاقب عليها جنائياً. وهذا النوع لا بد من التعامل معه بصرامة ونبذ من قبل أفراد ومؤسسات المجتمع حتى لا يتحوّل إلى ظاهرة عادية، فانتشارها دون حسيب ولا رقيب وتقنينها تحت طائلة الحرية الشخصية من شأنه أن يهدم الفرد والمجتمع على حد سواء. فأخطر ما يتم تداوله في المجتمعات بما فيها العربية الإسلامية أنّ لكل شخص الحرية، وهذه الحرية تسمح له بالتصرّف وفق رغباته ونزواته، وطالما أنّه لا يؤذيني في شيء فلا مانع عندي، فهي تبقى حياته الشخصية وهو حر فيها. فعجبا لهذه الحرية المزيّفة التي تتناقض والفطرة الطبيعية وتتعارض مع التوازن النفسي والجسدي للإنسان، وأي حرية هذه التي تترتب عنها الأمراض وتنتقل من جيل لآخر؟

وأثناء حديثنا عن الزواج الفعلي، استوقفنا مسألة مختلط الجنس أو ما يعرف بالخنثى، هذا الأخير متى تبيّن جنسه بطريقة عادية أو عن طريق عملية جراحية، تصحّح أوراقه الرسمية ويصبح خاضعاً لنفس الأحكام التي يخضع لها الشخص العادي، فلو تبث أنّها امرأة يحق لها اختيار شريك حياتها وإبرام عقد زواجها بكل حرية. وهذا القول لا ينطبق على المغير الجنسي الذي لا يعاني من تشوه خلقي كالخنثى، فالأمر بالنسبة إليه لا يتعلّق بتصحيح الجنس وإنّما بتغييره، وهو ما يتعارض مع الشرع والقانون لهذا لا بد من إنكار هذه العلاقة إنكاراً مطلقاً.

وبهذا يكون قيد الاختلاف في الجنس الوارد على حرية المرأة في اختيار شريك حياتها وإبرام عقد زواجها هدفه المحافظة على العلاقات السوية التي تفرضها الأحكام الشرعية والقانونية، واستبعاد العلاقات المشينة التي تتعارض مع النظام العام الأسري وتهدّد استقراره. فماذا بشأن قيد توفر الأهلية لإبرام عقد الزواج؟

الفرع الثاني

تقييد حرية المرأة في إبرام عقد الزواج بتوفر الأهلية

لئن كانت حرية الزواج مضمونة فهي منظمة طبقاً لشروط قانونية راعت في ذات الوقت حرية الفرد واستقرار الأسرة ومصصلحة المجتمع بأسره من جميع النواحي، وعلى هذا الأساس حدّدت حرية الزواج بسن قانونية دنيا لا يجوز إبرام عقد الزواج قبل بلوغها إلاّ بإذن قضائي.

فالأهلية هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق واستعمالها، ووجوب الالتزامات ووفائها، وهي على نوعين: أهلية الوجوب وتعني صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له وثبوت الواجبات عليه. تثبت لجميع الأشخاص بما فيهم الجنين، المجنون والصبي. أمّا أهلية الأداء فيقصد بها صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية بنفسه³²⁵.

ولأنّ أساس الحقوق والحريات الأهلية الكاملة، فقد حدّدت التشريعات المغربية للأسرة أهلية الزواج والتي تستطيع بمقتضاها المرأة أن تعقد زواجها (أولاً)، ومراعاة منها لحالات استثنائية وظروف خاصّة أعطت للمرأة دون السن القانوني الحرية في الزواج متى تحصلت على إذن قضائي (ثانياً)، غير أنّه رغم اهتمامها بمسألة الأهلية في الزواج إلاّ أنّها لم تقرّ جزاء تخلفها (ثالثاً).

أولاً: بلوغ المرأة السن القانوني للزواج

يختلف مفهوم أهلية الزواج في الفقه الإسلامي عمّا هو منصوص عليه في التشريعات المغربية للأسرة. إذ أخذ الفقه كأصل بمعيار البلوغ الجنسي، الذي يكون بظهور أمارات طبيعية لدى الفتى أو الفتاة، وهذا المعيار يصعب من مهمة ضبط سن معيّنة تنطبق على جميع الأشخاص، لأنّ وقت ظهور الأمارات يختلف باختلاف الأشخاص ونموهم. واستثناءً عند تأخر ظهور الأمارات الطبيعية يؤخذ بمعيار السن التقديري الذي اختلف الفقهاء في ضبطه، فحدّدها الإمام أبو حنيفة بثمانية عشرة سنة

³²⁵ - عيسى حداد، المرجع السابق، ص. 79. ومع أنّ التعريفات هي من وضع شرّاح القانون لا المشرع إلاّ أنّ المشرع المغربي - على خلاف نظيره التونسي والجزائري - قام بتعريف النوعين ضمن مدونة الأسرة، فجاء في المادة 106 منها: الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء. فنصت المادة 107 من نفس المجلة على أنّ: "أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها"؛ والمادة 108 منها اقتضت: "أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاد تصرفاته، ويحدّد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها".

للفتى وسبعة عشرة للفتاة، وجعلها الفقه المالكي ثمانية عشرة للجنسين معا، بينما ضبطها الشافعي والحنبلي والأحناف في الرأي المشهور عندهم بخمسة عشرة سنة للطرفين³²⁶.

وعلى نقيض الفقه الإسلامي، اعتمدت القوانين المغاربية على معيار السن التقديري متخذة نفس موقف الاتفاقيات الدولية التي نصت عليه من خلال المادة 02 من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، والمادة 16-2 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. هذا ولم تقم بتعيين حدا لسن الزواج وإنما تركت ذلك لتشريعات الدول.

فمن باب المساواة بين الجنسين وتوحيدا للنصوص القانونية ضبطها المشرع المغربي بثمانية عشرة سنة³²⁷، وهي أيضا محاولة منه لملائمة سن الأهلية مع الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية حقوق الطفل التي اعتبرت أنّ الطفل هو كل إنسان لم يتجاوز 18 سنة. وهكذا فإنّ المشرع المغربي رغب بإيجاد صيغة قانونية بخصوص أهلية الزواج لمسايرة الوضع القانوني السائد بأوروبا وذلك لضمان تطبيق القانون المغربي على المغاربة ببلدان الإقامة أو على الأقل عدم مخالفة تطبيق القانون الأجنبي المطبق على زواجهم بخصوص شرط الأهلية للنظام العام المغربي³²⁸.

أمّا المشرع الجزائري فحدّدها بتسعة عشرة سنة لكل من الرجل والمرأة مكثفيا بتحقيق المساواة بينهما، وبالتوحيد بين أهلية الزواج وأهلية القيام بالتصرفات القانونية المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني³²⁹.

³²⁶- أنظر، الشيخ صالح عبد سميع لأبي الأزهرى، جواهر الإكليل، شرح مختصر، - شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل، - ج. 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1997، ص. 97.

³²⁷- قبل التعديل كانت 18 للفتى و15 للفتاة طبقا للفصل الثامن من م. أ. ش. م.، وبعد التعديل حدّتها المادة 19 من م. أ. م. بسن 18 سنة لكلا الجنسين، وهو نفسه سن الرشد القانوني حيث نصت الفقرة الأولى من الفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود على أنّ: "الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية". وهو ما نص عليه في المادة 209 من م. أ. م. بقولها: "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة".

³²⁸- أنظر، عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج. 01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط. 01، 2006، ص. 71.

³²⁹- قبل التعديل كانت 21 سنة للرجل و 18 سنة للمرأة، بعد التعديل 19 سنة لكلاهما حسب مقتضيات المادة 07 من ق. أ. ج. وهنا يكون المشرع أراد أن يساوي بين الرجل والمرأة، كما ساوى بين أهلية الزواج وأهلية القيام بالتصرفات القانونية المنصوص عليها في المادة 40 من ق. م. ج. حيث تنص على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية؛ وسن الرشد 19 سنة كاملة".

وإذا كانت المساواة بين الجنسين في أهلية الزواج تحققت في التشريعين المغربي والجزائري بصدور التعديل، فإنها شهدت جدلاً لدى الفقه القانوني التونسي خاصة بعد تعديل مجلة الأحوال الشخصية والتي أبتت على التمييز بين الجنسين. فبعد أن حدّد المشرع التونسي سن الزواج بـ 15 بالنسبة للفتاة و 18 بالنسبة للفتى بادر برفعه بعد التعديل إلى 17 سنة للفتاة و 20 سنة للفتى حسب مقتضيات الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية³³⁰. وتمّ تبرير هذا التمييز إلى إدراك الفتاة البلوغ والنضج البيولوجي في سن مبكّرة مقارنة بالفتى من جهة، ومن جهة أخرى، لإعطاء الفتى الوقت الكافي لاكتساب وضعية مهنية مستقرة طالما أنّ واجب الإنفاق يقع عليه.

غير أنّ هذين التبريرين واجها انتقاداً كبيراً من قبل مؤيّدَي المساواة بين الرجل والمرأة فجاء الرد على النحو التالي: إنّ التبرير الأوّل يتجاهل ما هو ثابت من أنّ إدراك الفتى مرحلة النضج البيولوجي لا يستدعي مطلقاً انتظار إدراكه سن الرشد المدني، فالفتى يدرك البلوغ قبل إدراكه سن الرشد. أمّا التبرير الثاني، فلم يعد يتماشى مع الوقت الحالي، فالفتى نادراً ما يصبح بمجرد إدراكه سن الرشد المدني قادر على الإلمام بمفرده بالأعباء المالية الأسرية. هذا وإنّ تطوّر العقليات وخروج المرأة إلى عالم الشغل ساهما في تعاون الزوجين وتحملهما معا مسؤولية الإنفاق³³¹.

هذا وقد ارتفعت المطالبة بتغيير سن الزواج بعد صدور مجلة حماية الطفل سنة 1995 كون الفصل الثالث من هذه الأخيرة اعتبر الأشخاص ما دون سن 18 سنة أطفالاً وهذا ما يجعل هذا الفصل لا يتماشى مع الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية.

فمن أجل رفع هذا التعارض وحرصاً على إزالة كل أشكال التمييز بين الرجل والمرأة صدر القانون عدد 32 المؤرخ في 14 ماي 2007، والمتعلّق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية. وتمّ بموجبه تعديل الفصل الخامس من المجلة فجاءت صياغته: "...وزيادة على ذلك فكل من لم يبلغ منهما ثمانية عشرة سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج"³³². فبعد كل هذا الجدل اتّبع المشرع التونسي نهج المشرعين المغربي والجزائري من حيث المساواة بين الجنسين في أهلية الزواج، وعلى درب

³³⁰- المرسوم ع. 1 لسنة 1964، المؤرخ في 20/02/1964، والمصادق عليه بالقانون ع. 1 لسنة 1964، المؤرخ في 21/04/1964.

³³¹- Cf., Académie des sciences morales et politique, site www. Asmp. fr

³³²- القانون ع. 32، المؤرخ في 14/05/2007، والمتعلّق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية، ر. ر. ج. ت، الصادرة في 25/05/2007، س. 150، ع. 42، ص. 1851.

المشروع المغربي من خلال ملائمة سن الزواج مع الاتفاقيات الدولية. غير أنه خالفهما بشأن توحيد أهلية الزواج وأهلية القيام بالتصرفات القانونية، فالأولى حدّدها بثمانية عشرة سنة أما الثانية فقدّرت بعشرين سنة حسب الفصل السابع من مجلة الالتزامات والعقود.

والملاحظ هنا أنّ التشريعات المغاربية للأسرة اعتمدت السن التقديري لتحديد سن دنيا للزواج دون معيار البلوغ الجنسي، فهل وقّقت في ذلك؟

في الحقيقة حسنا فعلت هذه التشريعات بتبنيها للمعيار التقديري وذلك لسببين³³³: الأول يرجع إلى عدم وجود نص قرآني ولا سنة نبوية يشيران إلى وجوب الأخذ بمعيار البلوغ الجنسي لتحديد السن الأدنى للزواج، وإتّما تمّ الاعتماد عليه باجتهاد فقهي، وبالتالي لا تتعارض القوانين الأسرية مع الشريعة الإسلامية. والثاني متعلّق بالمذاهب الفقهية التي عاجلت أهلية الزواج استنادا على مبررات تقوم على فكرة المصلحة العامّة والعوامل العرفية، وهذه المبررات فقدت قيمتها في الوقت الحاضر نتيجة للتطوّرات التي عرفتها المجتمعات، فأصبح من الضروري أن يتولى المشرّعون مهمّة سن قوانين تنظم علاقات الزواج بين الأفراد، وجعلها تتماشى مع الحقيقة والواقع للحفاظ على سلامة وأمن الفرد والمجتمع على حد سواء³³⁴.

فبهدف حماية المرأة، جاءت القوانين المغاربية محدّدة لسن دنيا للزواج، لتضع حدّا لظاهرة تزويج الصغار لأسباب عائلية أو مادية، إذ كيف لهذه المراهقة التي لم تستوعب بعد التغيرات الفيزيولوجية التي طرأت عليها ومازالت لم تتكيّف مع تحوّلاتها البيولوجية أن نرمي بها وسط مسؤوليّة الزواج، والتي اعتبرها بعض الفقهاء ومنهم الأستاذ ساسي بن حلّيمة من قبيل المهزلة القانونية.

واستثناء، ورغبة من المشرّع في تحقيق مزيد من الحماية للمرأة، أعطى لها حرية إبرام عقد الزواج رغم عدم بلوغها الأهلية. فمتى يطبّق هذا الاستثناء وكيف نظمته التشريعات المغاربية للأسرة؟

³³³ - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 52.

³³⁴ - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 52.

ثانيا: منح المرأة دون السن القانوني الحرية في الزواج

إنّ تحديد سن الزواج بالطريقة المبينة أعلاه، وإن كان يتماشى مع الواقع في أغلب الحالات، فإنّه يخالفها في حالات استثنائية، وهو الأمر الذي دفع الاتفاقيات الدولية إلى الحث على منح الإذن بالزواج لمن هم دون السن القانوني مراعاة لبعض الظروف الاستثنائية ولواقع المجتمع وتركت أمر تقديره لتشريعات الدول. حيث نصت المادة 02 من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج على أنّه: "... ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذه السن، ما لم تقرّر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدّية، لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما".

فجاءت النصوص التشريعية المغاربية متشابهة ومتماشية مع نص هذه الاتفاقية، إذ اقتضى الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "يجب أن يكون كل من الزوجين حلوا من الموانع الشرعية وزيادة على ذلك فكل من لم يبلغ عشرين سنة كاملة من الرجال وسبع عشرة سنة كاملة من النساء لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج وإبرام عقد الزواج دون السن المقرّر يتوقّف على إذن خاص من المحاكم ولا يعطى الإذن المذكور إلاّ لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين". وتقابله المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية بالنص على أنّ: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه بمقرّر معلّل يبيّن فيه المصلحة والأسباب المبرّرة لذلك". وهو أيضا ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج".

فالإذن بالزواج هو الإجازة القضائية الخاصّة بزواج القصر استثناء للشروط القانونية العامّة في انعقاد الزيجات، أو قرار تتخذه السّلطة القضائية المختصّة قصد السماح لشخص غير رشيد مدنيا بالزواج دون السن الدنيا المقرّرة قانونا لذلك³³⁵. وبهذا المفهوم يتأكّد مبدأ حرية الزواج لدى القاصر، مراعاة لظروفها الخاصّة التي لا تسمح بانتظار بلوغها سن الزواج.

³³⁵ - أنظر، محمد الحبيب الشريف، الإذن القضائي بالزواج، م. ق. ت.، الشركة التونسية لفنون الرسم، تونس، 1998، ع. 04، ص. 39-40.

ومع أنّ التشريعات الثلاث أصابت عندما أخذت بعين الاعتبار هذه الحالة الاستثنائية، إلا أنّ صياغتها للنصوص أعلاه لم تخل من بعض الثغرات والتساؤلات التشريعية، فمن المختص بمنح الإذن القضائي؟ ومتى يتم منحه؟ وهل من شأنه ترشيد الزوجة القاصرة في جميع التصرفات القانونية؟

1- القاضي المختص بمنح الإذن القضائي بالزواج

لم يبيّن المشرع التونسي ولا المشرع الجزائري صلب التشريع العائلي من هي السلطة القضائية المختصة بالنظر لإصدار الإذن في إتمام الزواج. غير أنّه بالرجوع إلى الفقرة الأولى من الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية الناصة على أن: "تنظر المحكمة الابتدائية، ابتداءً في جميع الدعاوى عدا ما خرج عنها بنص خاص". وكذا الفصل 213 من ذات المجلة واقتض: "يمكن أن تقدّم لرؤساء المحاكم الابتدائية أو حكّام النواحي مطالب قصد التحصيل على إذن وذلك في جميع الحالات التي نص عليها القانون وحسب الاختصاص المعيّن به". نجد أنّ الاختصاص يؤول إلى رئيس المحكمة الابتدائية، وعلى ذلك المنوال سار العمل القضائي منذ عشرات السنين³³⁶.

فقد كان فقه القضاء يطبّق على الأذون بالزواج إجراءات الأذون على العرائض، أي أنّ: "الإذن بالزواج الممنوح من طرف رئيس المحكمة الابتدائية هو عمل ولائي ينقلب إلى عمل قضائي في صورة إذا ما وقع الرجوع فيه ممن يهّمه الأمر حسب مقتضيات الفصل 219 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي أوجب التعليل خاصّة عند الرجوع في الإذن. ولا يمكن استئناف الأذون الصادرة بالترخيص في الزواج قبل السن القانوني إلاّ بعد القيام بطلب الرجوع المسبق لدى المحكمة التي أصدرت الإذن"³³⁷.

فالقرار يشير صراحة إلى أنّ المختص بمنح الإذن بالزواج هو رئيس المحكمة الابتدائية، علماً وأنّ الأذون كانت تقبل الاستئناف سابقاً كما هو موضح في القرار ولكن المشرع حسم موقفه بإضافة فقرة ثالثة للفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية نصت على أنّ الإذن لا يقبل الطعن فيه بأي وجه ولو بطلب الرجوع فيه.

³³⁶ - ساسي بن حليلة، دراسات في الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 168.

³³⁷ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 03/03/1986، ملف رقم 13437، ن. م. ت.، 1986، ج. 01، ص. 147.

وأمام سكوت المشرع الجزائري وبتفسير المادتين 49 و79 من ذات القانون يتّضح أنّ قاضي الأحوال الشخصية أي قاضي شؤون الأسرة هو المختص بمنح الإذن بالزواج، غير أنّ هذا التفسير يبقى نظريا فمن الناحية العملية يوكل الاختصاص لرئيس المحكمة³³⁸.

أمّا المشرع المغربي، فقد ألغى الاختصاصات المخوّلة لقاضي التوثيق في ميدان تزويج القاصرين وأعطيت لقاضي الأسرة المكلف بالزواج حسب مقتضيات المادة 20 من مدونة الأسرة³³⁹. هذا وينص الفصل 182 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "يمارس مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين قاض من المحكمة الابتدائية يعيّن لمدة ثلاثة سنوات بقرار لوزير العدل"³⁴⁰.

فالإذن بالزواج عمل ولائي يمارسه القاضي في نطاق ما له من ولاية عامة، غايته رفع عارض من عوارض الأهلية، ومرجعه نقص أهلية أحد طالبي الإذن بالزواج، فيكون تدخّل القاضي وجوبيا وموقوفا على توفّر الأسباب الخطيرة والمصلحة الواضحة للزوجين.

2- تحقق شرطي المصلحة والضرورة

قيّدت التشريعات المغاربية منح الترخيص بالزواج بالنسبة للقاصر بما تتطلبه المصلحة والضرورة، ولم يكن المشرع التونسي موقفا باستعمال مصطلح "المصلحة الواضحة" فقصدته قيام مصلحة كافية ومعتبرة تبرّر الاستثناء ومخالفة السن الدنيا للزواج، فكان أولى أن يعبّر على ذلك بالمصلحة الجدية أو المعتبرة. هذا وكان أجدر به أن ينص على مصلحة "الطرفين" عوض "الزوجين" لأنّ الأمر يهم مرحلة ما قبل الزواج³⁴¹. وعلى غرارهم، لم يكن المشرع الجزائري موقفا لاستخدامه مصطلحي "المصلحة أو الضرورة" معا، فمن الأجدر لو اكتفى بالمصلحة أو استخدم مصطلح "أسباب جدية" كما المشرع المغربي الذي كان أكثر دقّة باستعماله مصطلح "المصلحة والأسباب المبرّرة لذلك".

³³⁸ - أنظر، جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، ج. 37، م. ج. ع. ق. إق. س.، 1999، ع. 04، ص. 77.

³³⁹ - الدعوى ترفع أمام محكمة موطن القاصر والذي هو موطن وليّه في الأصل وتعتبر النيابة العامة لموطن القاصر مدعى عليها كونهما تنظم النظام العام الأسري فضلا عن اعتبارها طرفا أصليا في قضايا الأسرة (27، 28، 31، 32 من قانون المسطرة المدنية).، أنظر، فاتح كمال، دراسة أولية لأهم الإشكالات المثارة بخصوص مسطرة الإذن بتزويج من لم يبلغ سن الزواج، -تحديد الاختصاص المحلي ونطاق السلطة التقديرية لقاضي الأسرة المكلف بالزواج-، مجلة الملف، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2008، ع. 12، ص. 197-198.

³⁴⁰ - الظهير الشريف رقم 1.14.14، بتاريخ 06 مارس 2014، المعدل لظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447، بتاريخ 28 سبتمبر 1974، والمتضمن قانون المسطرة المدنية، ج. ر. ع. 6240، الصادرة بتاريخ 20/03/2014، ص. 3229.

³⁴¹ - محمد الحبيب الشريف، الإذن القضائي... المرجع السابق، ص. 48.

ويتجه السؤال أيضا حول شرطي الأسباب الخطيرة من جهة، والمصلحة من جهة أخرى اللذين صاغهما المشرع التونسي، فهل هما شرطان متلازمان، لا بدّ من توافرها معا؟ أم يكفي إثبات أحدهما للحصول على الإذن بالزواج؟

بالتأمل من صياغة آخر الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية يمكن أن نجزم أنّ المشرع اعتبر الشرطين المذكورين متلازمين وزاد الصياغة تضييقا باشتراط مصلحة الطرفين معا، وهو ما يدلّ على نية تطويق الاستثناء أكثر ما يمكن وجعل الإجازة الخاصة حالة نادرة. غير أنّ توفّر شرطي المصلحة والأسباب الجدية يبقى من قبيل النقاش النظري، فالقاضي الذي يصدر ذلك الإذن لا يقوم عادة بالتفصيل الحرفي للفصل الخامس من المجلة، بل ينظر إلى الحالة نظرة كلية ويقدرها حسب الحالة المعروضة أمامه، خصوصا وأنّ قراره ولائي وأنّه غير مطالب بتعليل إذنه.

هذا وقد انفرد المشرع المغربي بتحديد قواعد موضوعية يتعيّن اعتمادها في إثبات المصلحة في تزويج القاصر واستخلاص الأسباب المبرّرة لذلك على سبيل الحصر وهي الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، الاستعانة بخبرة طبية، إجراء بحث اجتماعي. وقد ألزم القاضي بتعليل مقرّره الرامي إلى الاستجابة لطلب الإذن بالزواج، وذلك ببيان الأدلّة الواقعيّة والحجج القانونية التي اعتمدها في تكوين قناعته. وبهذا تكون السلطة التقديرية للقاضي مقيدة نسبيا على خلاف المشرعين التونسي والجزائري اللذين لم يبيّنا حدود هذه المصلحة ولم يقدرها بالضرورة بقدرها، كما أنّهما لم يحدّدا المعيار الذي يمكن اعتماده لتحديدتهما، فوضعا الثقة الكاملة في القاضي الذي يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في كلّ ما يتعلّق بقبول أو رفض طلبات الإذن بالزواج دون أن يسبّب قراره. وهذا الموقف صائب إلى حد بعيد نظرا لتغيّر كل من المصلحة والضرورة بتغيّر الزمان والمكان والظروف والأحوال، ولأنّ الأمر متعلّق بتقدير عدّة معطيات بيولوجية ونفسانية وأخلاقية واجتماعية، وتقديرها لا يمكن أن يكون آليا³⁴². وما من شك أنّ التطبيق من شأنه أن يكشف عن العديد من الحالات التي تتوفّر فيها أسباب خطيرة تؤدّي إلى الترخيص في الزواج.

³⁴² - ساسي بن حليلة، دراسات في الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 184.

إذ يأتي على رأس الأسباب المثارة والمبرّرة لتجاوز قاعدة السن القانوني للزواج، مبرّر الخوف حيث يخشى على الفتاة القاصر التي اكتملت بنيتها وأضحت الأعين تتعاطاها بالنظر أن لا تصمد في وجه من يريد التسبّب في انزلاقها في مسالك الرذيلة، فتتعاطى الفساد وتقع في الفاحشة في حالة إذا ما رفض القاضي منحها الإذن بالزواج.

وكذلك وجود القاصرة في حالة يتم، ويشكّل الفقر أيضا سببا مبرّرا لمنح الإذن فبعض الآباء الذين يعيشون في وضعية اقتصادية صعبة يرون في تزويج ابنتهم القاصر من رجل ميسور فرصة لا يمكن تفريطها. وهذه حالة تشكّل خطورة على القاصر لأنها تحقّق مصلحة وليّها ولا تصبّ في مصلحتها. فالإذن يجب أن يمنح لتحقيق مصلحة لصاحبه لا لأوليائه وهي حالة حسّاسة يتعيّن على القاضي من خلالها توخي الدقة والحذر للتأكد من مدى رغبة الفتاة القاصر في الزواج لأن لا نكون أمام زواج بالإكراه تنعدم فيه إرادتها وحرّيتها في الاختيار. فيتمّ الأخذ بما إذا كان الأب غير قادر على تربية بنته ولا على إطعامها وكسوتها فيكون الزوج لها أحسن وأحصن، إذ يحقّق لها مورد رزق بما أنّه مطالب بالإنفاق عليها، وينقذها من الانحراف والعلاقات المشبوهة خاصة في ظل المغريات القوية التي يشهدها المجتمع ومع غزوة عملة الإنترنت. لأنّ المصلحة الواضحة للزوجين تتمثّل فيما يحقّقه الزواج بصورة عامّة من مصلحة فهو يحقّق الإحصان وإشباع الغريزة الجنسية في كنف علاقة شرعية.

إلى جانب هذه الأسباب هل يعتبر حملها أو اختطافها من حالات الضرورة؟

قد يحدث أن تتعرّف المرأة على شاب مع نيّة التزوّج بها، لكن الطرفين لا يترقّبان إبرام عقد زواج للاتصال جنسيًا ببعضهما، فيتم الاتصال وينتهي بحمل. وفي هذه الصورة يستعجل أهل العروس دروا للفضيحة إلى طلب الترخيص القضائي لإبرام الزواج فيقع التعجيل بإقامة الزواج ما دامت الزوجة في الأشهر الأولى للحمل وأنّه غير واضح للعيان. غير أنّ منح الإذن القضائي بالزواج بسبب حمل المرأة يعدّ خرقا صريحا لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر هذه الحالة زنا، والابن الناجم عن هذه العلاقة غير الشرعية كذلك ابن زنا لا ينسب إلى أبيه وإنما ينسب إلى أمّه. فحتى لا يكتسب المولود صفة الشرعية بالرغم من كونه على خلاف ذلك، وللمحافظة على الثوابت، عدم مخالفة الشرع، واستقرار الأنساب وجب عدم اعتبار حمل المرأة من حالات الضرورة التي تقتضي منح الإذن بالزواج.

وما اعتبره التشريع التونسي والجزائري من الأسباب الخطيرة التي تستدعي منح إذن قضائي هي حالة اختطاف قاصر ومواقعتها ولو برضاها، فهذه الصورة تشبه سابقتها في عنصر الاتصال الجنسي، وتختلف عنها في عدم وجود حمل بالضرورة وعدم توفر نية الزواج. فيكون الهدف الأصلي من الزواج في هذه الصورة الثانية هو توقّف التبعات الجزائية وإفلات الجاني من العقاب. ومن أجل ذلك نص المشرع التونسي صراحة بالفقرة الرابعة من الفصل 227 مكرر من المجلة الجزائية على: "وزواج الفاعل بالجني عليها في الصورتين المذكورتين بالجني عليها يوقف التبعات أو آثار المحاكمة"³⁴³. ونجده أيضا في التشريع الجزائري لأنّ الفقرة الثانية من المادة 326 من قانون العقوبات نصت على: "وإذا تزوّجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضدّ هذا الأخير إلاّ بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلاّ بعد القضاء بإبطاله"³⁴⁴.

فهل يحمل هذا الحكم فعلا حماية لحق المرأة القاصرة؟

لا يمكن اعتبار هذا الحلّ الحلّ الأنسب، فما الفائدة من إعطاء ترخيص بإتمام زواج محكوم عليه مسبقا بالفشل، إذ لا توجد نية حقيقية وصادقة لدى الجاني في التزوّج وإلاّ لما قام بهذا الفعل المخجل. فالزواج القائم على ستر الفضيحة لا يكون الغرض منه بناء أسرة متكاملة وإقامة حياة زوجية حقيقية بقدر ما يكون زواجا صوريا وشكلياً ينقصه الرضا الحقيقي للزوجين، ولهذا سرعان ما سيتنكر لهذه الزوجة ويبادر بفك الرابطة الزوجية في أقرب الآجال³⁴⁵.

³⁴³ - القانون ع. 46 سنة 2005 المؤرخ في 06 جوان 2005، يتعلّق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة الجنائية وصياغتها، ر. ر. ج. ت، ع. 17 / 06 / 2005، ص. 1412.

³⁴⁴ - وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 13 / 01 / 1995، الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن يعاقب كل من خطف أو أبعده قاصرة دون الثامنة عشر من عمرها، بغير عنف أو تهديد أو تحايل شرع في ذلك يعاقب بالحبس لمدة سنة إلى خمس سنوات، وإذا تزوّجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها، فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضده إلاّ بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة إبطال العقد المذكور. ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع بإدانتهم للمتهمين طبقا للنص المذكور بالمرجع دون مراعاة الزواج الذي أبرمه المتهم مع الضحية على أساس الوجه المثار من قبل النائب العام ومأخوذ من اشتراط إتمام إجراءات إبطال الزواج قبل الحكم وجيه وينجر عنه نقض القرار المنتقد"، محكمة عليا، غ. ج. م.، 13 / 01 / 1995، ملف رقم 128928، م. ق.، 1995، ع. 01، ص. 249.

³⁴⁵ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 101؛ جيلالي تشوار، سن الزواج... المرجع السابق، ص. 80 - 81.

وإنّ الإعفاء من السن القانونية للزواج في هذه الحالة يحقّق مصلحة المعتدي الذي يستفيد من الإفلات من العقوبة لا مصلحة القاصرة ولا المجتمع. ولعلّ هذه الحيلة التي يتبعها الجاني للإفلات من العقاب دفعت بالمشرع التونسي إلى تقرير أنّ الزواج يجب أن يدوم على الأقل سنتين وإلاّ فإنّ الطلاق الذي يصدر من الزوج على أساس الفقرة الثالثة من المادة 31 من مجلة الأحوال الشخصية من شأنه أن يجعل التبعات تستأنف ضد الجاني إذا تمّ في خلال السنتين من تاريخ الزواج³⁴⁶.

في الحقيقة إنّ التنقيح الذي أدخل على الفصل 227 مكرر لإقحام هذا الحل لا يغيّر من الأمر من شيء، بل بالعكس قد يزيد الأمور تعقيدا فالزواج قائم على الإكراه وما بني على باطل فهو باطل، لهذا قد يتعمّد الزوج القيام بتصرفات تحمل الزوجة على طلب الطلاق ووضع حد لهذه التجربة التي كانت محكوما عليها بالفشل مسبقا، ناهيك عن الحالة النفسية التي قد تزيد تأزما كلما طالت المدّة لغياب التوافق والمودة، وفوق هذا وذاك ولادة طفل يتكبّد أضرار هذه العلاقة مستقبلا. ولهذا تتطلّب هذه الثغرة من ثغرات القانون ضرورة اتخاذ تدابير وقائية تمنع انتشار الأفعال المخالفة للقانون حتى لا يكون طريقا سهلا للحصول على زواج ترفضه الأسرة والفتاة نفسها³⁴⁷.

وإنّ الآثار الوخيمة التي تنجم عن مثل هذه الزيجات دفعت بالمشرع المغربي إلى تنقيح الفصل 475 من القانون الجنائي بعدما كان يتّخذ نفس الموقفين التونسي والجزائري المبيّنين أعلاه. فعلى إثر انتحار "أمينة الفيلاي" ذات 16 سنة بالعرائش في 10 مارس 2012، ثارت المنظمات الحقوقية ونظّمت وقفات احتجاجية للتنديد بالفقرة الثانية من هذا الفصل استنكارا لتزويج الضحية قسرا من مغتصبها. فصادق مجلس النواب على حذف هذه الفقرة من التشريع الجنائي³⁴⁸. وبتعديله سنة 2014 حذفت الفقرة الثانية من الفصل 475 من القانون الجنائي والتي كانت تنص: "ومع ذلك فإنّ القاصرة التي اختطففت أو غرّ بها، إذا كانت بالغة وتزوّجت من اختطفها أو غرّ بها فإنّه لا يمكن

³⁴⁶- حيث اقتضت الفقرة الأخيرة من الفصل 227 مكرر من م. ج. ت. ما يلي: "وتستأنف التبعات أو آثار المحاكمة إذا انفصم الزواج بطلاق محكوم به إنشاء من الزوج طبقا للفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية وذلك قبل مضي عامين عن تاريخ الدخول بالجنس عليها".

³⁴⁷- أنظر، عبد القادر الداودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص. 155.

³⁴⁸- أنظر، عزيزة الغرفاوي، نهاية إفلات المعتصب من العقاب، مقال نشر بالمجلة الإلكترونية المغربية بتاريخ 27 / 10 / 2014 على الموقع

متابعته إلاّ بناء على شكوى من شخص له الحق في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم بمؤاخذته إلاّ بعد صدور حكم بهذا البطلان فعلا"³⁴⁹.

وبهذا الموقف يعدّ المشرع المغربي أكثر جرأة وصوابا، فتزويج القاصرة من مخطها يعدّ انتهاكا صريحا لحقوقها وحريتها في الاختيار الكامل هذا من جهة، ومن جهة أخرى وضع حدّا لإفلات الجاني من العقاب، فالنص قبل التعديل كان يخدم مصالح هذا الأخير.

وضمن الحديث عن حالات الضرورة والمصلحة نتساءل إذا كان يحق للمصاب بإعاقة ذهنية أو جنون أوعته الزواج من منطلق حرية الزواج؟

تعتبر مدوّنة الأسرة المغربية أول من تحدّثت عن زواج المعاق إعاقة ذهنية صلب المادة 23 منها فقّرت ما يلي: "يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أو أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر؛

يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر؛

يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة"³⁵⁰.

وبهذا النص أجازت المدونة زواج المعاق ذهنيا بعد حصوله على إذن بالزواج الذي يمنحه له قاضي الأسرة بعدما يتأكد من توافر الشروط الثلاثة أعلاه ويقتنع بأنّ هذا الزواج في مصلحة المعاق³⁵¹. علما وأنّ المادة الثانية من القانون رقم 92-07 المتعلّق بالرعاية الاجتماعية للمعاقين،

³⁴⁹- تمّ تعديل هذا الفصل وذلك بحذف فقرته الثانية بمقتضى القانون 15.14 القاضي بتغيير وتتميم الفصل 475 من مجموعة القانون الجنائي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 14.06 بتاريخ 20 ربيع الثاني 1435، الموافق 20 فبراير 2014، ج. ر. ع. 6238 بتاريخ 13 مارس 2014، ص. 3138.

³⁵⁰- فهذا النص الذي يجيز زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية يعتبر استثناء لما ورد في مادة 19 من م. أ. م. من اشتراط التمتع بالقوة العقلية في كل من الزوجين.

³⁵¹- إنّ أهلية الزواج للشخص المصاب بالإعاقة الذهنية تكون ناقصة ولو تجاوز سن الثامنة عشرة من عمره، ولا يسمح له بإبرام عقد الزواج إلاّ بعد الحصول على إذن من القاضي الأسرة المكلف بالزواج. وهذا الإذن لا يمنح إلاّ بناء على تقرير طبيب خبير أو أكثر تحدّد فيه نوعية الإعاقة ومدى إمكانية أو عدم إمكانية تزويجه وذلك حتى يكون قرار القاضي مبني على أرضية صالحة، وعلى القاضي أن يطلع الطرف الآخر على هذا التقرير وينص على ذلك في محضر حتى لا يتراجع عن الزواج بعد عقده مدعيا عدم علمه بذلك فقد يكون هدفه غير الزواج مثل الاستيلاء على ثروة المريض. ولا بد أن يكون الطرف الآخر راشدا راضيا صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة، ولا يكفي موافقته الشفوية لأنّه لا يصح أن يكون=

عرّفت المعاق كما يلي: "يعتبر معاقا بمفهوم هذا القانون كل شخص يوجد في حالة عجز أو عرقلة دائمة أو عارضة ناتجة عن نقص أو عدم قدرة تمنعه من أداء وظائفه الحياتية، لا فرق بين من ولد معاقا ومن عرضت له إعاقة بعد ذلك"³⁵². ولأنّ المعاق هو كل مصاب بعجز بدني أو عقلي فإنّه ينسحب على المجنون والمعتوه، ولهذا المصاب بإعاقة ذهنية قد يكون مجنوناً أو معتوهاً³⁵³.

ولم يتناول المشرع التونسي زواج فاقد الأهلية بسبب الجنون أو مقيداً للعقل صلب مجلة الأحوال الشخصية، إذ اكتفى بالتنصيص على إمكانية زواج المحجور عليه لسفه بعد موافقة وليّه حسبما يقتضيه الفصل السابع من نفس المجلة: "زواج المحجور عليه لسفه لا يكون صحيحاً إلاّ بعد موافقة المحجور له وللمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء". ويضيف الفصل 165 من نفس المجلة: "جميع التصرفات التي باشرها السفه قبل الحكم صحيحة نافذة ولا رجوع فيها أمّا التي باشرها بعد الحكم فيتوقف نفاذها على إجازة الولي"³⁵⁴.

فجعل أسباب فسخ العقد المؤسسة على حالة المرض ترد إلى صنفين: صنف يفقد الشخص المصاب به ملكة الإدراك والتمييز، من نوع الجنون المطبق وما في حكمه من العاهات العقلية التي تجعل الرضا في مقام المعدوم، وقد نصت أحكام الفصل 163 من مجلة الأحوال الشخصية على عدم نفاذ تصرفات المجنون. وصنف آخر لا يكون أثره على الرضا واضحاً، وقد أوكل المشرع فيها وفي غيرها من الأمراض الأخرى، التي لم يعن ببيانها، أمر تقييم مدى تأثيرها في الرضا لاجتهاد القاضي بصريح أحكام الفصل 59 من مجلة الالتزامات والعقود التي صيغت كالتالي: "أسباب فسخ العقد المبنية على حالة مرض أو ما شاكله من الحالات موكولة لنظر القاضي"³⁵⁵.

=الطرفان مجنونين أو معتوهين لانعدام المسؤولية منهما، لأن الزواج تكوين أسرة ومسؤولية أولاد، ونفقة وسكن، أنظر، أحمد العسيري، مؤسسة قاضي الأسرة المكلف بالزواج بين النظرية والتطبيق، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى - الندوة الجهوية الثانية-، مطبعة الأمنية، الرباط، المغرب، 08-09 مارس 2007، ص. 62.

³⁵²- ظهير الشريف بمثابة قانون صادر في 10/09/1993، ج. ر. ع. 4225، 20/10/1993، ص. 2041.

³⁵³- نظمت المدونة أحكام المجنون والمعتوه في المواد من 212 إلى 217، والمادة 216 عرفت المعتوه كالتالي: "المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع نعهما التحكم في تفكيره وتصرفاته".

³⁵⁴- السفه كما عرفه الفصل 164 من م. أ. ش. ت. هو الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف والحجر عليه يتوقف على حكم الحاكم".

³⁵⁵- محمد اللحمي، المرجع السابق، ص. 192-193.

ويميّز المشرع التونسي بين المجنون وضعيف العقل ضمن الفصل 160 من مجلة الأحوال الشخصية بالقول: "المجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أم منقطعاً تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها. أمّا ضعيف العقل فهو الشخص الغير كامل الوعي السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبيعات". وعملاً بمقتضيات الفصل 163 من ذات المجلة فإنّ تصرفات المجنون في كلتا الحالتين غير نافذة، وتصرفات ضعيف العقل قبل الحجر يمكن إبطالها إذا كان مشتتها بضعف العقل وقت إبرامها.

ولم يتعرّض قانون الأسرة الجزائري لزواج المصاب بإعاقة ذهنية ممّا يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً للمادة 222 منه، لنجد أنّ الفقه الإسلامي يعرّف المجنون بأنّه اختلال في العقل بحيث يمنع جريان الأفعال على ما يقتضيه العقل السوي. والمجنون من حيث ظهوره قد يكون أصلياً بأن ينمو مع الشخص منذ الصغر، وقد يكون طارئاً تظهر أعراضه بصفة متأخرة. ويميّز الفقهاء عادة بين المجنون المطبق الذي يستوعب جميع الأوقات والمجنون المتقطّع بحيث يعود للشخص رشده في بعض الأوقات³⁵⁶. واتفق الفقهاء على أنّ من زال عقله مجنون أو عته لا يمارس عقده بنفسه، لأنّه غير مكلف، للحديث الشريف: "رفع القلم عن ثلاث:... عن المجنون حتى يعقل أو يفيق". وفي رواية أخرى "وعن المعتوه حتى يبرأ، أو يعقل". وبالتالي يتولى زواجه وليه دون إذنه³⁵⁷.

فمتى تبين أنّ هذا الزواج يفيد في شفائه، وأنّ الطرف الآخر في العلاقة راض بذلك، وجب تزويجه³⁵⁸. فعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمستها، إن شاء أمسك وإن شاء طلق، وإن مسّها فلها المهر بما استحلت من فرجها"³⁵⁹. روى ابن أبي شيبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص قال: "كُتبت إلى عمر في رجل مجنون يخاف أن يقتل امرأته، فكتب إلي أن أجله سنة

³⁵⁶ - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 04، ص. 278.

³⁵⁷ - قال ابن رشد القرطبي: "البكر لا أمر لها في نفسها مع أبيها، فإذا كان له أن يزوجه في حال الصغر، ويجوز ذلك عليها، كان له أن يزوجه في حال الجنون ويجوز ذلك عليها".، أنظر، أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، ج. 05، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط. 02، 1988، ص. 42.

³⁵⁸ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 245.

³⁵⁹ - أنظر، أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج. 07، مؤسسة جواد، بيروت، لبنان، ط. 01، 1353هـ، ص. 215.

يتداوى". وهذا الأثر من عمر يدل على أنّ المجنون يصحّ زواجه إذ لو لم يكن صحيحاً لأمره بالفسخ أو الطلاق. وعن مالك أنّه بلغه عن سعيد بن المسيّب أنّه قال: "أيّما رجل تزوّج امرأة وبه جنون أو ضرر، فإنّها تحيّر، فإن شاءت قرّرت، وإن شاءت فارقت"³⁶⁰.

فالفقهاء اشتروا لجواز تزويج من زال عقله شروطاً منها³⁶¹:

- 1- إذا خيف عليه الزنا أو الهلاك أو الضرر الشديد، وتعين الزواج لإنقاذه منه.
- 2- إذا توقع الأطباء في تزويجه ذهاب عقله ومرضه لأنه من أعظم مصالحه.
- 3- إذا ظهر منه شهوة ورغبة في النساء بإتباعهن، ودورانه حولهن، وتعلقه بهن.
- 4- إذا احتاج إلى من يخدمه ويتعهده، ولا يجد في محارمه من يقوم بذلك.
- 5- أن يكتفي بزوجة واحدة، لاندفاع الحاجة بها لإيفائها بالمقصود.

فتفريعا على مبدأ الحرية في الزواج، ولأنّ الضرورات تقدّر بقدرها لا مانع من زواج المرأة المصابة بخلل عقلي متى توافرت الشروط المذكورة، وقد أحسن المشرع المغربي باهتمامه بزواج هذه الطائفة من الأشخاص وترتيب أحكامها بنصوص صريحة وهو ما يتعيّن على المشرعين التونسي والجزائري أخذه بعين الاعتبار. فالمصاب بخلل عقلي كالمجنون والمعنوه يعتبر عديم التمييز فاقتدا لحرية الاختيار، ويتعدّد عليه التعبير عن الإرادة ولذلك فإنّ كل تصرّف قانوني يجريه يقع منه باطلا بطلانا مطلقا. غير أنّه يجوز استثناء تزويجه إذا كان الزواج مفيدا في علاجه، على أن يتم الاعتماد على تقرير طبي يفيد بوجود مصلحة تقتضي هذا الزواج، وإعلام الطرف الآخر للحصول على موافقته الصريحة، وبعدها طلب الإذن القضائي بالزواج بناء على طلب الولي.

إنّ شرط المصلحة والضرورة غير كاف لمنح الإذن، فلا بد أيضا أن يتأكد القاضي من قدرة الطرفين على الزواج وله في ذلك مطلق الحرية لأنّ المشرع لم يقيده بأيّ إجراء، كأن يستعين بالفحص

³⁶⁰ - أنظر، مالك بن أنس، الموطأ، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط. 01، 2013، ص. 434.

³⁶¹ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 412-413.

الطبي قبل الزواج³⁶²، وبتقرير طيب يؤكّد استعدادها النفسي لتحمل التزامات الزواج وما ينتج عنه من آثار، واستدعائها لسماعها، أو إجراء بحث اجتماعي³⁶³.

ومع أنّ أهمّ ميزة للتشريعات في مادّة الزواج هي منعها تزويج الصغار وقد أقرت بهذا المبدأ عندما اشترطت الأهلية في المترشح للزواج وحددتها بسن معيّنة. إلاّ أنّه يعاب عليها عدم تحديد سن دنيا لمنح الإذن بالزواج وهو ما قد يؤدّي إلى التضارب في الأحكام القضائية، خاصّة وأنّ جمهور الفقهاء ذهبوا إلى القول بصحة زواج الصغار³⁶⁴. الذي لا يمكن الأخذ به في وقتنا الحالي لما ينتج عنه من أضرار جسمانية، نفسية، واجتماعية. فهو يتعارض مع مصلحة الشخص الذي يفترض أن يكون قادر على تحمّل الآثار الناجمة عن عقد الزواج³⁶⁵.

وأمام هذا النقص التشريعي يبقى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، ولهذا يجب العمل على توحيد سن دنيا على صعيد المحاكم حتى يكون ذلك من شأنه أن يدفع المشرع إلى اعتماد هذا الاجتهاد وإخراج نص قانوني يسدّ النقص الوارد في الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والمادة 20 من المدونة المغربية، والمادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري. وإلى حين ذلك لا بد أن يقدر قاضي شؤون الأسرة المكلف بالزواج الحالات حقّ قدرها ويتخذ القرار المناسب الذي يوفق بين الاستثناء والأصل بمقرّر معلّل يبيّن فيه المصلحة، فالنصوص لم تحدّد سن دنيا ولكنها قيّدت القاضي بشروط لا بد من مراعاتها للتأكد من النضج والأهلية الجسمانية لتحمل تبعات الزواج والحقوق والواجبات المترتبة عنه وتوفر التمييز الكافي لصدور الرضا بالعقد³⁶⁶. ولتحقق ذلك، وجب أن يكون الإذن موافقا لعمق وروح هذه النصوص، ويراعى فيه جملة من المعطيات ومنها: توفير

³⁶² - نصت عليه المادة 07 مكرر من ق. أ. ج.

³⁶³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 63.

³⁶⁴ - ذهب الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى ثبوت الولاية على الصغير والصغيرة، ويجوز لوليّهما الشرعي تزويجهما، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: "واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لن يحضن".، سورة الطلاق، الآية رقم 04. فهذه الآية جعلت عدّة اللائي لم يحضن ثلاثة أشهر والصغيرة التي لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر، والعدّة لا تكون إلاّ من طلاق أو في فسخ النكاح، فدلّ ذلك على أنّ الصغيرة تزوّج وتطلق وزواجها صحيح، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 04، ص. 272؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 398.

³⁶⁵ - أنظر، محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، - الخطبة والزواج-، ج. 01، شهاب، 1985، ص. 61.

³⁶⁶ - فاتح كمال، المرجع السابق، ص. 200 - 201.

الظروف الملائمة في الاستماع إلى القاصر، وإعطائها الحرية الكاملة للتعبير عن رضاها بشكل صريح، وعدم الاكتفاء بالانطباعات المستخلصة من تصريحات وليها. عدم الاكتفاء بمجرد مظاهر وعلامات البلوغ والنضج الفيزيولوجي. عدم الاكتفاء بشهادة معاينة طبيّة فقط وإنما وجب اللجوء إلى إجراء الخبرة الطبية بمعناها القانوني والمسطري. ألاّ يكتفي بمبررات تتمحور بالأساس حول حالة القاصر الجسمية لتحمل أعباء الزواج واعتبار الظروف الاجتماعية والاقتصادية وبيئة وأعراف وتقاليد المنطقة³⁶⁷.

وإن كانت هذه الإجراءات تصبّ كلّها في مصلحة القاصر إلاّ أنّ تطبيقها لحد الساعة على مستوى المحاكم يكاد يكون منعدما، فالملاحظ ميدانيا أنّ الخبرة الطبية تستعمل من طرف القاضي كوسيلة لتبرير مقرّره فقط ولا يبدو أنّ لها تأثيرا على اتخاذ القرار نفسه. كما أنّ الشهادة الطبيّة تحرّر في الغالب دون أن تخضع الفتاة القاصر فعليًا لفحص طبي شامل، بحيث أنّ نضجها وقدرتها على الزواج يقدران برؤية العين³⁶⁸.

ولا بأس أن نذكر في هذا الصدد استطلاع آراء بعض القضاة المغاربة، حيث يرى غالبية المستجوبين على ضرورة تطبيق مقتضيات المادة 20 بكثير من المرونة والتساهل، فمراعاة الظروف الاجتماعية للفتاة القاصر ومراعاة بعض القيم الأخلاقية السائدة في المجتمع وخصوصا الأوساط القروية، تشكّل في نظرهم مبرّرا كافيا للاستجابة لطلبات منح الإذن بزواج القصر. في حين عبّر القلّة منهم عن رفضهم ومعارضتهم المطلقة لمنح الإذن بزواج من هم دون سن الزواج القانوني، مؤكّدين على ضرورة التزام الصرامة في تطبيق مقتضيات المادة 20، وذلك حتى يكون الإذن بالزواج مجرد استثناء على القاعدة كما يفيد بذلك منطوق المادة، وأمّا الاعتبارات الأخرى المتعلّقة بالواقع الاجتماعي والتقاليد فينبغي عدم أخذها بعين الاعتبار من قبل القاضي في تقديره لمعلّلات منح الإذن

³⁶⁷ - أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة... المرجع السابق، ص. 90.

³⁶⁸ - أنظر، عائشة الحمامي، مدونة الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المطبقة والوراثة الوطنية، مراكش، المغرب، ط. 01، 2009، ص. 62.

بزواج القاصر³⁶⁹. وبهذا الرأي قال الدكتور محمد الكشيبور أنّه طالما أنّنا أمام استثناء فيجب إعماله في أضيق الحدود بالتالي لا يمكن أن ينزل إلاّ سنة أو سنتين وكحد أقصى ثلاث سنوات³⁷⁰.

وبخصوص آراءهم حول السن الأدنى التي ينبغي التقيّد بها في منح الإذن بالزواج، فقد ذهب أغلبهم إلى اقتراح حصره في سن 16 سنة، ولو أنّه بصفة عامّة يجدون أنفسهم تحت التأثير القويّ الذي يمارسه الواقع الاجتماعي والاقتصادي وثقل العادات على القرارات التي يتخذونها فيما يخصّ منح الإذن بزواج القاصر. وهذا ما يؤكّد أنّ الواقع الاجتماعي والذهنية السائدة فيه يحولان دون تجسيد المقتضيات المساواتية التي جاءت بها مدونة الأسرة على أرض الواقع. ما يحملهم مسؤولية ارتفاع عدد منح الأذن بالزواج³⁷¹. وقد أثير نفس التساؤل بالنسبة للتشريع التونسي الذي لم يحدّد بدوره السن الدنيا التي يمكن فيها الإذن بالزواج لأقل من السن المحدّدة قانونا. وفي ذلك رأى بعض الباحثين أنّ سن التّمييز هو أقلّ سن معتبر على أساس أنّ عقد الزواج عقد مدني³⁷².

3- إرساء المفهوم الترشيدي لزواج القاصرة

وعيا من المشرعين المغاربة بدور المرأة الفعّال في الحياة باعتبارها عنصرا هاما وأساسيا في العائلة، عمدوا إلى تحرير القاصرة التي تحصّلت على إذن بالزواج من قيد الحجر وذلك عن طريق ترشيدها، فمن غير المنطقي القبول بزواج امرأة دون السن القانوني مع ما ينتج عن ذلك من آثار قانونية واعتبارها في ذات الوقت قاصرة عليها الرجوع إلى وليّها فيما يتعلّق بحالتها الشخصية وحتى معاملاتها.

من هذا المنطلق، كان لا بد من الإقرار بالمفعول الترشيدي للزواج لمن لم تبلغ سن الزواج، وهو ما أعلنت عنه القوانين المغربية للأسرة حيث نصّ المشرع التونسي بموجب الفصل 153 من مجلة الأحوال الشخصية على أنّ: "زواج القاصر يرشده إذا تجاوز سن السابعة عشرة من عمره، وذلك فيما يتعلّق بحالته الشخصية ومعاملته المدنية والتجارية". وتقابلها المادة 22 من مدونة الأسرة التي اقتضت فقرتها الأولى ما يلي: "يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق

³⁶⁹ - عائشة الحجامي، المرجع السابق، ص. 62 - 64.

³⁷⁰ - محمد الكشيبور، المرجع السابق، ص. 227.

³⁷¹ - عائشة الحجامي، المرجع السابق، ص. 64 - 65.

³⁷² - محمد الحبيب الشريف، الإذن القضائي... المرجع السابق، ص. 16 وما بعدها.

التقاضي في كل ما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". وهي ذات الصياغة المعتمدة من قبل المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الأسرة وفيها: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

بتمعّن هذه النصوص نجد أنّ التشريعات المغربية اتفقت على مبدأ ترشيد القاصر بالزواج إلاّ أنّها اختلفت حول مساحة هذا الترشيد، فقد ضيّق كل من المشرعين المغربي والجزائري من حرية القاصرة المتزوجة في مباشرة كل ما يتعلّق بحالتها الشخصية، إذ يقتصر الترشيد على أهلية التقاضي في ممارسة ما يتعلّق بآثار الزواج من حقوق والتزامات كالمطالبة بالنفقة أو الصداق أو إثبات النسب ولا يمتد إلى مسائل الطلاق وآثاره، كما لا يتعدّاه إلى أهلية القيام بالتصرفات القانونية بدليل أنّ المادة 14 من القانون التجاري المغربي نصّت على أنّه: "لا يجوز للوصي أو المقدم أن يستثمر أموال القاصر في التجارة إلاّ بعد الحصول على إذن خاص من القاضي وفقا لمقتضيات قانون الأحوال الشخصية". وبالمقابل نجد أنّ المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تنص على أنّه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم طلب باسمه من قبل وليّه أو مقدّمه حسب الحالة"³⁷³. وأيضا لا يشمل التصرفات المالية -فأهلية التقاضي تختلف عن أهلية القيام بالتصرفات القانونية- ولهذا يقترح الدكتور بلحاج العربي إضافة عبارة "ويستثنى من ذلك إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج" إلى الفقرة الثانية من المادة 07 من قانون الأسرة³⁷⁴.

وعلى هذا الأساس ليس للزوجة القاصرة سلطات على مالها وتبقى خاضعة لوليّها لا إلى زوجها حسب ما نصت عليه أحكام المواد من 87 إلى 91 من قانون الأسرة، فيتولى الولي³⁷⁵ إدارة أموال القاصرة والتصرّف فيها تصرّف الرجل الحريص³⁷⁶، باستثناء بعض التصرفات التي يحتاج فيها إلى الحصول على إذن من القاضي³⁷⁷. وإذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يقوم القاضي تلقائيا

³⁷³- القانون رقم 08-09، مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154، المؤرخ في 08 جوان 1066، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ع. 21، الصادرة بتاريخ 23/04/2008، ص. 03 وما بعدها.

³⁷⁴- بلحاج العربي، أحكام الزوجية... المرجع السابق، ص. 165.

³⁷⁵- وهو الأب وفي حالة غيابه أو وفاته أو عجزه تحل محله الأم، وعند الطلاق ترجع الولاية لمن أسندت إليه الحضانة طبقا للمادة 87 من ق. أ. ج.

³⁷⁶- المادة 88، ف. 01، من ق. أ. ج.

³⁷⁷- وهي كالتالي: 1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة، 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، 3- استثمار أموال القاصر بالإفراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة، 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

أو بناء على طلب من له مصلحة بتعيين متصرف خاص³⁷⁸، أما إذا توفي الوالدين فإن إدارة أموال القاصر تخضع لرقابة القاضي³⁷⁹.

هذا على خلاف المشرع التونسي الذي منحها الحرية المطلقة، فزواجها يرشدها في كل ما يتعلق بحالتها الشخصية وحتى معاملاتها المدنية والتجارية، ولو أنّ جانب من الفقه القانوني التونسي لا يؤيد هذا الترشيح فعلى الرغم من أنّهم يرون فيه تكريس لاستقلالية الزوجة وحل لبعض الوضعيات الواقعية المتشعبة كأن تكون الأم أرملة ولها أبناء وما تزال مولى عليها. إلا أنّه بالمقابل قد يعدّ سببا من الأسباب التي تؤدي إلى الإضرار بمصالحها وبشخصها³⁸⁰، فلا يمكن أن تنقل واقعة الزواج المرأة بين عشية وضحاها من حالة الارشاد إلى حالة الرشد والوعي والتمييز، بل إنّ وجود علاقة الزواج قد تكون سببا في الإضرار بمصالح الزوجة القاصرة التي قد تقع تحت تأثير زوجها فيستغل ضعفها وصغر سنّها للحصول على منافع وامتيازات. ولهذا كان على المشرع التونسي عدم التسرع في ترشيح الزوجة القاصرة في معاملاتها المدنية من منطلق منحها استقلاليتها وحريتها المطلقة، فقد كان من الأجدر إبقاء الزوجة القاصرة تحت رقابة وليّها الشرعي لغاية حماية بحثة لا تقييدا وسلبا لحريتها. خاصّة وأنّ زواج القاصرة لا ينقل الولاية إلى الزوج وإمّا تبقى بيد من أسندت إليه قبل الزواج.

ولكن لا يمكن تفعيل هذا القول لأنّ موقف المشرع التونسي جاء واضحا صلب الفصل 153 من المجلة، وعليه للقاصرة المتزوجة أن تتولى شؤونها في معاملاتها وتصرفاتها القانونية دون قيد أو مانع، إذ تصبح متمتعة بأهلية كاملة سواء للتقاضي بوصفها مدعي أو مدعى عليها دون التوقّف على وجود الولي، أو لإبرام العقود بجميع أنواعها مع تحمّلها المسؤولية بذاتها في صورة إخلالها بالالتزام التعاقدية أو في حالة صدور تقصير منها. لكونها اكتسبت أهلية الإلزام والالتزام حسبما نص عليه الفصل الثالث من مجلة الالتزامات والعقود.

كما أنّ وضوح الفصل 153 من مجلة الأحوال الشخصية من شأنه أن يوضح حدا لكل جدل حول أهلية الزوجة القاصرة في ممارسة التجارة خاصّة أنّ الفصل السادس من المجلة التجارية ينص على

³⁷⁸ - المادة 90 من ق. أ. ج.

³⁷⁹ - المادة 468 من ق. إ. م. إ. ج.

³⁸⁰ - عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين... المرجع السابق، ص. 422.

أنّه: "لا يجوز للقاصر الذي بلغ الثامنة عشر عاما كاملة ذكرا كان أم أنثى أن يتعاطى التجارة أو أن يعتبر رشيدا بالنظر للتعهدات التي التزم بها في أعمال تجارية إذا لم يحصل على ترشيده المطلق". فقد أكد أنّ الترشيد بالزواج في سن السابعة عشرة سنة يمكن صاحبه من التعامل التجاري وهذا ما يتماشى مع منطوق الفصل الخامس من ذات المجلة: "كل شخص أهل للالتزام يجوز له أن يتعاطى التجارة"³⁸¹.

وعليه، فإنّ الفصل 153 من مجلة الأحوال الشخصية وسّع من نطاق ترشيده القاصرة بالزواج ليشمل أهلية التقاضي في مسائل الزواج والطلاق وما ينتج عنهما من آثار، وكذا أهلية القيام بالتصرفات المدنية والتجارية، على أنّه لا يمتد لدائرة الأمور الإدارية والسياسية وكذا المادة الجزائية التي تبقى في حدود ثمانية عشرة سنة³⁸².

وإنّ مفعول الترشيد يظل قائما حتى بعد الطلاق، فقد جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بقفصة بتاريخ 23 مارس 1998 ما يلي: "إنّ المرأة التي تجاوز عمرها السابعة عشرة لا تفقد أهليتها القانونية في صورة الطلاق وذلك بعد أن كانت ترشّدت بموجب الزواج على معنى الفصل 153 من مجلة الأحوال الشخصية، ويمكنها بالتالي إبرام عقد زواج ثاني بدون موافقة الولي، إذ أنّ معيار الترشيد يتعلّق بمؤسّسة الزواج نفسها سواء كانت قائمة أو منحلة"³⁸³.

فالترشيد يبقى ساري المفعول حتى بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة، إلّا أنّه يكون باطلا في صورة الحكم ببطلان عقد الزواج إعمالا لأحكام الفصل 539 من مجلة الالتزامات والعقود حيث ورد فيه: "إذا صرّح القانون بالنهي عن شيء معيّن كان إتيانه باطلا لا يبني عليه شيء".

³⁸¹- أنظر، عبد الباسط خالدي، الترشيد بالزواج، م. ق. ت.، أوريس، تونس، 1995، ع. 08، ص. 181-182.

³⁸²- إنّ ممارسة الحقوق السياسية ولئن كانت تأخذ بعين الاعتبار قواعد الأهلية المدنية إلّا أنّها تخضع لنصوص خاصة، ولم ينص الفصل 153 من م. أ. ش. ت. ولا أي نص آخر على أنّ ترشيده القاصر بزواجه يمنحه حق الانتخاب أو الانخراط في الأحزاب السياسية. وحماية للقاصر سحب هذا الترشيد على المادة الجزائية فلا مجال للتوسّع في تأويل الترشيد الذي أقرّه الفصل المذكور أعلاه.، أنظر، موسى السماطي، زواج القاصر في القانون التونسي، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية الأساسية، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة 7 نوفمبر بقرطاج، تونس، 2003-2004، ص. 134-136.

³⁸³- محكمة ابتدائية بقفصة، حكم مدني، 23 / 03 / 1998، ملف رقم 46492، م. ق. ت.، 1998، ع. 06، ص. 181.

وبهذا يكون المشرع التونسي قد انفرد بهذا القرار على خلاف نظيره المغربي والجزائري الذين جاء ترشيدهما للقاصر في نطاق ضيق، تبعاً لما تمّ توضيحه أعلاه.

مع أنّ الأهلية الكاملة هي أساس الحقوق والحريات إلا أنّ التشريعات الأسرية أغفلت النص على جزاء تخلفها، فأيّ حماية قانونية هذه للمرأة؟

ثالثاً: عدم حماية حق المرأة في الزواج لغياب جزاء تخلف الأهلية

أغفلت التشريعات المغاربية للأسرة الحديث عن حكم تخلف شرط أهلية الزواج، فمجلة الأحوال الشخصية التونسية أشارت في فصلها 21 على أنّ الزواج المبرم دون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الخامس هو زواج فاسد ووجب بطلانه على أساس الفصل 22 منها، مغفلة بذلك النص على حكم مخالفة أحكام الفقرة الثانية من الفصل الخامس وهو المتعلق بتحديد أهلية الزواج.

هذا ولم ترتّب مدونة الأسرة المغربية جزاء تخلف سن الأهلية حيث نصت المادة 59 منها على أن: "يكون الزواج فاسداً إذا اختل فيه شرط من شروط صحته طبقاً للمادتين 60 و61 بعده ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصحّ بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده". وبمراجعة المادة 60 من نفس المدونة التي اقتضت: "يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحّ بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين". والمادة 61 منها وفيها: "يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده، وذلك في الحالات الآتية:

- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج؛
 - إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثاً؛
 - إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه؛
- يعتد بالطلاق أو التطليق الواقع في الحالات المذكورة أعلاه، قبل صدور الحكم بالفسخ". فنجد أنّ المشرع المغربي أسقط حكم الزواج بدون توافر الأهلية.

وقد نصّ المشرع الجزائري على شروط صحة عقد الزواج في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، ورتّب جزاء تخلفها بموجب الفقرة الثانية من المادة 33 من ذات القانون التي جاء فيها: "إذا تمّ الزواج

بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". والملاحظ أنّ هذه الأخيرة لم يرد ضمنها شرط الأهلية ولذا لا يمكن تطبيق هذا الجزاء عند تخلفها.

فأمام هذا الفراغ التشريعي ما هو جزاء تخلف سن الزواج؟

لقد تضاربت آراء الفقهاء بخصوص تخلف شرط سن الزواج، فعلى صعيد الفقه المغربي يرى البعض أنّ اشتراط السن في المدونة كان من باب الاستحسان ومنشؤه اعتبارات نفسية واجتماعية، فهو ليس ركنا ولا بشرط صحة وإتمام يعتبر شرط نفاذ للعقد، وقع باستحسان ولي الأمر، ولهذا لا يبطل به العقد³⁸⁴. ولا يمكن الأخذ بهذا الرأي لأنّ المادة من مدونة الأسرة تنص صراحة على اعتبار شرط السن من شروط صحة عقد الزواج. فذهب فريق آخر إلى القول أنّ شرط السن هو شرط من شروط صحة العقد، والإخلال به يؤدي إلى فساد العقد قبل الدخول وبعده³⁸⁵. ومع أنّ المادة 61 من المدونة نصّت على حالات الزواج الفاسد الذي يفسخ قبل وبعد الدخول على سبيل الحصر، إلّا أنّها لم تتضمن حالة تخلف السن.

أمّا من ناحية الفقه الجزائري، فذهب فريق إلى القول بتطبيق قانون 224-63 الصادر بتاريخ 29 جوان 1963 حيث تنص المادة الثانية منه على معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية، القاضي والزوجين وممثليهما الذين لم يراعوا شرط السن القانونية. وتضيف المادة الثالثة من نفس القانون أنّ كلّ زواج أبرم دون توافر أهلية الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا قبل الدخول، وبطلانا نسبيا بعده، ولا يمكن الطعن فيه إذا بلغ الزوجان السن القانونية أو حملت الزوجة³⁸⁶. ولو أنّ تطبيق الرأي الأوّل يعتبر من الناحية العملية أفضل الحلول وأقلّها عيبا، إلّا أنّه لا يمكن التسليم بصحّته لأنّ إعادة تنظيم

³⁸⁴ - عبد المجيد غميحة، المرجع السابق، ص. 191 - 192.

³⁸⁵ - أنظر، أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، -الزواج والطلاق-، ج. 01، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، ط. 03، 1994، ص. 242.

³⁸⁶ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 28.

نفس الموضوع من قبل المشرع يدلّ على العدول عن التشريع القديم بأكمله بناء على نص المادة 02 من القانون المدني³⁸⁷.

وهو ما دفع الفريق الثاني إلى القول بعدم توقيع الجزاء لغياب قاعدة قانونية تنص عليه، خاصة وأنّ المشرع لم يعط لأهلية الزواج القيمة القانونية اللازمة بدليل أنّه أقرّ الزواج العرفي وتثبيته أمام القضاء³⁸⁸. وأيضا لا يعتد بهذا الرأي لأنّ من خصائص القاعدة القانونية أن تكون ملزمة ومقتزنة بجزء³⁸⁹.

هذا ولا يمكن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لكون زواج القاصر متوقّف على إجازة الولي، في حين أنّ المادة السابعة من قانون الأسرة تشترط إذن القاضي. فلا يمكن في حالة تخلفه لإجازة الولي أن تصحّحه³⁹⁰.

أمّام رفض هذه الحلول لا بدّ من الرجوع إلى القواعد العامّة، ولأنّ اكتمال الأهلية له علاقة بالرضا وفي غياب نص صريح، جاز تطبيق الفقرة الثالثة من المادة 57 من المدونة لكونها تنص على أنّه: "يكون الزواج باطلا: 3...- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول". وبالمقابل في قانون الأسرة وبتنسيق المادة 04 التي تعتبر عقد الزواج عقدا رضائيا والمادة 09 منه التي تنص على أنّ الرضا ركن لانعقاد عقد الزواج، والمادة 33 التي ترتّب البطلان إذا احتل ركن الرضا. يمكننا القول أنّ الرضا لا

³⁸⁷ - تنص المادة 02 من ق. م. ج. على أنّه: "...يكون الإلغاء ضمّنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم."

³⁸⁸ - أنظر، محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، - الخطبة والزواج-، ج. 01، دار شهاب، الجزائر، ط. 02، 2000، ص. 130.

³⁸⁹ - جيلالي تشوار، الثغرات التشريعية... المرجع السابق، ص. 109 - 110.

³⁹⁰ - جيلالي تشوار، الثغرات التشريعية... المرجع السابق، ص. 110 - 111؛ رأى البعض أنّه يجب أن يلاحظ في هذا المقام أنّ السماح بالزواج لدون السن عن طريق القضاء لا يعني استقلاله بإرادته وحده في عقد الزواج إذا كان دون سن الرشد المالي، بل يكون في هذه الحالة خاضعا لقواعد الأهلية والولاية على المال، فلا يكون زواجه نافذا دون موافقة ولي المال أبا أو جدا عصبيا، فإذا كان ولي المال غيرهما يشترط مع ذلك موافقة القاضي. وقد عقب على هذا الطرح بأنّه ليس له ما يبرره قانونا، ذلك أنّ القانون قد حوّل للقاضي أمر التزويج عن طريق الترخيص أو المنع، ومن ثمّ فلا سلطة للولي في الإجازة أو الاعتراض. غاية ما في الأمر أنّ القاضي لا يصدر ترخيصا بذلك الزواج إلا بعد أن يتقدّم الولي أو الممّثل القانوني للقاصر بطلب الترخيص القضائي بالزواج، وللقاضي واسع النظر في ذلك، وإجازته كافية لتنفيذ الزواج. إذ يفهم من نص الفقرة الثانية من المادة 11 أنّه يتولى زواج القاصر وليها وهو الأب فأحد الأقارب الأوّلين، والقاضي ولي من لا ولي له. دون الإخلال بأحكام المادة السابعة من هذا القانون: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج". بمعنى أنّه يتوقف على إذن القاضي ثمّ تولي الولي للعقد، أنظر، محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، -تخصّص فقه وأصوله-، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009، ص. 428.

يكون صحيحاً إلا إذا صدر من شخص يتمتع بكامل الأهلية لإبرام عقد الزواج. أمّا إذا صدر من شخص ناقص الأهلية فإنّ إرادته تكون مختلة ويقع تصرفه باطلاً. وعليه، فالأهلية جزء من الرضا وجزءاً تخلفها البطلان³⁹¹.

وبعيداً عن هذا النقاش الفقهي، فإنّ بعض القرارات القضائية قد تناولت هذه المسألة منها: حكماً صدر عن المحكمة الابتدائية لمدينة الناظور، وكان الأمر يتعلّق بطلب فسخ زواج تم فيه الدخول، وذلك لعدم توقّر الزوجة على السن القانوني عند العقد. فقضت المحكمة بفسخ العقد، لأنّه: "من الثابت شرعاً، إذا ثبت خلل في صلب عقد النكاح، تحتم فسخه قبل البناء وبعده بالطلاق"³⁹².

وعندما تم استئناف الحكم المذكور أمام محكمة الاستئناف بوجدة، تمّ إلغاء الحكم المذكور أعلاه، بعلّة "أنّ الفصل 08 (من المدونة) لم يرتّب عليه المشرع أي جزاء، بحيث يترتّب على مخالفة مقتضياته البطلان. ولأنّ الزواج تم بموافقة الولي، الذي تقرّر المادة التاسعة (من المدونة) صحّة الزواج الذي يتم بموافقته، قبل سن الرشد القانوني. وبناء على ذلك حكمت المحكمة على الزوجة بالرجوع للبيت الزوجية"³⁹³.

وعن المجلس الأعلى المغربي، فإنّه وبمناسبة قرار صادر عنه، لم يتعرّض لمسألة فساد العقد وما إن كان يتعيّن فسخه قبل الدخول أو بعده. وإتّماً بيّن الفترة التي يشترط فيها توقّر السن المتطلّب قانوناً للزواج، وما إن كان يشترط هذا السن عند العقد أو عند الدخول. وكان ذلك بمناسبة دعوى تقدّم بها المدعي بطلب الحكم على المدعى عليها زوجته بالدخول والالتحاق ببيت الزوجية في أجل قريب تعيّن المحكمة. فأجابت المدعى عليها بدعوى مقابلة تلتمس فيها الحكم بفساد عقد الزواج بين الطرفين لكون الزوجة لم تبلغ السن القانوني للزواج حين العقد. فحكمت المحكمة الابتدائية عليها بصحة عقد الزواج، وبتمكينها نفسها للزوج قصد الدخول بها. فاستأنفته بناء على عدم توفر السن

³⁹¹ - وهو رأي الأستاذ الدكتور جيلالي تشوار، ويتفق معه الدكتور بلحاج العربي، جيلالي تشوار، سن الزواج... المرجع السابق، ص. 89، بلحاج العربي، أحكام الزوجية... المرجع السابق، ص. 196 - 197.

³⁹² - المحكمة الابتدائية بالناظور، 05 / 10 / 1976، ع. 4066. غير منشور، مقتبس عن: أحمد الخليلي، التعليق على... المرجع السابق، ص.

.425

³⁹³ - محكمة الاستئناف بوجدة، حكم عدد 688، 09 / 05 / 1978، ع. 402-77، المرجع السابق.

القانوني للزوجة حين العقد ولعدم رضاها بالزواج ولعدم توفر العقد على بيانات حالتها المدنية، إذ تمّ الزواج بناء على ورقة إدارية من سلطة محل العقد تشهد ببلوغها السن القانوني. فحكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائي. فطالبت المدعى عليها بنقض الحكم المذكور، فنقضه المجلس الأعلى لخطأ المحكمة في تأويل الفصل الثامن من المدونة، والذي يتبيّن منه أنّ أهلية النكاح لا تكتمل عند المرأة إلاّ بعد بلوغها خمسة عشرة سنة منصرمة ساعة إبرام العقد لا ساعة الدخول³⁹⁴.

والملاحظ من خلال هذا القرار أنّ المجلس الأعلى اعتبر أنّ المحكمة أخطأت في تأويل الفصل الثامن من المدونة، وذلك عندما اعتبرت أنّ السن المعتبرة قانوناً هو السن عند الدخول، في حين رأى المجلس أنّ اكتمال أهلية الزواج يكون ساعة إبرام العقد لا ساعة الدخول. وبهذا يكون قد ركّز على متى يجب توافر شرط السن ولم يتعرّض ما إن كان العقد المختل فيه هذا الضابط يعتبر فاسداً.

ومن جهة القضاء الجزائري، نجد القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 07 ديسمبر 1966 تضمّن: "من المقرّر شرعاً أنّ عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه"³⁹⁵. وقرار آخر صدر عن المحكمة العليا بتاريخ 21 فيفري 2001 ورد فيه: "إنّ الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون"³⁹⁶. هذا وقد اعتبرت بمقتضى القرار الصادر عنها بتاريخ 03 جويلية 2002 أنّ الزواج الباطل هو ذلك الذي لم يستوف شروطه الموضوعية (السن، الولي، الصداق)³⁹⁷.

وهكذا جاءت هذه القرارات القضائية متماشية مع الرأي القائل ببطلان عقد الزواج عند عدم اكتمال الأهلية بطلاناً مطلقاً قبل الدخول، وبطلاناً نسبياً بعده. وهو موقف عقلائي لأنّ توقّر أهلية الزواج كاملة وقت إبرام العقد يحافظ على رضائية العقد، ويمكن المرأة من الاختيار الحر.

ونخلص إلى القول أنّ تخلف شرط السن في عقد الزواج يثير عدّة مشاكل خاصّة بعد الدخول بالزوجة وإنجاب الأولاد. إذ من شأن ترتيب الفسخ كجزاء أن يطرح مشكل هدم أسرة، وبالمقابل عدم

³⁹⁴- مجلس أعلى، غ. إ.ج.، 15/11/1968، ملف ع. 5، م. ق. ق.، ع. 97، ص. 418.

³⁹⁵- مجلس أعلى، غ. ق. خ.، 07/12/1968، م. ج.، 1968، ع. 01، ص. 139.

³⁹⁶- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 21/02/2001، ملف رقم 255711، م. ق. ق.، 2002، ع. 02، ص. 425-426.

³⁹⁷- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 03/07/2002، ملف رقم 261925، م. ق. ق.، 2003، ع. 02، ص. 272.

ترتيب أي أثر للإخلال به يحمل إهمالا تامًا لحق المرأة وحرمتها الكاملة في الاختيار وفي هذا تأثير على رضاها بالعقد أساسا، وكذلك في تجنب مخاطر الزواج المبكر. ولتلافي حدوث ذلك لا بدّ من ترتيب جزاءات زجرية ضد ضباط الحالة المدنية والموثقين الذين يرمون عقود زواج دون التثبت من سن الزواج وهوية الراغبين فيه، وضد الأولياء الذين يصرحون ببيانات كاذبة بخصوص سن من هي تحت ولايتهم أو الزوجين عند تواطؤهما على إخفاء السن الحقيقي. وهي جزاءات من شأنها حماية سن الزواج عند إبرام العقد، وكذلك في حالة الزواج العرفي.

إنّ الشروط البيولوجية المتطلّبة لإبرام عقد الزواج لا تكتمل إلاّ إذا خضع الخاطبين لفحص طبي يكشف سلامتهما وخلوّهما من الأمراض، فهل هذا الشرط من شأنه أن يؤثّر على حرية المرأة في الزواج؟ وهل ما تسفر عنه نتائجه قد تقف عائقا أمام إتمام العقد.

الفرع الثالث

مدى تعارض الفحص الطبي قبل الزواج مع حرية المرأة

نظرا لاكتشاف العلوم الطبيّة الحديثة لحقائق تؤكّد وجود أمراض وراثية وأمراض معدية خطيرة، وعوامل كامنة يمكن أن تؤثّر سلبا على صحّة الأزواج والأبناء، سعت التشريعات المغاربية إلى اتخاذ إجراء احترازي يكرّس سياسة صحيّة وقائيّة تقلّل من المتاعب الصحية المنعكسة سلبا على الأسرة والمجتمع، فاشتطت على المقبلين على الزواج ضرورة الخضوع لفحوصات طبية بهدف تحرير شهادة طبية قبل إبرام عقد الزواج.

فهل تتعارض الشهادة الطبية مع حرية المرأة في ممارسة حقها في الزواج؟

إنّ الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي تحديد مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج وبيان أهميته (أولا)، وبعدها التطرّق إلى معالجته من قبل التشريعات المغاربية للأسرة (ثانيا)، وصولا إلى تحديد طبيعة الالتزام به (ثالثا).

أولاً: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج وأهميته

يعرّف الفحص الطبي عامّة من الناحية اللغوية بأنّه: "عملية الاستقصاء والبحث الدقيق عن الأمراض والعيوب الخفيّة بهدف التّداوي والعلاج". ومن الناحية الاصطلاحية فهو: "ذلك الكشف الذي يجريه الطبيب للشخص المريض بغية معرفة العلة والوصول إلى تشخيص المرض، عن طريق معاينة العلامات والأعراض من جهة، واستكمال فحوصات إضافية أخرى معمّقة من جهة أخرى"³⁹⁸.

وبالنسبة للفحص الطبي قبل الزواج فيعرّف بأنّه: "مجموعات الفحوصات الوقائيّة التي تستهدف المقبلين على الزواج، وتشتمل على فحوصات سريرية وتحاليل معملية للكشف عن الأمراض المعدية أو الوراثية التي يكون لها تأثير عكسي على صحّة الأم أو الأبناء وتؤثّر في مقاصد الزواج"³⁹⁹.

ويعدّ الفحص الطبي قبل الزواج من المسائل التي استجدت في هذا العصر، حيث لم يتطرّق لها الفقهاء قديماً، لما يميّز به المسلمون الأوّلون من الصّدق والأمانة في الإخبار عن العيوب الزوجية قبل الزواج من جهة، ولعدم وجود التقدّم العلمي الذي يمكنهم من إجراء الفحص الطبي من جهة أخرى⁴⁰⁰.

وأما الفقهاء المعاصرون فلهم في هذه المسألة رأيين⁴⁰¹:

فالرأي الأوّل يأخذ بجواز الأخذ بالفحص الطبي في الزواج، لأنّه لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، بل تدعوا إليه قواعدها العامّة. فحفظ النسل من الكليات الخمس التي تضافرت النصوص الشرعية على الاهتمام بها والدعوة إلى رعايتها. ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ﴾⁴⁰². وقوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا ذُرِّيَّتَيْنَا

³⁹⁸ - أنظر، عبد الفتاح أحمد أبو كلبية، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، -دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط. 01، 2008، ص. 58.

³⁹⁹ - عبد الفتاح أحمد أبو كلبية، المرجع السابق، ص. 66.

⁴⁰⁰ - أنظر، عبد الله ابن الطاهر السوسي التناي، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلّته، الكتاب الأوّل، -الزواج-، النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط. 01، 2005، ص. 250.

⁴⁰¹ - أنظر، أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلّته وتوضيح مذاهب الأئمة، ج. 03، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 2003، ص. 130.

⁴⁰² - سورة آل عمران، الآية رقم 38.

فُرَّةٌ أَعْيُنٌ⁴⁰³. كما لا يتعارض الفحص الطبي مع الثقة بالله تعالى لأنه ضرب من الأخذ بالأسباب لقوله صلى الله عليه وسلم: "تزوَّجوا الودود الولود فإنِّي مكاتر بكم الأمم يوم القيامة"⁴⁰⁴. فلا مانع من اتخاذ المقبل على الزواج الفحص الطبي سببا للوقاية من الأمراض وحتى يكون نسله صالحا، سليما.

وأما الرأي الثاني، فممنع هذا الفحص لعدم الحاجة إليه، لأنَّ نتائج التحاليل الطبيَّة احتمالية في العديد من الأمراض، وهي ليست دليلا صادقا لاكتشاف الأمراض المستقبلية. ولأنَّه يدخل في سوء الظن بالله المنهي عنه لقوله صلى الله عليه وسلم: "إِيَّاكُمْ وَالظَّنَّ، فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الْحَدِيثِ، وَلَا تَحْتَسِسُوا، وَلَا تَجْتَسِسُوا، وَلَا تَحَاسِدُوا، وَلَا تَبَاغِضُوا، وَلَا تَدَابِرُوا، وَكُونُوا عِبَادَ اللَّهِ إِخْوَانًا"⁴⁰⁵. وفي حديث آخر جاء فيه: "لا يموتنَّ أحدكم إلَّا وهو يحسن الظنَّ بالله عزَّ وجل"⁴⁰⁶.

وأمام هذين الرأيين لا بدَّ من ترجيح الرأي الأوَّل القائل بمشروعية الفحص الطبي، فعموم الأدلَّة الشرعيَّة تؤيِّده، ونتائجه مؤكَّدة بنسبة مأوية متقدِّمة نتيجة التقدُّم الطيِّ وتطوُّره. فالفحص الطبي قبل الزواج يعتبر من الوسائل الوقائية الفعَّالة في الحد من انتشار الأمراض الوراثية والمعدية الخطيرة، والتقليل من نسب المعاقين في المجتمع وضمان إنجاب أطفال أصحاء عقليا وجسميا. وفيه حماية للطرفين المقبلين على الزواج من المرض المعدي الذي ينتقل جنسيا من الطرف المصاب إلى الطرف السليم، ومن أخطر هذه الأمراض الزهري، السيلان، داء نقص المناعة المكتسب وغيرها⁴⁰⁷.

⁴⁰³ - سورة الفرقان، الآية رقم 74.

⁴⁰⁴ - سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بـ "ابن الملقن"، البدر المنير... المرجع السابق، ص. 423.

⁴⁰⁵ - أنظر، أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، المجلد الأوَّل، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط. 01، 2006، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظن والتجسس والتنافس والتناحش ونحوها، ص. 1192-1193.

⁴⁰⁶ - أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم... المرجع السابق، كتاب الجنة وصفة نعيمها وأهلها، باب لأمر بحسن الظن بالله تعالى عند الموت، ص. 1316.

⁴⁰⁷ - أكَّد مدير برنامج الأمم المتحدة المشترك المعني السيدا "أونيسدا"، عادل زدام، في تصريح لجريدة الخبر أنَّ عدد الإصابات الرسمية إلى غاية سبتمبر 2015، قدرت 9606 حالة. وأنَّ معظم الحالات المسجلة يتراوح سن أصحابها بين 25 و45 سنة، بالنسبة للجنسين. هذا دون الحديث عن حوالي 20 ألف حالة غير مشخصة والمجموع يصل إلى ما يقارب 30 ألف حالة.، أنظر، خيرة لعروسي، بالإضافة إلى 20 ألف حالة غير مشخصة، 9600 إصابة مؤكَّدة بالسيدا في الجزائر، 30 نوفمبر 2015، جريدة الخبر، على الموقع: www.elkhabar.com

- ولا يختلف الأمر في المغرب، فالأرقام هي الأخرى صادمة، حيث أظهر برنامج الأمم المتحدة لمكافحة داء السيدا في التقرير أنَّ مجموع المغاربة الذين أصيبوا بداء فقدان المناعة المكتسبة، وصل إلى 24 ألف شخص. كما كشف أنَّ المغرب يشهد سنويا 1200 إصابة جديدة أي بمعدَّل أربع إصابات جديدة يوميا.، أنظر، أحمد خيبي، أرقام صادمة عن "السيدا" بالمغرب، 16 يوليو 2016، جريدة الصباح، على الموقع: assabah.ma

ولهذا، فإنّ الغاية المنشودة من وراء إجراء هذا الفحص قبل الزواج هو بناء علاقة زوجية مبنية على النصح والإرشاد والاستقرار والمودة والرحمة والصراحة، والمعرفة التامة للحالة الصحية الجسمية للزوجين المستقبلين، مع تقرير العلاج في حالة المرض، أو الرضا والقبول بالوضع الصحي وتحمل العواقب، تفاديا للغش والتدليس وتأزم العلاقة مستقبلا، ومن تمّ ضمان الوقاية والصحة الخاصة لأفراد الأسرة والصحة العامة للمجتمع⁴⁰⁸.

فما هي مكانته في التشريعات المغربية؟

ثانيا: مكانة الفحص الطبي في التشريعات المغربية

اعتبارا لأهمية الجانب الصحي في إطار الحياة الزوجية اشترطت التشريعات المغربية إجراء كشف طبي قبل إبرام عقد الزواج وذلك تحسبا لبعض الأمراض الخطيرة المعدية التي يمكن أن تضر بحياة الزوجين الصحية كما يمكن أن تلحق الضرر بنسلهما اللاحق. ويعتبر المشرع التونسي سباقا في النص على الفحص الطبي قبل الزواج فكان ذلك بموجب القانون رقم 64-46 المؤرخ في 03 نوفمبر 1964، والذي تضمن سبعة فصول⁴⁰⁹. وبعدها عرف تنظيم هذه الشهادة تطورا تدريجيا هاما على المستويين الموضوعي والجغرافي فأتبعها بتشريعات فرعية منها قرار وزيرى الداخلية والصحة العمومية المؤرخ في 28 يوليو 1995، والمتعلق بتعميم الشهادة الطبية على كامل تراب الجمهورية التونسية⁴¹⁰. ولم يلبث أن تعزز هذا المنشور الثنائي بقرار أحادي من وزير الصحة العمومية بتاريخ 16 ديسمبر 1995 يتعلق بضبط نموذج الشهادة الطبية السابقة على الزواج والبيانات التي يجب أن تتضمنها⁴¹¹.

= وفي تونس، كشفت المكلفة بالإعلام في إدارة الرعاية الصحية الأساسية "ريم حمزة"، أنّ 1547 حالة هم عدد المصابين بمرض السيدا، بزيادة 122 حالة جديدة في 2015، وأضافت أنّ نصف الحالات هم 55 بالمئة من الشباب يتراوح سنهم بين 25 و34 سنة. نشر على الموقع: akherkhabaronline.com

⁴⁰⁸- أنظر، عبد القادر علاقي، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص. 31.

⁴⁰⁹- القانون ع. 46-64 المؤرخ في 03 نوفمبر 1964، والمتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، ر. ر. ج. ت.، الصادر في 03 نوفمبر 1964، ص. 1483.

⁴¹⁰- قرار وزيرى الداخلية والصحة العمومية المؤرخ في 28 جويلية 1995، المتعلق بتعميم الشهادة الطبية على كامل تراب الجمهورية، ر. ر. ج. ت.، الصادر في 08 أوت 1995، ص. 1741.

⁴¹¹- قرار وزير الصحة العمومية مؤرخ في 16 ديسمبر 1995، يتعلق بضبط نموذج الشهادة الطبية السابقة للزواج والبيانات التي يجب أن تتضمنها، ر. ر. ج. ت.، الصادر في 26 ديسمبر 1995، ص. 2463.

وإثر ذلك صدر منشور عن وزارة الصحة العمومية رقم 58 المؤرخ في 08 ماي 1996، الخاص بالشهادة الطبية السابقة للزواج مصحوبا بنموذج عنها في صيغتها العربية والفرنسية. ومباشرة بعد ذلك، صدر المنشور الوزاري الثلاثي المشترك عن وزراء العدل والداخلية والصحة العمومية رقم 63 المؤرخ في 22 ماي 1996 المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج.

وهكذا أدرجت الشهادة الطبية في ملف عقد الزواج تقريبا منذ الستينات بصفة اختيارية، ومع ظهور الأمراض المنقولة جنسيا وللحد من زواج الأقارب تم إقرار الشهادة الطبية السابقة للزواج بصفة إجبارية سنة 1994 وتعميمها على كامل تراب الجمهورية سنة 1995 في كل المستشفيات العمومية بعدما كان يتم تطبيقها بصفة جزئية على الصعيد الجغرافي.

وإنّ إجبارية الشهادة الطبية قبل الزواج جاءت في نطاق الأنشطة الوقائية لوزارة الصحة العمومية من إمكانية تنقل الأمراض المنقولة جنسيا والأمراض الوراثية بين القرينين وتأثيراتها على النسل كما تعتبر فرصة لتهيئة الزوجين لبداية مرحلة جديدة من الحياة والتوعية الإنجابية.

وقد أقدمت وزارة الصحة العمومية في خطوة تحسيسية أولى من نوعها إلى دعوة الفئات الشابة المقبلة على الزواج إلى ضرورة القيام بالفحوصات الطبية اللازمة قبل الزواج والحصول على الشهادة الطبية الإلزامية في عقد القران عن طريق الطبيب المختص أو الطب العمومي وذلك لتجنب الأمراض الوراثية وتشوهات الحمل بسبب تضارب فصيلة دم الزوجين فضلا عن الكشف المبكر عن الأمراض المنقولة جنسيا والأمراض المعدية.

وتهدف هذه الخطوة إلى اتخاذ الاحتياطات الوقائية والعلاجية اللازمة ودعت الوزارة في بلاغ صدر لها مؤخرا إلى ضرورة إجراء هذه الفحوصات الطبية قبل الزواج محذرة من التزوير في الشهادة الطبية التي أصبحت تمنح في المقاهي وخارج عيادات الطبيب والمستشفيات دون الخضوع للكشوفات الدقيقة والتحليل المخبرية الضرورية.

وتعتبر هذه المبادرة الأولى من نوعها باعتبار أنّ وزارة الصحة العمومية كانت توكل قبل الثورة مهمّة التحسيس والتوعية بالنسبة للزواج والحياة الأسرية والعلاقات الحميمة بين الزوجين إلى هياكل

أخرى تعمل تحت إشرافها مثل إدارة الرعاية الصحية الأساسية والديوان الوطني للأسرة والعمران البشري ومراكز الصحة الإنجابية فضلا عن الجمعيات الطبية والاجتماعية⁴¹².

وبالنسبة للتشريع المغربي، لما صدرت مدونة الأحوال الشخصية وخاصة الكتاب الأول منها المتعلق بأحكام الزواج والطلاق لم يفرد المشرع نصا خاصا بالأهلية البدنية لإبرام الزواج، كما أن توفر الراغب في الزواج على صحة جيدة لا يدخل في تعداد شروط صحة عقد الزواج. غير أن مدونة الأحوال الشخصية حدّدت سنا تكتمل به أهلية النكاح بالنسبة للفتى والفتاة، كما سمحت للقاضي في أن يأذن في زواج المجنون أو المعتوه إذا تبث بتقدير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في علاجه واطلع الطرف الآخر على ذلك ورضي به.

وقبل تهيئ المشروع الأولي لمدونة الأحوال الشخصية من طرف لجنة عينت آنذاك بموجب ظهير 19 غشت 1957، اقترح أحد أعضائها إحداث شهادة طبية قبل الزواج لحماية للزوجين أنفسهما ولنسلهما حيث يرى: "أن من الإصلاحات الاجتماعية التي يجب الاهتمام بها العناية بسلامة المتزوجين من الأمراض المعدية أو التي لا تقبل الشفاء، ومعنى هذا أنه يجب فرض الإدلاء بشهادة طبية تؤكد ذلك قبل إبرام العقد، فإذا ثبت وجود مرض معد فلا ينبغي الإفشاء بخبره إلا للمريض نفسه ثم التعجيل بمعالجته، إن هذا النوع من الاحتياط حسن للمساعدة على التوقي من الأمراض ومن الوقوع في عدّة خصومات تترتب على اكتشاف ما لم يكن منتظرا من الآفات بعد الدخول، أمّا الأمراض التي لا تقبل المعالجة لفوات إبانها مثلا أو لعجز الطب في حالته الحاضرة عن القيام بها فيجب أن يشعر بها الطرفان معا ويترك لهما الاختيار في العقد على الرغم من ذلك أو عدمه، لأنّ الأمر يدخل حينئذ في باب الإحسان ومشاركة الغير في آلامه، وهي عاطفة إنسانية لا ينبغي أن يحرم من يحس بوجودها".

غير أنّ واضعي مدونة الأحوال الشخصية لم يأخذوا بهذه الأفكار، ممّا دفع ببعض الفقه المغربي إلى طلب فرض الفحص الطبي على المتقدم للزواج يؤكد سلامته من الأمراض السارية اعتمادا على الحديث الشريف: "تخيروا لنطفكم فإنّ العرق دساس"⁴¹³. ومع ذلك بقي الأمر على ما هو عليه منذ

⁴¹² - <http://www.attounissia.com.tn>

⁴¹³ - أنظر، محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط. 03، 1998، ص. 167.

سنة 1957 إلى أن تدخل المشرع بمقتضى ظهير 10 شتنبر 1993 لتغيير وتتميم بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية، ومن بين التعديلات التي أدخلها في مجال الأعمال الإدارية التي تسبق الزواج عدم توثيق العقد إلاّ بعد توفر العدلين على مستندات ومن بينها إدلاء كل من الخاطب والمخطوبة بشهادة طبية تثبت خلوهما من الأمراض المعدية.

ليعود ويتبنّاها في مدونة الأسرة بالقانون رقم 03-70 وذلك بإدراجها ضمن الوثائق الإدارية اللازمة لمباشرة الخطيبين لعقد الزواج، مع إحالة مضمونها وطريقة إصدارها إلى التنظيم، فقد اقتضت الفقرة الرابعة من المادة 65 من مدونة الأسرة على أنه: "يحدث ملف لعقد الزواج، ويحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة محل إبرام العقد، ويضم الوثائق الآتية: 4...- شهادة طبية لكل من الخطيبين يحدّد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزير العدل والصحة...". وقد صدر القرار المشترك لوزير العدل والصحة رقم 04-347 الصادر في 02 مارس 2004⁴¹⁴. تضمن خمس مواد ونموذج عن الشهادة الطبية قبل الزواج.

ولم يتطرق المشرع الجزائري للفحص الطبي قبل الزواج إلاّ سنة 1976، حيث أفرد له حكما خاصا بموجب المادة 115 من قانون الصحة العمومية التي اقتضت: "تحدّد بموجب مرسوم، كفايات الفحص الطبيّ السابق للزواج، وذلك لأجل حماية صحّة العائلة"⁴¹⁵. غير أنّ هذا التنظيم لم يصدر إطلاقا ما جعل هذا النص القانوني المتضمّن الإجراء الوقائي مجرد حبر على ورق فاقد أهميته وفعاليته على الصعيد التطبيقي.

واستمر تجاهل المشرع الجزائري لهذه المسألة بل أنّه ألغاهما كلية سنة 1985، بمناسبة إصدار قانون حماية الصحة وترقيتها⁴¹⁶. وظلّ الوضع على حاله لسنوات عديدة إلى أن حسم أمره بأن أقرّ

⁴¹⁴- قرار مشترك لوزير العدل ووزير الصحة رقم 04.347، الصادر في 10 محرم 1425 الموافق ل 02 مارس 2004، بتحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج، ج. ر.، ع. 5192، بتاريخ 12 محرم 1425 الموافق ل 04 مارس 2004، ص. 975.

⁴¹⁵- الأمر رقم 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن قانون الصحة العمومية، ج. ر. ع. 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1976، ص. 1401.

⁴¹⁶- القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير 1985، المتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، ج. ر. ع. 08، المؤرخة في 17 فبراير 1985، ص. 176 وما بعدها. ففي الوقت الذي كان يتطلب صدور تنظيم يحدّد كيفية تنظيم الشهادة الطبية خرج المشرع عن التوقعات بأن ألغاهما تماما بالرغم من أنّه نص بموجب القانون رقم 85 على ضرورة استفادة الأسرة من الحماية الصحية واتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية صحة إلام والجنين واكتشاف الأمراض التي قد يتعرض لها.

بخضوع المقبلين على الزواج للفحص الطبي بمناسبة تعديل قانون الأسرة سنة 2005. فنصت المادة السابعة مكرر منه على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا تزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

تحدّد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق تنظيم".

وبالفعل صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي 2006 يحدّد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة السابعة مكرر من قانون الأسرة، فتضمن ثمانية مواد، وأرفق بنموذج شهادة طبية ما قبل الزواج⁴¹⁷.

وبهذا تكون التشريعات المغربية قد فرضت على المقبلين على الزواج الخضوع للفحص الطبي فأصبح من الشروط الجسدية أو البيولوجية الوجوبية في كلّ عقود الزواج. وعلى الرغم من أهميته إلا أنّ هناك من يعتبر أنّ حرية الزوجين مطلقة في إبرام الزواج، ولا يمكن أن يعيقها أي شرط أو إجراء. فالشهادة الطبية تمسّ مساسا فادحا بحرية الأشخاص وبحقوق الإنسان الأساسية بناء على اعتبارات حمائية صحية، فالزواج ليس ظاهرة اجتماعية فقط، بل هو أيضا ظاهرة عاطفية وخيارا إنسانيا، والشروط الجسدية ليست الغالبة في الزواج بل تأتي بعد الشروط النفسية والاجتماعية. فمن المهم جدّا أن تتولّد عن كل زواج علاقة سليمة ولكن الأهم من ذلك أن يقع احترام إرادة المتعاقدين وحريةهما الكاملة في الزواج باعتباره إطارا إنسانيا يبحثان فيه عن السعادة المشروعة، فضلا عن ذلك، فإنّ فرض الشهادة الطبية لا جدوى منه عمليا⁴¹⁸.

وردا على هذا الموقف يمكن القول أنّ الشهادة الطبية تهدف أساسا إلى إثبات خلوّ المترشّح للزواج من الأمراض المعدية أو الخطيرة التي تحول بينه وبين القيام بواجباته الزوجية، وهنا نشير إلى ما جاء في القرار التعقيبي المدني الصادر بتاريخ 23 جانفي 1990 وفيه: "إنّه من المسلمّ به فقها وواقعا وتشريعا أنّ من أبرز مقوّمات الزواج والواجبات المتبادلة من الزوجين تحقيق الاتصال بينهما دون موانع اختيارية ولا خلقية تحول دونه باعتباره الغاية المقصودة من الزواج المرتبة للنتائج المؤمّلة منه وفي طبيعته

⁴¹⁷ - مرسوم تنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني 1427 الموافق ل 11 ماي 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ع. 31، المؤرخة في 14 ماي 2006.

⁴¹⁸ - محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي... المرجع السابق، ص. 408-409.

الإحصان والتعقّف والإنجاب، وهي مقومات أساسية يقوم عليها الزواج⁴¹⁹. فدورها وقائي وحمائي يساعد على حفظ القرين والأبناء من الأمراض المعدية أو الوراثية. كما أنّها تمكّن من إجراء رقابة مسبقة على الحالة الصحيّة للمقبل على الزواج والتأكد من صلاحيته للقيام بالواجبات غير المالية المترتبة عن الزواج سواء تجاه الزوجة أو الأبناء.

ولتؤدّي دورها الذي شرعت من أجله من جهة، وحتى لا تمس بحرية الشخص في الزواج من جهة أخرى، لا بد من حظر إبرام عقود الزواج دون استظهار الشهادة الطبية على أن لا تؤثر نتائجها على حرية الزواج فلا تعدّ مانعا من الزواج.

ثالثا: طبيعة الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج

يهدف الفحص الطبي قبل الزواج إلى إسداء المشورة العلمية الطبية الصحيحة للشريكين قبل الإقدام على الزواج من أجل التمهيد لحياة زوجية آمنة، وتكوين ذرية من أطفال أصحاء، لتكون المحصلة النهائية وجود أسرة سليمة ومجتمع سليم. فنظرا لهذه الأهمية حظرت التشريعات المغاربية إبرام عقود الزواج دون تقديم الشهادة الطبية (1).

ولأنّ نتيجة الفحص الطبي قبل الزواج قد تكون سببا في نجاح العلاقة الزوجية وتقويتها، كما يمكن أن تؤدي إلى اتخاذ القرار الصعب بالانفصال. فإنّ بعض الزيجات تصرّ على إتمام الزواج بالرغم من النتائج غير المتوافقة، وهو ما يؤكّد على عدم تأثر حرية الزواج بما يسفر عنه الفحص الطبي من نتائج (2).

وبالرغم من أنّ نتائج الفحص الطبي لا تقيّد حرية المقبلين على الزواج، إلا أنّ الواقع أثبت أنّ هناك العديد من الزيجات التي أبرمت دون تقديم الشهادة الطبية، كما أثبت أنّ الشهادات الطبية أصبحت تمنح على سبيل المجاملة دون حتى أن يتأكد بعض الأطباء من سلامة الشخص الذي يطلبها، وفي حالات أخرى يتم فيها تزوير نتائج هذه الشهادة خوفا من الوقوع في الإحراج ووضع حد للعلاقة. فهذه الحالات الواقعية تثير التساؤل حول الجزاء المترتب عن عدم استظهار الشهادة الطبية وقت إبرام العقد؟ إضافة عن السؤال الخاص بالجزاء المترتب حال تزوير نتائجها؟ (3)

⁴¹⁹ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 23 / 01 / 1990، ع. 24219، ن. م. ت، 1990، ص. 149.

1- حظر إبرام عقود الزواج دون إجراء الفحص الطبي السابق للزواج

حجر المشرع التونسي بموجب الفصل الأول من القانون عدد 46 لسنة 1964 على ضابط الحالة المدنية وعلى عدول الإشهاد الذين يدعون إلى تحرير عقود الزواج أن يرموا الزواج قبل أن يتسلموا من كلا الشخصين العازمين على الزواج شهادة طبية لا يزيد تاريخها على الشهرين، تتضمن الإشهاد بوقوع فحصهما قصد الزواج دون أي إشارة أخرى. وأوجب الفصل الثاني من نفس القانون على الطبيب الفاحص أن يوجّه عنايته أثناء الفحص على وجه الخصوص الإصابات المعدية والاضطرابات العصبية ونتائج الإدمان على المشروبات الكحولية وغيرها من الأمراض الخطيرة على القرين والذرية وخاصة منها مرض السل ومرض الزهري. هذا ويضيف في فصله الثالث أنّه ينبغي أن لا يسلم الكشف الطبي إلاّ بعد الاطلاع على نتيجة: الفحص الطبي العام؛ فحص الرئتين بالأشعة وتصويرها؛ فحص الدم. وحسب مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل الثالث أعلاه، فإنّه وبعد الاطلاع على حالة المترشح الصحية يجب على الطبيب أن يطلع على ملاحظاته، ويبيّن له مدى أهميتها، ويمكنه رفض تسليم الشهادة إن تبين له أنّ الزواج غير مرغوب فيه، أو تأجيل هذا التسليم في انتظار أن يزول خطر العدوى من المريض أو تصبح حالته الصحية غير مضرّة لذريته.

ويتجلى الحظر أيضا في التشريع الجزائري من خلال المادة السابعة مكرر من قانون الأسرة التي وردت في صيغة أمرة "يجب"، كما هو الحال في الفقرة الأولى من المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 06-154 الناصة على أنّه: "يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم". وأضافت المادة السادسة من نفس المرسوم: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلاّ بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم".

ورغم وضوح النص على إلزامية الخضوع للفحص الطبي قبل الزواج، إلاّ أنّه نسجل عدم انسجام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة مع المواد 06 في فقرتها الثانية، و18، و22 من ذات القانون. فالإعتراف بالزواج العرفي طبقا للمادتين 06 و22 من هذا القانون يفرغان الشهادة الطبية

من محتواها، والتي لا يمكن التحقق من خضوع المقبلين على الزواج لها، إلا إذا أبرم الزواج وفقا لأحكام المادة 18 منه⁴²⁰.

هذا وإنّ المادة الثالثة من ذات المرسوم التنفيذي اشترطت فحص عيادي شامل، وتحليل فصيلة الدم. أمّا الأمراض المعدية والوراثية فهي غير ملزمة وإتّما يمكن إجراؤها واقتراحها من الطبيب فاقتضت المادة الرابعة منه بأنّه: "يمكن أن ينصب الفحص الطيّ على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب و/ أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض؛

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

ففي هذا الصدد يعاب على المشرع الجزائري أنّه جعل الفحص الطيّ إلزاميًا بخصوص الفحص العيادي الشامل وتحليل فصيلة الدم، أمّا الأمراض المعدية أو الوراثية الخطيرة فجعلها اختيارية، إضافة إلى أنّه لم ينص على إلزامية الفحص الجيني للوقاية من الآثار الضارة بالجينات الممرضة والمشوهة، لتجنب إنتقالها إلى الذرية.

ومن ثمة لا يمكن موافقة هذا الرأي، حيث كان ينبغي عليه أن يجعل الفحص إلزاميًا بشأن هذه الأمراض وإلاّ فما هي الفائدة من الخضوع للفحص الطبي قبل الزواج إذا كانت نتائج هذه الفحوصات لا تؤثر على مقاصد الزواج ولا تشكّل خطراً حقيقياً للقرين وبعدها لأبنائه⁴²¹. ولهذا يرى الدكتور الأستاذ العربي بلحاج أنّه على الرغم من أنّ القانون لم يحدّد الأمراض المعدية والخطرة التي يلزم الطبيب بالكشف عنها، والتي جاءت في صيغة عامّة ومطلقة، فإنّه يبقى الهدف من هذه الشهادة،

⁴²⁰ - أنظر، بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، م. م. ع.، 2007، ع. 01، ص. 123.

⁴²¹ - تتحدد الحماية التي يسعى الفحص الطبي قبل الزواج إلى تقديمها للمقبلين عليه في الحد من الإصابة من الأمراض المعدية والمنقولة جنسياً، والتي تقتل سنويا ملايين البشر وتتسبب في الكثير من العاهات والإعاقات البدنية والأمراض النفسية، فخطورة هذه الأمراض وحدود ضررها يتجاوز المصاب لينال من زوجه وأولاده. فمثلا هناك أمراض تصيب الأعضاء التناسلية تعد من الأمراض الخطيرة التي تنتقل بالمعايشة الجنسية إلى القرين وتهدد صحة الجنين فيولد بتشوهات وعاهات مستديمة، كمرض الزهري، ومرض السيلان، داء القرحة، مرض الهريس وغيرها. كما أن الالتهابات الفيروسية الكبدية أصبحت من أكثر الأمراض انتشارا في الوطن العربي وانتقالها لا يقتصر على العلاقات الجنسية فحسب. ومما لا شك فيه أنّ مرض الإيدز أو متلازمة العوز المناعي المكتسب من أكثر الأمراض خطورة والمنقولة جنسياً، لمزيد من التفاصيل يراجع، فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، أساسيتها ومقاصدها، -دراسة مقارنة-، دار النفائس، الأردن، ط. 01، 2011، ص. 119 ومابعدها.

حسب روح المادة 07 مكرر من قانون الأسرة ومقاصدها هو التأكد من خلو الراغبين في الزواج من الأمراض التناسلية السارية، والأمراض المعدية أو الخطرة⁴²².

علما وأنّ المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي ألزمت الطبيب بإبلاغ الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤها، ومن تم يقوم بإعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني بالأمر، دون أن تمنح للطبيب صلاحية عدم منحها أو تأجيل ذلك كما هو الشأن في التشريع التونسي.

وما يلاحظ أيضا، أنّ المرسوم التنفيذي 06-154 لم يحدّد طبيبا خاصا معينا يتولّى فحص الراغبين في الزواج، ممّا يفيد أنّ أي طبيب يمارس مهنته قانونا يمكنه القيام بذلك، ومن ثم للمرأة الحرية في اختيار الطبيب الذي يقوم بفحصها، ويكون الفحص فرديا دون أن يأخذ الطبيب وضعية الطرف الآخر⁴²³.

وإذا كان الحظر واضحا في التشريعين التونسي والجزائري ومؤكدا عليه بنصوص قانونية أمرة، فإنّ موقف المشرع المغربي جاء غامضا وي طرح عدّة تساؤلات. ففي البداية، رغب فعلا في توثيق عقد الزواج عن طريق إثقال كاهل الخاطب والمخطوبة بمجموعة من الوثائق، ولكن مع الأسف لم يعتبر كتابة هذا العقد شرطا لصحته، أي أنّ الزواج يمكن أن يبرم دون هذه الكتابة وبالتالي تبقى كل الإجراءات المتخذة، سواء تجاه التعدّد أو مرض أحد الزوجين أو غيرها حبرا على ورق، لأن الراغب في الزواج وخاصّة بالبادية يمكن أن يلجأ إلى الزواج العرفي الذي لازال سائدا في المجتمع المغربي.

كما أنّه اشترط الشهادة الطبية قبل الزواج تحت عنوان "الإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج"، فاقترضت الفقرة الرابعة من المادة 65 من مدونة الأسرة على أنّه: "يحدث ملف لعقد الزواج، ويحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة محل إبرام العقد، ويضم الوثائق الآتية: 4...- شهادة طبية لكل من الخطيبين يحدّد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزير العدل والصحة...".

⁴²² - بلحاج العربي، الشهادة الطبية... المرجع السابق، ص. 119.

⁴²³ - بلحاج العربي، الشهادة الطبية... المرجع السابق، ص. 119.

وحتى من يتمعن في قراءة مواد القرار المشترك لوزيرى العدل والصحة، يجد أنّها تضمنت بصفة أكبر شكل الشهادة الطبية قبل الزواج، ولم يتضمن حظرا لإبرام عقود الزواج دون استظهار هذه الشهادة ولا التاريخ المحدد لها كما هو الشأن في التشريعين التونسي والجزائري. فالمادة الأولى من القرار 04-347، ورد فيها: "يحدّد بموجب هذا القرار مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية التي تمنح للخاطب والمخطوبة، طبقا للمادة 65 من القانون رقم 03.70 المشار إليه أعلاه". أمّا المادة الثانية منه فنصت على أن: "تمنح الشهادة الطبية المذكورة في المادة الأولى أعلاه من طرف طبيب تابع للقطاع العام أو القطاع الخاص أو القطاع شبه العمومي"، لتوضح المادة الثالثة منه نوع الفحص الواجب الخضوع له من الخاطبين حيث اقتضت: "يقوم الطبيب بالفحص السريري لصاحب الطلب قبل إصدار الشهادة الطبية. ويمكن له أن يأمر بإجراء فحوصات وتحاليل طبية تكميلية إذا ارتأى ذلك وتبيّن له أنّ الحالة الصحية للمعني بالأمر تستدعيه". والواضح من خلال هذه المادة أنّه اكتفى بالفحص السريري دون اللجوء إلى التحاليل المخبرية التي من شأنها الكشف عن الأمراض العديدة، هو الأمر الذي يفرغ الشهادة الطبية من محتواها.

ليكمل في المادة الرابعة من نفس القرار بيان الشكل الذي تحرّر فيه الشهادة وذلك بالقول: "تحرّر الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه انطلاقا من النموذج المرفق بهذا القرار ويجب أن تتضمن البيانات التالية:

اسم وخاتم الطبيب وكذا خاتم المؤسسة التي ينتمي إليها إذا كان تابع للقطاع العام أو القطاع الخاص أو القطاع شبه العمومي؛

تاريخ إجراء الفحص والفحوصات التكميلية إن اقتضى الحال؛

الاسم الكامل لطالب الشهادة؛

رقم بطاقة التعريف الوطنية أو ما يقوم مقامها؛

استنتاجات الطبيب؛

عبارة تثبت أنّ هذه الشهادة سلمت للإدلاء بها قصد الزواج".

فمن منطلق هذه النصوص القانونية يظهر التهاون الكبير في التعامل مع الفحص الطبي قبل الزواج من قبل التشريع المغربي.

وعموماً، لا بد من فرض إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، فهل للنتائج التي يسفر عنها هذا الفحص تأثير على حرية الزواج؟

2- لا تأثير لنتيجة الفحص الطبي على حرية الزواج

لئن لم تفصح التشريعات المغاربية عن حرية الزواج بصريح النص لا في التقنينات السابقة ولا اللاحقة إلا أنّ مراعاتها لتلك الحرية أمر لا شكّ فيه، ومن ذلك عدم حرمان الشخص المصاب بمرض أيّاً كان من حقه وحرّيته في الزواج. فإذا تبين من الفحوصات الطبيّة أنّ المرأة المقبلة على الزواج مصابة بمرض، فإنّ هذه النتيجة لن تؤثر على حرّيتها في الزواج فلا وجود لنص قانوني ينص على خلاف ذلك، وبالمقابل إذا أسفرت النتيجة الطبية عن إصابة الرجل فلا يوجد أي مانع قانوني يحرم المرأة من قبولها به ويرغمها على إنهاء العلاقة.

فمن الناحية القانونية لا تأثير لنتيجة الفحص الطبي على حرية المرأة في الزواج، بل يعود الأمر لحرية وإرادة طرفي العلاقة، فإن قبلا بالنتيجة أكتملا إجراءات ومعاملات الزواج مع تحمّل العواقب، وإلاّ وضعاً حدّاً لهذه العلاقة. فإجراء الفحص الطبي قبل الزواج يأخذ شكل النصيحة أو الاستشارة، بحيث تكون هذه النصيحة أو تلك الاستشارة رهن قرار المقدمين على الزواج إمّا بالقبول والاستمرار في الزواج أو الرفض ووضع حدّ له.

يشهد على ذلك ما نصّ عليه القانون التونسي رقم 46 لسنة 1964 المتعلّق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، فقد حجر الفصل الأوّل منه على الأطباء التنصيص بالشهادة الطبية التي يسلمونها للمقبلين على الزواج على أي شيء بها ما عدا أنّ الشخص الذي سلّمت إليه قد ورد فحصه بغرض الزواج. وقد ورد ذلك التحجير في صيغة مطلقة بما لا يجوز معه إدخال أي استثناء لم ينص عليه القانون صراحة.

وبالمقابل نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 على أنّه: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين".

ولم يكتف المشرع التونسي في مسعاه الرامي إلى تأمين حرية الزواج عند السماح بالمصابين بأمراض أيًا كانت خطورتها من الانتفاع بتلك الحرية، بل حرص على تأمينها حتى لمن كان في حالة احتضار وذلك بأن أعفاه أصلاً من الخضوع للشهادة الطبية حسبما جاء به الفصل الخامس من نفس القانون بنصه: "يمكن للحاكم في الحالات الاستثنائية إعفاء الشخصين العازمين على الزواج أو أحدهما من تقديم الشهادة الطبية. ولا تطلب الشهادة من كلا الشخصين العازمين على الزواج إذا كان أحدهما في حالة احتضار".

يتّضح من هذا الفصل أنّ المشرع التونسي لم يحدّد الحالات الاستثنائية تاركاً أمر النظر فيها وتقديرها لسلطة القاضي، واكتفى بذكر حالة احتضار أحد الزوجين التي نقلها دون انتباه عن المشرع الفرنسي، في محاولة منه إلى تحقيق حرية الزواج إلى آخر رمق في الحياة مع أنّها حالة مهدّدة للعائلة التي سيحكم عليها بالانحلال المبكر وبتمل الطرف الآخر سريعاً بموجب الوفاة، فكان لا بدّ أن تتفوّق هنا المصلحة العامّة على اعتبارات حرية الزواج لكونها تخص أكثر المصلحة الفردية⁴²⁴.

وهذا الموقف من المشرع التونسي يختلف مع موقف المذهب المالكي الذي عارض زواج المريض مرض الموت واعتبره زواجا بمثابة البيع إذ فيه إدخال وارث جديد والمريض مرض الموت لا يحق له البيع⁴²⁵. وهو ما تبناه المشرع المغربي الذي أقرّ بفساد عقد الزواج المبرم في المرض المخوّف لأحد الزوجين فنصت الفقرة الأولى من المادة 61 من مدونة الأسرة على أن: "يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده، وذلك في الحالات الآتية: 1- إذا كان الزواج في مرض المخوّف لأحد الزوجين، إلّا أن يشفى المريض بعد الزواج...".

ومن جانب آخر، نجد أنّ الطبيب في القانون التونسي محمول على المحافظة على سر المهنة فلا يمكنه أن يخبر أحد الطرفين بحقيقة مرض الآخر أو حتى ضابط الحالة المدنية. وهو ما يستنتج من اشتراط المشرع في القانون المتعلّق بالشهادة الطبية بأنّ هذه الأخيرة يجب أن "تثبت فقط أنّ المعني بالأمر قد وقع فحصه قبل الزواج دون ذكر أي إشارة". فترك الأمر موكولاً لضمير المعني بالأمر.

⁴²⁴ - محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي... المرجع السابق، ص. 412 وما بعدها.

⁴²⁵ - أنظر، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج. 03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 2002، ص. 416-417.

وهو نفس الموقف المتبنى من التشريع المغربي حيث لم تتضمن المواد الواردة بالقرار 04. 347 توجيه أي تعليمات للموثق أو ضابط الحالة المدنية، وتم الاكتفاء في الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من نفس القرار بالنص على: "عبارة تثبت أنّ هذه الشهادة سلّمت للإدلاء بها قصد الزواج". وهذه الصياغة شبيهة بصياغة الفصل الأول من القانون التونسي رقم 46.

على خلاف المشرع الجزائري الذي فرض بموجب الفقرة الأولى من المادة السابعة من المرسوم المذكور أعلاه، على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكّد من علم الطرفين المقبلين على الزواج بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأعراض أو العوامل التي قد تشكّل خطراً يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج.

وقد اتخذ المشرع التونسي هذا الموقف لحماية مبدأ حرية الزواج وحفاظاً على السر المهني للطبيب الذي يعاقب في حالة إفشائه عليه الفصل 254 من المجلة الجنائية. ومع ذلك لا ينبغي مسايرة هذا الموقف لعدّة أسباب، منها أنّها تعتبر حالة تدليس على الطرف السليم الذي ينبغي أن يكون على بينة ويتحمّل مسؤوليته الكاملة عند اتخاذ القرار الذي يراه مناسباً له. ومع انخفاض الوازع الديني والأخلاقي لا يمكن الاعتماد على ضمير المعني بالأمر لإخبار الطرف الآخر، فمن السهل بما كان إخفاء الأمر حتى لا تكون نتيجة مرضه سبباً في تركه، ممّا يشكل خطورة على الطرف الآخر.

كما أنّ هذا الموقف يتنافى مع الطابع الحمائي للشهادة الطبية، فعدم إبلاغ الطرف الآخر بنتائج الفحوصات يعتبر تعدي على سلامته الصحية، فهو الوحيد القادر على اتخاذ قرار القبول أو الرفض لأنّه طرف أصيل في العقد. ولأنّ موافقته على الزواج بعد علمه بنتائج الفحص الطبي ستسقط حقه في المطالبة بفك الرابطة الزوجية بعد البناء لعلمه المسبق قبل إبرام العقد. ومن زاوية أخرى، حقيقة أنّ الطبيب مقيّد بالسر المهني وينبغي عليه عدم إفشائه، غير أنّ هناك استثناءات ترد على هذه القاعدة العامّة، إذ يمكن الإفشاء أو الإدلاء ببعض الأسرار المهنية في حدود ضيقة جداً، فقد يؤدّي كتمان السر إلى ضرر يفوق بكثير الضرر الناتج عن إفشائه، فإذا كانت هناك مصلحة أو منفعة في إفشاء هذا السر فيجب ترجيحها على ضرر كتمانها.

على العموم، إنّ عدم اعتبار نتائج الفحص الطبي قبل الزواج مانعا من موانع الزواج يعتبر الحل الأنسب، فالزواج أوّلا وقبل كل شيء حق يحميه القانون ويعدّ عنصرا من العناصر الأساسية للحرية الشخصية، كما أنّ تبرير منع المريض من الزواج لحماية الأبناء من الإعاقات لا يعتبر حلا ناجعا في كل الحالات إذ قد يلتجئ للعلاقات غير الشرعية وفي هذه الحالة سيحرم الأبناء من الصحة ومن النسب⁴²⁶.

مع أنّ نتائج الفحص الطبي لا تؤثر على حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، يبقى الخضوع للشهادة الطبية قبل الزواج أمرا وجوبيا، فما هو الجزاء المترتب عن عدم الخضوع لها؟

3- جزاء الإخلال بالفحص الطبي قبل الزواج

يعتبر الإدلاء بالشهادة الطبية شكلية أولية لإبرام الزواج فقط وليس شرطا يجعل هذا الأخير مستحيلا عند انعدامها، فالزواج المبرم بدونها لا يعتبر باطلا وإنما يبقى صحيحا⁴²⁷. ولئن لم يرتّب المشرع التونسي عن إبرام الزواج دون الاستظهار بالشهادة الطبية السابقة للزواج البطلان، إلاّ أنّه أنشأ من إقدام ضابط الحالة المدنية أو عدول الإشهاد على ذلك جريمة راجعة بالنظر للمجالس الجنائية بالمحاكم الابتدائية. إذ جاء القانون رقم 46 لسنة 64 جازما صارما فنص الفصل الأوّل منه على أنّه: "لا يمكن لضابط الحالة المدنية أو العدول الذين وقع اختيارهم لتحرير عقود الزواج أن يقوموا بإبرام الزواج إلاّ بعد أن يتسلّموا من كلا الشخصين العازمين عن الزواج شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن الشهرين تثبت أنّ المعني بالأمر قد وقع فحصه قصد الزواج بدون أن تذكر بها إشارة أخرى".

فالقاعدة هنا تعتبر أمرا على المأمور العمومي تنفيذه، لئلا يصبح مسؤولا عن إهماله فيقع تتبّعه قضائيا على أساس الفصل السابع من نفس القانون وورد فيه: "يقع تتبّع ضابط الحالة المدنية والعدول الذين لا يمثلون لأحكام الفصل الأوّل من هذا القانون أمام المحكمة الابتدائية ذات النظر تريبا ويعاقبون بخطية قدرها مائة دينار".

⁴²⁶- أنظر، عمار عبد الواحد عمار الداودي، الشروط الشكلية لعقد الزواج، -دراسة مقارنة-، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2005، ص. 108-109.

⁴²⁷- أنظر، رشيد مسعودي، الشهادة الطبية قبل الزواج -دراسة مقارنة-، مجلة الراشدية، دار الغرب، المركز الجامعي مصطفى اسطنبولي، معسكر، 2008، ع. 01، ص. 75.

ورغم أنّ المشرع الجزائري لم يذكر جزاءات لا في المادة 07 مكرر من قانون الأسرة ولا في المرسوم التنفيذي 06-154 إلا أنّ ذلك لا يعني انعدام الجزاء كلياً. فمن المعروف أنّه يؤول الاختصاص في إبرام عقود الزواج في الجزائر إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية بصفتها مؤهلاً، وذلك طبقاً للمادة 18 من قانون الأسرة. وبالتالي يكون واجب عليهما التأكد قبل إبرام عقد الزواج من خضوع الطرفين المقبلين على الزواج إلى الفحوصات الطبية المقررة في المادة 07 مكرر من قانون الأسرة. فإن قام على هذا الأساس الموثق أو ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج دون استلام الشهادة، فإنّه يتم مساءلته على الإخلال بالالتزامات تقريراً للمادة 222 من قانون العقوبات والمواد 71-77 من قانون الحالة المدنية.

وعلى الرغم من أنّ المشرعين التونسي والجزائري فرضا عقوبة خفيفة على المأمور العمومي قد لا تصلح للردع أو الزجر بقدر ما تصلح للوقاية والتحريض على احترام القانون، فإنّها لا تترك مجالاً للمتعاقدین الذين سيحملان على الخضوع للشهادة الطبية حتى وإن كان ذلك بغير رضاها طالما أنّ عقد الزواج لن يبرم بدونها.

وحيث اكتفت أحكام القانون بالعقوبات البسيطة المسلطة على المأمورين العموميين ولم تتعرض لعقد الزواج. فإنّ عدم الإدلاء بالشهادة الطبية لا تأثير له على صحة عقد الزواج وهو ما يجعل الحماية القانونية منقوضة ويجعل النزعة التحريضية هي الطاغية، فغاية المشرع هي الحث على الإدلاء بالشهادة الطبية وليس الإلزام القاطع الصارم⁴²⁸.

على صعيد آخر ولأنّ الشهادة الطبيّة تقدّم من الطبيب، فإنّه يمكن تصوّر توقيع الجزاء عليه في حال قيام مسؤوليته الجنائية، ولكن لم تخصص التشريعات المغاربية نصوص خاصّة لذلك، فإنّه لا مانع من الرجوع إلى القواعد العامّة. وتأسيساً على ذلك، نجد أنّ المشرع المغربي ربّب مسؤولية إنشاء شهادة طبية مخالفة للحقيقة ألحقت ضرراً بشخص لم يتم التعاقد معه سواء كان المتضرر هو نفس الشخص المعني بالشهادة الطبية أم غيره وتصنّف على أنّها مسؤولية تقصيرية تبعا للفصلين 77-78 من قانون الالتزامات والعقود. وفي حالة ارتكاب الطبيب الموظف خطأ شخصي عند إنشاء أو

⁴²⁸ - عمار عبد الواحد عمار الداودي، الشروط الشكلية... المرجع السابق، ص. 110.

إصدار شهادة طبية فإنّه يعتبر مسؤولاً بصفة أصلية اتجاه المتضرر وفقاً لمقتضيات الفصل 80 من نفس القانون.

وإنّه طبقاً للفصل 40 من مدونة الآداب المهنية للأطباء يعاقب الطبيب في حالة تحرير أي تقرير مغرض أو تسليم أية شهادة مجاملة، بالإندار والتوبيخ، والإيقاف عن ممارسة المهنة، والحذف من جدول الهيئة، زيادة على عقوبات تكميلية تتمثل في المنع من عضوية مجالس الهيئة طوال مدّة لا تتجاوز عشر سنوات. وهي نفس العقوبات التي خصّ بها المشرع الجزائري السلك الطبي بموجب الفقرة الأولى من المادة 267 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

وإلى جانب هذه الجزاءات المدنية والتأديبية، قام بتجريم سلوك إنشاء أو إصدار الطبيب لشهادة طبية مخالفة للحقيقة بقصد محاباة شخص ما أو إقرار كاذب أو فيه تستر على وجود مرض أو عجز، يعتبر تزويراً يعاقب عليه بموجب الفقرة الأولى من المادة 364 من القانون الجنائي والتي نصت على أنّه: "كل طبيب أو جراح أو طبيب أسنان أو ملاحظ صحي أو قابلة، إذا صدر منه أثناء مزاولته مهنته وبقصد محاباة شخص إقرار كاذب أو فيه تستر على وجود مرض أو عجز أو حالة حمل أو قدّم بيانات كاذبة عن مصدر المرض أو العجز أو سبب الوفاة يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات ما لم يكن فعله جريمة أشدّ ممّا نص عليه في الفصل 248 وما بعده".

وفي حالة تسليم الشهادة الطبية بناء على طلب أو قبول الطبيب لعرض أو وعد أو أية فائدة أخرى اعتبرت رشوة تعاقب عليها المادة 248 من القانون الجنائي المغربي بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسة آلاف درهم، بالموازاة مع المادة 54 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتعلّق بمدونة أخلاقيات الطب.

وقد أفرد المشرع الجزائري أحكاماً عامّة بتطبيق عقوبات جزائية ضدّ من يقوم بتزوير الشهادات الطبية مهما كانت وذلك من خلال المواد من 222 إلى 229 من قانون العقوبات.

إنّ هذه العقوبات وردت بصفة عامّة وتخصّ الشهادات الطبية مهما كانت طبيعتها ولهذا تندرج ضمنها الشهادة الطبية ما قبل الزواج باعتبارها وثيقة إدارية من الوثائق الأخرى، فيعاقب بنفس العقوبة الطبيب المختصّ بمنحها في حال قام بتزويرها. وإن غياب الجزاء -على الأقل غرامة مالية- من

شأنه أن يفرغ الشهادة الطبية من محتواها، ويؤثر فيما بعد على الرابطة الزوجية، فهذه الأمراض تكتشف بعد الزواج مما يسمح للطرف السليم بالمطالبة بفك الرابطة الزوجية، ولو تم اللجوء إلى الفحص الطبي قبل الزواج لما تم الوصول إلى هذه النتيجة، إذ كان بالإمكان تأخير إبرام عقد الزواج إلى حين التداوي، أو العدول عن إتمام إجراءات الزواج، أو القبول والرضا بنتيجة الفحص الطبي مع تحمل العواقب فيسقط حقه بالمطالبة بالطلاق أو التطليق على أساس هذا المرض لعلمه به مسبقا ورضاه عنه.

مما تقدم يمكن القول أنّ طبيعة الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج لا تعدو كونه شرطا إجرائيا لإبرام العقد، وأنّ الإلزام به لا يعني بطلان العقد عند عدمه، فلا يمكن منع غير الملتزمين به من الزواج ولا الفصل بينهم بعده، فالجزاء لا يشمل عقد الزواج ولا طرفيه، وإنما ينحصر على الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي أبرم العقد دون توافر استكمال جميع شروطه الشكلية، وفي حالات نادرة يرتب مسؤولية الطبيب في حالة الغش تقريرا للقواعد العامة في المسؤولية الجنائية.

على كل حال لا بد أن يتم إجراء الفحص مبكرا بما يفسح المجال للتراجع بهدوء إذا وجد ما يدعو إليه، فالفحص المتأخر الذي يأتي بعد اتخاذ العديد من الخطوات يجعل التراجع أمرا صعبا ومحرجا للأسر. وتبقى الوقاية خير من العلاج. فصحة الأسرة من الناحيتين مطلب شرعي وقانوني يحقق الغرض من الزواج ومن تكوين الأسر، الذي لا ينبغي أن يكون سببا في انتشار الأمراض والعاوهات التي من شأنها أن تعطل تحقيق مقاصده، وتعمل على انهيار أهداف مؤسسة الأسرة. فكانت فكرة الفحص الطبي قبل الزواج بمثابة إجراء وقائي يهدف إلى تأسيس الزواج بعيدا عن شبح تلك الأمراض، وتفويت الفرصة على من تسول له نفسه أن يخدع الطرف الآخر ويتزوج به دون أن يعلمه بحقيقة مرضه⁴²⁹.

ختاما نقول لا حرية مطلقة، بل مقيدة بما أوجبه الشرع والقانون، فالقيود البيولوجية ما شرعت إلا حفاظا على أهلية وسلامة وصحة المقبلين على الزواج، ومنه الحفاظ على سلامة واستقرار الأسرة والمجتمع ككل، فباسم النظام العام العائلي حرصت التشريعات المغاربية للأسرة على فرض الركن

⁴²⁹ - فاتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق، ص. 110.

البيولوجي لعقد الزواج، وتقييد الزواج بسن معينة، مع ضرورة الخضوع للفحص الطبي قبل الزواج. فماذا عن القيود الاجتماعية والدينية؟

المطلب الثاني

القيود الاجتماعية والدينية التي تحد من حرية المرأة في الزواج

تعتبر الولاية في الزواج من المواضيع التي أحدثت ضجة كبيرة بحيث كانت محل جدل كبير على مستوى الفقه الإسلامي، وقد انعكس ذلك على موقف التشريعات المغاربية للأسرة من خلال صعوبة تحديدها ركناً أو شرطاً من شروط صحة عقد الزواج. إلى أن عرفت هذه التشريعات بضغط من بعض الجمعيات النسوية، والحركات التحررية وتأثراً بالاتفاقيات الدولية تغييراً جذرياً. فما هو مركز الولي بالنسبة لزواج المرأة؟ وهل اشتراطه في عقد الزواج قيد لحرية المرأة وتأثير على رضاها؟ (الفرع الأول).

ولا تعدّ مسألة الولاية العائق الوحيد الذي يحدّ من حرية المرأة في الزواج، فشرط عدم زواجها بغير المسلم، أثار هو الآخر حافظة العلمانيين باعتبار أنهم يعتبرونه خرقاً لمبدأ الحق في المساواة بين الرجل والمرأة، وقيدا لحريتها في اختيار شريك الحياة دون تمييز بسبب الدين (الفرع الثاني).

فما هو الأساس الشرعي والقانوني لهذين القيدين؟ وما مدى تعارض القوانين الأسرية مع ما جاءت به الاتفاقيات الدولية؟ وهل فعلاً هي قيود تمس حقوق المرأة وتحدّ من حرّيتها أم أنّها حماية لها وضمنان لحقوقها؟

الفرع الأول

مدى تأثير سلطة الولي على حرية المرأة في الزواج

تعرف الولاية بشكل عام على أنّها: "سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها من غير توقّف على إجازة أحد، فإن كانت متعلّقة بشؤونه كتزويجه نفسه أو

التصرّف في ماله فهي الولاية القاصرة، وإن كانت متعلّقة بشؤون غيره كأن يزوّج ابنته أو يتصرّف في مالها فهي الولاية المتعدية⁴³⁰. أمّا الولاية في الزواج فيقصد بها: "تنفيذ القول على المرأة في حكمها في الزواج أو الإشراف على شؤونها في العقد من طرف شخص له المقدرّة الشرعية على ذلك"⁴³¹. من هذا التعريف يمكن القول أنّ الولاية تكون قاصرة أو متعدية، وتكون على النفس أو على المال أو عليهما معاً. ويندرج ضمن دراستنا الولاية المتعدية على النفس⁴³². وباعتبارها كذلك، هل تقيّد المرأة وتمنعها من حقها في مباشرة عقد زواجها بكل حرية؟

أولاً: حرية المرأة الراشدة في مباشرة عقد زواجها بنفسها

لقد أثارت قضية الولاية على المرأة الراشدة العاقلة في الزواج نقاشاً وجدلاً حادين بين الفقهاء ورجال القانون، لتواجه دعوتين: الأولى تطالب بضرورة الإلغاء التام للولاية في الزواج لعدّة اعتبارات خاصّة منها: أنّ المرأة أصبحت تتقلّد أعلى المناصب، وتتحكّم في الشعب فكيف لا تتحكّم في مصيرها؟ كما أنّ تدخل الولي ينقص من كرامتها وأهليتها وهو تعدي صريح لإرادتها الكاملة في اختيار الزوج، ما يؤدّي إلى القول بضرورة التعبير الشخصي للمرأة عن رضاها مثلما أكّده الاتفاقيات الدولية. إضافة إلى ذلك، فإنّ الدستور يسوّي بين جميع المواطنين، والدول صادقت على عدّة اتفاقيات دولية تمنع التمييز وتحث على إدماج المرأة في المجتمع وإعطائها الحرية الكاملة في اتخاذ قراراتها سيما تلك التي تتعلّق بتحديد مصيرها. وقد أصبح الرهان في العقود الأخيرة قائماً على المرأة من أجل المساهمة في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية للبلاد⁴³³.

أمّا الثانية، فترى أنّ اشتراط الولي في الزواج ضرورة شرعية، وهو الأولى من عدّة نواحي: فمن الناحية الاجتماعية، وجب الزواج عن طريق الولي حفاظاً على التقاليد المعروفة في الأسرة والمجتمع ومن شأنه أن يحافظ على تماسك الأسرة وبالتالي تماسك المجتمع. ومن الناحية الأخلاقية، يدفع عن المرأة المتشابهات وفيه صيانة لها. أمّا من الناحية الفقهية، فوجب الزواج عن طريق الولي لأنّه هو المشهور

⁴³⁰ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 254.

⁴³¹ - محمد محدة، الأحكام الأساسية... المرجع السابق، ص. 61.

⁴³² - توجد كذلك ولاية عامة وهي الدين، ولاية خاصة وهي ولاية النفس وولاية الحكم، يراجع في هذا الصدد، سعاد سطحي ونصر سلمان، أحكام الخطبة والزواج... المرجع السابق، ص. 116.

⁴³³ - أنظر، دامية بن خويا، مدونة الأحوال الشخصية، قراءة في التعديل، المجلة العربية لحقوق الإنسان، تونس، 1994، ع. 01، ص. 106.

أي ما كثر قائله الراجح . فماذا يضير المرأة لو أضافت لرأيها رأي أبيها ولموافقتها موافقة ولي أمرها⁴³⁴؟

ومّا لا شكّ فيه أنّ هذا الانقسام مرده إلى الحركات التحررية والجمعيات النسوية المتأثرة وبشكل واضح بالأفكار والتيارات الغربية. فالقانون الدولي يعتبر أنّ زواج المرأة "عمل ينجز بين الرجال لقاء ثمن"⁴³⁵. وفي هذا الصدد يقول "Morand" في كل البلدان الإسلامية، ولاسيما في الجزائر، يعتبر الزواج بيعا بكامل الملكية للمرأة لزوجها، والمهر ثمن هذا البيع⁴³⁶.

وفي نفس السياق، يتّجه القانون الدولي لحقوق الإنسان، فهو يعتبره زواجا عن طريق التسوية، حيث تنص المادة الأولى، الفقرة ج - 1- من الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة للرق على ضرورة إبطال أي من الأعراف أو الممارسات التي تتيح: "الوعد بتزويج امرأة، أو تزويجها فعلا، دون أن تملك حق الرفض، ولقاء بدل مالي أو عيني يدفع لأبويها أو للوصي عليها أو لأسرتها أو لأي شخص آخر أو أية مجموعة أشخاص أخرى"⁴³⁷.

وفي الحقيقة، لا يمكن القبول بما جاءت به الفقرة أعلاه من كون الزواج يتم عن طريق التسوية، وذلك لكون الولي شرّع لتحقيق مصلحة المرأة أولا، ثمّ إنّ المهر المقدم حق خالص لها تتصرّف فيه كيفما تشاء⁴³⁸، ولا يشترط أن يكون بالضرورة ثمنا فقد يكون ما تيسّر من القرآن. زيادة على ذلك، أساس المهر المودة والرحمة التي تجمع بين الزوجين ويدفع للمرأة تكريما وتقديرا لها لا لبيعها وشرائها⁴³⁹. وعليه، فالزواج ليس بتسوية كما يزعمه القانون الدولي.

هذا وقد أبدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان قلقها بشأن الزيجات التي تتقرّر من طرف الوالدين، وحثت الدول الأطراف على اتخاذ خطوات لتأمين احترام القوانين التي تحرم الزواج بدون

⁴³⁴ - عبدالله بن طاهر السوسي التناي، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته... المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 107 - 108.

⁴³⁵ - Cf. Lucie PRUVOST, *Femme d'Algérie*, Casbah éd., Alger, 2002, p. 192.

⁴³⁶ - Cf. Marcel MORAND, cité par Djilali TCHOUAR, *Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille*, OPU., Alger, 2004, p. 13.

⁴³⁷ اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل مؤتمر مفوضين دعى للانعقاد بقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي 208 (د- 21)، المؤرخ في 30 أبريل 1957، دخلت حيز النفاذ في 30 أبريل 1957، طبقا للمادة 13، صادقت عليها الجزائر في 11 سبتمبر 1963، ج. ر. 66 المؤرخة في 14 سبتمبر 1963.

⁴³⁸ - قال تعالى: ﴿وَأْتُوا النِّسَاءَ صِدْقًا حَيًّا نَحْلَةً﴾. سورة النساء الآية رقم 04؛ المادة 14 من ق. أ. ج.، تقابلها المادة من 26 م. أ. م.، والفصل 12 من م. أ. ش. ت.

⁴³⁹ - أنظر، أعمر يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل، الجزائر، 2010، ص. 270.

الموافقة الكاملة والحرّة من الزوجين⁴⁴⁰. ومن الاتفاقيات الدولية التي نصت صراحة على أنّ الزواج لا ينعقد قانوناً إلاّ برضا الزوجين رضاً حراً كاملاً، لا إكراه فيه نذكر: المادة 16 (ب) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والمادة الأولى من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، المادة 23 (3) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

فتأكيد هذه النصوص الدولية على ضرورة إبرام عقد الزواج برضا الطرفين ودون إكراه، دليل على أنّ القانون الدولي لا يعترف بتدخل الولي لكونه منافياً لمبادئ الرضا والحرية في الزواج، وبمنح الحرية الكاملة للمرأة الراشدة في إبرام عقد زواجها. وهذه النظرة للولاية في عقد الزواج تختلف تماماً عمّا اتجه إليه الفقه الإسلامي، فكيف كان موقفه؟

انفراد المرأة بإبرام عقد الزواج يعني إسقاط الولاية عنها واعتبار صيغتها صالحة لإنشائه، غير أنّ عقد المرأة الراشدة زواجها بنفسها من المسائل التي اختلف فيها الفقهاء قديماً وحديثاً نظراً لاختلاف الأدلة التي تتناولها، فقد ذهب الجمهور من المالكية⁴⁴¹ والشافعية⁴⁴² والحنابلة⁴⁴³ أنّ المرأة لا يمكنها تزويج نفسها بنفسها، وأنّ النكاح لا يكون إلاّ بولي.

واستدلوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾⁴⁴⁴. وقوله عزّ وجل: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾⁴⁴⁵. ووجه الاحتجاج بالآيتين الكرمتين أنّ الله سبحانه وتعالى قد خاطب فيهما معاً الرجال ولم يخاطب النساء، وكأنّه يقصد بقوله في الآية الأولى لا تنكحوا أيّها الأولياء مواليكم للمشركين، ما يدل على تولى إنشاء العقد من الولي. فهذا

⁴⁴⁰ - أنظر، وثيقة الأمم المتحدة، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، A/56/40، المجلد الأول، ص. 60، فقرة 309.

⁴⁴¹ - أنظر، مالك بن أنس، المرجع السابق، ص. 406؛ أبي الحسن علي بن محمد اللخمي، التبصرة، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط. 02، 2012، ص. 1779-1780؛ الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل، -شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل-، ج. 01، المكتبة الثقافية، بيروت، د. س. ن.، ص. 277-278.

⁴⁴² - محمد بن إدريس الشافعي، الأم... المرجع السابق، ج. 06، ص. 31 وما بعدها؛ الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، البجيرمي... المرجع السابق، ج. 04، ص. 121 وما بعدها.

⁴⁴³ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 345.

⁴⁴⁴ - سورة البقرة، الآية رقم 221.

⁴⁴⁵ - سورة النور، الآية رقم 32.

خطاب للأولياء، والأيم اسم امرأة لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا ومتى ثبتت الولاية عليها كانت هي موليا عليها ضرورة فلا تكون والية لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يزوّج النساء إلاّ الأولياء"⁴⁴⁶.

كما استدلووا بأحاديث كثيرة منها ما روى الترمذي وابن ماجه عن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بولي". وعن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل"⁴⁴⁷.

وقد استدلل الجمهور بالمعقول حيث قالوا إنّ من فطرة النساء الحياء، والابتعاد عن مجالس الرجال⁴⁴⁸. كما أنّ عقد الزواج ليس كسائر العقود الأخرى حيث ترتّب عليه آثار خطيرة ولذلك فالمصلحة تقتضي الحذر فيه، لأنّه يحتاج إلى خبرة واسعة بأحوال الرجال، ومعرفة من يصلح زوجًا ومن لا يصلح، ولا يتوافر ذلك إلاّ في الولي، لأنّ المرأة قليلة الخبرة، سريعة التأثر والانخداع، وغالبا ما تنساق وراء العاطفة دون النظر إلى المستقبل، ومن ثمّة لا بد من مؤازرة الولي لها⁴⁴⁹.

وعند الإمام مالك لا يجبر أحد على النكاح إلاّ الأب في ابنته البكر وابنه الصغير وفي أمته وعبداه والولي في يتيمة فعن رواية له أراد شخص أن يزوّج ابنة أخيه بكر وسفيهة فقال له مالك وإن كانت سفيهة فليس له أن يزوّجها إلاّ برضاها⁴⁵⁰. فالعمل عند أهل العلم، أنّ الثيب لا تزوّج حتى تستأمر، وإن زوّجها الأب من غير أن يستأمرها فكرهت ذلك، فالنكاح مفسوخ⁴⁵¹. ولهذا الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صممتها⁴⁵².

⁴⁴⁶ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 372.

⁴⁴⁷ - أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي... المرجع السابق، ص. 259.

⁴⁴⁸ - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد... المرجع السابق، ج. 02، ص. 08.

⁴⁴⁹ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 252.

⁴⁵⁰ - مالك بن أنس الأصبهاني، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 155 - 156.

⁴⁵¹ - أنظر، أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، المجلد الثاني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط. 01، 1996، ص. 400.

⁴⁵² - تقع ولاية الإجماع من الأب لابنته البكر، فإذا زوّجها وبني بما زوّجها تم طلقها أو مات عنها تسقط عنها ولاية الإجماع. وإذا زوّجها وتوفي عنها زوجها دون أن يمسه تم رجعت إلى أبيها فإذا طالت إقامتها وشهدت مشاهد النساء فلا يزوّجها مرة ثانية إلا برضاها، أما إذا لم تطل مدتها فتبقى عليه ولاية الإجماع. وسكوتها رضاها.، مالك بن أنس، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 156 - 157؛ تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى... المرجع السابق، ج. 03، ص. 82 - 83.

على عكس الأئمة الثلاثة الذين قيّدوا حرية اختيار المرأة فأشركوا معها الولي، يرى الإمام أبو حنيفة أنّ العاقلة البالغة لها الحق وحدها في مباشرة زواجها بنفسها، بkra كانت أم ثيبا، وإن كان يستحب أن تستأذن وليها، الذي يبقى له حق الاعتراض على الزواج متى كان الزوج غير كفء، أو متى قدّم لها مهرا يقل عن مهر المثل⁴⁵³. فعلة الإجماع عندهم الصغر دون البكارة.

واستدل الأحناف من الكتاب بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁴⁵⁴. وقوله عزّ وجل: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾⁴⁵⁵.

ومن السنة الشريفة، الحديث عن خنساء بنت خدام الأنصارية "أنّ أباهما زوّجها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه"⁴⁵⁶. وعن عائشة رضي الله عنها "أنّ فتاة دخلت عليها فقالت: إنّ أبي زوّجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنّ كارهاة، قالت: اجلسي حتى يأتي النبي صلى الله عليه وسلم، ف جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أنّه ليس للأباء من الأمر شيء"⁴⁵⁷. هذا وقد قاس الحنفية حق تزويج المرأة نفسها على بقية حقوقها المالية، من بيع وكراء ودين وغيره، فقالوا: "إذا صحّ استيفاء المرأة حقوقها في المال، فكذلك يصحّ استيفاء حقوقها في الزواج.

وفي هذا المقام قال ابن قيم الجوزية: "إنّ البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرّف أبوها في أقلّ شيء من مالها إلاّ برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يرقّها،

⁴⁵³ - عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبيولي وابراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبي، مجمع الأنهر... المرجع السابق، ص. 488-489؛ أنظر، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج. 02، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط. 01، 1313هـ، ص. 117.

⁴⁵⁴ - سورة البقرة، الآية رقم 232.

⁴⁵⁵ - سورة البقرة، الآية رقم 234.

⁴⁵⁶ - أنظر، أبي عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، الاستذكار، المجلد 16، دار قتيبة للطباعة والنشر، بيروت، ط. 01، 1993، ص. 205-206.

⁴⁵⁷ - أبو عبد الله بن يزيد بن ماجة الربيعي القزويني، سنن ابن ماجة... المرجع السابق، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهاة. 439.

ويخرج منها بضعها بغير رضاها إلى من يريد هو، وهي من أكره الناس فيه، وهو من أبغض شيء إليها؟ ومع هذا فينكحها إياه قهرا ويجعلها أسيرة عنده⁴⁵⁸. وبهذا يكون الإمام أبو حنيفة أعطاها الحرية في مباشرة عقد زواجها بنفسها واحتاط لحق الولي فجعل له حق الاعتراض إن كان المهر دون مهر المثل أو لم يكن الزوج كفوًا لها فله المطالبة بفسخ العقد لعدم صحته.

فالخطاب للأولياء بالإنكاح ليس يدلّ على أنّ الولي شرط جواز الإنكاح بل على وفاق العرف والعادة بين الناس، فإنّ النساء لا يتولين النكاح بأنفسهن عادة، لما فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال، وفيه نسبتهم إلى الوقاحة، بل الأولياء هم الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن، فخرج الخطاب بالأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب دون الحتم⁴⁵⁹.

فإذا زوّجت المرأة البالغة العاقلة نفسها بكفاء ينفذ، لأنّ حق الأولياء في النكاح من حيث صياتهم عمّا يوجب لحوق العار والشين بهم بنسبة من لا يكافئهم بالصهرية إليهم، وقد بطل هذا المعنى بالتزويج بكفاء، يحقّقه أنّها لو وجدت كفوًا، ولو امتنع يصير عاضلا فصار عقدها - والحالة هذه - بمنزلة عقده بنفسه⁴⁶⁰.

تأسيسا على ما تفرّع أعلاه نجد أنّ جمهور الفقهاء ذهبوا إلى القول أنّ الزواج لا ينعقد بعبارة النساء مطلقا ولو كانت بالغة، عاقلة ورشيدة، واتخذ أبو ثور من أصحاب الشافعي رأيا وسطا إذ قال: "إنّ المرأة تنفرد بإنشاء العقد وتتولى صيغته، ولكن ليس لها أن تعقد من غير رضا وليها"⁴⁶¹. في حين يرى الحنفية أنّ للمرأة أن تزوج نفسها بغير إذن وليها، وزواجها صحيح لا اعتراض عليه ما دام بكفاء. فلا يصحّ عنده أن تقيّد حرية المرأة في الاختيار لأمر يتوقع، وقد يقع، وكثيرا لا يقع، وتقيّد الحرية في ذاته يعدّ ظلما، فكان الاحتياط لحرّيتها في اختيار الزوج يوجب عدم تدخل الولي إلاّ إذا وقع الشر بالفعل بأن تتزوج بغير كفاء. فتقيّد حرية المرأة في أمر نفسها بإرادة غيرها إلاّ بالقدر الذي يمسّهم، وعقدهم بعبارتها لا يمسهم ما دام بكفاء وبمهر المثل⁴⁶². وهكذا ترك أبو حنيفة حرية

⁴⁵⁸ - شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن قديم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد... المرجع السابق، ج. 02، ص. 398.

⁴⁵⁹ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 374.

⁴⁶⁰ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 372.

⁴⁶¹ - أنظر، محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، مصر، 1994، ص. 121.

⁴⁶² - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس... المرجع السابق، ص. 126.

الاختيار للمرأة كاملة من غير أن يشركها أحد، وألقى عليها عبئا، لأنّ الحرية لا تخلو من تكليف ملزم، فهي ملزمة ألاّ تتزوج إلاّ كفتا وبمهر المثل، وإن أعطاها حريتها كاملة فقد احتاط لأسرتها⁴⁶³.

وإذا كان الفقه قد عرف انقسامها فيما يتعلّق بمؤسّسة الولي، فإنّ التشريعات الأسرية هي الأخرى عرفت تعديلا بهذا الخصوص آثار جدلا واسعا. فمدونة الأحوال الشخصية التونسية لسنة 1957، سارت على مذهب الجمهور فاعتبرت أنّه لا يحق للمرأة سواء كانت رشيدة أم غير رشيدة، ثيبا كانت أم بكرا، أن تباشر زواجها بنفسها، إنّما عليها أن تفوض ذلك لوليها⁴⁶⁴. وبمقتضى تعديلات 10 سبتمبر 1993 تم إلغاء العمل بمؤسّسة الولي بالنسبة للرشيدة التي لا أب لها، فنصت الفقرة الرابعة من الفصل 12 منه على أنّه: "للرشيدة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء". غير أنّ هذا التعديل خلق نوعا من التمييز بين المرأة ذات الأب وبين الفاقدة له، وهو ما لم يقل به أي مذهب من المذاهب الفقهية⁴⁶⁵. فلا مبرر لمثل هذا التمييز الذي يتعارض مع خاصية عمومية وتجريد القاعدة القانونية هذا من جهة، ومن جهة أخرى تبقى اليتيمة أولى بالرعاية والنصح فهي التي تحتاج إلى ولي أكثر من غيرها. وعلى الرغم من هذا التعديل الجزئي الذي أحدثه المشرع التونسي، إلاّ أنّ الحركات النسائية ظلّت تطالب بإلغاء الولي على المرأة اليتيمة وذات الأب.

الأمر الذي دفعه إلى تبني مبدأ الحرية في الزواج حيث أعطى للمرأة الرشيدة حق وحرية الخيار بين أن تتولى زواجها بنفسها، أو أن توكل عنها من تشاء وهذا طبقا لمقتضيات الفصل التاسع من المجلة في آخر تعديل لها ونص على أنّه: "للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما، وأن يوكلوا من شاء. وللولي حق التوكيل أيضا". وقد سبقه الفصل الثالث من نفس المجلة: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين ويشترط لصحة الزواج إسهام شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر الزوجة".

⁴⁶³ - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس... المرجع السابق، ص. 127.

⁴⁶⁴ - نص الفصل 11 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على: "1- الولاية حق للمرأة، فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض من المرأة على ذلك إلا في حالة الإكراه المنصوص عليها فيما يلي؛ 2- لا تباشر المرأة العقد ولكن لوليها أن يعقد عليها؛ 3- توكل المرأة الوصي ذكرا تعتمده لمباشرة العقد على من هي تحت وصايتها؛ 4- لا يسوغ للولي ولو أب أن يجبر ابنته البالغ ولو بكرا على النكاح إلا بإذنها ورضاها إلا إذا خيف على المرأة الفساد، فللقاضي الحق في إجبارها حتى تكون في عصمة زوج كفاء يقوم عليها".

⁴⁶⁵ - أنظر، محمد المهدي، مؤسّسة الولي في الزواج: ضرورة أم اختيار؟ -دراسة فقهية قانونية-، مجلة الملف، فضالة، المحمدية، المغرب، 2007، ع. 10،

فعبارة الفصلين واضحة لا تدع مجالاً للشك أو التأويل فقد تركت الحرية الكاملة للمرأة الرشيدة في اختيار قرينها وساوت في ذلك بينها وبين الرجل، وبهذا يكون المشرع قد وضع حداً لكل اجتهاد فقهي حول صلاحية المرأة لإبرام عقد زواجها بمفردها ودون مشاركة وليها.

هذا وقد عرفت مدونة الأسرة المغربية تطوراً ملحوظاً، فأحدثت المدونة الجديدة تغييراً جذرياً، بإعطائها الحرية الكاملة للمرأة الرشيدة في عقد زواجها بنفسها عملاً بالمادة 24 من المدونة التي تنص على أنّ: "الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصحتها". أو أن تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها طبقاً للمادة 25 من نفس المدونة التي جاء فيها: "للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها".

بهذا تكون المدونة قد سارت على نهج الاتفاقيات الدولية، وخالفت المذاهب الفقهية فحتى المادة 13 منها التي حددت شروط عقد الزواج لم تشر مطلقاً إلى الولاية. والقول بأنّ هذا الموقف جاء متماشياً مع المذهب الحنفي غير صحيح، لأنّ المذهب لم يمنح للمرأة الصلاحية المطلقة في أن تزوج نفسها ممن تشاء، إنّما قيّد صلاحيتها في ذلك بأن يكون من تريد الاقتران به كفؤاً لها، إذ يحق للولي الاعتراض على الزواج متى كان الزوج غير كفء، أو قدم لها ما يقل عن مهر المثل. والملاحظ أنّ هذا القيد لم تتضمنه المدونة⁴⁶⁶.

ففي ظل هذه الخطوة الجريئة التي خطاها المشرع المغربي في إسقاط مبدأ الولاية يبقى التساؤل مطروحاً حول إمكانيات التطبيق في ظل إكراهات الواقع التي قد تدفع المرأة إلى عدم التجرؤ على ممارستها لهذا الحق حتى ولو منح لها، ذلك خوفاً من التبعات التي قد تلحقها خاصة في حالة فشل الزواج، وما قد يترتب عنه تنصل العائلة في احتواء المرأة التي قدمت على ممارسة هذا الحق⁴⁶⁷.

وما يلاحظ على موقف المشرعين التونسي والمغربي أنّهما جاءا واضحين، جازمين في منح الحرية الكاملة للمرأة الراشدة لإبرام عقد زواجها بنفسها، اللهم إلا إذا رغبت -وهذا أيضاً بكامل إرادتها- في إسناد هذه المهمة لوليها. وهو ما لا نجد في قانون الأسرة الجزائري حيث جاء موقف المشرع لا

⁴⁶⁶- أنظر، محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، سلسلة البحوث القانونية، مراكش، ط. 01، 2009، ص. 70.

⁴⁶⁷- أنظر، يمينة رحاوي، قراءة مدونة الأسرة: المستجدات وعوائق التطبيق -الولاية نموذجاً-، مجلة المناظرة، النخلة للكتاب، وجدة، المغرب، 2004، ع. 09، ص. 105.

يخلو من التذبذب والغرابة. فبعدما جعل الولاية ركنا من أركان عقد الزواج، حيث لا يمكن للمرأة أن تعقد على نفسها وإنما يعقد عليها وليها طبقا لما نصت عليه المادة 11 قبل التعديل بقولها: "يتولّى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين. والقاضي وليّ من لا وليّ له"⁴⁶⁸. وإلاّ عدّ زواجها باطلا. تراجع عن موقفه بجعلها شرطا من شروط صحّة عقد الزواج حسبما تقرّره المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة، وبإلغائه نسبيا من عقد زواج المرأة الراشدة من خلال الفقرة الأولى من المادة 11 المعدّلة منه التي جاء فيها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة السابعة من هذا القانون".

إذ يستشف من نص هذه الفقرة أنّ المشرع الجزائري لم يفرق بين كون المرأة بكرا أو ثيبا كما فرّق الفقهاء في حكم كل منهما، وأطلق دلالة "تعقد المرأة الراشدة زواجها"، بمعنى هل مراده بذلك أنّ للمرأة البالغة الراشدة كامل الحرية في الاختيار والرضا بموافقة الولي، أم أنّه أجاز لها مباشرة عقد زواجها بنفسها وأهمل بذلك أي دور للولي سوى الحضور؟

فعبارة "تعقد" فيها إسناد الفعل إلى المرأة، بينما عبارة "حضور الولي" لا تدلّ على الفعل⁴⁶⁹. والدليل على ذلك ما يلي:

أوّلا: نصت المادة الرابعة من قانون الأسرة على أنّ: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي". فالملاحظ من خلال هذه الفقرة أنّ المشرع قد قصر عقد الزواج على الرضا الذي يتم بين الرجل والمرأة وليس بين الرجل وولي المرأة، دون اعتبار شرط رضا الولي، فإذا كان عقد بين رجل وامرأة فأبي دور للولي؟

ثانيا: نص المادة العاشرة: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر". فإذا كان الرضا - المعبر عنه بالإيجاب والقبول - ركنا طبقا لنص المادة التاسعة، والمقصود بالطرفين في نص المادة العاشرة هما الزوجين، فأبي دور للولي طبقا للمادة 11 التي عبّرت عن دوره بالحضور؟

⁴⁶⁸ - مع أنّه لم يبلغ دور المرأة، فالولاية هي ولاية الاختيار إذ يكون للمرأة حق اختيار شريك حياتها بالتشاور مع وليها. وما يؤكّد هذا القول نص المادة 13 قبل التعديل. فالمرأة لا تتولّى بنفسها إبرام العقد.

⁴⁶⁹ - محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي... المرجع السابق، ص. 388-389.

ثالثا: ففرق المشرع في التعبير عن الولاية على الراشدة بالحضور، وفي الولاية على القاصرة بالتولي، مما يفهم منه أنه قصد إلغاء أي دور أو تأثير لسلطة الولي في إنشاء عقد الزواج.

رابعا: كما يفهم من إلغائه لنص المادة 12 في فقرتها الأولى: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة التاسعة من هذا القانون"، أنه لم يبق للولي أي دور أو تأثير في الإذن أو المنع.

خامسا: ومما يستشف من مجموع النصوص القانونية المتعلقة بالولاية في التزويج أنّ المشرع الجزائري قد اعتبر رضا المرأة واختيارها في عقد زواجها، فمن زوّجها وليها فلا يكون زواجها صحيحا إلاّ برضاها إذا كانت بالغة راشدة، وتعتبر ولايته ولاية إذن واستحباب وفقا للمذهب الحنفي، ومن ثمّ جواز تولى المرأة عقد زواجها و انعقاده بعبارتها منفردة، مادام يفهم من المادة 33 من قانون الأسرة والتي تنص في فقرتها الثانية على أنّه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". أنه عند غياب الولي أو تغييره عن مجلس العقد في حالة عدم وجوبه طبقا للمادة 11 عدم تعرّض العقد للفسخ قبل الدخول أو بعده.

فلم يفرّق المشرع بين الولي الذي يعدّ مسؤولية شرعية وقانونية محدّدة الأسباب والصلاحيات وبين الشاهد الذي يحتاج إليه لتوثيق العقد فقط، وأعطاهما نفس الدور والدرجة. فكل منهما ليس له إلاّ حضور مجلس العقد دون الموافقة، ويخضعان لاختيار المرأة لاستعمال حرف العطف "أو" التي تنفيذ التخيير لا الترتيب⁴⁷⁰. لتنتقل بذلك المرأة الرشيدة من صفة طرف في العقد إلى صفة عاقدة، وذلك لضرورة تعبيرها عن رضاها شخصيا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق وتوقيعها على ملخص عقد الزواج⁴⁷¹. فأى حماية هذه لحق المرأة الراشدة؟

ويتضح أيضا من نص الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، أنّ المشرع الجزائري قد حاول

⁴⁷⁰ - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 112.

⁴⁷¹ - أنظر، زكية تشوار حميدو، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، م. ع. ق. إد. س.، 2011، ع. 12. ص. 59.

تطبيق المساواة بين الزوجين تطبيقاً متماشياً مع ما جاءت به الاتفاقيات الدولية، ولكن بطريقة انفراد بها⁴⁷². إذ جعل العقد للمرأة الراشدة هي تتولاه وتباشره، وليس للولي منه إلاّ الحضور، وحتى هذا الأخير يعدّ أمراً شكلياً غير ذي بال، لأنّ المشرع جعل أي شخص يمكنه أن يكون ولياً مهماً بعد عن المرأة. إذ لا قيمة لمعيار القرابة أو النسب، ويظهر ذلك جلياً من خلال مصطلح "أو أي شخص آخر تختاره"⁴⁷³.

فخالف مذهب الجمهور في انتقال الولاية إلى الأبعد مع وجود الأقرب أو حال غيبته، وذلك باعتبار أنّ للولي دوراً في إنشاء العقد، فقد اتفق الفقهاء على عدم انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد إلاّ في حالة عدم توافر شروط الولاية في الأقرب وهي فقد بعض شروط الولاية أو كلها، أو غيبة الأقرب المنقطعة أو عضله لموليته البالغة الراشدة⁴⁷⁴. إلاّ أنّ المشرع الجزائري لم ينص على انتقال الولاية إلى الأبعد عند عدم وجود الأقرب بالنسبة لتولي زواج المرأة الراشدة، وهذا ما يؤكد إهمال دور الولي الأقرب، مع اعتبار صحة تفرد المرأة باختيار الولي الأبعد.

ومن هنا يمكن القول أنّ المشرع الجزائري قد انفرد بهذا الرأي عندما اعتبر صحة اختيار المرأة لأي شخص أو الإذن له بتزويجها حال وجود الولي الأقرب أو الأبعد، كما هو على إطلاقه في قانون الأسرة. وهذا الذي ليس عليه جمهور الفقهاء الذين حرصوا على اختيارها العدل واطلاصيح أو كبير

⁴⁷² - جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر... المرجع السابق، ص. 13.

⁴⁷³ - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 65-66؛ علماً وأنّ المادة الثانية من الأمر 274-59 الصادر بتاريخ 04/02/1959 كانت تنص: "ينعقد الزواج برضاء الزوجين ويجب أن يصدر الرضا شفويًا وعلنيًا ومن صاحب الشأن شخصياً، بحضور شاهدين بالغين وذلك أمام القاضي أو ضابط الحالة المدنية، وإلاّ كان العقد باطلاً ويجوز للزوجين أن يطلبوا أن يكون الآخر مسلماً؛ وإذا كان الرضاء صادراً عن قاصر أو محجور عليه قضائياً أو قانونياً، وجب أن يكمله رضاء الوصي أو القيم". والملاحظ أنّ هذه المادة اعتبرت الزواج عقداً تناهياً يتطلب رضاء شخصياً، فلم تمنح للولي سلطة مباشرة عقد زواج الراشدة.

⁴⁷⁴ - اتفق الفقهاء على عدم انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد عند توفر شروط الولاية في الأقرب، كما اتفقوا على عدم جواز انتقالها إلى الأبعد دون عذر، فيكون ترتيب الأولياء وفق مذهب الحنفية يتقدم العصبية النسبية ثم العصبية السببية ثم الأقارب غير العصبية ثم السلطان، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 376 ومابعدهما؛ وأما ترتيبهم عند المالكية فالولي المجرع عندهم هو الأب ثم وصيه، وأما الذي ليس له سلطة الإيجار على من تحت ولايته فالولي المقدم من القرابة جهة البنوة فالأبوة، فالأخوة فالعمومة، ثم مولى العتاقة، ثم الكافل إن وجد ثم السلطان، فإن عدموا جميعاً فلرجل من المسلمين بعد إذن المرأة؛ وعند الشافعية أحق الأولياء في ولاية الزواج جهة الأبوة ثم البنوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، فإن لم يوجد أحد من العصبية النسبية فلمولى العتاقة، ثم لعصبته بحق الولاء، ثم للسلطان في محل ولايته؛ وأما عند الحنابلة فالأولى للعصبية النسبية ثم للعصبية السببية ثم السلطان وهو الإمام أو نائبه، ثم الشخص الذي يكون له السلطان في المكان الذي توجد فيه المرأة، فإن تعذر هذا أيضاً زوجها رجل عدل بإذنها، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 167.

القوم وليس -أي شخص- حال انعدام الولي الأقرب والأبعد ومن له صلة قرابة بالمرأة من ذوي الأرحام، وحال انعدام الكافل والقاضي⁴⁷⁵. وهذا يتناسب مع إلغاء أي تأثير للولي في العقد، فيكون حضوره وعدمه سواء، ومن ثم صحة انفرادها بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فيستوي الأمر حينئذ في اختيارها للولي أيا كانت صفته.

وهو ما ترجمه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 14 فيفري 2007، جاء فيه: "يثبت الزواج العربي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل، ولا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط"⁴⁷⁶.

فقد علّلت المحكمة في أحد حيثيات القرار بأنّ الولي الذي أشرف على زواج الطاعنة هو عمّها واعتبرته مقبول شرعا وقانونا لأنّه من المقرّبين وهو عاقل وبالغ ومكّلف، ولكون ولاية الأب لا تعدّ ركنا من أركان الزواج⁴⁷⁷.

فعمد المشرع إلى تهميش سلطة الولي بهدف إحقاق المساواة بين الرجل والمرأة في إبرام عقد الزواج، فسار على نهج الاتفاقيات الدولية متناسيا أنّه داخل مجتمع إسلامي يختلف في عاداته وتقاليد ومفهومه للأسرة بشكل عام والمرأة على وجه الخصوص التي تختلف اختلافا بينا مع الرجل خلقا وفزيولوجيا.

علما وأنّ هذا الموقف جاء نتيجة محاولة المشرع التوفيق بين الرأي المؤيّد والمصر، والمطالب بضرورة الإبقاء على الولي في عقد الزواج، والرأي المعارض الرامي إلى التغيير من خلال إلغاء الولي وتحرير المرأة من قيده⁴⁷⁸. فاختر أن يجمع بين المتناقضين. فلم يكن موقفا في طرحه، فلا هو ألغى

⁴⁷⁵- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 180؛ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي وإبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر... المرجع السابق، ج. 02، ص. 496 وما بعدها.

⁴⁷⁶- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 14/02/2007، ملف رقم 381880، م. م. ع.، 2007، ع. 02، ص. 483.

⁴⁷⁷- نفس القرار المذكور أعلاه، ص. 485.

⁴⁷⁸- Cf., Dalila ZENNAKI, Egalité homme femme en Algérie et conformité aux normes internationales : le cas de la convention sur l'éliminations de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Etudes de droit,- Mélanges en hommage à Abdallah Benhamou-, éd., kounouz, 2013, p. 221.

الولي صراحة ولا أبقى عليه صراحة، فهذه المادة وإن كانت تنسجم مع المطالب الدولية، فإنّها لا تنسجم مع تقاليد وموروثات الأمة الجزائرية⁴⁷⁹.

ومن شأن هذا الموقف أن يفتح باب التمرد لنوع خاص من الفتيات، بحيث يمكن لهن الزواج خفية من آبائهن وهذا قد يطعن في صميم التكافل الأسري⁴⁸⁰. بالرغم من أنّ المجتمع تبعاً للعادات والتقاليد لا يزال لحد الساعة متمسكاً اختياريًا وعمليًا بالولاية⁴⁸¹. ولكن إلى متى سيصمد أمام هذه المتغيرات وانخفاض الوازع الديني والأخلاقي⁴⁸²؟

هذا وعلى اعتبار أنّ المشرع الجزائري قد اعتمد المذهب الحنفي في عدم اشتراط الولي وجواز انفراد المرأة البالغة الراشدة سواء كانت بكرًا أم ثيبًا بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فإنّه يعترض عليه من كون الحنفية بقولهم بجواز انفراد المرأة البالغة الراشدة بعقد زواجها، فقد أعطوا مع ذلك للولي الحق في الاعتراض والفسخ برفع الأمر إلى القاضي عند عدم كفاءة الزوج وأقل مهر المثل، وهذا ما لم يلتفت إليه المشرع الجزائري. ولهذا يمكن القول إذا كانت إرادة المشرع متجهة إلى إلغاء أي دور للولي، فعليه بتبني الصياغة التالية: "تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها، وللأولياء حق الاعتراض بطلب الفسخ عند عدم الكفاءة ومهر المثل".

وبالرغم من أنّ التعديل الأخير لقانون الأسرة أفقد الولي سلطته ومكانته في عقد الزواج، إلّا أنّ هناك من يرى أنّ مجرد الإبقاء عليه ولو بصفة رمزية يؤكّد أنّ المجتمع لا يزال ذكوريًا والمرأة تابعة وخاضعة للرجل⁴⁸³. وهو ما يتعارض مع المادة 5 (أ) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تحث الدول على اتخاذ جميع التدابير المناسبة لتعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية

⁴⁷⁹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 41 - 42.

⁴⁸⁰ - فنص المشرع على أنّ الولي يمكن أن يكون أي شخص تختاره المرأة لا يخدم مصلحة المرأة على الإطلاق فكيف لها أن تتجاوز أبوها وهو على قيد الحياة وتختار جارها مثلًا وهي بصدد إبرام أخطر العقود وأقدسها في الحياة. فمما لا شك فيه أن تمهيشها لوليها سيخلق عدّة مشاكل داخل الأسرة تؤدّي إلى تفكّكها.

⁴⁸¹ - أنظر، محمد المهدي، المقتضب في أحكام الأسرة، -من خلال قانون الأسرة المغربي-، ج. 01، مطبعة أنفو، فاس، المغرب، ط. 01، 2004، ص. 47، 48.

⁴⁸² - ففي سنة 2010 تم تسجيل 2500 حالة زواج بالجزائر الوسطى فقط أبرمت بدون حضور ولي أمر المرأة فتم الاستعانة بالجار أو الصديق..، أنظر، فريدة لكحل، الشارع تحت الصدمة، -جزائريات يتزوجن دون ولي-، جريدة الشروق اليومي، 11 / 07 / 2010، على موقع الإنترنت:

www.echoroukonline.com

⁴⁸³ - Cf., Dalila ZENNAKI, op.cit., p. 222.

لسلوك الرجل والمرأة، والقضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على فكرة دونية أو تفوق أحد الجنسين، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة.

ولا يمين تأييد هذا الرأي خاصة وأنّ صياغة المادة 11 جاءت غريبة لا تتمثل أيّ حماية لحق المرأة في الزواج، كما أنّ الدعوة إلى إلغاء الولي هي دعوى خاطئة مبنية على فهم خاطئ للأمور، لكون الإسلام إنّما جعل ولاية الرجل في الزواج على المرأة ليس بسبب نقص فيها أو في إدراكها، ولا تحجير عليها، بل صيانة لكرامتها من ذلك الوضع الرخيص الذي انتهت إليه المرأة في المجتمعات الغربية، حيث تضطر إلى البحث بنفسها عن الزوج المنشود، وتقتحم "في سبيل ذلك الكثير من المغامرات". وإنّ وجود الولي لا يعني أنّ له الاستبداد برأيه، وإكراه المرأة وهدر رأبها، وإنّما وظيفته مساعدتها وتسهيل سبل الزواج لها، وإعلانه، بناء على ما يجلب لها المصلحة ويدراً عنها المفسدة. وكما يقول الشيخ محمد أبو زهرة: "الرجال صناديق مغلقة على النساء وعقد الزواج بالنسبة لها عقد الحياة، والنساء لا يعرفن أسرار الرجال، لأنّ أكثرهن مخدرات، والأغلبية منهن يؤثر فيهن الحس، إذ تغلب عليهن العاطفة الوقتية السريعة الزوال، فكان من مصلحتها أن يشترك معها وليها في الاختيار، إذ أنّه ليس مأسورا بعاطفة خاصة، فيختبر ويبحث من غير أن يستهويه منظر أو مظهر"⁴⁸⁴. فحضوره من مصلحة الأسرة لأنّ عقد الزواج عقد خطير يعود على الولي وأسرته بالعار أو الفخار، إذ أنّ الزواج ربط بين أسرتين، والولي يؤذيه زواجها من خسيس ويشرفه زواجها من شريف.

فالفرض وحرية إبداء رأي الإنسان وإرادته عموماً قاعدة أساسية من قواعد التعامل، وطلبها في بناء الأسرة أكد وأولى. والمعقول لا يسوّغ للولي إجبار ابنته على الزواج، إذ لا يجوز للولي إكراه ابنته على البيع والشراء، فكيف سيحبها على زواج من لا ترغب به، والأصل في الزواج أن يقوم على الرضا والمودة وحرية الاختيار. هذا ولا تعدّ المرأة مجرمة إن رفضت الزواج بمن رضي به وليها. ولكن ليس معنى هذا أن تنفرد بالاختيار غير آبهة لرأي الأسرة، ولهذا يربط الزواج برضا المرأة وموافقة وليها معاً⁴⁸⁵. وموافقته هنا لا تعني الاستبداد والتسلط سواء تعلّق الأمر بإجبارها على الزواج ممن كرهته

⁴⁸⁴ - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس... المرجع السابق، ص. 123.

⁴⁸⁵ - أنظر، علاء الدين حسين رحال ومروان إبراهيم القيسي، نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن، ط. 01، 2010، ص. 58-

طمعا في تحصيل مصلحة مالية أو مركز اجتماعي، أو بمنعها عن الزواج بمن هو كفاء لها لسبب غير مشروع كأن يمتنع عن تزويجها لمصدرها المالي. فلا يكون أمامها إلاّ الرضوخ لأوامره أو تجاوزه باللجوء إلى ولي آخر وإذا لم يوجد فالقاضي ولي من لا ولي له.

تم إنّ منح الحرية الكاملة للمرأة الراشدة في إبرام عقد زواجها بنفسها وهو أمر واقع، لكن المشكل هو السن القانوني للزواج يجعلنا نتساءل - لا يقل عن 19 سنة- فهل المرأة في هذا السن أهل للاختيار دون توجيه أو إرشاد؟ هل اختيارها سيكون صائبا؟ هل عائلتها ستقبل اختيارها بسهولة؟ بمعنى آخر هل الحرية الممنوحة للمرأة في هذا السن تخدم مصالحها من الناحية الواقعية وتحقق الهدف الاجتماعي المتوخى من الزواج؟

فمن المعلوم أنّ المرأة في هذه السن تكون مفتقرة للتجربة وغير واعية بأساليب الحياة والاحتيايل والإغراء وتحكّم فيها عاطفتها، فتعتقد أنّ اختيارها صائب معترّة برأيها وقرارها الانفرادي وسلطتها الكاملة في مباشرة عقد زواجها بينما تصدم فيما بعد بالحقيقة الواقعية. ومن المؤكّد أنّه في حالة حدوث خصام أو عدم تفاهم في المستقبل بينها وزوجها سينعكس ذلك سلبا عليها إذ تجد نفسها بمفردها ودون مساعدة عائلتها الراضة لتلك الزيجة فلا يكون أمامها سوى الرضا بواقعها المعاش أو الانفصال دون ملجئ تلجئ إليه بحكم مقاطعتها لعائلتها. وبحكم العادات والتقاليد ستتولد نظرة إحتقارية تجاه المرأة التي همّشت وليها في إبرام أخطر العقود وأهمّها في حياتها من أسرتها أوّلا ومن أسرة زوجها ثانيا.

وعلى كل فالولي ضرورة اجتماعية كما أنّه ضرورة شرعية، يفرضها العقل وتفرضها طبيعة الأسرة المسلمة، فالزواج في عالمنا الإسلامي يختلف عمّا هو عليه في الغرب، لأنّ اقتران الرجل بالمرأة يعني دخوله في أسرتها وصيرورته عضوا فيها. ففي تدخل الولي مصلحة للمرأة لأنّه يعزّز من مكانتها في نظر زوجها، إضافة إلى أنّه في حالة الطلاق، فالأولياء هم من يتحمّلون عودة ابنتهم إليهم. فالزوج سيصبح عضوا في أسرة المرأة ومن غير المعقول أن ينظم إليها ورب هذه الأسرة غير راض عنه. فالحرية الشخصية في ممارسة الولاية والمعطاة للفتاة في إبرام عقد زواجها ليست امتيازا لها بقدر ما هي بداية متاعب ومعاناة، ولهذا يمكن القول أنّ الوظيفة الاجتماعية للولاية تتعارض وبشكل مطلق مع الحرية

الشخصية لممارسة الولاية الممنوحة للمرأة الرشيدة، لما قد ينجم من تفكك أسري وذل ومهانة للفتاة، فحتى من اختارته شريكاً لها له أن يحتقرها مستقبلاً لعدم اكتراثها بأسرتها التي سهرت على تربيتها وتعليمها⁴⁸⁶.

وتبعاً لهذه المعطيات، جاءت نصوص الولاية بالنسبة للمرأة الراشدة في التشريعات المغاربية للأسرة متسرّعة منقادة إلى المطالب النسائية ومتأثرة بالاتفاقيات الدولية، ومنافية لواقع المجتمعات العربية، فالأصل أنّ الولي الصالح يرحب بزواج ابنته ويباركه. والاستثناء أن يعارضه ويرفضه. ولهذا كان ينبغي الإبقاء على مؤسسة الولي بالنسبة للمرأة الراشدة، أو على الأقل الأخذ بموقف المذهب الحنفي على إطلاقه من حيث منح الحرية للمرأة الراشدة بعقد زواجها بنفسها، مقيّدة بحق اعتراض الولي إذا كان الزوج غير كفاء لها. وهنا تتحقق الموازنة بين مواكبة المستجدات والحفاظ على الموروث الفقهي. فللمرأة الحرية في اختيار شريك حياتها لأنّ الزواج يبني على المودّة والرّحمة والسّكون النفسي وهذه الأمور لا تتحقّق إلاّ بتوقّر الإرادة، غير أنّ هذا لا يعني استبدالها في الاختيار وضربها لإرادة وليّها عرض الحائط فلكل حرية حدود، وحدودها هنا الاختيار الحسن. فللولي سلطة الرقابة على هذا الاختيار، فإن رأى إساءة فيه جاز له الاعتراض وطلب الفسخ، أمّا إذا كان اعتراضه بلا مبرر تبث لها الحق في رفع أمرها للقاضي الذي يقدر الأمور بحسب قدرها.

هذا النقاش هو مخصوص بالرشيدة، أمّا القاصرة فلا نقاش في أنّه لا يمكنها أن تتزوّج إلاّ بإذن من القاضي كما أنّه لا بد لها من التعويل على ولي يعقد عليها. فزواجها متوقّف على موافقة نائبها الشرعي الذي يقوم بالتوقيع معها على طلب الإذن بالزواج وحضور إبرام العقد. وفي حالة عدم موافقته يرجع الأمر إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج.

⁴⁸⁶- أنظر، عائشة القرشي، الولاية في الزواج بين الحرية الشخصية والوظيفة الاجتماعية، مقال نشر بتاريخ 01/ 12/ 2013، على موقع الانترنت

ثانيا: مركز الولي بالنسبة لزواج المرأة القاصرة

حكم الولاية بالنسبة للمرأة القاصرة جاء نوعا ما مختلفا عن حكمها بالنسبة للمرأة الراشدة حيث لم يتم إسقاط مؤسسة الولاية عنها، غير أنّ الجديد الذي يذكر هنا هو أنّ الولاية لم تعد مطلقة للأب، وإنما أصبحت الأم تشاركه فيها طبقا للتشريعين التونسي والمغربي.

فقد كرس المشرع التونسي تدخل العائلة المتكوّنة من الأم والولي في اختيار شريك حياة القاصر. ولئن كان تدخل الولي أمرا معمولا به منذ فترة بعيدة ووقع إقراره من طرف الفقهاء المسلمين، فإنّ تدخل الأم في هذا الأمر يمثّل سابقة في التشريع التونسي. حيث نص الفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنّ: "زواج القاصر يتوقّف على موافقة الولي والأم؛ وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته رفع الأمر للقاضي؛ والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه".

وبهذا جعل زواج القاصرة متوقف على موافقة الولي الذي هو العاصب بالنسب، ومن صفاته أن يكون ذكرا، وهو الوالد أو من ينوبه. حيث عرّف الفصل الثامن من المجلة الولي على أنّه العاصب بالنسب واشترط أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا وحدّده في الأب وجوبا أو من ينوبه والقاضي ولي من لا ولي له. وهذا نفس المبدأ الذي أقره الفصل منذ سنة 1956، لكن التنقيح رغم إبقائه على موافقة الولي فقد اشترط موافقة الأم. والقراءة المتأنية لهذا الفصل تبرز⁴⁸⁷:

- أنّ المشرع أقرّ بصفة مبدئية أنّ زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي الذي من شروطه الذكورة، وهي قاعدة شرعية لا يمكن التحلّل منها؛

- أنّ المشرع أخضع إتمام زواج القاصر إلى موافقة الأم، وهي موافقة بدونها لا يتم الزواج، أي أنّها شرط صحّة لتمام العقد.

وقد يبدو هذا الفصل متعارضا مع القاعدة الأصولية المانعة لولاية المرأة في الزواج، إذ أنّ إخضاع إتمام العقد إلى موافقة الأنثى يعتبر مخالفا لتعاليم الدين. لكن الفهم المعمق للفصل السادس

⁴⁸⁷ - عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين... المرجع السابق، ص. 174.

لا يقودنا إلى النتيجة المذكورة فهو لم يسند صلاحيات الولاية إلى أنثى، بل إنَّها بقيت من اختصاص العاصب بالنسب، وأنَّ الأمَّ لم تسند لها سلطة الموافقة على زواج القاصر بصفتها ولية، بل بصفتها أمًا وهي الصفة الوحيدة التي حوّلت لها حق التدخل في حياة القاصر المترشح للزواج، فحتى في صورة تمتعها بالولاية فهي تمارس صلاحية الموافقة والرفض على أساس رابطة الأمومة⁴⁸⁸.

وتم تطبيق محتوى الفصل السادس من المجلة في القرار التعقيبي الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 02 فيفري 2006 فاقتضى على أن: "الأم ولية شرعية لابنها ويمكنها القيام في حقه ولو استندت الحضانة لغيرها"⁴⁸⁹.

أمّا إذا أبدأ معارضتهما، فإنّه يمكن اللجوء إلى رئيس المحكمة للحصول على إذن منه لإتمام الزواج، وذلك بعد أن تتوفر لديه عناصر الترجيح التي يتوقع معها كفاءة الزوجين بهذا الزواج المأذون به⁴⁹⁰.

ومع أنّ المشرع التونسي انفراد بإشراك موافقة الأم في زواج القاصر وهذا تماشيا أيضا مع الفصل 23 من نفس المجلة الذي أرسى مفهوم الشراكة والتعاون بين الزوجين على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم، وتأكيدا منه على مكانتها داخل الأسرة وعلى أنّ الحياة الزوجية تقوم على التشاور والوفاق من جهة، وضمانا لسلامة رضا القاصرة من جهة أخرى. إلا أنّ التساؤل الذي يثار حول بروز مشاكل عند تطبيق النص السادس القاضي بموافقة الأب والأم معا على زواج القاصر لعلَّ أهمّها الاختلاف في وجهات النظر والخلاف بين أفراد العائلة إلى حد عرض الأمر على أنظار القضاء وهي مسألة لا تحمد عقباه، لذلك كان من الأفضل أن يترك الأمر إلى الأعراف.

وأيضا التشريع المغربي، أبقى زواج القاصرة التي لم تبلغ سن الزواج متوقفا على موافقة نائبها الشرعي المكلف بالتوقيع مع القاصرة على طلب الإذن بالزواج وحضور إبرام العقد، وعلى فرض أنّ

⁴⁸⁸ - عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين... المرجع السابق، ص. 175.

⁴⁸⁹ - محكمة تعقيب، قرار تعقيبي مدني، 02 / 02 / 2006، ع. 7039، م. ق. ت.، 2006، ع. 06، ص. 121.

⁴⁹⁰ - محمد الشافعي، قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 66.

النائب الشرعي رفض الموافقة فإنّ قاضي الأسرة المكلف بالزواج ييث في الموضوع حسب مقتضيات المادة 21 من مدونة الأسرة⁴⁹¹.

والملاحظ أنّ المشرع المغربي لم يخصّص للولي بالنسبة للمرأة القاصرة مساحة كما قام بتنظيم مركزه بالنسبة للرشيدة، بل اكتفى بذكره وهو بصدد معالجة مسألة الإذن القضائي بزواج القصر، على خلاف ما جرى العمل به في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

واللافت أيضا أنّ النائب الشرعي يحضر إبرام العقد، وقد عزّفته المادة 230 من المدونة بقولها: "يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب: 1- الولي وهو الأب والأم والقاضي؛ 2- الوصي وهو وصي الأب أو الأم؛ 3- المقدم وهو الذي يعينه القضاء". وحسب أحكام المادة 231 من نفس المجلة فإنّ أصحاب النيابة الشرعية هم الأب الراشد؛ الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته؛ وصي الأب؛ وصي الأم؛ القاضي؛ مقدم القاضي". فبتقريب المواد 21، 230، 231 نجد أنّ زواج المرأة القاصرة لا يتم بدون موافقة وحضور وليها وهو أبوها فأتمها.

فعلى خلاف المشرع التونسي الذي اقتصر على جعل ولاية الأم على القاصر ولاية مالية، دون أن يمنحها الولاية على زواجه -أعطائها حق الموافقة فقط على هذا الزواج دون تولى إبرامه فالولي يشترط أن يكون ذكرا من العصبه-، فإنّ المشرع المغربي جعل ولاية الأم ولاية أصلية على النفس والمال معا، ما يعني أنّ زواج القاصر متوقف على إذن وحضور الأم لإبرام العقد في حالة غياب الأب أو فقد أهليته وهذا ما تؤكده المادة 233 من مدونة الأسرة حيث جاء فيها: "للنائب الشرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله إلى بلوغه سن الرشد القانوني. وعلى فاقد العقل إلى أن يرفع الحجر عنه بحكم قضائي. وتكون النيابة الشرعية على السفه والمعتوه مقصورة على أموالهما إلى أن يرفع الحجر عنهما بحكم قضائي".

⁴⁹¹- تنص المادة 21 من م. أ. م.، على أن: "زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي؛ تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وبحضور إبرام العقد؛ إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر على الموافقة بث قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع".

وبهذا يتضح أنّ المشرع المغربي ورغم أنه يميل غالباً إلى تبني الاتجاه المالكي، إلا أنه بإعطائه للأم حق تولي زواج أولادها القصر قد خرج عن هذا المبدأ بل وعلى موقف الجمهور⁴⁹².

وأمام موقف المشرعين التونسي والمغربي بقي المشرع الجزائري متمسكاً بالولاية ممن هم من الذكور مستبعداً ولاية الأم في تزويج ابنتها القاصرة وهو ما يظهر جلياً من خلال صياغة الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يتولّى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

بإبقاء مؤسسة الولي في زواج المرأة القاصرة يثار التساؤل عن مدى انفراده بتولي عقد زواجها، فهل هي ولاية إجبار أم ولاية اختيار؟

معنى ولاية الإجبار أنّ من تثبت له هذه الولاية يملك الاستبداد بتزويج من في ولايته والجر على ذلك، ويكون العقد نافذاً. ومن ثم، فهي الولاية التي لا يكون للمولى عليها إرادة في إجراء عقد الزواج، فالرضا والكراهة من المعقود له أو عليه سواء في لزوم العقد ونفاذه مع ثبوت الولاية الكاملة عليه من قبل الولي في تزويجه لانعدام أثر حق الرفض، والاعتراض من المولى عليها⁴⁹³.

واختلف الفقهاء في حكم تزويج الولي المجرى المولى عليها، ومن ثم ثبوت ولاية الإجبار تبعاً لاختلافهم في مناط ثبوتها على قولين: فذهب الحنفية إلى أنّ مناط الإجبار هو الصغر والجنون، ومن ثم فعلة الإجبار هي العجز لغياب العقل أو نقصانه. قال الكاساني: "والأصل أنّ هذه الولاية على

⁴⁹² روي عن عمر وعلي وابن مسعود وعائشة أنه: "لو زوجت المرأة نفسها أو زوجت غيرها كأمّتها وابنتها وأختها ونحوها لم يصح النكاح لعدم وجود شرطه ولأنها غير مأمونة على البضع لنقص عقلها وسرعة الخداعها فلا يجوز تفويضه إليها". منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع... المرجع السابق، ج. 07، ص. 2403.

⁴⁹³ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس... المرجع السابق، ص. 158. ولاية الإجبار عند الحنفية تثبت للأولياء حسب الترتيب التالي: البنوة، الأبوة، الأخوة، العمومة، مولى العتاقة، ثم عصبة المولى، ثم ذوو الأرحام، فالقاضي. ولا ولاية للوصي لتزويج الصغيرة ولو كان الأب قد أوصى إليه بذلك. وإن حصل وأن زوج الولي من مرتبة مع وجود من هو أقرب منه صار العقد موقوفاً على إجازة الولي الأقرب، تقدم العصبة على ذوي الأرحام؛ عند المالكية ولاية الإجبار تثبت للأب رشيداً كان أو سفياً فله تزويج ابنته البكر ولو بدون مهر المثل؛ الإجبار عند الشافعية للأب والجد (أبو الأب) وإن علا فالبكر كبيرة أم صغيرة تزوج دون استئذان أما الثيب فلا تزوج إلا بإذنها ولو كانت صغيرة، تم العصبات حسب ترتيبهم في الميراث فيقدم الأقرب على الأبعد، تم المعتق فالسلطان، ولا ولاية لذوي الأرحام؛ وعند الحنابلة تثبت للأب ووصي الأب بشرط أن تكون الوصية صريحة، ويعيّن الزوج تعييناً محددًا وواضحاً أن يكون الزواج بمهر المثل والزوج عدلاً. الجد، البنوة، الأخوة، العمومة، عصبة الأقرب، السلطان. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 377-378؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق... المرجع السابق، ج. 02، ص. 122؛ الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، البجيرمي... المرجع السابق، ج. 04، ص. 142.

أصل أصحابنا تدور مع الصغر وجودا وعدما في الصغير والصغيرة، أمّا في الصغيرة فإنّما تدور مع البكارة وجودا وعدما، وفي الكبير والكبيرة تدور مع الجنون وجودا وعدما سواء كان الجنون أصليا بأن بلغ مجنوناً أو عارضا بأن طرأ بعد البلوغ⁴⁹⁴.

أمّا عند مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، تدور علّة الإيجاب وتثبت مع البكارة في الأنثى والصغر في الغلام، والجنون في الأنثى والذكر وجودا وعدما. يقول الشافعي: "الأب والجد يملكان إجبار البكر الصغيرة والبالغة، ولا يملكان إنكاح الثيب البالغة بغير رضاها، ووجه قوله أنّ البكر وإن كانت عاقلة بالغة، فلا تعلم مصالح النكاح لأنّ العلم بها يقف على التجربة والممارسة فتبقى ولاية الإيجاب عليها ولوليها قبض مهرها دون رضاها. بخلاف الثيب البالغة لأنّها علمت بمصالح النكاح بالممارسة فانقطعت ولاية الإيجاب عليها⁴⁹⁵.

وأمّا ولاية الاختيار، فالمقصود بها إبرام الولي عقد الزواج نيابة عن المرأة بعد أن يتأكد من رضاها بالزواج. فالحنفية يسمونها ولاية ندب واستحباب⁴⁹⁶، ويسميها المالكية ولاية الاختيار للدلالة على عدم جبر الولي للمولى عليها على الزواج⁴⁹⁷. وهي تثبت عند المالكية للثيب البالغة التي زالت بكارتها بزواج صحيح أو فاسد، والبكر البالغة التي أقامت مع زوجها سنة تم تأييمت وهي بكر، واليتيمة الصغيرة التي خيف عليها من الفساد⁴⁹⁸.

انطلاقاً من هذين المفهومين وبالرجوع إلى التشريعات المغاربية للأسرة نجدتها تبنت ولاية الاختيار على المرأة القاصرة لا ولاية الإيجاب⁴⁹⁹. إذ ألغى المشرع التونسي ولاية الإيجاب على المرأة

⁴⁹⁴ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 358.

⁴⁹⁵ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 358.

⁴⁹⁶ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 338.

⁴⁹⁷ - أنظر، أبي عبد الله محمد الأنصاري الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، - الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية-، القسم الأول، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط. 01، 1993 ص. 242.

⁴⁹⁸ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي... المرجع السابق، ج. 07، ص. 211-212.

⁴⁹⁹ - نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفاء، ويجوز له تزويجها مع كراهتها وامتناعها؛ وعند المالكية يزوجه أبوها دون سواه، ويضيف الشافعية إلى الأب، الجد؛ في حين يقول أبو حنيفة يجوز تزويج الصغيرة لغير الأب ولها الخيار إذا بلغت.، أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير، -على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك-، ج. 02، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1991، ص. 351؛ عمر بن رسلان البلقيني الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي، ج. 03، دار القبليتين، الرياض، السعودية، ط. 01، 2012، ص. 63؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 402.

القاصرة فلم يشر الفصل الخامس من المجلة الذي أقرّ بإمكانية زواج القاصر إلى إمكانية إلزامهم بذلك. فالولاية لم تلغ ووقع إقرارها تشريعياً في شكل ولاية مشاركة. ونفس الأمر بالنسبة للمشرع المغربي، فحتى وإن لم ينص على ذلك صراحة إلاّ أنّه يفهم من قراءة الفقرة الأولى من المادة 21 من مدونة الأسرة أنّ الولاية هي ولاية اختيار لكون زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي لا أن يتولّى هذا الأخير إبرام العقد.

وبدوره المشرع الجزائري جاء موقفه واضحاً وصريحاً بدليل المادة 13 من قانون الأسرة الناصة على أنّه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز أن يزوجه بدون موافقتها". وأيضاً المادة 97 من قانون الحالة المدنية حيث أنّها قضت ببطلان كل زواج تم في الخارج بين أجنبي وجزائرية في بلد يعمل بنظام ولاية الإيجابار.

ومن ناحية أخرى، فإنّ فلسفة المشرع المنتهجة دفعته إلى إلغاء المادة 12 من قانون 1984 والتي كانت تنص على أنّه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلحاً لها. إذا وقع المنع، فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة التاسعة من هذا القانون، غير أنّ للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت". وإذا كان هذا الإلغاء يتماشى مع الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة، فإنّه لا ينطبق على فقرتها الثانية، لأنّ المنع بالنسبة للقاصرة أمر غير مستبعد، ونكون هنا أمام ما يسمى بعزل الولي، ومعناه منع المرأة من التزوُّج بكفئتها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه⁵⁰⁰. فكيف يكون الحكم؟

في هذه الحالة لا بد من التقيّد بالفقه الإسلامي الذي يسقط الولاية عن الولي إذا امتنع عن تزويج من في ولايته دون مبرر ويحيلها إلى القاضي. فجاء عن ابن تيمية: "ليس للولي أن يجبر المرأة على نكاح من لا ترضاه ولا يعضلها عن نكاح من ترضاه إذا كان كفؤاً، وإمّا يجبرها ويعضلها أهل الجاهلية والظلم الذين يزوجون نساءهم لمن يختارونه لغرض، لا لمصلحة المرأة ويكرهونها على ذلك أو يخلونها حتى تفعل، ويعضلونها عن نكاح من يكون كفؤاً لها لعداوة أو غرض"⁵⁰¹. وكذا بقرارات

⁵⁰⁰ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 383.

⁵⁰¹ - تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى... المرجع السابق، ج. 03، ص. 83.

المحكمة العليا التي أكدت على أنه لا يجوز للأب أن يمتنع عن تزويج من في ولايته، وإن فعل ذلك دون مبرر يمنح لها الإذن بالزواج من قبل القاضي⁵⁰².

غير أنه إذا كان هذا الإلغاء يتماشى مع الحالات التي يرفض الولي تزويج موليته طمعا في راتبها، أو لكون الخاطب ليس على درجة من الثراء للتباهي به والتفاخر أمام الناس، أو لسبب غير شرعي كمنع ابنته الصغرى من الزواج قبل الكبرى، أو لأنه يرغب في تزويجها بمن أراد. فإنه بالمقابل يسلب الولي سلطة المنع من الزواج بغير كفاء للقاصرة، ولا يمكن أن يستقر هذا بأي من الأحوال، طالما أنّ العضل المشروع هو في مصلحة القاصرة من جهة، وحق للولي من جهة ثانية. لذا كان عليه أن يمنح للولي حق الاعتراض في حالة زواجها بغير كفاء لها أو قدم لها أقل من مهر المثل.

وتبعاً لذلك، القول بعدم الإجماع وجعل الولاية اختيارية هو الرأي الوجيه الذي يستقيم وروح الشريعة ومقاصدها في تشريع الزواج، فالنكاح ينعقد لكي يدوم، ولا يعزب عن بال الأولياء أنّ المصالح والأهداف السامية التي تقصد بالزواج لا تتحقق إلا بتراضي الزوجين. كما وينسجم مع النصوص القانونية المنظمة لمسألة الرضا في الزواج وحرية اختيار القرين⁵⁰³. ولكن إذا كان اختيار الزوج يتم برضا المرأة القاصرة وموافقة وليها أو مشاركتها في هذا الاختيار، فإنّ ترتيب الأولياء بالنسبة إليها هو ترتيب إجباري. فلقد تعرّض المشرع التونسي لأصحاب الحق في الولاية على القاصر بالفصل الثامن من مجلة الأحوال الشخصية، فجاء ترتيبهم إجبارياً ابتداءً بالأب وجوباً أو من ينيبه والحاكم ولي من لا ولي له. أما المشرع المغربي فقد حدّدهم بمقتضى المادة 231 من مدونة الأسرة وهم الأب الراشد؛ الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته؛ وصي الأب؛ وصي الأم؛ القاضي؛ مقدّم القاضي. في حين نص عليهم المشرع الجزائري بالمادة 11 من قانون الأسرة فجاء ترتيبهم على النحو التالي: الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له.

⁵⁰² - أنظر، حليلة آيت حمودي، حكم امتناع الولي عن تزويج ابنته، التعليق على قرار المحكمة العليا بتاريخ 30-03-1993، غ.أ.ش، ملف رقم 90468، م. ع. ق. إق. س.، 2000، ج. 41، ع. 01، ص. 59 وما بعدها؛ علي فيلاي، التعليق على قرار ملف رقم 90468 بتاريخ 30-03-1993، قضية (ر.ب) ضد (ر.ز) و (ص.م)، م. ع. ق. إق. س.، 2000، ج. 41، ع. 01، ص. 72 وما بعدها.

⁵⁰³ - أنظر، عبد الجليل القاسمي، والبكر يستأمرها أبوها، مجمع الفقه الإسلامي بالهند، مجموعة من البحوث الفقهية والأصولية حول موضوع الإجماع على الزواج وما يتعلّق به من مفهوم الولاية وسلطات الأولياء وتزويجهم للصغار من الأبناء والبنات الذين هم تحت ولايتهم، ومكانة الأولياء وضرورتهم وسلطات الأبناء والبنات، وطريقة استخدام تلك السلطات -، دار الكتب العلمية، لبنان، ط. 01، 2007، ص. 57.

وبالتأمل في محتوى هذه النصوص يبدو أنّ المشرع التونسي قد أخذ برأي الإمام مالك وابن حنبل فولي القاصر هو من كان من عصبته، ويقدم الأب أو الوصي ثمّ الأقربون فالقاضي. ويترتب على ذلك أنّ المشرع التونسي لا يقرّ للمرأة الولاية على النفس بالوصاية لأنها ليست من عصبة القاصر عند المذاهب الأربعة. ولأنّ المشرع نفسه عندما أسند لها الولاية المالية بالفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية احتزز وأوجب مراعاة أحكام الفصل الثامن من نفس المجلة، وهذا يقضي أنّه وإن استندت لها الولاية بعد وفاة الأب أو فقد أهليته إلاّ أنّ ذلك يعتبر خاصا بالولاية على مال القاصر⁵⁰⁴. ومن جهة المشرع المغربي، بعد أن تبني نص الإمام مالك بالفصل 11 من مجلة الأسرة قبل التعديل: "الولي في الزواج هو الابن ثم الأب أو وصيه ثم الأخ فابن الأخ، فالجد للأب فالأقربون بعد الترتيب ويقدم الشقيق على غيره، فالكافل فالقاضي فولاية عامة للمسلمين بشرط أن يكون ذكرا عاقلا بالغاً". فقد خرج بعد ذلك تماما عن أحكام الفقه بإلغائه لهذا الفصل وإعادة ترتيب الأولياء بإسناد الولاية إلى الأم⁵⁰⁵. أمّا المشرع الجزائري، فقد أسندها إلى والد المرأة القاصرة وبعده لأحد أقاربها الأولين دون أن يوضح إن كان يشترط كونهم من العصبة أو حتى من ذوي الأرحام، والقاضي ولي من لا ولي له. وكان من الأجدر أن لا يترك الأمر مفتوحا على العموم بعدم تحديده وترتيبه للأولياء واقتصراره على ذكر الأب ثم الأقارب الأولين، الأمر الذي قد يفتح الباب للتشاجر بين الأولياء في أسبقية الولاية⁵⁰⁶. والملاحظ أنّه وعلى خلاف التشريع التونسي أهمل إسناد الولاية إلى الوصي متبعا في ذلك المذهب الشافعي⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴- أنظر، علي حسين الفطناسي، من أحكام العائلة، التعاقدية العمالية للطباعة والنشر، صفاقس، تونس، 1988، ص. 151، تنص المادة 154 من م. أ. ش. ت. على أن: "القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة والمتعلق بالزواج ولا يعمل بوصية الأب إلا بعد وفاة الأم أو فقدها الأهلية. وعند وفاة الأبوين وفقدان أهليتهما ولم يكن للقاصر وصي وجب أن يقدم عليه الحكم"، وتثبت لها الولاية المالية على القاصر أصالة بناء على الفصل 155 من نفس المجلة حيث اقتضى: "للأب ثم للأم ثم للوصي الولاية على القاصر أصالة ولا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعية". في حين أنّها لا تتولى مباشرة عقد زواج القاصر بل تبدي موافقتها على الاختيار.

⁵⁰⁵- عند مالك يقدم الابن وابن الابن عن الأب، ويقدم الأخ وابن الأخ عن الجد. ويقول مالك: "لا نكاح للأولياء مع الوصي والوصي ووصي الوصي أولى من الأولياء..، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 161-166؛ يقول ابن القاسم: "إن للوصي أن يزوج المرأة وهو أولى بذلك من الأولياء". في حين يقول سحنون أنه ليس له أن يزوجه. أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل... المرجع السابق، ج. 05، ص. 108.

⁵⁰⁶- أحمد عبود، المرجع السابق، ص. 112.

⁵⁰⁷- عمر بن رسلان البلقيني الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي... المرجع السابق، ص. 66؛ تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى... المرجع السابق، ج. 03، ص. 81.

وهكذا لم يبق للولي من دور حقيقي إلا في حالة تزويج القاصرة، فجعل الولاية اختيارية، والترتيب إجباريا وعلى حسب درجة القرابة.

ونظرا لأهمية الدور الذي أسند إليه في تزويج القاصرة، ينبغي أن تتوفر فيه بعض الشروط، إذ ذهب المشرع التونسي في الفصل الثامن من المجلة إلى اشتراط الذكورة والعقل والبلوغ في الولي، فالرشد المشترك في هذا الفصل يدخل فيه ضمنا شرط البلوغ. وانفرد باستبعاد السفهيه، ويبدو أنّ ما توجه إليه هو الصواب لما يوفره من ضمانات أكثر للقاصر إذ كيف يمكن للسفيه أن يساعد المرأة على حسن اختيار الزوج. كما نص المقتن المغربي بالمادة 231 من المدونة على شرط الرشد. ومع أنّ المذاهب الفقهية الأربعة رأت وجوب توفر شرط الإسلام في الولي إلا أنّه غير مدرج بهذين القانونين، والحل في هذه الحالة نستند على الفقرة الأولى من الفصل الأوّل من الدستور التونسي التي جعلت الإسلام دين الدولة⁵⁰⁸، وكذلك على موقف القضاء الذي جعل من الشريعة الإسلامية مصدرا للمجلة⁵⁰⁹. وبخصوص القانون المغربي نعتبر أنّ هذا الشرط قائما تبعا لأحكام المادة 400 من مدونة الأسرة والتي تجيل إلى تطبيق الرأي المالكي صراحة⁵¹⁰.

أمّا الشارع الجزائري، فإنّه أهمل ذكر الشروط الواجب توافرها في الولي وكان من الأوجه والأولى التنصيص عليها كما فعل بالنسبة للوصي والمقدم. وفي غياب ذلك وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي لم تتوان في اشتراط الذكورة والعقل والبلوغ والإسلام وهي شروط متفق عليها⁵¹¹، في حين اختلفت بشأن شرط العدالة⁵¹².

⁵⁰⁸- تنص ف. 01 من الفصل 01 من دستور تونس على أنّ: "تونس دولة حرة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها، والعربية لغتها، والجمهورية نظامها".

⁵⁰⁹- يراجع مقدمة هذه الرسالة ص. 14.

⁵¹⁰- علي حسين الفطناسي، المرجع السابق، ص. 148-149.

⁵¹¹- شروط الولي في الفقه الإسلامي سبعة وهي: الحرية، الذكورة، البلوغ، العقل، العدالة، الرشد، واتفاق الدين بمعنى لا يزوج المسلمة إلا ولي مسلم، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع... المرجع السابق، ص. 2408.

⁵¹²- اختلف الفقهاء حول ولاية الفاسق، حيث يقول الشافعي لا ولاية للفاسق لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد". أما الإمامان مالك، وأبو حنيفة لا يمانعان ولاية الفاسق لأنّه يلي نكاح نفسه فثبت له الولاية على غيره، الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، البجيرمي... المرجع السابق، ج. 04، ص. 126-127؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 368-369.

إنَّ أهمية الولي بالنسبة للمرأة القاصرة لا يتطلَّب توافر شروطا فيه فحسب، بل ويشير التساؤل عن مصير إبرام عقد الزواج بدونه. فكان المشرع المغربي أكثر حرصا وتفعيلا لهذا الدور، بحيث أقر بموجب المادة 61 من المدونة فسخ العقد قبل البناء وبعده في حالة الزواج دون ولي في حالة وجوبه - أي بالنسبة للمرأة القاصرة-، بينما سكت المشرع التونسي عن بيان جزاء تخلفه، وأمَّا المشرع الجزائري فلا نفهم سبب صياغته للفقرة الثانية من المادة 33 على هذا النحو: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". فحتى وإن يبدو لأول مرة أنه راعي من خلال هذا النص مصلحة الزوجين في إبقاء العقد واستمرار العلاقة الزوجية، فإنَّه يبقى الغموض والتناقض واضحين بين إرادته في منح السلطة للولي واعتباره العقد صحيحا ومنتجا لجميع آثاره بالدخول. فطالما أنَّ الزواج الذي يتم بدون ولي ويتبعه دخول يعتبر صحيحا فما هي فائدة الولي إذن؟ وأي حماية هذه لحق المرأة القاصرة التي قد تتعمد الزواج بمن هو غير كفء لها ودون إرادة ورضا وليها، فتسارع بالدخول غير واعية لما قد تتسبب لها هذه الخطوة من مشاكل مستقبلية؟

وبهذا نختتم بما توصل إليه المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بالهند في دورته الثالثة عشر: 1- إنَّ الشريعة الإسلامية منحت البالغين من البنين والبنات حق التصرف في شؤونهم الشخصية وحق الاختيار في النكاح، وهذه الحرية الشخصية هي من مميزات الشريعة الإسلامية؛ 2- لا يجوز قطعا للأولياء إجبار المرأة البالغة على النكاح بدون مراعاة رغبتهم ورضاهما، فإصرار الأولياء على آرائهم واتخاذهم أنواع التهديد والوعيد للإجبار على نكاحها إنما هي محاولة مستنكرة لحرماتها من الحقوق التي أعطتها إياها الشريعة الإسلامية؛ 3- ينبغي على الفتيات أن يشتركن في اختيار الأزواج مع أوليائهم، لاكتمال خبرة الأولياء ولما عرف من مراعاتهم لمصلحة أولادهم مراعاة كاملة؛ 4- إنَّ انعقاد عقد النكاح يتوقف على إظهار الرضا وقت عقد النكاح، فإذا أظهرت الفتاة رضاها انعقد العقد؛ 5- إذا ثبت لدى القاضي أنَّ الأولياء اتخذوا أسلوب الجبر والإكراه في نكاح المرأة البالغة، وأجبروها

عند النكاح على التلفظ بالرضا، والمرأة غير راضية باستمرار هذا الزواج، وهي تطالب بالفسخ، فيحق للقاضي فسخ هذا النكاح دفعا للظلم⁵¹³.

إذا، مؤسّسة الولاية في حقيقتها وجوهرها لا تحط من قدر المرأة أبداً، ولا تجلب لها الحيف أو تقيّد حريتها كما يروّج لها بعض المغرضين، بل إنّها نفع مطلق لها ولأسرتها، على أن يؤدي الولي دوره على أكمل وجه. فماذا عن مانع الإسلام؟ هل يتضمن قيوداً على حرية المرأة في الاختيار وإبرام عقد الزواج مع من رغبتة زوجها لها.

الفرع الثاني

تقييد حرية المرأة في الزواج بمانع الإسلام

إنّ أفضل أنواع الزواج ما تلاقت عليه الرغبات، وخلصت له القلوب، فيبسط على الحياة الزوجية نسيج السكن والمودة والرحمة، لتطيب الحياة ويسعد الأبناء والأسرة على حد سواء. وإنّ ذلك لا يتحقّق على الوجه الأكمل في نظر الإسلام إلاّ إذا اتفق الزوجان في الدّين والعقيدة، وكانا مسلمين يأتّمان بأمر الإسلام، وينتهيان بنهيه⁵¹⁴. فمن موانع الزواج الشرعية المؤقتة الثابتة في الفقه الإسلامي وجل التشريعات العربية الإسلامية زواج المسلم من امرأة من غير أهل الكتاب، وذلك ما لم تعتنق الدين الإسلامي أو إحدى الديانات الكتابية الأخرى قبل العقد. ومنها أيضاً زواج المسلمة بغير المسلم ما لم يعلن إسلامه، فإذا أسلم قبل العقد يزول عندئذ المانع، وتخلّ له بموجب إسلامه المرأة المسلمة.

والملاحظ أنّه إذا تعلّق الأمر بزواج المسلم بغير المسلمة فحكمه أنّه جائز شريطة أن لا تكون المرأة مشرّكة، وإنّما تدين بدين سماوي. وأمّا بخصوص زواج المسلمة بغير المسلم، فالحرمة قطعية والمنع بات. وهو الحكم الذي أثار جدلاً كبيراً لمسأسته بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وعدم التمييز بينهما

⁵¹³- أنظر، مجمع الفقه الإسلامي بالهند، الإجماع على الزواج، -مجموعة من البحوث الفقهية والأصولية حول موضوع الإجماع على الزواج وما يتعلّق به من مفهوم الولاية وسلطات الأولياء وتزويجهم للصغار من الأبناء والبنات الذين هم تحت ولايتهم، ومكانة الأولياء وضرورتهم وسلطات الأبناء والبنات، وطريقة استخدام تلك السلطات-، دار الكتب العلمية، لبنان، ط. 01، 2007، ص. 10.

⁵¹⁴- محمود شلتوت، المرجع السابق، ص. 276.

بسبب الدين (أولاً)، وكذلك لخرقه لمبدأ الرضائية في عقد الزواج لما فيه من منع للمرأة من حرّيتها في اختيار شريك حياتها، فهل تمسكت القوانين المغاربية للأسرة بأحكام الفقه الإسلامي أم حذت حذو الاتفاقيات الدولية بخصوص مانع اختلاف الدين؟ (ثانياً).

أولاً: عدم المساواة بين الرجل والمرأة في حرية اختيار الشريك

تحظى حرية العبادة والمعتقد بدرجة القاعدة الملزمة في حقوق الإنسان الكونية بالنظر إلى كونها خاصية ملازمة للكائن البشري. لذا يمنع كل تمييز ناتج عن اللون أو الجنس أو الرأي أو المعتقدات، وهذا ما تضمنه الإعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد⁵¹⁵، ونصت عليه المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. فجّل الاتفاقيات الدولية ركّزت على مبدأ المساواة بين الجنسين وعدم التمييز بينهما فيما يتعلّق بالتمتّع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية سواء كان هذا التمييز بسبب اللون أو الجنس، أو العرق، أو اللغة أو الدين.

ولم يقتصر هذا المبدأ على المواثيق الدولية وإنما أكّد عليه أيضاً إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان الذي اعتبر أنّ جميع الناس متساوون في أصل الكرامة الإنسانية وفي أصل التكليف والمسؤولية دون تمييز بينهم بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو المعتقد الديني أو الانتماء السياسي أو الوضع الاجتماعي أو غير ذلك من الاعتبارات⁵¹⁶. وهو نفس الأمر الذي أكّده الميثاق العربي لحقوق الإنسان، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب⁵¹⁷.

⁵¹⁵ - تؤكّد المادة الثالثة من الإعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد على أنّ التمييز بين البشر على أساس الدين يشكل إهانة للكرامة الإنسانية وإنكاراً لمبادئ ميثاق الأمم المتحدة ويجب أن يشطب بوصفه انتهاكاً لحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي نادى بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والواردة بالتفصيل في العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان وبوصفه عقبة في وجه قيام علاقات ودية وسلمية بين الأمم، وتضيف المادة الثانية من نفس الإعلان "وتتعهد كل دولة طرف في الاتفاقية الحالية باحترام وتأمين الحقوق المقررة في الاتفاقية الحالية لكافة الأفراد ضمن إقليمها والخاضعين لولايتها دون تمييز من أي نوع سواء كان ذلك بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الديانة. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 55/36 المؤرخ في 13 نوفمبر 1981.، أنظر، الإعلان على الموقع الإلكتروني للجمعية العامة للأمم المتحدة:

http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp?type=declarat

⁵¹⁶ - المادة الأولى من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام، المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان الدورة الرابعة، جنيف 19 أبريل - 7 ماي 1993،

على موقع الأنترنيت: www.arahumanrights.org

⁵¹⁷ - قرار مجلس جامعة الدول العربية بالمصادقة على الميثاق العربي لحقوق الإنسان (121)، 23 / 05 / 2004، ومجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية

رقم 18 في نيروبي يونيو 1981. على موقع الأنترنيت: www.umn.edu/Lhumanrts/arab

وحتى المبادئ الدستورية تضمن حرية المعتقد وحرية أداء الشعائر الدينية وعدم التمييز بين الرجل والمرأة على أساس الدين⁵¹⁸. فللدستور مرجعيتين أساسيتين يستمد منهما تشريعاته الداخلية، الإسلام من جهة وهو دين الدولة الرسمي، والمرجعية الدولية التي تتبناها ديباجة الدستور من جهة أخرى. وإنّ التوفيق بين هاتين المرجعيتين يتطلّب مجهوداً لأثهما غير منسجمتين تماماً⁵¹⁹. وأولى هذه الاختلافات تظهر في المسائل ذات الصلة بالدين الإسلامي، إذ لم يعد للدين في معظم الدول الغربية أهمية في القانون الداخلي ولا يعتدّ في هذه الدول بالفوارق الدينية بين الأفراد التي يقرّها قانون أجنبي وعلى الخصوص من حيث تأثيرها في حقوقهم الخاصة⁵²⁰. وعلى ذلك اختلاف الدين بين الزوجين لم يكن بمانع من موانع الزواج في أغلب هذه الدول الأجنبية. غير أنّ الأمر على خلاف ذلك في القانون العربية إذ لا يزال يحتلّ الدين مكانة كبيرة وهامة في مسائل الأحوال الشخصية ولا سيما مسائل الزواج.

فقيّد الدين من القيود التي اعتبرتها المواثيق الدولية من أكثر مظاهر التمييز بين البشر وحاولت جاهدة محاربتها عالمياً بكل الطرق حتى تتحقّق المساواة ويشيع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع دون أي شكل من أشكال التمييز ولا تفريق بين الرجال والنساء⁵²¹. وهذا يظهر بوضوح من خلال اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، إذا جاء في المادة 15 منها: 1- تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون. 2- تكفل للمرأة بوجه خاص حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود".

⁵¹⁸- تنص المادة 42 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، المعدّل والمتّم للدستور الجزائري لسنة 1996، ج. ر. ع. 14، المؤرخة في 07 مارس 2016، على عدم المساس بحرية المعتقد وتضمن حرية ممارسة العبادة في ظل احترام القانون؛ يقابلها الفصل 06 من الدستور التونسي لسنة 2014، الذي أكد أنّ الدولة راعية للدين، كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية؛ وأقرّ الفصل الثالث من ظهير شريف رقم 91.11.1 الصادر في 27 شعبان 1432 الموافق 29 يوليو 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي، ج. ر. ع. 5964 مكرر الصادرة 30 يوليو 2011، ص. 3600، بأنّ الإسلام دين الدولة وهذه الأخيرة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية.

⁵¹⁹- أنظر، نعيمة البالي، الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي المغربي، -اتفاقية حقوق الإنسان نموذجاً-، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، جويلية-أوت 2007، ع. 75، ص. 53.

⁵²⁰- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص. 212-213.

⁵²¹- أنظر، حفصة الوهابي، أثر الاتفاقيات الدولية بشأن اختلاف الدين في القانون المغربي، 01/10/2013، منشور على موقع الانترنت:

وجاء في المادة 16 من نفس الاتفاقية: "1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

- نفس الحق في عقد الزواج.

- نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل".

وإذا كان ضمان الحق في الزواج يظهر بوضوح من خلال اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فإنّ هذا الحق أصبح فيما بعد موضوع اتفاقية دولية خاصة بشأن الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقودهم، والتي تناولت الأوجه المتعددة لضمان حق الزواج كيفما أقرته بصفة عامة المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. وقد استمرت دعوة الأمم المتحدة إلى المساواة بين الجنسين في أمور الزواج من خلال عدّة مؤتمرات كانت تستهدف الأسرة بشكل عام والمرأة بشكل خاص، أهمّها المؤتمر العالمي الرابع للمرأة الذي أصدر إعلان بكين سنة 1995 للتضامن من أجل المساواة بين الجنسين والتنمية والسلام، حيث أكّدت الحكومات المشتركة في هذا المؤتمر التزامها بمضاعفة الجهود لضمان تمتّع جميع النساء والفتيات اللاتي يواجهن عقبات متعدّدة -تحول دون تمكينهن والنهوض بهن بسبب عامل مثل الأصل العرقي أو السن أو اللغة أو الثقافة أو الدين-، تمتعاً كاملاً بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية.

بالإضافة إلى المؤتمر العالمي الخامس للمرأة بكين سنة 2000 الذي خصّص لدراسة تطبيق التوصيات الصادرة عن مؤتمر بكين حول المرأة 1995 وذلك تحت شعار "المرأة 2000 المساواة بين الجنسين والتنمية والسلام في القرن الحادي والعشرين". وقد أكّد هذا المؤتمر على مبدأ المساواة بين الجنسين كما حث الدول على الحدّ من نطاق التحفظات التي تبديها بشأن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وعلى صياغة هذه التحفظات بأكبر قدر ممكن من الدقّة وفي أضيق نطاق ممكن لضمان ألاّ تكون التحفظات غير متّفقة مع غرض الاتفاقية وهدفها أو مخالفة كذلك للقانون الدولي للمعاهدات، وعلى مراجعة تحفظاتها على نحو منتظم من أجل سحبها وعلى سحب

التحفظات التي تكون مخالفة لغرض الاتفاقية وهدفها أو التي لا تتفق كذلك مع القانون الدولي للمعاهدات.

يتضح إذن أنّ الموقف الدولي صريح في المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة، وصريح أيضا في رفع كل القيود عن المرأة في الزواج، فلها كامل الحرية في أن تختار شريك حياتها دون أيّة قيود دينية. فهذه الاتفاقيات قد وضعت قواعد أساسية لضمان التمتع بالحقوق والحريات أساسها إلغاء الاعتبار الديني في هذا الأمر، لأنّه يشكلّ أساسا بحقوق الإنسان المعترف بها دوليا، وتقتضي حرية المرأة ومساواة حقوقها بالرجل حسب هذه الاتفاقيات التي صادقت الدول المغاربية على غالبيتها تمتعها بنفس الحرية في اختيار شريك حياتها، وهذا ما لا يتحقّق في ضوء منع زواج المسلمة من غير المسلم الوارد في كافة الأنظمة القانونية الإسلامية ومنها التشريعات المغاربية.

فلقد أقرّت التشريعات المغاربية في دساتيرها التزامها باحترام حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا⁵²²، وهذا الالتزام يجعلها عضوا مؤثرا ومتأثرا بما تقرّره المجموعة الدولية في كل ماله علاقة بحقوق الإنسان، كما يفرض عليها احترام العهود والمواثيق الدولية. بل يفرض عليها إعطاءها الأولوية على التشريع الوطني وذلك تطبيقا لمبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية المنصوص عليه دستوريا⁵²³، ولا شك أنّ هذا المبدأ سيطرح إشكالية مدى ملائمة التشريع الوطني مع الحقوق المضمنة بالاتفاقيات الدولية، والتي من بينها الحق في الزواج والحرية في اختيار الزوج.

فبينما تحتفظ المواثيق الدولية بمفهوم المساواة والعدالة بين الجنسين دون التمييز بسبب الدين ويتم الحديث عنها في الدستور على أنّها واحدة من مبادئ الدولة، فإنّ القوانين الخاصّة بوضع الفرد أو الأسرة في الواقع الفعلي لم توضع على أساس من المساواة الكاملة وهذا يظهر خصوصا من خلال المادة 39 من مدونة الأسرة التي نصت على منع زواج المسلمة بغير المسلم وعلى منع زواج المسلم

⁵²² - جاء في ديباجة الدستور المغربي: "وإدراكا منها لضرورة تقوية الدور الذي تضطلع به على الصعيد الدولي، فإنّ المملكة المغربية، العضو العامل النشط في المنظمات الدولية، تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات، وتؤكد تشبّثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا . كما تؤكد عزمها على مواصلة العمل للمحافظة على السلام والأمن في العالم".

⁵²³ - جاء في ديباجة الدستور المغربي: "جعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الراسخة، تسمو فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة". تقابلها المادة 150 من الدستور الجزائري وفيها: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

بغير المسلمة ما لم تكن كتابية، وتقابلها الفقرة الأخيرة من المادة 30 من قانون الأسرة بأن منعت مؤقتاً المرأة المسلمة من الزواج بغير المسلم دون أن تتعداه إلى الرجل⁵²⁴.

وبهذا يكونان قد خالفا وخرقا مبادئ الاتفاقيات الدولية المصادق عليها - خاصة المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة- والتزامهما في الدستور باحترامها خاصة منها ما يتعلّق بالحق في الزواج والحرية في اختيار الزوج، وذلك من ناحيتين، فمن ناحية لأنها تجعل من الدين قيّدا يضيق من حرية الأطراف في الزواج، ومن ناحية أخرى لأنها ميّزت بوضوح بين الرجل والمرأة في الحق في الزواج، حيث سمحت للرجل المسلم بالزواج من الكتابية، ومنعت المرأة المسلمة من الزواج بالكتابية⁵²⁵.

ولهذا هناك من يرى أنّ احترام الدستور يقتضي حذف مانع الدين في الزواج من التشريع الداخلي باعتبار أنّ هذه القاعدة تخالف الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ولبدأ المساواة المنصوص عليه في الدستور، فالتناقض لم يقتصر على قانون الأسرة فقط، وإنما امتد ليشمل مقتضيات الدستور نفسه، إذ تارة يجعل الإسلام دين الدولة والدين الإسلامي يتبوء مركز الصدارة فيها، وتارة أخرى يجعل الاتفاقيات الدولية المصادق عليه تسمو على التشريعات الوطنية. وبهذا تكون قواعد الدين الإسلامي ومبادئ الاتفاقيات الدولية تحتلان مكانة الصدارة ضمن مقتضيات الدستور، وهذا ما يشكّل تنازعا بين قاعدتين دستوريتين: قاعدة "تسمو الاتفاقيات الدولية" وقاعدة "الإسلام دين الدولة"⁵²⁶.

فضلا عن أنّ قضية الدين في عصرنا هي قضية شخصية بحتة تهم علاقة الشخص برّبّه، والمنطق يفرض أن لا يتأثر القانون بهذه العلاقة الثنائية ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن ينطلق المشرع بصفة عامة من معطيات دينية بحتة لوضع قواعد قانونية تخصّ وتطبّق على المتقاضين بصفة عامة،

⁵²⁴ - لم تنطرق للمشرع التونسي في هذا الصدد لأنه سكت عن بيان موقفه من زواج المسلمة بغير المسلم، فأثار جدلا واسعا على الساحة القانونية بين من اعتبرها من الموانع القانونية، ومن أدرجها ضمن الموانع الشرعية كما سيتم بيانه بالتفصيل من خلال هذه الرسالة، ص. 242 وما بعدها.

⁵²⁵ - أنظر، عبد الرحمن بن عمر، أوجه الاختلاف والتعارض ما بين التشريع المغربي والمواثيق الدولية، مجلة المحاكم المغربية، 1991، ع. 62، ص. 19.

⁵²⁶ - جاء في ديباجة الدستور المغربي أنّ: "المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة... كما أنّ الهوية المغربية تتميز بتبوء الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها...". كما جاء في نفس الديباجة أنّ المملكة المغربية تلتزم: "بجعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة تسمو على التشريعات الوطنية"؛ موازاة بالمادة الثانية من الدستور الجزائري التي اقتضت أنّ الإسلام دين الدولة، ومن جهة أخرى أكدت المادة 150 من نفس الدستور على أنّ المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون.

خصوصا وأنّ الدستور لم يتضمن أي إشارة لجعل الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع، وإمّا نص على أنّ الإسلام دين الدولة، وهذا يفيد أنّ الدستور يحمل الدولة واجبات تجاه الدين الإسلامي باعتباره دين غالبية الشعب دون أن يمسّ ذلك بمبدأي الحرية الدينية والمساواة أمام القانون اللذين يكرسهما الدستور.

فعبارة "الإسلام دين الدولة" يمكن أن تعني أنّ دين الإسلام هو دين الأغلبية المسلمة، لكنّها لا تعني أنّ الإسلام هو الدين الوحيد لأنّ هذا ينفي وجود غير المسلمين، ولأنّ تطبيق قواعد الدين الإسلامي على الجميع ومن ضمنها قاعدة مانع الدين في الزواج، يعتبر تعسفاً ومن باب الظلم ويتنافى مع مبدأي المساواة والحرية في ممارسة الشعائر الدينية المنصوص عليهما دستورياً. كما أنّ تطبيق الدين الإسلامي على المسلمين فقط وحدهم يؤدّي كذلك إلى نفس النتيجة لأنّه إذا أبقنا هذا الزواج لليهودية ومنعناه على المسلمة فإنّ ذلك يعتبر من باب الإخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين⁵²⁷. وهذا ما أكّده التعليق العام الذي اعتمده اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بموجب الفقرة الرابعة من المادة 40 في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والتي جاء فيها أنّ: "الاعتراف بديانة ما باعتبارها دين الدولة أو الدين الرسمي أو التقليدي أو باعتبار أنّ أتباعها يشكلون أغلبية السكان، يجب ألاّ يؤدّي إلى إعاقة التمتع بأي حق من الحقوق المنصوص عليها في العهد، كما يجب ألاّ يؤدّي إلى أي تمييز ضد أتباع الديانات الأخرى أو الأشخاص غير المؤمنين بأي دين".

وبخلاف هذا الاتجاه، هناك جانب آخر يرى أن لا تعارض بين الدستور والاتفاقيات الدولية ولا مجال للتخلي عن قاعدة شرعية ثابتة، فيقول الأستاذ الهادي كرو أنّ: "قاعدة الإسلام دين الدولة لها قوّة إلزامية خصوصاً وأنّ الدستور يأتي في مرتبة أعلى من درجات القوانين الأساسية التي تخضع إليها كل دولة منظمة سياسياً واجتماعياً واقتصادياً، وأنّ رتبة مصدر القاعدة التي تمنع زواج المسلمة بغير المسلم وزواج المسلم بغير الكتابية لا تقل عن رتبة الدستور باعتبار أنّ مصدر هذه القاعدة هو الإسلام، كما أنّ عبارة "الإسلام دين الدولة" تفيد أيضاً وبصفة ضمنية ضرورة تطبيق قواعد الدين الإسلامي ومن ثمّ منع زواج المسلمة بغير المسلم، وأنّ أحكام زواج المسلمة بغير المسلم قد دلّت عليها بصفة ضمنية مبادئ احتواها الدستور ولم يبق مجال لمقارنتها من حيث الرتبة التشريعية إلاّ بالقواعد

⁵²⁷- أنظر، حفصة الوهابي، أثر الاتفاقيات الدولية... المرجع السابق، منشور على موقع الانترنت: www.marocdroit.com

الدستورية، لأنّ مصدر هاته الأحكام هو الإسلام، والإسلام ليس هو الدّين فقط وإتّما هو دين وشريعة⁵²⁸.

ولهذا، فعندما يتعلّق الأمر بالمسائل الدينية، ليس هناك أرجحية للاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي، وإتّما يجب التمييز بين ما يمكن أن إدخاله في القانون الداخلي وينتج عنه تعديل في التشريع الداخلي الحالي المطبّق، وبين ما لا يمكن إدخاله في التشريع أبداً. ومن القواعد التي لا يمكن تقبّلها في القانون الداخلي، قاعدة زواج المسلمة من غير المسلم، وهذا يعني أنّ المنع سيبقى ساري المفعول بل وسيطغى بذلك على أحكام الاتفاقيات الدولية.

وهذا دون نسيان حق الدولة في إبداء التحفظات والتي تجد سندها في المادة 28 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فتحفظت الجزائر على بعض مواد اتفاقية سيداو ومنها أيضاً المادة 16، وأبقت على مانع زواج المسلمة بغير المسلم⁵²⁹.

فهذه التحفظات تدخل ضمن إجراءات سيادة الدولة للإدلاء بخصوصيتها الحضارية والثقافية وحتى الدّينية - كما هو الحال في هذه المسألة -، ولهذا هي تسمح للدول العربية بالدخول ومسايرة التطورات الدولية والانفتاح على العالم الخارجي في الحدود التي تسمح بها هويتها العربية وتعاليمها الدّينية. ومع ذلك هناك من الفقه من يعتبر عدم صحة هذه التحفظات لكونها منافية لموضوع وهدف المعاهدة كما نصت عليه المادة 19 من اتفاقية فيينا وكذا الفقرة الثانية من المادة 28 من اتفاقية سيداو، وهذا من شأنه أن يفرغ الاتفاقية من أصلها فيجعلها عديمة المعنى نصاً وتطبيقاً⁵³⁰.

ويظهر جلياً تأثر المشرع المغربي بهذا الرأي، لأنّه وبعد أن تحفظ المغرب على المادة 16 من اتفاقية سيداو بالقول: "تتحفظ حكومة المملكة المغربية على مقتضيات هذه المادة وخصوصاً ما يتعلّق منها بتساوي الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه. فالمساواة من هذا النوع تتنافى مع الشريعة الإسلامية التي تضمن لكل من الزوجين حقوقاً ومسؤوليات في إطار من التوازن

⁵²⁸ - أنظر، الهادي كرو، زواج المسلمة بغير المسلم ومصادقة الدولة على اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10/12/1962، م. ق. ت.، 1977، ص. 150-

151.

⁵²⁹ - جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر... المرجع السابق، ص. 03-04-17.

⁵³⁰ - جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر... المرجع السابق، ص. 04-05.

والتكامل بغية الحفاظ على رباط الزوجية المقدّس. إنّ الشريعة الإسلامية تلزم الزوج بتقديم مهر عند الزواج وبإعالة أسرته، في حين لا يطلب من الزوجة قانوناً إعالة أسرتها. وعلاوة على ذلك، يلزم الزوج بدفع النفقة عند فسخ الزواج. وعلى العكس من ذلك، تتمتع الزوجة بالحرية التامة في التصرف في مالها أثناء الزواج وعند فسخه بدون إشراف الزوج، بحيث لا تكون للزوج ولاية على مال زوجته. وهذه الأسباب فإنّ الشريعة الإسلامية لا تحوّل حق الطلاق للمرأة إلاّ بقرار من القاضي الشرعي⁵³¹.

تراجع عن تحفظه على المادة 16 بكاملها من هذه الاتفاقية، بموجب ظهير شريف رقم 1.11.51⁵³².

إنّ عدم المساواة بين الرجل والمرأة بسبب الدين التي تزعمها الاتفاقيات الدولية والحركات التحررية والعلمانية، تجد سندها في نصوص قرآنية وما شرّعها الله سبحانه وتعالى إلاّ لحكمة وفائدة، فقد أجمع العلماء على أنّه يحق للزوج الزواج من الكتائية لكون الله عز وجلّ أحلّ لأهل الإسلام مؤاكلة أهل الكتاب ومصاهرتهم في قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾⁵³³.

فالأصل هو إباحة زواج المسلم من ذات الدين السماوي، ترغيباً لها في الإسلام، وتقريباً بين المسلمين وأهل الكتاب، وتوسيعاً لدائرة التسامح والألفة وحسن العشرة بين الطرفين. غير أنّ هذا الأصل معتبر بعدة قيود، فيجب التأكّد من أنّها فعلاً تدين بدين سماوي، وتؤمن بالله ورسالاته والدار الآخرة، وأن تكون محصنة بمعنى مستقيمة وعفيفة عن الزنا، بعيدة عن الشبهات، مصداقاً لقوله تعالى:

⁵³¹- أنظر، محسن الندوي، إلى أين يتجه المغرب برفع تحفظاته عن اتفاقية سيداو، مقال نشر بتاريخ 12 / 10 / 2011، في الحوار المتمدن، موقع

الانترنت: www.m.ahewar.org

⁵³²- ظهير شريف الصادر في 01 رمضان 1432 الموافق 02 / 08 / 2011، بنشر الإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المضمنة في وثائق الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 / 12 / 1979، ج. ر. ع. 5974، الصادرة بتاريخ 02 شوال 1432 الموافق 01 / 09 / 2011.

⁵³³- سورة المائدة، الآية رقم 05.

﴿مُحْصَنَاتٍ غَيْرٍ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّحِدَاتٍ أَخْدَانٍ﴾⁵³⁴، وأن لا تكون من قوم يعادون المسلمين ويجارونهم، حتى لا يؤدي هذا الزواج إلى الفتنة ولا الضرر⁵³⁵.

ومع ذلك في بعض الحالات، يكون من الأفضل سد باب الزواج من غير المسلمات، لأنه إذا تحوّل إلى ظاهرة اجتماعية مألوفة فإنّ عددا كبيرا من النساء المسلمات سيحرمن من الزواج، خاصّة وأنّ المسلمة لا يسمح لها بالارتباط بغير مسلم. وإذا تزوّج قلة المسلمون المقيمون في بلد أجنبي بالأجنبيات، فهذا سيلحق ضررا بالمرأة المسلمة التي تتعرّض إمّا للزواج بغير مسلم، أو للانحراف، أو البقاء بدون زواج⁵³⁶. فرغم أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يرى صحة نكاح أهل الكتاب، إلاّ أنّه كان يكره هذا النكاح لأمرين: الأوّل لأنّ الأولاد سيتأثرون بدين أمّهم، ولذلك اعتبر عمر هذه المرأة الكتابية جمرّة، من الخطر أن يضمّها بيت مسلم لاحتمال إشاعة الحريق فيه. والثاني لأنّ في ذلك كساد للنساء المسلمات وترويجا لنساء أهل الكتاب⁵³⁷.

وإنّ حق الرجل بالزواج من غير المسلمة مقيّد بشرط عدم كفرها وإلاّ عدّ زواجه منها باطلا بطلانا مطلقا، لأنّه محرم بنص القرآن الكريم لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَأُمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾⁵³⁸. والحكمة من هذا التحريم واضحة، وهي عدم إمكانية التلاقي بين الإسلام والكفر، فعقيدة التوحيد الخالص تناقض عقيدة الشرك المحض، فهما على طرفي نقيض. وأمّا الكتابية فتلتقي مع المسلم في الإيمان ببعض المبادئ الأساسية، مع الاعتراف بإله، والإيمان بالرسول واليوم الآخر، فوجود نواحي الالتقاء على هذه الأسس يضمن توفير حياة زوجية مستقرة غالبا، ويرجى إسلامها، لأنّها تؤمن بكتب الأنبياء والرسول. والحكمة في أنّ المسلم يتزوّج باليهودية والنصرانية، دون العكس، هي أنّ المسلم يؤمن بكل الرسل وبالآديان في أصولها الصحيحة فلا خطر منه على الزوجة في عقيدتها أو مشاعرها، أمّا غير المسلم فلا يؤمن بالإسلام فيكون هناك

⁵³⁴ - سورة النساء، الآية رقم 25.

⁵³⁵ - أنظر، يوسف القرضاوي، زواج المسلم بغير المسلمة، مقال كتب بتاريخ 25-10-2011، منشور على موقع الإنترنت:

www.qaradawi.net

⁵³⁶ - يوسف القرضاوي، المرجع السابق، منشور على موقع الإنترنت: www.qaradawi.net

⁵³⁷ - أبو بكر أحمد بن الحسين ابن علي البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 172.

⁵³⁸ - سورة البقرة، الآية رقم 221.

خطر محقق لحمل زوجته على التأثر بدينه والمرأة عادة سريعة التأثر والانقياد، وفي زواجها إيذاء لشعورها وعقيدتها⁵³⁹.

فعلى الرغم من هذا المنع القطعي والبات لزواج المسلمة بغير المسلم، أثارت هذه المسألة نقاشات صاحبة على صعيد الساحة القانونية بخاصة التونسية، فأصبحت تتأرجح بين المنع والإباحة.

ثانيا: حرية المرأة في الزواج بغير مسلم بين المنع والإباحة

أشرنا أعلاه إلى أنّ الاتفاقيات الدولية لا تعترف بالتمييز بين الجنسين القائم على أساس الدين، فعدم أحقية المرأة في الزواج بغير المسلم يعدّ من قبيل عدم المساواة بينها وبين الرجل ومساس بحقوقها وحرمتها في اختيار الزوج المكفولين. وهو ما دفع البعض إلى القول بأنّ التحفظات والبيانات العامة التي تهدف من خلالها الدول إلى تغيير المفعول القانوني للمقتضيات ذات الصلة بحرية اختيار الشريك تتناقض كليا مع التزامات هذه البلدان الدولية من أجل النهوض بالسلم والمساواة وحقوق الإنسان⁵⁴⁰. إذ لا يمكننا الإنكار أنّ نتائج العولمة خلقت الالتقاء بين أشخاص ذوي ديانات وثقافات مختلفة فأصبح من السهل زواج المسلمين بغير المسلمات، والمسلمات بغير المسلمين على حد سواء. ودون التضخيم من هذه الظاهرة ولا الإنقاص من قيمتها لوجودها في مجتمعاتنا فإنّ منع زواج المسلمات بغير المسلمين يخلق حالات التمزّق ويفرض على الشريك اعتناق الإسلام⁵⁴¹، ويخلق التمييز بين المنتمين للوطن الواحد، ويخالف فلسفة الدولة الحديثة التي تشترط في المواطنة مساواة الجميع أمام القانون⁵⁴².

ولا يمكن تأييد هذا القول لأنّ المنع من الثوابت الشرعية التي لا يمكن مخالفتها، إذ يجد أساسه في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾⁵⁴³.

⁵³⁹- أنظر، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الصغير، السفر الثالث، تحقيق -عبد المعطي أمين قلعي-، دار الوفاء، ط. 01، 1979، ص. 47.

⁵⁴⁰- أنظر، مجموعة 95 المغاربية من أجل المساواة، دليل من أجل المساواة في الأسرة المغاربية، منشورات مجموعة 95 المغاربية، ماي 2003، ص. 66، 67.

⁵⁴¹- مجموعة 95 المغاربية من أجل المساواة، المرجع السابق، ص. 64.

⁵⁴²- مجموعة 95 المغاربية من أجل المساواة، المرجع السابق، ص. 68.

⁵⁴³- سورة البقرة، الآية رقم 221.

فقد نزلت هذه الآية في جماعة مشركي العرب الذين هم أهل أوثان فحرم نكاح نسائهم، كما يحرم أن ينكح رجالهم المؤمنات، وهي ثابتة ليس فيها منسوخ⁵⁴⁴. كما يثبت هذا التحريم بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾⁵⁴⁵.

ولقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج غير مسلم سواء كان مشركاً أم كان كتابياً، فعن سفيان الثوري عن يزيد بن أبي زياد قال سمعت زيد بن وهب الجهني يقول كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: "إنَّ المسلم ينكح النصرانية ولا ينكح النصراني المسلمة"⁵⁴⁶. وكذلك إذا أسلمت الزوجة وامتنع زوجها عن الدخول في الإسلام يفرق بينهما لاختلاف الدين وكانت فسخاً. أمّا إذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده، فالنكاح باق بحاله، لأنَّ للمسلم أن يتدعى نكاح كتابية فاستدامته أولى⁵⁴⁷. فعدم قيام سبب من أسباب التحريم شرط لإنشاء النكاح، وشرط لبقائه، فلا ينشأ النكاح إلا إذا خلا الزوجان من أسباب التحريم، ولا يبقى إلا ببقاء الخلو من ذلك⁵⁴⁸.

ولقد عالج مجمع الفقه الإسلامي ما جاء في ميثاق حقوق المرأة من السماح للمسلم والمسلمة بالتزوج ممن ليس على الدين الإسلامي، فقرّر أنّ زواج المسلمة من الكافر حرام باتفاق أهل العلم. إذ لا يعقل القول أنّ المرأة المشركة التي كانت تحت الزوج الكافر تحرم عليه بإسلامها، ثم يتم إباحة عقد نكاح الكافر على المسلمة⁵⁴⁹.

والحكمة من هذا المنع تتلخص في كون الزواج في الإسلام يقوم على المودة والرحمة والسكن النفسي، ويحرص الإسلام على أسس سليمة تضمن الاستمرار للعلاقة الزوجية، وإذا تزوج مسلم من غير مسلمة فهو مأمور باحترام عقيدتها، ولا يجوز له أن يمنعها من ممارسة شعائر دينها. كما أنّ الله

⁵⁴⁴ - محمد بن إدريس الشافعي، الأم... المرجع السابق، ج. 06، ص. 14.

⁵⁴⁵ - سورة الممتحنة، الآية رقم 10.

⁵⁴⁶ - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 298.

⁵⁴⁷ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 10، ص. 32.

⁵⁴⁸ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج... المرجع السابق، ص. 147.

⁵⁴⁹ - أنظر، مجمع الفقه الإسلامي، حكم تزوج الكافر للمسلمة وتزوج المسلم للكافرة، على موقع الإنترنت: ar.islamway.com

جلّت قدرته جعل الرجال قوامون على النساء⁵⁵⁰، والنساء في العادة يتبعن الرجال فيما يأتونه من الأفعال ويقلدونهم في الدين ما قد يدفعها وأولادها إلى مفارقة دينهم وإتباع دينه وفي ذلك ضمان وحماية للأسرة من الانهيار⁵⁵¹. أما إذا تزوّج غير مسلم من مسلمة فإنّ عنصر الاحترام لعقيدة الزوجة يكون مفقوداً، وحتى إذا لم يصرّح بذلك أمام زوجته فستظل تعيش تحت وطأة شعور عدم الاحترام⁵⁵²، وقد يتناول نبيّها بالإساءة والتجريح لأنّه لا يؤمن به⁵⁵³. كما أنّه يشرب الخمر ويزور الكنائس فيؤثر ذلك على الأولاد، ويفتنها عن دينها فتستجيب له ضعفاً وخوفاً⁵⁵⁴، ومن تزوّجت غير مسلم معتقدة التحريم فقد أتت باباً من أبواب الكبائر⁵⁵⁵.

من جانب آخر، ومما لاشك فيه أنّ الاختلاف في العقيدة سيؤثر على الأولاد الناجمين عن هذا الزواج والذين سيجدون أنفسهم متذبذبين بين حضارة الأب بجميع مكوّناتها الدّينية والعقائدية واللغوية، وحضارة الأم المختلفة تماماً والمتعارضة في كثير من الأحيان، خاصّة وأنّ الأخطر من ذلك عندما نجد حضارة الأم الغربية غير الإسلامية هي دائماً التي تستميل الأطفال لقرّبهم من أمّهم في مرحلة الطفولة، فضلاً عن أنّ الإقامة في الدول الغربية تهيبّ المناخ الملائم لإتباعها. وأثر اختلاف الدّين لا يشمل على تبعة الأولاد فقد وإمّا ينصرف إلى الميراث، فحتى لو اعتبر زواج المسلم بمن تدين بدين سماوي صحيحاً فإنّه يمنع التوارث بينهما لكون اختلاف الدين يعدّ سبباً من أسباب منع التوارث بين الزوجين لإتباعها⁵⁵⁶.

ولهذه الحكمة وحفاظاً على الهوية الإسلامية تمسّك المشرعان المغربي الجزائري بتحفّظهما بأن أبقيا على منع زواج المسلمة بغير المسلم من خلال الفقرة الرابعة من المادة 39 من مدونة الأسرة وتقابلها الأخيرة من المادة 30 من قانون الأسرة، وحتى لو كان هذا الزواج صحيحاً في نظر

⁵⁵⁰ - يقول الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾، سورة النساء، الآية رقم 34.

⁵⁵¹ - أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الصغير... المرجع السابق، ص. 47.

⁵⁵² - أنظر، المجلس الإسلامي للإفتاء، ما هو حكم زواج المسلمة بغير المسلم؟، على موقع الإنترنت: www.fatawah.com

⁵⁵³ - محمد الغزالي، حقوق الإنسان... المرجع السابق، ص. 88.

⁵⁵⁴ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 90.

⁵⁵⁵ - جيلالي تشوار، تحفّظات الجزائر... المرجع السابق، ص. 17.

⁵⁵⁶ - أنظر، سارة بن شويخ، أثر اختلاف الدّين بين الزوجين على بعض مسائل الزواج والطلاق، م. ع. ق. إد. س.، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ع. 19، ص. 144 وما بعدها.

القانون الأجنبي فإنه يعتبر باطلا طبقا للقانونين المغربي والجزائري⁵⁵⁷، وأساس هذا البطلان هو مخالفة الشروط الموضوعية المقررة في التقنين الأسري والقاضي بعدم جواز زواج المسلمة من غير المسلم⁵⁵⁸. وكذا نظرا لقطعية الحكم الذي يمنع زواج المرأة المسلمة بغير المسلم في الشريعة الإسلامية وبالتالي لا اجتهاد مع النص، وتعدّ هذه المسألة من الثوابت الشرعية، فلا يجوز مخالفتها أو تجاوزها⁵⁵⁹.

وفي هذا الصدد، أصدرت وزارة العدل المغربية منشورا ينص على أنّ الإذن لمعتنق الإسلام بالزواج يخضع لما يلي⁵⁶⁰:

- إذا طلب من القاضي الإذن في عقد الزواج من ذكر، يتعيّن عليه قبل تحويله إجراء بحث عن وجود موانع أم لا؛

- يحرّر القاضي تقريراً يتضمن ما أنتجه البحث؛

- يرفع التقرير إلى وزارة العدل بواسطة وكيل الدولة؛

- ينتظر القاضي الإذن أو عدمه من الوزارة.

غير أنّه نظراً لتكاثر الطلبات التي تتلقاها الوزارة مباشرة من مختلف أنحاء المملكة وتحمل المعنيين بها مشاق التردّد عليها، أصبح إصدار هذا الإذن من صلاحية الوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف بالنسبة للطلبات المقدمة إلى القضاة الذين يباشرون مهامهم بدائرة نفوذ هذه المحاكم⁵⁶¹.

وعلى غرار الشريعة الإسلامية، فإنّ التحريم المبني على رابطة الدين بالنسبة للمرأة المسلمة يظل مؤقتاً، فبإسلام الكافر أو الكتابي يزول المانع، ويرجع حق المرأة في إبرام عقد زواجها معه، بعد التأكد

⁵⁵⁷ - تنص المادة 57، ف. 02 على: "يكون الزواج باطلا...2- إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه".، تقابلها المادة 32 من ق. أ. ج. الناصة على أن: "يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتناقض ومقتضيات العقد".

⁵⁵⁸ - علماً وأنّ المدونة السابقة قد أغفلت الحديث عن تزوج المسلم بغير المسلمة مما كان يوحي بجواز ذلك فإنّ المدونة وضعت حداً لذلك الفهم، ونصت على أنّه من الموانع المؤقتة زواج المسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية.

⁵⁵⁹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 34-35.

⁵⁶⁰ - أنظر، إبراهيم زعيم، الزواج المختلط - ضوابطه وإشكالاته-، مجلة القضاء والقانون، ع. 147، ص. 56.

⁵⁶¹ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص. 150.

من احترام بعض الإجراءات التي فرضتها وزارة العدل قصد معرفة ما إذا كان معتنق الإسلام جادا في إسلامه ولا يريد التحايل على القانون⁵⁶².

هذا المنع الصريح لزواج المسلمة بغير المسلم المقرّر بمدونة الأسرة المغربية⁵⁶³، وقانون الأسرة الجزائري لم تنص عليه مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ومع أنّ سكوت المشرع التونسي راجع إلى إرادته في أن تكون المجلة مطبّقة على الجميع بقطع النظر عن ديانتهم إلا أنّ هذا الموقف طرح إشكالا يتعلّق بمعرفة إذا كان هذا الزواج يعدّ صحيحا أم باطلا.

فلئن أوجب ضمن طالع أحكام الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية ورّتب ضمن أحكام الفصلين 21 و22 من ذات المجلة عن عدم مراعاة ذلك الشرط فساد الزواج وبطلانه دون طلاق، فإنّه لم يورد أي ذكر لموانع الزواج المتصل باختلاف الدّين لا صراحة ولا تلميحا ضمن موانع الزواج التي نص عليها بالفصل 14 من نفس المجلة وصنّفها على غرار ما هو مألوف في مختلف مراجع الفقه الإسلامي إلى موانع مؤبّدة وموانع مؤقتة.

ونظرا لعدم بيان موقفه صراحة تعدّدت وتباينت آراء رجال القانون حول معنى الموانع الشرعية الواردة بالفصل الخامس من المجلة، فمنهم من فسّرها على أنّها تنفيذ الموانع التي جاءت بها الشريعة الإسلامية كون أنّ مجلة الأحوال الشخصية مستمدة أصالة منها فالفقه الإسلامي مصدرا أساسيا للمجلة وقواعده مكّملة لما قد يعترّيها من نقائص أو ما قد يشوب أحكامها من غموض أو لبس، كما أنّ الدستور ينص على أنّ دين الدولة الإسلام، ما يدلّ على أنّ المشرع أراد أن يتبع قواعد الشريعة الإسلامية بالنسبة لزواج المسلمة بغير المسلم وأن يقرّر البطلان حال وقوعه⁵⁶⁴. أمّا آخرون فيرون أنّ الموانع الشرعية هي الموانع القانونية، ولو كان المشرع يعتبر أنّ التباين في الدّين هو مانع

⁵⁶² - محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة... المرجع السابق، ص. 134.

⁵⁶³ - هذا المنع لا يزال قائما لكونه منصوبا عليه بالمادة 39 من م. أ.، إلا أنّه ومع رفع المغرب تحفظه على المادة 16 من اتفاقية سيداو لا نستبعد إلغاءه في حال عدّلت المدونة لتساير هذا التراجع.

⁵⁶⁴ - محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي... المرجع السابق، ص. 530؛ الهادي كرو، زواج المسلمة بغير المسلم... المرجع السابق، ص. 149.

للزواج لكان نص عليه صراحة في الفصل 14 من المجلة، هذا ويستنجدون بالاتفاقية الدولية لنيويورك القائلة بأنّ المرأة حرّة في اختيارها لزوجها دون أيّ قيد ولا شرط متعلّقاً خاصة بالدين⁵⁶⁵.

من هنا يتراءى بأنّ هناك إشكالا جدياً يحوم حول معرفة معنى عبارة الموانع الشرعية، وهذا كلّه لغياب مانع التباين في الدين لا كمانع مؤقت ولا كمانع مؤبد للزواج ضمن الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية، ما يوحي بصحة زواج المسلمة بغير المسلم⁵⁶⁶.

ومن أجل وضع حدّ لهذا الإشكال، كان لابد من الرجوع إلى الموقف المتّخذ من قبل فقه القضاء التونسي، لنكتشف أنّه هو الآخر شهد تضارباً في أحكامه وقراراته، والسبب راجع إلى مدى تشبّث القاضي بالشرعية الإسلامية فإذا كان متشبّثاً بأحكامها فسيتمسك بضرورة بطلان أي زواج في صورة التباين في الدين مطبّقاً تطبيقاً واضحاً أحكام الفقه الإسلامي. أمّا إذا كان متأثراً بالاتفاقيات الدولية ومنساقاً نحو أفكار الغرب، معتبراً المجلة لائكية علمانية فسيعتبر مانع الدين مانعاً رجعيّاً لا يتماشى لا مع التقدّم الحضاري ولا مع حقوق الإنسان بصورة عامّة وحقوق المرأة بصورة خاصة. وسيحتج بغياب نص قانوني صريح ينص على بطلان الزواج في صورة التباين في الدين فالمرشح نفسه لم يعتبره مانعاً مؤبداً ولا مؤقتاً فكيف يحكم بالبطلان بدون نص؟

فكانت البداية مع القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 31 جانفي 1966 والذي عرف بقرار حورية أين اعتبرت فيه زواج المسلمة بغير المسلم باطلاً، وتتلخص وقائع القضية في قسمة عقار كائن بسوسة بين أربعة أشقاء إرثاً في والدتهم زينب كانت من بينهم المدعوة حورية التي تزوّجت سنة 1945 بأجنبي يحمل الجنسية الفرنسية فاعتبرها أحد أشقائها (الطاعن) مرتدة عن دينها وبالتالي لا ترث في والدتهم المسلمة. فقضت المحكمة الابتدائية لصالح دعوى القسمة لفائدة جميع الورثة بمن فيهم حورية وقد تقرّر هذا الحكم من طرف محكمة الاستئناف، فتعقّبته الطاعن وقضت محكمة التعقيب بالرفض أصلاً معلّلة ذلك بأنّ: "تزوّج المسلمة بغير المسلم يعتبر من المعاصي العظمى؛ والشرعية

⁵⁶⁵- أنظر، ساسي بن حليمة، زواج التونسية المسلمة بغير مسلم بطلان- لا طلاق، مجلة الأحداث القانونية التونسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2013، ع. 23، ص. 12-13.

⁵⁶⁶- أنظر، محمد بوزغيب، هل مجلة الأحوال الشخصية التونسية شرعية أو علمانية لائكية، مقال منشور على موقع شفاف الشرق الأوسط، بتاريخ 09

الإسلامية تعتبر هذا الزواج باطلا من أساسه؛ لكن هذا الزواج لا يعتبر ردة إلا إذا ثبت أنّ الزوجة اعتنقت دين زوجها غير المسلم؛ ولم يثبت أنّ المطعون ضدها حورية خرجت عن الدين الإسلامي واعتنقت غيره من الأديان حتى يصح القول بأنها مرتدة⁵⁶⁷.

وبعدده وجهت وزارة العدل التونسية منشورا سنة 1973 إلى كافة المحاكم بمختلف درجاتها، عدا محكمة التعقيب، وإلى ضابط الحالة المدنية وعدول الإشهاد تذكّر فيه بضرورة تطبيق أحكام المجلة، وإبطال عقود الزواج التي أبرمت بين التونسيات المسلمات بغير المسلمين، وتعلن عن تحجير إبرام مثل هذه الزيجات إلا في صورة الإدلاء بما يثبت اعتناق الزوج الدين الإسلامي⁵⁶⁸. وبناء على هذا المنشور، زواج المسلمة بغير المسلم لا يمكن إبرامه بالبلاد التونسية، وعند إبرام مثل هذه الزيجات بالخارج فإنه يستحيل تسجيلها وترسيمها بدفاتر الحالة المدنية التونسية باعتبار أنّها غير معترف بها⁵⁶⁹.

ولكن بالرغم من هذا المنع، إلا أنّ ذلك لم يمنع الأزواج من التحايل على الشريعة الإسلامية من جهة، وعلى منشور وزارة العدل من جهة أخرى، كونهم يعلنون عن إسلامهم بهدف إتمام الزواج لا بهدف اعتناقهم الدين الإسلامي ومتى تمّ ذلك عادوا إلى دينهم وهذا يشكل خطرا اجتماعيا⁵⁷⁰. فكيف إذا يتم التأكد من أنّه أسلم؟

هذا المشكل طرح على محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 14 جويلية 1993 فأجابت بقولها: "إنّ إعلان الإسلام والدخول في زمة المسلمين يعتبر قانونا من قبيل الوقائع المادية الإرادية التي يرتّب عليها المشرع آثارا قانونية ويسمح بإثباتها بجميع وسائل الإثبات ومن ذلك شهادة الشهود". وأضافت قائلة: "إنّ من يصرّح أمام عدلين أو أمام أهل العلم والصلاح أنّه معتنق للدين الإسلامي وينطق

⁵⁶⁷ - محكمة التعقيب، 31/01/1966، ملف رقم 3384، م. ق. ت. جوان 1967، ص. 37.

⁵⁶⁸ - المنشور عدد 216 المؤرخ في 5 نوفمبر 1973، المرشد المعين، ج. 01، وثيقة مرقونة تتضمن تجميع مجموع المنشور الصادر عن وزارة العدل منذ الاستقلال إلى 19 أوت 1979، ص. 162، 163، مقتبس عن: محمد اللحمي، المرجع السابق، ص. 218.

⁵⁶⁹ - أنظر، عليا الشريف الشماري، الزواج، جمعية النساء التونسيات للبحث والتنمية، أليف - منشورات البحر الأبيض المتوسط، تونس، 1995، ص. 24-25.

⁵⁷⁰ - ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 75.

بالشهادتين لا يمكن أن يعتبر غير مسلم بمجرد كونه لم يعلن أمام فضيلة المفتي والأمر بالمثل لدى المراكز الإسلامية المنتصبة بكافة أنحاء العالم⁵⁷¹.

وبهذا تكون المحكمة قد اعتدّت بظاهر الأشياء على غرار الفقه الذي يأخذ بالظاهر، فيعتبر الشخص مسلماً متى نطق بالشهادتين على ألاّ يقترن بما يدلّ على التكذيب⁵⁷².

وبقي فقه القضاء التونسي على موقفه، ففي قرار آخر كيّفت محكمة الاستئناف بسوسة عبارة الموانع الشرعية على أنّها الموانع التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، ولهذا اعتبرت زواج المسلمة بغير المسلم باطلاً. جاء في حيثيات قرارها: "حيث اقتضى الفصل 5 من م. أ. ش.، منذ صدورهما في 13 أوت 1956، شرط إسلام الزوج واعتبرته من الشروط الجوهرية الأساسية التي لا بدّ من توفرها واقعا وقانونا لتستحق العلاقة بين الرجل والمرأة صفة "عقد" ويطلق عليها اسم "زواج"، ولا دخل لإرادة الزوجين ورضا الزوجة وحريتها في ذلك... وحيث يعتبر عدم ثبوت إسلام الزوج لما تكون الزوجة مسلمة من الموانع الشرعية في القانون التونسي الذي أخذ ذلك من الفقه الإسلامي الذي منع زواج المسلمة بغير المسلم باعتباره مانعا مؤقتا وذلك ما أكّده جل الفقه التونسي وفقه قضاء المحاكم ولم يؤيد كلا الطرفين في قضية الحال بما يثبت إسلام الزوج⁵⁷³".

غير أنّ هذا الاتجاه القضائي المانع لزواج المسلمة بغير المسلم لم يصمد في وجه المتأثرين بالحركات التحريرية والمجتمع الدولي، إذ لوحظ وجود اتجاه قضائي آخر يقول بعدم وجود ضمن موانع الزواج القانونية الواردة بمجلة الأحوال الشخصية ما يمنع زواج المسلمة بغير المسلم، وأنّ الدولة التونسية صادقت على الاتفاقية الدولية الموقع عليها في نيويورك والتي تمنح الحرية الكاملة لكل شخص ذكرا أو أنثى في اختيار القرين.

وهذا الاتجاه وجد صداه أمام المحكمة الابتدائية بتونس التي كرسته في حكم صدر عنها سنة 1999، والتي أجازت بمقتضاه زواج التونسية المسلمة بغير مسلم، فجاء في حيثيات على وجه

⁵⁷¹ - محكمة الاستئناف بتونس، قرار استئنائي مدني، 14 / 07 / 1993، ع. 8488، م. ق. ت.، 1993، ع. 09، ص. 120، - تعليق محمد الحبيب الشريف-.

⁵⁷² - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج... المرجع السابق، ص. 149.

⁵⁷³ - قرار ذكر بدون تفاصيل مقتبس عن: ساسي بن حليلة، زواج التونسية... المرجع السابق، ص. 14 - 15.

الخصوص: "حيث وفي خصوص بطلان زواج المسلمة بغير مسلم فإنّه لا شيء يملف القضية يفيد بأنّ الزوج غير مسلم؛

وحيث فضلا عن ذلك إذا جارينا المدعى عليها فيما تمسكت به فقد اقتضى الفصل 5 من م. أ. ش. بأنّه يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية؛

وحيث عرّف الفصل 14 من م. أ. ش. الموانع الشرعية بأنها مؤبدة ومؤقتة ولا وجود لتزوّج المسلمة بغير مسلم ضمن موانع الزواج؛

وحيث بالرجوع إلى الاتفاقية الدولية الموقع عليها في نيويورك 1962/12/10 والمصادق عليها من طرف الدولة التونسية يتبيّن بأنّه لكل مواطن ذكرا كان أو أنثى حرية اختيار قرينه؛ وحيث أنّ الاتفاقية الدولية أسمى درجة في سلم القوانين،

وحيث والحالة ما ذكر فإنّ التمسك ببطلان الزواج في غير طريقه واتجه لذلك رده⁵⁷⁴.

وبهذا تكون المحكمة الابتدائية قد خرقت مبدأ شرعيا ثابتا، بحجة عدم وجود ضمن موانع الزواج القانونية الواردة بمجلة الأحوال الشخصية ما يمنع زواج المسلمة بغير المسلم، ومستندة على ما اتجهت إليه اتفاقية نيويورك المصادق عليها من قبل تونس من تمتع كل شخص ذكرا كان أو أنثى بحرية اختيار القرين.

ليس هذا فحسب بل فتحت المجال لاعتماده في قضايا أخرى، إذ اعتمدته المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 06 جانفي 2004 في قضية لم يكن الطلب فيها إبطال عقد زواج المسلمة بغير المسلم، إنّما تعلّق النزاع بمدى أحقية زوج المرأة المسلمة في أن يرثها وهو غير مسلم. فقضت بإدراج اسمه ضمن الورثة الشرعيين للمتوفية استنادا إلى أنّ زواجه بها ثابت بالعقد، رافضة الخوض في الدفع بفساد الزواج المؤسس على كونه أبرم بين مسلمة وشخص غير مسلم.

الأمر الذي دفع بالورثة المحكوم ضدهم بالاستئناف طالبين الحكم بنقضه على أساس فساد زواج المستأنف ضده باعتباره تزوّج من مسلمة حال أنّه لم يكن مسلما في تاريخ إبرام العقد وأنّه لم

⁵⁷⁴ - محكمة ابتدائية بتونس، قسم مدني، 29 / 06 / 1999، ملف ع. 26855، م. ق. ت.، 2002، ع. 10، ص. 113.

يعتق الإسلام إلاّ في تاريخ لاحق لإبرامه بما يجعل زواجه باطلا بطلانا مطلقا، وبالتالي فهو غير وارث للهِالكَة المسلمة. إلاّ أنّ محكمة الاستئناف أقرت بما جاء به الحكم الابتدائي، معلّلة ذلك بالقول: "لب المشكل القانوني المطروح على المحكمة يتلخّص في مدى تأثير العقيدة على حقوق الأشخاص وحرّياتهم وبالأخص على حرية الزواج والحق في الميراث، وأنّ المشرع لم يذكر أيّ شرط متعلّق بالدين لا ضمن موانع الزواج بالفصلين 5 و14 من مجلة الأحوال الشخصية ولا ضمن موانع الإرث بالفصل 88 منها. وإنّ إقحام المنع الديني بالفصلين 5 و88 من م. أ. ش. يؤدّي حتما إلى خرق أحكام الفصل السادس من الدستور الضامن في مبدأ المساواة وذلك يجعل الأشخاص مختلفين في الحقوق، فيكون للرجال حرية التزوُّج بغير المسلمات بعكس النساء، وللبعض أهلية الميراث لمجرّد ممارستهم حرية اختيار معتقدتهم؛ فلا وجود أي مجال لإعطاء الفصلين 5 و88 من م. أ. ش. تأويلا ينقلب بهما من نصين منسجمين مع الدستور إلى نصين خارقين له؛ ولهذا ينتفي كل مبرّر لعد تضمين المستأنف ضده بحجة وفاة زوجته".

فتم الطعن أمام محكمة التعقيب، والتي أيّدت سنة 2004 ما توصلت إليه المحكمة الابتدائية ومحكمة الدرجة الثانية، معتبرة أنّ تأويل أحكام الفصل 5 من م. أ. ش. استنادا لأحكام الدستور جاء مؤسسا تأسيسا مستساغا ونابعا من اجتهاد في فهم النصوص⁵⁷⁵.

وهكذا توجه فقه القضاء التونسي بمختلف درجاته إلى عدم الأخذ بمانع الدين كقيد على حرية زواج المرأة المسلمة، في اتجاه يعكس مدى تأثيره بالأفكار الدولية، معلنا أنّ المبادئ التي يقوم عليها القانون التونسي مبدأ الحرية الدينية وقاعدة المساواة، وأنّه لا وجه للتضييق من الحرية، فضمن الحرية الدينية بالدستور يتنافى مع تكريس الدين كشرط للزواج وللطلاق، حتى يمكن اختيار المعتقد وممارسته دوفا خشية أو التأثير على الحقوق الشخصية والمالية.

ولم يتغيّر هذا الموقف في القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 05 فبراير 2009 والذي عرف بقرار ثريا وتمثلت وقائعه في قيام المدعين في الأصل ضد بنتي شقيقهم المدعوتين ثريا ودلال لطلب حرمانهما من إرث والدهما بالاستناد إلى الاختلاف في الدين المترتب حسب قولهم عن زواج إحداهما ومعاشرة

⁵⁷⁵ - محكمة الاستئناف بتونس، 06 / 01 / 2004، ع. 120، مقتبس عن: محمد اللحمي، المرجع السابق، ص. 227 وما بعدها.

الأخرى بغير مسلم، فقضت محكمة البداية بعدم سماع الدعوى، فاستأنف المدعون في الأصل هذا الحكم وقضت محكمة الاستئناف بتونس بإقرار حكم البداية معتبرة خلو مجلة الأحوال الشخصية من كل قاعدة مكرّسة للدين كمانع للزواج أو الإرث، فتعقبه الطاعنون. غير أنّ محكمة التعقيب قضت بالرفض هي الأخرى معتمدة في ذلك على الأسانيد التالية: عبارة (من) الواردة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية في قوله "القتل العمد من موانع الإرث" لا تدلّ على وجوب موانع أخرى للإرث سكت عنها المشرع وإنما تدلّ على إضافة المشرع بالفصل المذكور القتل العمد لموانع الإرث الأخرى المنصوص عليها بمجلة الأحوال الشخصية؛ وإنّ قراءة الفصل 88 من نفس المجلة لا تكون إلاّ بالرجوع إلى المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني التونسي كما وردت في الدستور والاتفاقيات الدولية المصادق عليها؛ والنظام القانوني التونسي يفصل بين معتقد الشخص وتمّعه بحقوقه المدنية؛ كما أنّه يمنع التمييز بين الأفراد لاعتبارات دينية؛ ويمنع التمييز بين الجنسين⁵⁷⁶.

وبهذا ومن خلال قرار "ثريا" تكون محكمة التعقيب قد اتجهت منحى آخر لإقرار المساواة بين الجنسين يقوم على مبدأين هما: مبدأ الفصل بين حقوق الفرد ومعتقده الشخصي، ومبدأ عدم التمييز بين الأفراد على أساس معتقداتهم. وفي شأن المبدأ الأوّل تقول محكمة التعقيب إنّ المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني التونسي تقتضي: "الفصل بين تمتّع الشخص بحقوقه المدنية وبين معتقده الديني وذلك بمنع تعليق تمتّع الفرد بحقوقه على معتقداته"، واستندت في ذلك على جملة من النصوص منها الفصل الرابع من مجلة الالتزامات والعقود: "اختلاف الدين لا يترتب عليه فرق في أهلية التعاقد"، والفصل 174 من مجلة الأحوال الشخصية بقوله: "تصح الوصية مع اختلاف الدين بين الموصي والموصى له". إضافة إلى غياب التنصيص على المانع الديني للإرث في الفصل 88 من نفس المجلة. ولتعزيز موقفها أضافت قائلة "لا يمكن القول إنّ المشرع يضمن الحرية الدينية لكنّه يعاقب ممارستها بجرمانه من إرث سلفه".

أمّا بخصوص المبدأ الثاني، فقد أوضحت محكمة التعقيب ذلك بقولها: "إنّ ضمان مبدأ المساواة المنصوص عليه بالفصل السادس من الدستور والفصل 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يوجب عدم التمييز بين الأفراد لاعتبارات دينية ممّا يمنع تعليق الحق في الإرث على

⁵⁷⁶ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 05 / 02 / 2009، ع. 31115، م. ق. ت.، مارس 2009، ص. 93.

اعتبارات متعلّقة بعقيدة الوارث". وبالتالي فإنّ إقحام المانع الديني بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية يؤدّي إلى خرق الفصل السادس من الدستور والاتفاقيات الدولية التي تضمن المساواة بين المواطنين. وقد أضافت المحكمة بقولها: "إنّ ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل المكرّسة بالفصل 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة يمنع من القول بوجود أي تأثير لمعتقد المرأة على حريتها في الزواج وبالإثر على حقها في الميراث اعتبارا لإلزامية الاتفاقيات الدولية التي تفوق إلزامية القوانين العادية طبقا لأحكام الفصل 32 من الدستور".

فالمتمعن لقرار ثريا يلاحظ من جهة أنّه وضع حدّا للجدل الذي طال تأويل الفصلين الخامس و88 من مجلة الأحوال الشخصية، ومن جهة أخرى أنّه تبنى صراحة اتفاقية كوبنهاغن المتعلقة بمنع جميع أشكال التمييز ضد المرأة في حكم قضائي من طرف محكمة القانون.

وعلى الرغم من أنّ هذا التوجه الجديد لمحكمة التعقيب لاقى استحسانا من بعض شرّاح القانون الذين رأوا أنّه يشكّل نقلة نوعية في فقه القضاء من حادثة ملتبسة إلى حادثة صريحة وتأسيس لمفهوم جديد للمواطنة قائم على أساس المساواة والحقوق الأساسية دون تمييز، إلّا أنّه لا يمكن تأييد موقفهم كون أنّ المحكمة خرقت قاعدتين شرعيتين ثابتتين: قاعدة عدم زواج المسلمة بغير المسلم وقاعدة عدم التوارث بين مسلم وغير مسلم. فتأويل نصوص مجلة الأحوال الشخصية ينبغي أن يكون قائما على أساس مبادئ الشريعة الإسلامية لا على ضوء مبادئ حقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية، ولو حقيقة أنّ قانون الأسرة يجب أن يواكب التطوّرات المستجدة لأن لا يقف عاجزا أمامها، إلّا أنّ المسائل التي تمسّ الكيان الأسري وتشكّل خطرا على تماسكه لا ينبغي الانسياق وراءها بل لا بد من التثبّت بثوابتنا الشرعية حفاظا على هويتنا العربية والإسلامية وحتى لا نوّدي بالأسرة والمجتمع إلى الانهيار.

وهكذا من قرار "حورية" إلى قرار "ثريا" تمحورت الإشكالية حول مدى تكريس القرار التونسي لموانع دينية على حرية المرأة في الزواج وحقها في الميراث؟ وقد أجاب قرار "حورية" على ذلك بقيام المانع الديني للزواج والميراث، في حين أجاب قرار "ثريا" باستبعاد المانع الديني مستندا إلى تأويل يقوم

على قراءة أحكام مجلة الأحوال الشخصية بالرجوع إلى الدستور والاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية كوبنهاغن والميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية.

إلا أنه وبصدور قرار عن رئيس الحكومة بتاريخ 2017⁵⁷⁷، لن يعرف فقهاء القضاء التونسي جدلا حول مسألة زواج المسلمة بغير المسلم، فلقد أعلن صراحة عن حرية المرأة المسلمة في الزواج بغير مسلم خارقا قاعدة شرعية ثابتة لاعتبارات سياسية وحتى يقال عن تونس أنها دولة متحررة، تحترم حرية المرأة في اختيار القرين دون قيود دينية.

ختاما، مسألة منع زواج المسلمة بغير المسلم جاء لأسباب جدية وبغرض الحفاظ على كرامة المرأة الدينية لا بهدف تمييزها عن الرجل أو بهدف تقييد حريتها في اختيار الزوج. فالمساواة التي ينادي بها أنصار الحركات التحررية ما هي إلا مساواة رقمية لانبهارهم بمجتمع غربي لا يكثرث للانفلات الديني والأخلاقي، أما المساواة الفعلية فتتحقق عند إعطاء كل ذي حق حقه بمراعاة الفوارق بين الرجل والمرأة. فكيف يمكن خرق قاعدة ثابتة وتجاوز التحريم الوارد بنص قرآني؟ ومن بعدها التحدث عن الانفلات وضياح الأسر، فما يتناسب مع المجتمعات الغربية ويبتئهم لا يتماشى مع خصوصية مجتمعاتنا العربية والإسلامية. وكيف لنا أن ننبهر بحقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية ولا نفتخر ولا نعتز بإسلامنا؟

إذا فحرية المرأة في إبرام عقد الزواج أمر أكد، وتتجلى من خلال اعتبار الخطبة تواعد لا ترقى إلى مرتبة الزواج، فلها حرية العدول عنها شريطة عدم التعسف. كما تتعزز هذه الحرية بالتأكيد على مبدأ الرضائية في الزواج. وقد تم ضبط هذه الحرية بقيود وضوابط تجنبا لفوضى لا يرضاها ذو عقل، وحماية لمؤسسة الزواج والأسرة والمجتمع. هذا وإن مظاهر حرية المرأة في الزواج لا تقتصر على إبرام العقد واختيار القرين، بل تتجلى أيضا من خلال الشروط الإرادية في عقد الزواج.

⁵⁷⁷ - لم يتم نشر القرار وإنما ذكرته مواقع الأنترنت مثل: سعيد طانيوس، رسميا...القوانين تنتصر للمرأة التونسية من زواجها من غير مسلم، 14/09/

الفصل الثاني

حرية المرأة في الشروط الإرادية في عقد الزواج

نتيجة إدخال مبدأ سلطان الإرادة في مجال الروابط الأسرية أصبح يسمح للأطراف بإدراج شروط يتم بمقتضاها الاتفاق على بعض المواضيع التي ثبت عملياً أنّها مصدر الكثير من المشاكل والخلافات خصوصاً بالنسبة للمرأة والطفل، وتهدف بالتالي إلى توفير ضمانات لا توفرها النصوص القانونية. من بين المشاركات الإرادية نجد الحرية في الاشتراط في عقد الزواج والتي عرفت خلافاً وجدلاً كبيرين.

فالخلاف حول حرية الاشتراط عند التعاقد هو جزء من الخلاف في حرية التعاقد نفسها، ولا شك أنّ حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد، فإذا كانت العقود متوقفة على ما نص عليه الشارع، فإنّ الشروط المتعلقة بهذه العقود تكون هي الأخرى متوقفة على ما نص عليه الشارع. وعلى العكس من ذلك، فإذا كانت العقود مطلقة من قيد الشارع ومتحررة من مبدأ شرعية الآثار، بحيث يستطيع العاقد إبرام ما يشاء من العقود، فإنّ هذا يؤدّي إلى القول بحرية الاشتراط⁵⁷⁸. ولذلك فإنّ علاقة الشروط بالعقود هي علاقة تبعية، وهذا لأنّ العقد هو الوعاء الذي تصب فيه الشروط.

وتتمثل الحكمة في جعل آثار عقد الزواج من عمل الشارع في الحفاظ على قدسية ميثاق الزوجية، وصوناً لها من أن تتعرض لشروط تتنافى مع مقصد الشارع ومقتضى عقد الزواج⁵⁷⁹. إذ يقتصر عمل المتعاقدين على إبداء رضاها المتبادل لإبرام عقد الزواج دون أن يكون لهما حق الاعتراض على هذه الآثار أو رفض بعضها. واستثناء من هذا الأصل العام فقد أباح الشارع للزوجين الاتفاق على شروط قد تؤكد مقتضى عقد الزواج أو تحقق منفعة مقصودة لأحد الزوجين. ومن هنا يثور التساؤل حول مدى حرية الزوجين في تحديد الشروط المقترنة بعقد الزواج التي من شأنها أن تؤثر في آثار عقد الزواج، إمّا بالنقص منها، وإمّا بإضافة التزامات جديدة على أحد الزوجين لا يستلزمها أصل عقد الزواج؟ (المبحث الأول)

⁵⁷⁸- أنظر، رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001، ص.

.92

⁵⁷⁹- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص. 199.

ولما كان العقد هو المظهر الحقيقي لحرية الشخص في التصرف، فقد اعتبر مبدأ التعاقد حول الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية السبيل الأنجع لإيجاد قانون يحفظ المساواة بين الزوجين وينظم علاقاتهما المالية ويكون شاهداً على حقوقهما وواجباتهما التي ارتضيا قبولها والالتزام بها. وهذا الاختيار الممنوح ما هو إلا أثر لفكرة الحرية التعاقدية. وعليه، نتيجة لتوسيع مجال الشروط الملحقة بعقد الزواج، فإن أهم ما تضمنته هذه التشريعات، الإمكانية المتاحة للزوجين للاتفاق على تدبير الأموال التي سيتم اكتسابها خلال فترة الزواج، بحيث يتراضيان في بداية حياتهما الزوجية على الطريقة التي يريانها ناجعة لاستثمارها وتوزيعها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج

الشرط في اللغة هو: "إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه"⁵⁸⁰. وعرفه الإمام الغزالي: "هو ما لا يوجد الشيء بدونه، ولا يلزم أن يوجد عنده". أمّا اصطلاحاً فهو: "ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته"⁵⁸¹.

والشروط في النكاح هي: "الالتزامات الناشئة لأحد الزوجين، باتفاقهما، زيادة على الآثار التي يرتبها العقد، وتعدّ من مقتضاه بحكم الشرع، أو تحديداً لهذه الآثار"⁵⁸². ويمكن تعريف الشرط المقترن بالعقد أو شرط التقييد أو العبء لا شرط التعليق بأنّه: "التزام العاقد في عقده أمراً زائداً على أصل العقد، سواء كان ممّا يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكّداً له، أو كان منافياً له، أو يحقّق منفعة لمن اشترط لصالحه الشرط"⁵⁸³.

وعن موضع الشرط المقترن بعقد الزواج من أقسام الشرط، فمن حيث مصدره، فهو شرط جعلي، والشرط الجعلي أو الإرادي هو ما يشترطه المتعاقدان أو أحدهما، ويكون القصد منه تحقيق

⁵⁸⁰- أنظر، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 07، دار صادر، بيروت، د. س. ن.، ص. 329.

⁵⁸¹- أنظر، عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، ط. 04، 1963، ص. 55.

⁵⁸²- أنظر، محمد أحمد سراج، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص. 94.

⁵⁸³- أنظر، رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص. 32.

المصلحة الخاصة. فيرجع تحديد نطاقه إلى إرادة العاقد، ولكن الشارع قيده بحدود شرعية معينة، فليس للعاقد اشتراط أي شرط يريده، بل يجب ألا يخالف حكم العقد أو التصرف، وإلا عد شرطاً لاغياً⁵⁸⁴.

ومن حيث وظيفته، فهو شرط تقييد، والشرط التقييدي هو: "التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه". أو أنه: "التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة". وهذا يعني اقتزان التصرف بالتزام أحد الطرفين أو كلاهما الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف، وغير موجود وقت التعاقد، ويكون ذلك بورود عبارات في العقد مثل بشرط كذا، أو على أن يكون كذا، وغيرها من الألفاظ الدالة على الاشتراط.

وأما من حيث موضعه من العقد، فالأصل اقتزانه بالعقد، والاستثناء من ذلك وروده في عقد لاحق. التنويه إلى فكتابة الشروط المقترنة بعقد الزواج ضرورية، وإن كانت الشريعة الإسلامية تعتد بالشرط العربي، وذلك أن هذه الكتابة ليست مطلوبة للتعبير عن الإرادة، وإنما جاءت هنا كأداة لإثبات العقد وحماية للحق الذي تضمنه الشرط المقترن بعقد الزواج.

هذا والحديث هنا، عن الشروط الإرادية المضمنة في عقد الزواج وليس عن عقد الزواج المعلق على شرط أو المضاف إلى أجل، ووجه التفرقة بينهما يكمن: من حيث الصورة، في أن العقد المقترن بشرط يكون خالياً من أداة الشرط، وأما المعلق على شرط فيكون بأداة من أدوات الشرط. ومن حيث المعنى، فالعقد المقترن بشرط هو عقد منجز وينشئ وقت إبرامه بحسب صيغته ولا يتوقف على حصول شيء بعده، فهو أمر زائد على أصل العقد أي أن العقد ينعقد بمجرد توافر أركانه وشروطه التي تطلبها المشرع دون حاجة إلى وجود الشرط المقترن بالعقد، فهو يدخل على العقد بعد تمامه وتوافر أركانه وشروطه، أما العقد المعلق على شرط فيتوقف وجوده على تحقق الشرط المعلق عليه لأن صيغته لا تنشئ العقد في الحال⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ - أنظر، محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، -المدخل، المصادر، الحكم الشرعي-، ج. 01، دار الخير، دمشق، سوريا، ط. 02، 2006، ص. 408-409؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، -النظريات الفقهية والعقود-، ج. 04، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط. 02، 1985، ص. 201.

⁵⁸⁵ - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 147-148.

وعلى هذا الأساس، فإنّ عقد الزواج المعلق على شرط واقف أو فاسخ، أو مضاف إلى أجل يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنّ عقد الزواج لا يقوم إلاّ منجزاً مرتّباً لكافة آثاره في الحال⁵⁸⁶. أمّا عقد الزواج الذي تضمّن بعض الشروط الاتفاقية الإرادية التي لا تتنافى ومقتضياته، ولا تتعارض وأحكام الشرع فهو صحيح.

واستناداً عليه، حرية الاشتراط في عقد الزواج تابعة لحرية التعاقد. بدليل أنّ من يقولون بمبدأ حرية التعاقد يفتحون باب الشروط في العقود، فيجعلون للعاقدين أن يشترط عند إنشاء العقد ما شاء من الشروط. وعلى العكس من ذلك، فإنّ الذين يقولون بأنّ الأصل في العقود المنع ويتمسكون بمقتضيات العقود التي أقرّها الشارع والآثار التي اعتبرها، لا يحترمون من الشروط إلاّ ما يتفق مع مقتضيات العقود⁵⁸⁷. ولهذا اختلف الفقهاء المسلمون ما بين مضيّق وموسّع فيما يتعلّق بحرية التعاقد، وبالتالي حرية الاشتراط، حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى أنّ الأصل في الاشتراط الحظر، وذهب رأي آخر إلى أنّ الأصل في الاشتراط الإباحة. وأمام هذا التضارب اتجهت التشريعات المغاربية للأسرة إلى الأخذ بالاتجاه الثاني من خلال إطلاق حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج (المطلب الأول).

ولأنّ الحرية غير مطلقة إطلاقاً تامّاً حفاظاً على النظام العام العائلي والآداب العامّة، كان لا بدّ من الحدّ من حرية المرأة في الاشتراط بوضع ضوابط معيّنة، وبما لا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا مقتضيات عقد الزواج، هذا ومراعاة لتوازن العقد وعدم التحجير على الطرف الآخر تمّ الحد من حرية المرأة في الاشتراط من خلال تعديل الشرط أو إلغائه متى أصبح مرهقاً أو مستحيل التنفيذ (المطلب الثاني).

⁵⁸⁶ - يراجع في هذا الصدد، شروط الصيغة، ص. 95 وما بعدها من هذه الرسالة.

⁵⁸⁷ - أنظر، محي الدين إسماعيل، نظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. 03، 1994، ص. 103.

المطلب الأول

إطلاق حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج

باعتبار أنّ الشريعة تنظر إلى مصالح الناس بلا ريب، وتسعى إلى تحقيق ما لا يتنافى منها مع مقاصدها أو مبادئ النظام العام، فقد أعطت الزوجة حق وحرية اشتراط ما تشاء من الشروط التي لا تنافي نظام عقد الزواج، وبهذا يرفع غبن كبير عن المرأة كانت تمن تحت وطأته⁵⁸⁸. ومن منطلق قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" تبنت التشريعات المغاربية للأسرة لفكرة الحرية التعاقدية بإباحة الاشتراط في عقد الزواج بشكل مطلق ما لم تتعارض تلك الشروط مع مقتضيات العقد (الفرع الأول).

وهذه الحرية التعاقدية ترتب آثاراً، إذ من الضروري القول بالزامية الشرط لحمل الملتزم به على تنفيذه، ولعدم حرمانها من الفائدة المرجوة من الاشتراط يتوجب أيضاً تقرير جزاء الإخلال بتنفيذه، اللهم إلا إذا تنازلت عن الشرط بمحض إرادتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حرية المرأة في اشتراط ما يتماشى ومقتضيات عقد الزواج

لا شك أنّ حرية التعاقد تكفل حرية الاشتراط، ولما كانت الشروط تتبع رغبات المتعاقدين ممّا يجعلها باباً براحاً للرغبات فتركها بلا قيود قد يؤدّي إلى تغيير الموضوع، وتبديل نظم التعامل المشروع، لهذا كان لا بد من إجازة الشروط بما يلائم المشروعية ويحفظ مقاصد التشريع⁵⁸⁹.

فللمرأة الحرية في اشتراط كل شرط صحيح، والشروط الصحيحة هي الشروط التي تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج بأن تكون موجبة لحكم من أحكام عقد الزواج، أو مؤكدة لحكم يقتضيه العقد. لهذا فهي ترد في أحد هاتين الصورتين: فإمّا أن تشترط شروطاً يقتضيها عقد الزواج (أولاً)، أو أن تشترط شروطاً لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وفيها منفعة لها (ثانياً). وعادة ما يتم اللجوء إلى

⁵⁸⁸ - أنظر، عبد الله عبد النعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، -دراسة مقارنة-، دار النفائس، الأردن، ط. 01، 2011، ص. 89.

⁵⁸⁹ - أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص. 130.

الاشتراط في عقد الزواج نظراً للتخوّف من الحياة الزوجية وما يخبؤه المستقبل، فيكون الاشتراط وسيلة لتضمن بها المرأة حقوقها، ولهذا هناك بعض الشروط الاتفاقية تسعى المرأة إلى اشتراطها أكثر من غيرها (ثالثاً).

أولاً: اشتراط المرأة شروطاً يقتضيها عقد الزواج

هذه الشروط يعمل بها ولو لم تشترط لأنها ظاهرة الصحة، وليس اشتراطها إلاّ تأكيد فوجودها كعدمها⁵⁹⁰، ومن ذلك شرط الزوجة لزوجها حسن معاشرتها، وأن ينفق عليها، أو يكسوها، أو يمنحها صداقها، فهي شروط جائزة لا توقع خلافاً في العقد ولا يكره اشتراطها، بل يحكم بها سواء اشترطت أو لا، ووجوب الوفاء بها ثابت بالشرع والقانون بمقتضى عقد الزوجية⁵⁹¹.

وهذا النوع من الشروط يعكس اتجاه جمهور الفقهاء القائل بأن الأصل في الاشتراط الحظر فلا يباح منها إلاّ ما جاء بها النص⁵⁹²، فهم يتمسكون بظاهر النصوص ويقفون عندها. ويقيدون إرادة الإنسان ويضيّقون عليها المجال في باب العقود والشروط، فهي لا تنشئ من العقود والشروط إلاّ ما نص الشارع على إباحته، أمّا ما وراء ذلك فهي لا تملك إنشاءه، وإن فعلته كان باطلاً⁵⁹³. كما يتمسك أصحاب هذا الرأي بنظرية مقتضى العقد التي تعتبر أنّ الأحكام والالتزامات التي يكون العاقد مكلفاً بها هي محدّدة من قبل الشارع دون حاجة إلى اشتراطها من قبل العاقد الآخر، وذلك كالالتزام الزوجة بتسليم نفسها، والتزام الزوج بدفع المهر والنفقة. حيث تقوم نظرية مقتضى العقد على أساس أنّ إرادة الزوجين لا تنشأ عقداً بقدر ما تحقّق انضمامهما إلى نظام قانوني، بحيث تقتصر إرادتهما في الرغبة والاتجاه نحو إبرام عقد الزواج وليس لهما مناقشة أو تعديل آثاره، وفي هذا تغليب لمصلحة المجتمع على المصالح الخاصة للأفراد وتحقيق استقرار النظام العام⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ - أنظر، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج. 03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1994، ص. 39.

⁵⁹¹ - أنظر، أحمد رباحي، ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلاميين، دراسات قانونية، 2010، ع. 07، ص. 35.

⁵⁹² - أصحاب هذا الرأي هم الحنفية، المالكية، الشافعية. أنظر، يسري السيد محمد، جامع الفقه، -كتاب النكاح-، ج. 05، دار الوفاء، ط. 01، 2000، ص. 117؛ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 248-249.

⁵⁹³ - أنظر، عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط. 06، د. س. ن.، ص. 393.

⁵⁹⁴ - أنظر، محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص. 72.

وبهذا يكون الأصل عندهم في العقود والشروط هو الحظر لا الإباحة حتى يقوم الدليل من كتاب الله أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان على الإباحة، ولهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه وصحته⁵⁹⁵. فالشروط الجائزة هي التي توافق مقتضى العقد وتلائم حكمه، أو التي يدل على مشروعيتها دليل معين من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية. فلقد أغلق أصحاب هذا الرأي باب الشروط، ولم يفتحوه إلا بقدر معلوم يختلف سعة وضيقاً تبعاً لاختلاف نظرتهم في الأخذ بالأدلة الشرعية، وتبعاً لاختلاف نظرتهم في مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد وملاءمته لحكمته وانتفاء ذلك⁵⁹⁶.

والظاهرية أيضاً منعوا كل شرط إلا ما جاء النص بإثباته إذ قصروا الأدلة على النصوص⁵⁹⁷، فقد ورد عن ابن حزم الظاهري أن: "كل نكاح عقد على صداق فاسد، أو على شرط فاسد، مثل أن يؤجل إلى أجل مسمى أو غير مسمى، أو بعضه إلى أجل كذلك، أو على خمر، أو على خنزير، أو على ما يحلّ ملكه، أو على شيء بعينه في ملك غيره، أو على أن لا ينكح عليها، أو أن لا يتسرى عليها، أو أن لا يرحلها عن بلدها، أو عن دارها، أو أن لا يغيب مدة أكثر من كذا، أو على أن ينفق على ولدها أو نحو ذلك. فهو نكاح فاسد مفسوخ أبداً، وإن ولدت له الأولاد، ولا يتوارثان، ولا يجب فيه نفقة، ولا صداق ولا عدة". لقوله صلى الله عليه وسلم: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"⁵⁹⁸.

وسندهم في ذلك من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁵⁹⁹. وقوله جل وعلا: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾⁶⁰⁰. ومن السنة قوله صلى الله عليه

⁵⁹⁵ - أنظر، كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة، تونس، د. س. ن.، ص. 18.

⁵⁹⁶ - أنظر، زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. 01، 1968، ص. 61-62.

⁵⁹⁷ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 157.

⁵⁹⁸ - أنظر، أبو محمد علي بن سعيد بن حزم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى في شرح المحلى بالحجج والآثار، بيت الأفكار الدولية، السعودية، د. س. ن.، ص. 1620.

⁵⁹⁹ - سورة البقرة، الآية رقم 229.

⁶⁰⁰ - سورة الطلاق، الآية رقم 01.

وسلم: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه، فهو رد"⁶⁰¹. فهذه الأدلة تفيد بأنّ اشتراط شروط لم يرد بشأنها دليل معيّن هو تعدّد حدود الله ومخالفة لشريعته، وجب عدم الوفاء بها لكونها باطلة بطلاناً مطلقاً⁶⁰². ووجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة أنّ الله سبحانه وتعالى بيّن لنا الحدود التي لا يصح لعباده أن يتجاوزوها، ومن ثمة فإنّ كل شرط لم يرد به دليل معيّن يكون تعدّيًا لحدود الشريعة لا يجب الوفاء به⁶⁰³.

غير أنّ القول بحظر الاشتراط يجعل من الشريعة الإسلامية جامدة وعاجزة عن مواجهة ما يستجد في شؤون المعاملات والزواج ومواجهة التغيرات الاقتصادية والاجتماعية وتأثيراتها على الأسرة⁶⁰⁴. وبالتالي عدم قضاء منافع وحاجيات الأفراد والأزواج الضرورية، بسبب عدم تقبل الأخذ بالشروط المستجدة واكتفاءهم بالشروط التي ورد النص عليها، وبرفضهم هذا يصير الناس في حرج وضيق، وهذا يناقض ميزة أساسية تتمتع بها الشريعة الإسلامية؛ وهي صلاحيتها لكل زمان ومكان.

ولهذا أقرّ الحنابلة بإباحة جميع الشروط سواء تلك التي اقتضاها العقد أو ما لم يقتضيه، فيما عدا تلك التي نهى عنها الشرع أو تلك التي تتنافى ومقتضيات العقد⁶⁰⁵، فقد فتحوا باب الشروط في العقود على مصراعيه وأطلقوا الحرية للمتعاقدين ولم يقيّدوهم إلاّ بقيد واحد وهو ألاّ يخالف الشرط حكماً مقرّراً في الشريعة الإسلامية وردت به الأدلة⁶⁰⁶. وعليه سارت التشريعات المغاربية للأسرة.

ثانياً: اشتراط المرأة شروطاً لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وفيه منفعة لها

فهي كل شرط لا يتعلّق بما يناقض العقد فيرتب أثراً من الآثار التي تترتب على عقد الزواج، وهو شرط ليس من مقتضى العقد ولا من مستلزماته، كما أنّه لا ينافيه ولا يخلّ بمقصد من مقاصده،

⁶⁰¹ - أنظر، أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، ج. 09، دار الرسالة العلمية، دمشق، سوريا، ط. 01، 2009، كتاب السنة، باب في لزوم السنة، ص. 15.

⁶⁰² - أنظر، رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج، في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، -دراسة مقارنة-، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط. 01، 2011، ص. 103 وما بعدها.

⁶⁰³ - أنظر، نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، ج. 01، دار القلم، دمشق، سوريا، ط. 01، 1997، ص. 95.

⁶⁰⁴ - أنظر، محمود حسن، الأسرة ومشكلاتها، دار النهضة العربية، بيروت، د. س. ن. ص. 89.

⁶⁰⁵ - أصحاب هذا الرأي هم الحنابلة، ابن تيمية، وابن القيم، تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى... المرجع السابق، ج. 03، ص. 196.

⁶⁰⁶ - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص. 82-83.

ولم يرد بشأنه أمر أو نهي من الشارع ولكنه يحقق مصلحة معتبرة للمشتراط⁶⁰⁷. ومنه أن تشتراط أن لا يتزوج عليها، أو أن لا يتم الدخول بها إلا بعد إنهاء دراستها، أو أن تستمر في عملها، أو يوقر لها سكناً مستقلاً، أو أن لا ينقلها من بلدها⁶⁰⁸.

فما هو حكم هذا النوع من الشروط؟ وهل للمرأة الحرية في اشتراطها؟

اختلف الفقهاء حول الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج، فالظاهرية يعتبرونها شروطاً باطلة لما روي عن عائشة أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله"⁶⁰⁹. ولأنّ عقد النكاح عقد عليها فهو الآخر باطل عملاً بقاعدة: "ما بني على باطل فهو باطل".

أمّا الشافعية، فيرون بأنّ اشتراط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها، أو أن لا يخرجها من دارها وما شابه ذلك من الشروط لا تأثير له على عقد الزواج، بل يظل صحيحاً ويفسد الشرط وحده، ما لم تخل هذه الشروط بمقصود النكاح الأصلي في الوطاء والاستمتاع، وفي حالة إخلال هذه الشروط بهذا المقصد الأصلي من النكاح فيبطل الشرط والعقد معاً⁶¹⁰.

وهو ما سار عليه الحنفية، فالشروط التي توافق مقتضى عقد النكاح أو مؤكدة له أو ورد بها أثر من الشرع أو جرى بها العرف شروط صحيحة. وأمّا الشروط التي لا توافق مقتضى عقد النكاح ولا تؤكده ولم يرد بها أثر ولا جرى بها العرف، ولكنها تحقق منفعة للزوجين أو أحدهما شروط فاسدة، فلو اشترطت الزوجة أن لا يتزوج عليها زوجها، فإنّ العقد يعتبر صحيحاً والشرط لاغياً دون أن يؤثر على صحة العقد⁶¹¹.

ويجدر التنويه هنا إلى موقف الحنفية المتميز في تصحيح الشروط التي جرى بها العرف، استحساناً لجرى التعامل بها بين الناس وتجنباً للمشقة والحرص من جراء عدم الأخذ بالعرف، ومراعاة

⁶⁰⁷- وتعرف هذه الشروط أيضاً باسم الشروط المطلقة. أنظر، أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهّدة، ج. 01، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1988، ص. 483.

⁶⁰⁸- أنظر، مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار السلام، دار الوراق، بيروت، ط. 07، 1999، ص. 57-58.

⁶⁰⁹- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري... المرجع السابق، ص. 669.

⁶¹⁰- محمد بن إدريس الشافعي، الأم... المرجع السابق، ص. 186 وما بعدها.

⁶¹¹- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 157.

منهم للقاعدة الفقهية التي مفادها أنّ: "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"، ولكن بشرط تحكيم هذا العرف إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى خالف أصلاً من أصول الشريعة اعتبر باطلاً⁶¹².

فاعتبار الحنفية للعرف بهذا الشكل في باب الشروط يعدّ فتحاً له بعد إغلاقه بذلك الأصل الذي أصوله، وهو قولهم بأنّ الأصل فساد الشروط ما لم يثبت دليل معيّن على صحتها، وبذلك يكونون قد فكّوا تلك السلسلة التي طوّقوا بها عنق معاملات الناس، فكما يقول الدكتور زكي الدين شعبان: "... والحق أنّ هذا هو الذي يساير الزمن ويلائم المدنيات المتجدّدة، ويجعل الشريعة مرنة رحية الصدر، لا تصك في وجه المستظلمين بها أبواب الرقي والتقدّم وفيه البرهان العملي على صلاحيتها لكلّ الأزمنة والحجّة الدامغة في وجه الطاعنين عليها بالجمود"⁶¹³.

وأيضاً يرى المالكية أنّ الشروط التي ليست ذات علاقة بالعقد نفيّاً أو اقتضاء تعتبر ممّا ليس في كتاب الله، لأنّها ليست ممّا يوجبه مقتضى عقد الزواج، ولهذا فلا يجبر الطرف الآخر على الوفاء بها لما فيها من تحجير وتضييق لقول الرسول صلّى الله عليه وسلّم: "أمّا بعد، فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل وإن كان مائة شرط. قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق"⁶¹⁴. ولقد ورد أنّ الإمام مالك قال: "أشرت على قاضٍ منذ دهر أن ينهي الناس أن يتزوّجوا على الشروط، وأن لا يتزوّجوا إلّا على دين الرجل وأمانته، وقد كتبت بذلك كتاباً وصيحت في الأسواق"⁶¹⁵.

ومع ذلك لا مانع في أن يقبلها الزوج ويفي بها عملاً بقوله صلّى الله عليه وسلّم: "إنّ أحقّ الشروط أن يوفى به ما استحلّتم به الفروج"⁶¹⁶. فالوفاء بها يكون من باب الاستحباب لا من باب الإلزام والوجوب، لأنّها في الأصل لا تعدو على أن تكون شروطاً مكروهة بغض النظر عن صحتها. فإذا اشترطت الزوجة على زوجها أن لا يتزوّج عليها، أو أن لا يخرجها من بلدها، فمثل هذه الشروط تعدّ صحيحة ولكن مكروهة عند المالكية، ولا يلزم الوفاء بها وإنّما يستحب ديانة، ويعتبر النكاح

⁶¹² - محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص. 159 - 160.

⁶¹³ - زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص. 111.

⁶¹⁴ - أنظر، مالك بن أنس، الموطأ، ج. 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985، ص. 780-781.

⁶¹⁵ - أنظر، أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهّدة... المرجع السابق، ج. 01، ص. 482.

⁶¹⁶ - أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهّدة... المرجع السابق، ج. 01، ص. 484.

صحيحاً إذ ليس في اشتراطها إخلال بالعقد فلا يتم فسخه سواء قبل الدخول أو بعده⁶¹⁷. واستثناء يكون هذا النوع من الشروط لازماً عند المالكية، إذا علّق الزوج الشرط بطلاق كقوله: إن تزوّجت عليك فأنت طالق، أو فأمرك بيدك. فإن فعل شيء من ذلك لزمه ما شرط⁶¹⁸.

وإذا كانت المذاهب المذكورة أعلاه لا تقرّ بالشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولم يرد بشأها نص، وتعتبرها فاسدة، فإنّ الحنابلة يعتدّون بالشروط التي لا يقتضيها العقد في إطلاقه وتحقق منفعة للزوجين أو أحدهما واعتبروها شروطاً صحيحة، وثبتت لصاحبها الخيار في فسخ العقد لعدم الوفاء بها⁶¹⁹. لأنّ الأصل عندهم في الشروط هو الصحة حتى يرد الدليل الشرعي على البطلان، وليس في اعتبار هذه الشروط ووجوب الوفاء بها ما يحرمّ حلالاً، كما أنّه ليس في هذه الشروط تضييقاً يتنافى مع مصلحة العقد وإطلاقه. ثم إنّ مصلحة المشتراط هي من مصلحة عقده⁶²⁰.

ويعتبر ابن تيمية أكبر فقهاء المذهب الحنبلي في إجازة الشروط التي تحقّق منفعة مقصودة للزوجين، فهو لا يجعل الشرط فاسداً إلاّ إذا كان منافياً لمقصود عقد الزواج، أو مناقضاً لأحكام الشرع⁶²¹. فلقد جدّد ابن تيمية في فقه المذهب الحنبلي، وتقدّم به تقدماً كبيراً في التطوّر، ونلمس ذلك من خلال تضييقه لدائرة الشروط الفاسدة، حيث يكون كل شرط مقترن بالعقد صحيحاً إلاّ إذا كان الشرط مستحيلاً، أو خالف القانون أو النظام العام والآداب العامّة، فإنّ الشرط يلغى ويصحّ العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً⁶²². ولهذا السبب اعتبر المذهب الحنبلي أوسع المذاهب الفقهية تيسيراً في مسألة الشروط بتحقيقه لرغبات الناس في الاشتراطات العقدية⁶²³.

⁶¹⁷ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 238.

⁶¹⁸ - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ج. 04، ص. 198.

⁶¹⁹ - أنظر، علي محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة للنشر، مصر، 2005، ص. 112.

⁶²⁰ - أنظر، محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط. 02، 1981، ص. 96-97.

⁶²¹ - أنظر، وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1998، ص. 183.

⁶²² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، -دراسة مقارنة بالفقه الغربي-، ج. 03، دار إحياء التراث العربي، بيروت،

لبنان، ط. 01، د. س. ن.، ص. 123-124.

⁶²³ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 154.

فحسب أنصار هذا الرأي، للأفراد أن يتدعوا صوراً جديدة من العقود والشروط على أن يكون ذلك في دائرة معيّنة هي دائرة الحلال والمباح ولا تمتد هذه الحرية إلى دائرة الحرام. لأنّ الإرادة في نظرهم كافية وحدها لتحقيق الالتزامات، فالله تعالى أمر بالوفاء بالعقود والنذور والعهود على وجه العموم ولم يستثن منها إلا ما كان محرماً بنصوص الكتاب والسنة، بل إن الله تعالى أمر المسلمين بالوفاء بعهودهم حتى مع المشركين، وهذا كلّ دليل على أنّ إرادة الإنسان في الشرع الإسلامي حرّة في تصرفاتها⁶²⁴.

وقد برّروا موقفهم هذا بما جاء في كتاب الله لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾⁶²⁵. وبما ورد في السنة الشريفة لقوله صلى الله عليه وسلم: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"⁶²⁶.

أمّا من المعقول، فيرون أنّ الضرورة أو المصلحة هي التي قد تدفع بالزوجين إلى الاتفاق على شروط معيّنة في عقد الزواج. ولهذا فإنّ إباحة الاشتراط يتفق مع خاصية أساسية تميّز بها الشريعة الإسلامية وهي قيامها على جلب المصالح ودرء المفاسد. فالشريعة ما جاءت إلّا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل ودرء المفاسد عنهم، ثمّ إنّ تحقيق المصالح هو مقصود الشارع وفي هذا يقول المولى عز وجل: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾⁶²⁷، والرحمة تتضمن رعاية مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم⁶²⁸.

كما أنّ القول بحظر الاشتراط يترتب عليه وقوع الناس في الضيق والحرّج، وهذا ما رفعه الله عن عباده إذ قال: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾⁶²⁹. وقال أيضاً: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁶³⁰. وقد أكّد النبيّ صلى الله عليه وسلم هذا المعنى حيث قال: "إنّ الدين يسر

⁶²⁴- محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص. 106.

⁶²⁵- سورة الإسراء، الآية رقم 34.

⁶²⁶- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري... المرجع السابق، ص. 1313.

⁶²⁷- سورة الأنبياء، الآية رقم 107.

⁶²⁸- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 46.

⁶²⁹- سورة البقرة، الآية رقم 185.

⁶³⁰- سورة الحج، الآية رقم 78.

ولن يشاد هذا الدين أحداً إلاّ غلبة". وقال أيضاً: "لا ضرر ولا ضرار". والنتيجة من هذا كله، هي وجوب القول بإباحة الشروط في العقود عامّة والزواج خاصة، ولا يبطل من الشروط إلا ما خالف منها أحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية⁶³¹.

ولو كان الأصل في العقود والشروط الحظر لما صح أن يؤمر بالوفاء بالعهود والعقود مطلقاً، وأن يذم من غدرها ونقضها مطلقاً⁶³². كما دلّت الأدلة على صحّة جميع أنواع الشروط ما لم يرد من الشرع ما يدل على تحريم شرط منها وبطلانه⁶³³. ولذا على المشتري يلتزم بشرطه ما لم يكن فيه إبطال لحكم الله أو إسقاط لما أوجبه عز وجل.

فمن هذه الأدلة يتبيّن أنّ ما يعقده المرء على نفسه من عقود، وما تتضمنه العقود من شروط يدخل في الوفاء بالعهد، فشروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها⁶³⁴. ولا فرق في ذلك من أن تكون هذه الشروط مرتبطة بالآثار المالية للزواج كالنفقة، أو غيرها من الشروط التي تحقّق مصالح الزوجين المشروعة، وهذا لأنّ المشتري في عقد الزواج لم يكن ليقبل بهذا الزواج إذا لم يوف بشرطه⁶³⁵.

ومن هنا يبدو الاختلاف واضحاً بين الفقهاء المسلمين حول الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه والسبب في ذلك راجع إلى معارضة العموم للخصوص. فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط". ويتمثل نص الخصوص فحديث عقبة ابن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: "إنّ أحقّ الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج". واجتناب هذا التعارض لا يكون إلاّ بتقييد العموم بالخصوص، وتكون نتيجة ذلك هي لزوم الوفاء بهذا النوع من الشروط⁶³⁶. فالزوجة لم ترض بالزواج إلاّ على هذا الشرط، ولو لم يتم الوفاء به لم يشتمل العقد عن تراضٍ حقيقي⁶³⁷.

⁶³¹ - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص. 113 - 114.

⁶³² - كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص. 33.

⁶³³ - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص. 107.

⁶³⁴ - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص. 85 وما بعدها.

⁶³⁵ - أنظر، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، -الفرق الإسلامي في ثوبه الجديد-، ج. 01، دار القلم، دمشق، ط. 01، 1998، ص. 530 وما بعدها.

⁶³⁶ - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد... المرجع السابق، ج. 02، ص. 44 - 45.

⁶³⁷ - يسري السيد محمد، المرجع السابق، ج. 05، ص. 179.

فما ذهب إليه الحنابلة هو الراجح لتوافقه مع ما تدعو إليه مبادئ الشريعة الإسلامية من رفع الحرج وجلب التيسير ورعاية مصالح الناس بما يتماشى ومتطلبات العصر، وهو ما استقرت عليه القوانين الوضعية فيما يعرف بمبدأ حرية التعاقد، وأيضا الأحكام القضائية.

وفي هذا السياق ينص الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بالطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء". توازيه المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية والتي تضمنت: "الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا". وتقابلهما المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط أن يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"⁶³⁸.

فمن هذه النصوص تظهر جليا إرادة ونية المشرعين في توسيع دائرة الاشتراط بما يحقق مصالح الزوجين، ومع ذلك نشير إلى أنّ الصياغة العربية لمحتوى الفصل 11 المعتمدة من قبل المشرع التونسي لم تكن موفقة إلى حد بعيد بدليل أنّ الترجمة الفرنسية بدت أكثر تفصيلا وأوضح بيانا من النص العربي، حيث جاء بها ما يصحّ تعريبه كالاتي: "يمكن أن يدرج بعقد الزواج كل بند أو شرط متعلق بالأشخاص أو بالأموال، ويجوز في صورة عدم تحقق ذلك الشرط أو عدم تنفيذ ذلك البند، حل الرابطة الزوجية بالطلاق، وإذا ما تمّ حل الرابطة الزوجية قبل البناء، فلا يترتب عنه أي حق في التعويض"⁶³⁹.

⁶³⁸ - مع العلم أنّ المشرع المغربي بلغ جهدا أكبر واهتماما أوفر بخصوص هذه المسألة خلافا لنظيره التونسي والجزائري، فكان أكثر فطنة خاصة مع ما شهده هذا الموضوع من اختلاف فقهي، وما أفرزته مستجدات ومتغيرات الحياة وعولمتها، وذلك لكون مدونة الأسرة نظمت الشروط الإرادية وآثارها في المواد 47، 48، 49 إضافة إلى مقتضيات أخرى نجدها بالمواد 40، 98 و99 من نفس المدونة بعد أن كان الفصل 38 من المدونة السابقة ينص عليها؛ والملاحظ أيضا أنّ المشرع الجزائري وسّع من دائرة الاشتراط بأن أجاز للمرأة اشتراط ما لا يقتضيه عقد الزواج، فشرطي عدم التعدد وعمل المرأة الوارد ذكرهما على سبيل المثال لا الحصر صلب المادة 19 من ق. أ. ج. هما من جملة الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه وفيه منفعة للمرأة.

⁶³⁹ - محمد اللحمي، المرجع السابق، ص. 423-424.

- il est dit dans la traduction française de cet article ce que suit: «peut être inséré dans l'acte de mariage, toute clause ou condition relative aux personnes ou aux biens. En cas de non réalisation de la condition ou de l'inexécution de la clause, le mariage peut être dissous par la divorce. Cette dissolution n'ouvre pas droit à indemnité si elle a lieu avant la consommation du mariage».

وعليه، حسنا فعلوا بتبنيهم الرأي الموسع للاشتراط فعلى الرغم من أنه اتجاه معاكس لرأي جمهور الفقهاء إلا أنه اختيار في محلّه. فمن جهة، لتماشيه مع طبيعة العقود وما تقتضيه مستجدات وظروف الحياة. ولكونه يحمق مصلحة أحد الطرفين أو كلاهما، وفيه تسهيل وتيسير لمباشرة حياة زوجية أكثر ضمانا واستقرار دون أن يتنافى ذلك مع قدسيّة عقد الزواج. ومن جهة أخرى، طالما أنّ هذه الشروط غير منهي عنها بنص قرآني ولا تتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية ومقتضيات عقد الزواج فلا حرج في جواز اشتراطها. ناهيك عن أنّ حرية الاشتراط ليست بالمطلقة بل هي مقيدة بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية. فالأصل هو إباحة الاشتراط ما لم يرد الدليل الشرعي على تحريمه، هذا فضلاً عن إمكانية مراقبة صحّة الشروط المقترنة بعقد الزواج، إمّا عن طريق الموظف المختص بإبرام عقد الزواج، أو عن طريق القضاء.

وبالنسبة لموقف القضاء الجزائري من حكم الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه، فقد ذهب إلى اعتبار شرط الزوجة على زوجها بأن لا ينقلها من بلدها بأنّه شرط صحيح يجب الوفاء به، إذ قررت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 03 مارس 1971 ما يلي: "حيث أنه من المقرر فقهاً وقضاءً جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلّل حراماً أو تحرّم حلالاً، وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أنّ قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أنّ الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخالفاً بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج والتي التزم بها الزوج مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ويعتبر الوجه غير سديد"⁶⁴⁰.

ومع ذلك لم يستقر على موقفه هذا، وذهب في قرار آخر إلى أنّ اشتراط المرأة على زوجها أن لا ينقلها من بلدها شرط باطل ومخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما يتبيّن من نص قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 20 جوان 1988 وفيه الآتي: "من المقرر شرعاً أنّ الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم

⁶⁴⁰ - مجلس أعلى، غ. أ. ش.، 03 / 03 / 1971، ن. ق.، 1972، ع. 02، ص. 41.

الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفاً للأحكام الشرعية.

وكان من الثابت - في قضية الحال - أنّ قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده البقاء بزوجه بالعاصمة، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وقد فرضوا عليه قيلاً هو مخير فيه، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه⁶⁴¹.

وفي أحدث قراراته وذلك بتاريخ 12 أبريل 2006 اقتضى: "تقييم الزوجة كقاعدة عامّة حيث يقيم زوجها، يحق لها تحديد مكان الإقامة عند أو بعد إبرام الزوج"⁶⁴².

وواضح من خلال عرض هذه القرارات للمحكمة العليا أنّ موقف القضاء الجزائري من الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه يتميّز بالتناقض، فتارة يعتبر هذه الشروط صحيحة وملزمة، وتارة أخرى يعتبرها شروط مكروهة وغير ملزمة متأثراً في ذلك برأي المالكية. وإنّ القرار الثاني للقضاء الجزائري، لا يتوافق مع ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في تنظيمه لأحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج بالاستناد إلى المذهب الحنبلي، كما انتهت إلى ذلك أغلب تشريعات الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية بناءً على توافق نظرة الحنابلة في هذا الصدد مع أحكام نظرية العقود في القوانين المدنية. ولهذا توجهه الحديث في آخر قرار ذكر يتمشى وروح المادة 19 من قانون الأسرة حيث أقرّ للمرأة بأحقية الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، معتبراً أنّ الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه هو شرط صحيح لما فيه من منفعة، ولازم وجب الوفاء به لأنّه بني على رضا وتوافق طرفي العقد.

ولأنّ المرأة أصبحت مدركة للإخلاف بالوعد وما يعكسه من آثار سلبية على الحياة الزوجية، لم تعد تتوانى في كتابة شرطها في عقد الزواج على حسب أهميته بالنسبة إليها.

⁶⁴¹ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 20 / 06 / 1988، ملف رقم 49575، م. ق.، 1991، ع. 02، ص. 54.

⁶⁴² - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 12 / 04 / 2006، ملف رقم 358665، م. ق.، 2006، ع. 01، ص. 491.

ثالثا: أهم الشروط الاتفاقية المشترطة من قبل المرأة

سلكت التشريعات المغاربية للأسرة طريق الحنابلة في الأخذ بحرية الاشتراط إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، غير أنّ الملاحظ أنّ التشريع التونسي ترك مجال الاشتراط مفتوحا دون تحديد، في حين أنّ المشرع المغربي ورغم إطلاقه لحرية الاشتراط إلاّ أنّه خصّ بالذكر شرط عدم تعدّد الزوجات، والمشرع الجزائري هو الآخر انفرد بذكر شرطي عدم تعدّد الزوجات وعمل المرأة وهذان الشرطان هما من جملة الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه، وفيها منفعة للمرأة. وتعدّ هذه الشروط المستحدثة في النص على سبيل المثال لا الحصر، لأنّه نظرا لتعدّد الشروط الممكنة في الحياة العملية يصعب حصرها فنترك ذلك للعرف والعادة، ولو أنّ الإحصائيات كشفت عن أنّ أهم الشروط التي تضمنتها عقود الزواج تتمثل في: عمل المرأة، عدم التعدّد، مواصلة الدراسة، الانفراد بسكن مستقل عن أهل الزوج، حرية التصرف في راتبها⁶⁴³. وسنكتفي بذكر شرطي عدم التعدّد وعمل المرأة المنصوص عليهما بالمادة 19 من قانون الأسرة.

1- حرية المرأة في اشتراط عدم التعدّد

لقد انقسمت مواقف التشريعات المغاربية للأسرة حول موضوع تعدّد الزوجات إلى موقفين متباينين، فمنها من تبنت نظام التعدّد مع التقيّد بشروط، ومنها من منعتة واعتبرته جريمة يعاقب عليها

⁶⁴³ - سنة 2011 كشف بحث ميداني حول عقود الزواج أجزه المكتب الجهوي لمنظمة "Global Rights" الدولية التي تعنى بحقوق الإنسان بشراكة مع 11 عشر منظمة غير حكومية ومحامين شركاء في المغرب، الجزائر وتونس أنّ عدد عقود الزواج التي تتضمن شروطا يضل ضئيلا جدا إذ أنّه من أصل 75 ألف و173 عقد زواج تمت دراسته لا نجد سوى 822 عقدا يتضمن شرطا إضافيا. وتبيّن أنّ معظم الشروط المسجلة في عقود الزواج تمّ حق الزوجة في الاشتغال خارج المنزل -314 حالة-، وتحديد مكان إقامة الزوجين -178 حالة-، وشرط عدم التعدّد -87 حالة-، وحق الزوجة في متابعة دراستها -80 حالة-، وشرط يتعلّق بالنفقة وزيارة الأهل -33 حالة-، واشترطت بعض النساء حريتهن في التصرف في أجورهن -09 حالات-، و21 عقد زواج تضمن شرط حق الزوجة في السفر إلى الخارج تفاديا لبقائها وحدها في المغرب، في حين التزم الأزواج في 08 عقود زواج بعدم ممارسة العنف ضد زوجاتهم والتعامل معهنّ بالتّي هي أحسن.

الإحصائيات بالجزائر أثبتت أنّ ولايتي تلمسان وسكيكدة شهدت من سنة 2006 إلى 2010 ارتفاعا ملحوظا فيما يتعلّق بتضمين عقود الزواج بشروط إضافية فمن مجموع 24703 عقد زواج التي تمت دراستها هناك 1955 عقد زواج تضمن شروطا اتفاقية وكانت في مجملها خاصة بحق الزوجة في متابعة دراستها، حقها في العمل، الحق في منزل منفصل مستقل، منع تعدّد الزوجات، قلّة منها جاء فيها شرط التخطيط العائلي وتنظيم النسل، حرية التنقل، الحرية في السفر، حرية التصرف في راتبها.

- أنظر، النهوض بالحقوق الإنسانية للنساء في المغرب، الجزائر وتونس من خلال الاستعمال الاستراتيجي لعقود الزواج، -البحث الميداني مع السلطات المحلية حول استعمال عقود الزواج-، 2011، www.globalrights.org

القانون⁶⁴⁴. هذا التباين جاء نتيجة لكون التعدّد مباح وليس فرضاً ولا واجباً ولا حراماً ولا مكروهاً، ممّا يسمح لولي الأمر أن يقيده أو يمنعه أو يفرضه على وجه الإلزام، إذا رأى فيه مصلحة عامّة للمجتمع.

فالمشروع التونسي، منع تعدّد الزوجات، بل وعاقب عليه بصريح نص الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث نص على أنّ: "تعدّد الزوجات ممنوع. فكل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق، يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك، أو بإحدى العقوبتين، ولو أنّ الزواج لم يبرم طبق أحكام القانون". ونظراً لهذا المنع فإنّ اشتراط شرط عدم الزواج بأخرى من قبل الزوجة، لا مجال للحديث عنه ما دام أنّ التعدّد أصلاً غير مسموح به.

في حين ذهب المشرعان المغربي والجزائري على حد سواء إلى إباحة التعدّد مع تقييده بمجموعة من الضوابط الشرعية والقانونية الصارمة، في محاولة إلى تأكيد المقاربة الحقيقية لهذا الحق في ظل الشريعة الإسلامية، والمتمثلة في حظر التعدّد كأصل وإباحته كاستثناء⁶⁴⁵.

وبمقابل ذلك منحنا للزوجة حرية اشتراط عدم التزوّج عليها، حيث جعله المشروع المغربي من القيود الواردة على التعدّد فجاءت المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية ناصة على أنّه: "يمنع التعدّد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوّج عليها".

ولم يتبع المشروع الجزائري منهجية المشروع المغربي من حيث جعل شرط عدم تعدّد الزوجات كقيود يرد على التعدّد بل ارتأى إدخال تعديلات على المادة 19 فجاءت عامّة في الشروط، ومخصّصة لهذا العموم بتحديد على وجه الخصوص أحقية المرأة في الاشتراط على زوجها أن لا يتزوّج عليها. وهذا ما

⁶⁴⁴- هناك من البلدان العربية الإسلامية التي سمحت بنظام تعدد الزوجات بشكل مطلق ولم تقيده بأي شرط ما عدا شرط عدم تجاوز عدد أربع زوجات، نذكر المملكة الأردنية الهاشمية، الكويت، المملكة العربية السعودية. فقد اعتبرت تعدد الزوجات أمراً مسلماً به على الإطلاق، وتعاملت معه وكأنه خصوصية من الخصوصيات الدينية في الإسلام، أنظر، فخري رياض، تعدد الزوجات بين الدين والقانون، أعمال الندوة الوطنية التي نظمتها شعبة القانون الخاص ومركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و28 يناير 2006، تحت عنوان: مدونة الأسرة بين النص والممارسة، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، ط. 01، 2006، ع. 25، ص. 25-26.

⁶⁴⁵- نظمه المشروع المغربي ضمن المواد من 40 إلى 46 من م. أ. م؛ وعالجه المشروع الجزائري في المواد من 08 إلى 08 مكرر 1،. نعالج مسألة "حرية المرأة في حالة التعدّد" من خلال الباب الثاني من هذه الرسالة ص. 536 وما بعدها.

جعل المشرع الجزائري محل انتقاد خاصة قبل التعديل من قبل بعض رجال القانون على أساس أنّ تضمين عقد الزواج بالشرط المانع للتعّد يشكّل خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ويتعارض مع أحكام قانون الأسرة، وخاصة المادة الثامنة التي تسمح بالتعّد. فهل هذا الاشتراط يعدّ في مضمونه تحريماً لشيء محلّ شرعاً؟

ففي هذا السياق، ذهب الأستاذ عبد العزيز سعد إلى القول أنّه إذا اشترطت المرأة أن لا يتزوَّج عليها زوجها، كان الشرط باطلاً لتنافيه مع نص المادة الثامنة من قانون الأسرة التي تسمح بتعّد الزوجات، لذلك فإنّ الزوج لا يلزم بالوفاء بأي شرط ورد في العقد وكان مخالفاً لأحكام قانون الأسرة، ولا يجوز مطالبته بالوفاء بذلك أمام القضاء وليس للزوجة أن تطلب التطبيق اعتماداً على عدم الوفاء بهذا الشرط⁶⁴⁶.

ويشاطره الرأي الأستاذ لوعيل محمد أمين إذ يرى أنّ حق الاشتراط المقرّر للمرأة فيما يتعلق بعدم إعادة الزواج عليها يتنافى مع القانون لكونه أباح تعّد الزوجات، وبالتالي يعتبر اشتراط عدم الزواج ثانية باطلاً لأنّه يتنافى مع أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة⁶⁴⁷.

وتزداد أهمية طرح هذا الإشكال في ظل التعديل الأخير لقانون الأسرة حيث خصّصت المادة 19 منه بالذكر شرط عدم تعّد الزوجات إلى جانب شرط عمل المرأة باعتبارهما شرطين ضروريين لتأثيرهما الهام على حياة الأسرة. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حسم مسألة هذين الشرطين تشريعياً، غير أنّه وبهذا التخصيص لشرط عدم تعّد الزوجات يصبح التعارض والتناقض بين نص المادتين 19 و08 أكثر وضوحاً وبروزاً من السابق على الأقل من ناحية صياغتهما.

فكان في وسع المشرع الجزائري تفادي وقوع هذا التعارض في صياغة نص كل من المادتين لو نص على هذا الشرط في المادة 08 كقيد من القيود الواردة على تعّد الزوجات، كما هو عليه الحال بالنسبة للمشرع المغربي الذي نص في المادة 40 من مدونة الأسرة على أنّه: "يمنع التعّد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوَّج عليها"، فالموضع

⁶⁴⁶ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 172.

⁶⁴⁷ - أنظر، محمد أمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط. 01، 2004، ص. 61.

الصحيح لإدراج شرط عدم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري يكون هو نص المادة 08 وليس نص المادة 19.

ومن ناحية أخرى، فإن صيغة التعبير التي أوردها المشرع الجزائري بخصوص شرط عدم تعدد الزوجات في نص المادة 19 تعتبر غير سليمة، لأنها تتجه بذهن القارئ نحو تحريم مبدأ التعدد أصلاً، والأفضل لو استبدل عبارة "... ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات..." "عبارة" "... ولا سيما شرط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها..."

وعلى العموم يمكن القول أنه لمنع وجود أي تعارض بين اشتراط عدم التعدد الوارد في المادة 19 والتعدد المسموح به في المادة 08 من قانون الأسرة، مادام أن هذا الحق "اشتراط أن لا يتزوج عليها" حق مقدر بموجب أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي فإن المشرع أكد على حق ثابت وجائر شرعاً، وأضفى عليه صبغة قانونية كي لا يكون مدعاة للقول بمخالفته لأحكام قانون الأسرة، بالتنصيص عليه لا غير سالكا مسلك الحنابلة في هذا الاختيار، ومخالفاً لكل من فقهاء الشافعية والمالكية والحنفية الذين يعتبرون بأن كل شرط خالف الشرع أو يزيد على مقتضى العقد من غير ورود نص في الشرع بإقراره، شرط فاسد لا يؤثر على العقد بحيث يفسد الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً، كاشتراط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها. فالحنابلة يرون أنه متى تزوج رجل امرأة واشترطت عليه عدم الزواج بامرأة أخرى كان الشرط صحيحاً وإن فعل ذلك كان الأمر بيدها إن شاءت أقامت معه وإن شاءت فارقته لقوله صلى الله عليه وسلم "إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج"، وفي رجل تزوج امرأة على أن لا يتزوج عليها فرفع ذلك إلى عمر فقال: "مقاطع الحقوق عند الشروط"⁶⁴⁸.

فالمشرع الجزائري قد استوحى تنظيمه لهذا الشرط من الفقه الحنبلي الذي يعتبر أكبر المذاهب توسعاً في تصحيح الشروط. وبتبني رأي الحنابلة فيما يخص اشتراط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها له ما يبرره، فما كان للزوجة أن تلجأ إلى ذلك إلا منعاً لمفسدة، وما سميت الضرة بهذا الاسم لدى العرب إلا لاشتقاق اسمها من الضرر. فهذا الشرط من شأنه أن يريح الكثير من النساء حتى

⁶⁴⁸ - تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى... المرجع السابق، ج. 03، ص. 124.

يطمأنن على مستقبلهن خاصة النساء الغيورات، وهو مخرج سليم لتفادي أضرار الزواج الثاني، ووجود ضرة تشارك الزوجة حياتها عموماً. فيكون فيه تحقيق لمصلحة جدية لها ورغبة أكيدة لديها في الاستئثار بزوجها⁶⁴⁹.

ومن ثم يكون إدراج المشرع وإقراره بحق الزوجة في اشتراط عدم الزواج عليها من باب التأكيد على حقوقها، ولكون الشرط تتجاوزه حقوق متباينة، فالتعدّد حق للزوج، وعدم التعدّد فيه مصلحة للزوجة. وإنّ تنازل الزوج عن حقه في التعدّد بإرادته لا يبطل المبدأ من أصله، بل يبقى التعدّد في أصله مباح دون أن ينفي ذلك إعطاء الحق للزوجة في أن تشتراط على زوجها أن لا يتزوج عليها. فما هو حكم اشتراط المرأة العمل خارج بيت الزوجية؟

2- حرية المرأة في اشتراط العمل

يعتبر عمل المرأة من أكثر القضايا التي شغلت العالم، حيث انقسمت بين مؤيدين ومعارضين للفكرة، إذ يفضل البعض عدم انخراطها في العمل وضرورة مكوثها في البيت لترعى أطفالها وزوجها، بينما يعتبر البعض الآخر أنّ عملها ضروري لتنمية المجتمعات وتحقيق ذاتها. وبغض النظر عن هذين الموقفين فإنّ الواقع يثبت ولوج المرأة لعالم الشغل، كما يثبت منع بعض الأزواج زوجاتهم من مواصلة العمل خارج البيت بعد الزواج -رغم الاتفاق الحاصل بينهما قبل فترة العقد على مواصلته- ممّا يخلق مشاكل بينهما تصل لحد فك الرابطة الزوجية. ولهذا السبب أضحت المرأة تعتمد على ضمان حقّها في العمل من خلال اشتراط ذلك كتابة في عقد الزواج.

فإذا اشترطت المرأة على الرجل عند عقد الزواج عدم منعها من العمل أو الاستمرار فيه، أو كانت تعمل وسكت عن ذلك، فما هو موقف الفقه من ذلك؟

اختلف الأئمة الأربعة في مدى إلزام الزوج الوفاء بهذا الشرط على عدّة أقوال:

- القول الأول: أجاز الحنفية للمرأة الخروج للعمل متى اقتضت الظروف ضرورة ذلك، أو إذا كانت تحتترف عملاً من فروض الكفاية الخاصة بالمرأة، أو كان الواقع الاجتماعي يوجب على الزوجة

⁶⁴⁹- وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. 587.

خدمة الغير كعلاجهم كونها طبيعية أو ممرضة، وهذا استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل هو قرار المرأة في البيت مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى﴾⁶⁵⁰. فالعمل الذي لا ضرر فيه لا وجه لمنعها منه، وكذلك ليس له منعها من الخروج إذا كانت تحترف عملا من فروض الكفاية الخاصة بالمرأة مثل عمل القابلة، غير أنه متى اشترطت الزوجة على الزوج الخروج للعمل من غير ضرورة، أو اشترطت عليه البقاء في عملها فهذا الشرط فاسد ملغى عند الحنفية، والعقد صحيح، وللزوج أن يمنعها من العمل⁶⁵¹.

- القول الثاني: لا يجيز الشافعية للمرأة الخروج من البيت إلا بإذن زوجها بشكل عام سواء للعمل، أو لغير ذلك حتى لو اقتضت الضرورة استدلالا بما روي عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أن امرأة أتته فقالت: "يا رسول الله ما حق الزوج على امرأته، فقال لا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر تنب ولا تعطي من بيته شيئا إلا بإذنه فإن فعلت ذلك كان له الأجر وعليها الوزر ولا تصوم يوما تطوعا إلا بإذنه فإن فعلت ذلك أثمت ولم تؤجر، ولا تخرج من بيته إلا بإذنه، فإن فعلت لعنتها الملائكة، ملائكة الغضب وملائكة الرحمة، حتى تتوب أو تتراجع"⁶⁵².

ومن يملك حق منع الزوجة من الخروج من البيت، يملك حق منعها من الخروج للعمل، فمتى أدرج شرط العمل في عقد الزواج، وكان الزوج موسرا، كان هذا الشرط شرطا فاسدا، لا يرتقي إلى درجة بحث جواز الوفاء به، أو وجوبه. أمّا في حالة ما إذا كان معسرا، كان للزوجة الخروج إلى العمل دون إذن منه إذ جاء في مغني المحتاج: "ولها الخروج من بيتها لتحصيل النفقة بكسب أو بتجارة، وليس له منعها سواء كانت فقيرة أو غنية، لأنّ التمكين والطاعة في مقابل النفقة فإذا لم يوفيهما ما عليه لم يستحق عليها حجرا، ويعتبر الشرط في هذه الحالة صحيحا لا تأثير له على صحة عقد الزواج.

- القول الثالث: يعتبر المالكية أنّ اشتراط المرأة العمل من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها، والتي في الأصل يجب الوفاء بها ليس من باب الإلزام، وإنما من باب الاستحباب، فهو

⁶⁵⁰ - سورة الأحزاب، الآية رقم 33.

⁶⁵¹ - السيد سابق، المرجع السابق، ص. 179.

⁶⁵² - أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 292.

شرط مكروه عموماً لما فيه من التحجير على الزوج، ويحق للزوج أن يمنع زوجته بعد ذلك متى شاء من هذا العمل الذي تخرج إليه من البيت، بل يجب عليها عندهم طاعته في هذا المنع إن فعل، فإن عصته وخرجت معتمدة على ما كان وافق عليه من شرط عدت عندهم ناشراً⁶⁵³.

القول الرابع: يرى الحنابلة أنّ الأصل يوجب قرار المرأة في البيت، وعدم خروجها دون إذنه، غير أنّه متى اشترطت الزوجة شرط العمل في عقد الزواج، كان شرطاً صحيحاً، لأنّها من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج، ولا ينافيها، وتنطوي على تحقيق مصلحة للزوجة. فهذا الشرط ملزم للزوج، بناء على أصلهم في لزوم الوفاء بالشروط التي لا تناقض مقتضى العقد، ويجب عليه الوفاء به، ولا يحق له أن يمنعها من العمل، فإن أراد منعها فلم تتمنع فلا تكون ناشرة بناء على هذا الشرط، إذ ليس فيه إخلالاً بالطاعة الواجبة عليها، ولأنّه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازماً⁶⁵⁴.

وإذا كان جمهور الفقهاء قد اختلفوا حول صحة شرط عمل المرأة ومدى إلزامية الوفاء به من قبل الزوج، فإنّ الفقه الحديث يكاد يجمع على صحته إذ يرى الدكتور عبد الرحمن الصابوني أنّه: "لو تزوّجها، وشرطت عليه عدم ترك وظيفتها، فإنّ قبول الزوج بقاء زوجته في وظيفتها لا يسقط نفقتها، ولو طلب منها عدم الخروج وترك الوظيفة، لأنّه بسماحة لها بممارسة عملها خارج البيت يعتبر متنازلاً عن حقه في الاحتباس فيبقى حقه في النفقة حق ثابت في ذمة زوجها"⁶⁵⁵.

ويقول محمد الزحيلي في هذا الشأن: "وإن كانت المرأة تعمل خارج البيت عند عقد الزواج واشترطت الاستمرار بعملها الموجود، ووافق الزوج على ذلك فقد أسقط حقه بالاحتباس، ويجب عليه الوفاء بالشرط، ولا يحق له إلزامها بترك العمل حالاً أو مآلاً، إلاّ إذا حصل تراض لاحق وتفاهم جديد فاللاحق يلغي السابق، ولا خلاف عندئذ، ولا حرج".

⁶⁵³ - أنظر، محمد الزحيلي، المرأة المسلمة المعاصرة، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2008، ص. 366-367؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 485.

⁶⁵⁴ - موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد... المرجع السابق، ج. 03، ص. 40.

⁶⁵⁵ - عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة... المرجع السابق، ص. 36.

وأما الدكتور عبد الكريم زيدان فيرى: "لو تزوّجها، واشترطت عليه أن لا يمنعها من الاستمرار في وظيفتها، فهذا الشرط ملزم للزوج فإذا أراد منعها فلم تمتنع فلا تكون ناشزا بخروجها لأعمالها خارج البيت بناء على ما اشترطته عليه في عقد النكاح، ولكن لو تزوّجها، وهو يعلم أنّها موظفة، أو ذات حرفة خارج البيت وسكت، ولم يشترط عليها ترك وظيفتها، ولا اشترطت عليه عدم منعها من وظيفتها فهذا السكوت لا يعد رضا منه بعملها خارج البيت، ولا بمنزلة اشترطها عليه عدم منعها من وظيفتها، وبالتالي يحق له أن يمنعها من الخروج لوظيفتها فإن عصته اعتبرت ناشزا"⁶⁵⁶.

ومن ثم، إذا كانت المرأة عاملة قبل الزواج فيجب على الزوج التصريح برغبته في ترك العمل وأن يشترط ذلك في عقد الزواج حتى تلتزم به الزوجة، وعليه كفالتها ونفقتها الكاملة، فإن لم يشترط ذلك صراحة فيفهم ضمنا أنه موافق على عملها، وإن كانت تعمل خارج البيت واشترطت الاستمرار بعملها، أو إن لم تكن عاملة واشترطت على زوجها عند العقد أو بعده أن تمارس عملا خارج البيت ووافق الزوج على ذلك فقد أسقط حقه بالاحتباس ويجب عليه الوفاء بالشرط ولا يحق له إلزامها بترك العمل، فما دام أنّ الأصل في الأشياء الإباحة والزوجة قد اشترطت شرط العمل في عقد الزواج ووافق الزوج عليه، فإنّ خروجها يكون بإذنه ممّا يدل أنّها لم تخرج عن طاعته، وفي قبوله لعملها تنازل عن حقه في الاحتباس فيكون الشرط صحيحا والوفاء به لازما. لأنّ الشرط أملاك والمسلمون عند شروطهم.

والتشريعات المغربية للأسرة أجازت هذا الشرط كونها نهجت مسلك الفقه الحنبلي، فعموم الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والمادة 48 من مدونة الأسرة المغربية يقتضيان القول بصحة جميع الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه، وتحقق فائدة مشروعة للزوجة، وشرط عمل المرأة يدخل ضمن هذا النوع من الاشتراط ممّا يجعله شرطا صحيحا لزم الوفاء به من قبل الزوج. ومن جهة المشرع الجزائري، فقد أورد شرط عمل المرأة صراحة ضمن المادة 19 من قانون الأسرة، واضعا بذلك حدّا للنقاش والجدل، وتأكيدا منه على حق وحرية المرأة في العمل اقتضى

⁶⁵⁶ - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 166.

بموجب المادة 67 من نفس القانون أنّ عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في الحضانة. بل هو حق أقرته وضمته الدساتير المغربية⁶⁵⁷.

وحسنا ما فعل المشرع خاصّة في وقتنا الراهن أين أصبح الكثير يتحجج بعمل المرأة، ويعتبرونه أحد أسباب فتور العلاقة الزوجية، وإن كانت الحقيقة تؤكد أنّ النضج الفكري وتسامح كل الزوجين وتفهمه للآخر كفيل بجل أي مشكلة يمكن أن تهدد استمرار العلاقة الزوجية. بل وما نلمسه حقيقة أنّ الكثير من الأزواج قد يوافق على شرط عمل المرأة في مرحلة الخطبة، وبمجرد الزواج يمنعها منه ويخيّرهما بين الطلاق أو العمل. وفي ظل غياب شرط في عقد الزواج، فإنّه لا يمكنها اللجوء لطلب التطلق لانعدام أحد أسبابه، خاصة في ظل إنكار الزوج لوجود شرط متفق عليه مسبقا. ورغم أنّه لم يحدّد طبيعة العمل إن كان مشروعاً أو غير مشروع، فإنّ العمل الذي يتصادم غالبا مع النظام العام والآداب العامّة لا يقبل اشتراطه ولا يلزم الوفاء به تلقائيا دون حاجة إلى بيان ذلك.

فمتى قبل الزوج بالشرط عموما كان من الواجب أن يفني به، باعتباره شرط فيه منفعة، ولا يمنع مقصود الزواج، وأن لا يقدم على منعها من مواصلة عملها مادام قد قبل به ابتداءً إلاّ في حال وجود داعي يوجب ذلك.

وعليه، تكون التشريعات المغربية للأسرة قد وسّعت من دائرة الاشتراط منتهجة في ذلك نهج الحنابلة الذين يقضون بصحة الشروط التي لا تناقض مقصود العقد أو مقتضاه، والتي لم يرد نهي عنها من الشارع لتماشيها مع طبيعة العقود، وتحقيقها لمصلحة المتعاقدين تجنّيا لأي سوء تفاهم بين الزوجين. فماذا يترتب عن صحة الشروط؟

⁶⁵⁷ - حق العمل مكفول دستوريا، يراجع، ص. 323 وما بعدها من هذه الرسالة.

الفرع الثاني

الأثر المترتب عن حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج

للمرأة الحرية في اشتراط ما يتمشى ومقتضيات عقد الزواج، وبالمقابل للرجل الحرية في قبولها أو رفضها، ومتى قبل بها لزمته فيكون للمرأة الحرية في الاشتراط مقابل التزام الزوج بما اشترطته (أولاً). وكما لها الحرية في الاشتراط لها أيضاً الحرية في التنازل عما اشترطته متى رغبت في ذلك (ثانياً).

أولاً: القوة الملزمة للشرط الإتفاقي

إنّ الأصل في الاشتراط في عقد الزواج هو الإباحة ولا يخرج عن هذا الأصل إلاّ ما استثنى بدليل، ويترتب عن هذا القول إلزامية هذه الشروط لمن التزم بها. ومع ذلك نجد أنّ للفقهاء مواقف متباينة وآراء مختلفة بشأن إلزامية الشرط الإتفاقي.

فذهب المالكية إلى القول بعدم لزوم الشروط الاتفاقية إلاّ أن يكون في ذلك يمين بطلاق أو عتاقة لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أما بعد، فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل وإن كان مائة شرط. قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنّما الولاء لمن أعتق"⁶⁵⁸. والسبب في ذلك هو كون العقد على الشرط مكروه، وطالما أنّ الشروط مكروهة أصلاً فهي غير لازمة لما فيها من تحجير وتضييق، وحتى وإن أراد الملتزم أن يفي بما التزم به من شرط، فإنّ وفاءه يكون على وجه الاستحباب لا اللزوم⁶⁵⁹. على أنّ لأصحاب هذا الرأي استثناء من قاعدة عدم لزوم الوفاء بالشروط، يتمثل في الحالة التي يعلّق فيها الشرط بطلاق أو يمين، فيكون حينها لازماً. لأنّهما أمرين لا ينبغي للمسلم أن يستهين بهما فأمرهما محمول على الجد لذلك يجب الوفاء بهما⁶⁶⁰.

وفي هذا الصدد يقول محمد أبو زهرة: "أنّ الأولى والصالح أن تبقى الشروط خاضعة لمذهب أبي حنيفة، إذ هو مذهب جمهور الفقهاء، ولو أخذنا بمذهب أحمد في الشروط المقترنة بالزواج لكانت

⁶⁵⁸ - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 410.

⁶⁵⁹ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 238.

⁶⁶⁰ - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 198.

آثار الزواج متأثرة بإرادة العاقدين ويذهب عن الحياة الزوجية ما يحاط بها من قدسية ويقارب الزواج الإسلامي من الزواج المدني، ولأننا لو جعلنا باب الشروط مفتوحا والوفاء بها لازما لاضطربت الحياة الزوجية أيما اضطراب⁶⁶¹.

وتردّ الدكتورة نشوة العلواني أنّ هذه الفتوى تناسب زمن الإمام مالك ودينه وأمانته، بل إنّ الشروط مع الدّين والأمانة لا حاجة إليها، بينما تزداد أهمية هذه الشروط وحاجة عصرنا الراهن إليها بسبب الكذب والغش والتدليس الذي شاع في معاملات الناس في حاضرنا والذي لم يسلم منه حتى عقد الزواج⁶⁶².

في حين أنّ الحنابلة يرون لزوم الشروط الاتفاقية، مستدلين بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁶⁶³. وقوله عز وجل: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾⁶⁶⁴. وقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم إلاّ شرطا أحل حراما أو حرم حلالا". وقوله عليه الصلاة والسلام: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"⁶⁶⁵. وقال ابن حجر في شرحه: "أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح، لأنّ أمره أحوط وبابه أضيق"⁶⁶⁶.

أمام هذين الرأيين، ما هو موقف التشريعات المغاربية للأسرة؟

جاء موقف المشرع المغربي صريحا وواضحا إذ نص بموجب المادة 47 من المدونة على إلزامية كل الشروط الاتفاقية ما لم تتعارض مع أحكام العقد والشرع، فوردت على النحو التالي: "الشروط كلّها ملزمة، إلاّ ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا". ليعود من جديد ويؤكد على نفس المبدأ من خلال الفقرة الأولى من المادة 48 من ذات المدونة، وجاء فيها: "الشروط التي تحقّق فائدة مشروعة لمشرطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين".

⁶⁶¹ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج... المرجع السابق، ص. 183.

⁶⁶² - نشوة العلواني، المرجع السابق، ص. 125.

⁶⁶³ - سورة المائدة، الآية رقم 01.

⁶⁶⁴ - سورة الإسراء، الآية رقم 34.

⁶⁶⁵ - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري... المرجع السابق، ص. 1313.

⁶⁶⁶ - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري... المرجع السابق، ج. 09، ص. 125.

وبهذا التنظيم وضعت المدونة حدًا للفراغ التشريعي الذي كان ملحوظًا في ظل مدونة الأحوال الشخصية السابقة، حيث اقتصر الفصل 38 منها على الإشارة إلى أنه يجوز للمرأة أن تشتترط على زوجها شروطًا لا تتنافى مع مقاصد العقد، دون بيان مدى إلزامية هذا الشرط من عدمه، والجزاء الموقع حالة التحلل منه وعدم تنفيذه⁶⁶⁷.

ولقد تم تأسيس القوة الملزمة للشروط الاتفاقية بين الزوجين - في التشريع المغربي - قياسًا على القواعد العامة المنظمة للإلزام والالتزام في قانون الالتزامات والعقود، إذ نص الفصل 230 منه على أن: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشيئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليهما في القانون".

ومن الشروط الملزمة نضرب مثلا عن الشرط المتعلق بجعل أمر المرأة بيدها، كأن تشتترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها وإلا كان طلاقها بيدها، فإن فعل وتزوج، امتلكت هي حق إيقاع الطلاق على نفسها. وهو طلاق يجيزه الجمهور⁶⁶⁸، ويرفضه الظاهرية لقول ابن حزم: "ومن جعل إلى امرأته أن تطلق نفسها لم يلزمه ذلك، ولا تكون طالقا طلقت نفسها أم لم تطلق فالطلاق إنما جعله الله تعالى للرجال لا للنساء"⁶⁶⁹.

وقد سبق وأن أحازه المشرع المغربي بمدونة الأحوال الشخصية في الفصل 44 منها وجاء فيه: "الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القاضي". واعتبره طلاقًا بائنًا على أساس الفصل 67 منها فنص على أن: "كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول والخلع والمملك". ليعاود تمسكه به من خلال مدونة الأسرة الجديدة مخصصًا له المادة 89 منها فاقتضت: "إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق، كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقًا لأحكام المادتين 79 و80 أعلاه؛

⁶⁶⁷ - كان الفصل 38 من المدونة الملغاة ينص على أنه: "إذا اقترن العقد بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً وليس مما ينافي مقاصد العقد أن تشتترط الزوجة مثلاً الاشتغال في المصالح العامة للبلاد".

⁶⁶⁸ - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد... المرجع السابق، ج. 02، ص. 54.

⁶⁶⁹ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حرم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى... المرجع السابق، ص. 483.

تتأكد المحكمة من توفر شروط التملك المتفق عليها بين الزوجين وتحاول الإصلاح بينهما طبقاً لأحكام المادتين 81 و82 أعلاه؛

إذا تعذر الإصلاح، تأذن المحكمة للزوجة بالإشهاد على الطلاق، وتبت في مستحقات الزوجة والأطفال عند الاقتضاء، تطبيقاً لأحكام المادتين 84 و85 أعلاه؛

لا يمكن للزوج أن يعزل زوجته من ممارسة حقها في التملك الذي ملّكها إياه".

وإنّ القوة الملزمة للشرط المتعلق بجعل الزوج أمر زوجته بيدها أيدها المجلس الأعلى المغربي في القرار الصادر عنه بتاريخ 26 فيفري 1980، حيث عرضت عليه واقعة تتلخص في أنّ: "زوجاً طالب برجوع زوجته إلى بيت الزوجية ومعاشرتها له معاشرتها الأزواج. فأجابت المدعى عليها بأنّ المدعى جعل لها أمرها بيدها متى شاءت دون قيد ولا شرط، حسب الإشهاد الصادر عنه بتاريخ 28 /12 /1974، وقد جعلت ذلك لنفسها، وأشهدت على طلاقها بتاريخ 08 /04 /1978، وأنّها تقدّمت ضده بدعوى تطالبه فيها بنفقة بنتها منه. فرد المدعى بأنّ الإشهاد المذكور هو إشهاد والتزام باطل، لأنّ وجوده معلّق على شرط إرادي، وأنّ حق الطلاق سقط، وأنّ القول قول الزوج بدون يمين في الوطاء، - فقد مكنته من نفسها ولهذا حقها لم يبق له وجود-، وبذلك يكون الطلاق الذي أوقعته المدعى عليها في 08 /04 /1978 غير صحيح.

فحكم القاضي الابتدائي بسقوط الحق المجمع للمدعى عليها بدون قيد متى شاءت، وبعدم صحة الطلاق الصادر منها لنفسها، وبالتالي حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية. وقد بنى القاضي حكمه على قول الشيخ خليل: "وحيل بينهما حتى تجيب وإلا أسقطه الحاكم".

فاستأنفته المدعى عليها بحجة أنّها تتوفر على إشهاد جعل لها أمرها بيدها متى شاءت دون قيد ولا شرط، وأنّ الاحتجاج بقول الشيخ خليل في غير محلّه، وأنّ الحكم لم يبيّن كيف توصل إلى أنّها كانت تمكن الزوج من نفسها. وبعد سؤال محكمة الاستئناف للمحكوم عليها عمّا إن كانت تعاشر زوجها معاشرّة الأزواج، ما بين تاريخ الإشهاد الصادر عن الزوج إلى تاريخ الطلاق الذي أوقعته، وجواب نائبها بأنّها كانت تعاشره معاشرّة الأزواج، أيّدت محكمة الاستئناف بالرباط الحكم المستأنف

بناء على ما يقرره شرّاح الشيخ خليل، من أنّ المملكة إن مكنت زوجها من نفسها طائعة وإن جهلت أثر ذلك، سقط حقها في التمليك.

فتقدمت المدعى عليها بطلب نقض القرار المذكور، مبينة أنّ القضية تتعلق بمشكلة اجتماعية تتطلب الاطلاع على سوابق الزوجين. وأنّ الحكم ناقص التعليل، وحرف وثيقة الإشهاد، الذي قصد منه الاحتياط لمستقبل المعاشرة الزوجية وأخذ ضمانات من قبل الزوج بعدم الإضرار.

فقرر المجلس الأعلى: "حيث يتبيّن صحة ما نعي على الحكم، وذلك لأنّ الوثيقة نفسها لا تحتمل تفسيراً آخر، ولا تقبل تفسيراً غير هذا، ما دامت الحياة الزوجية قائمة، وأتّه من أجل أن تستمر، التزم الزوج عدم الإضرار بزوجه استقبالا، وأردف ذلك بضمانة تطمئن معها الزوجة على مستقبلها، وضمن بأنّ لها أن تطلق نفسها متى شاءت بدون قيد ولا شرط. والوثيقة نفسها فيها دلالة على أنّ هناك سوابق خطيرة خيف تكرارها... وواضح أنّ ما سلكته المحكمة مخالف لموضوع الإشهاد الصادر من الزوج، مادام الإشهاد المذكور إنّما قصد منه أن يطمئن الزوج الزوجة على أنّه سيعاشرها معاشرة حسنة، وأنّ مفعول الإشهاد لا يحتاج إليه إلاّ إذا طرأ ما يعكس صفو الزوجية استقبالا، وأنّ لها أن تستعمل هذا الحق متى شاءت، فالإشهاد معلق على أن يحصل ضرر، وذلك يتوقف على تجربة مستقبلية، وأتّها ظفرت بالحق واستعملته استعمالاً شرعياً في إبانه، لأنّ لها أن تستعمله متى شاءت طبق ما جعل في الإشهاد... أمّا الصورة التي ساقها الحكمان على طلاق المملك، فهي غير داخلية في حكم المملك. فجعلها من باب واحد هو قياس مع وجود الفارق. لأنّ الإشهاد الذي تتمسك به الزوجة هز داخل في باب ما تشترطه الزوجة على زوجها، حيث أشهد الزوج الشهيدين دون حضورها، أنّه جعل لها أمر طلاقها بيدها متى شاءت، دون قيد أو شرط. فيجب اقتصار النظر هنا على ما قرره الفقهاء في ظل هاته النازلة، ففي قوانين ابن جزى: كل شرط يجعله الزوج بيد غيره ليقع عليه الطلاق، فإنّ كان سبب ذلك فعلاً يفعلها فعلاً، فهو جائز لازم للزوج مثل أن يشترط لها أنّه متى أضرّها أو سافر عنها، فأمرها بيدها أو بيد أبيها أو غيره. وجاء في كتاب الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ما نصه، بعد أن تكلم على صيغ التفويض وهي ثلاثة، إلى أن قال: فإنّ كانت عبارة التفويض مقرونة بما يدل على التعميم، كأن يقول لها جعلت لكي أن تطلقني متى شئت، أو كلما شئت، فإنّ للزوجة بحكم هاته الصيغة أن تختار نفسها متى شاءت وفي ما أرادت، سواء كانت

حاضرة حين التفويض لها، أم كانت غائبة. لأنه ملكها هذا الحق تمليكا عاما. والخلاصة أنّ الأجدر بالمحكمتين أن تطبق على النازلة الفقه المحرر في باب التفويض، ولا فائدة في الاستجواب الذي طرحته محكمة الاستئناف على الطاعنة، لتنزل عليه فقه المملكة، لاسيما أنّ ما أفتى به المجلس العلمي بفاس، يعتبر مفيدا لما بيّن سابقا في النازلة.

وعلى ذلك قضى المجلس الأعلى بنقض الحكم الصادر في الموضوع، وتصدى للبت في جوهر القضية وحكم بصحة الطلاق الصادر من الطاعنة من نفسها طلاقا بائنا أخذنا بشروطها تطبيقا للفصل 66 من مدونة الأحوال الشخصية⁶⁷⁰.

من هنا يتضح أنّ المجلس الأعلى لم يعتبر الأمر متعلّقا بتمليك بل بتنفيذ الشرط لأنّ الإشهاد الذي تمسكت به الزوجة داخل في باب ما تشترطه الزوجة على زوجها. غير أنّه استند في تنفيذ الشرط إلى أحكام الفصل 66 من مدونة الأحوال الشخصية القاضي بـ: "كل طلاق أوقعه القاضي فهو بائن إلاّ طلاق المولى والمعسر بالنفقة". وهو فصل لا ينطبق على النازلة المعروضة أمامه، ما دفع بالزوج إلى طلب إعادة النظر فيه متمسكا بكون القرار ناقش الطلاق الذي أوقعته الزوجة على نفسها على أساس أنّه طلاق تفويض، في حين أنّه طلاق تمليك، وأنّ هذا الأخير يسقط إن مكنت الزوجة زوجها من نفسها.

إلاّ أنّ المجلس الأعلى رد كل الأسباب التي تدرّج بها الطاعن في طلبه واعتبر أنّ الأمر يتعلّق بتمليك معلّق على شرط عدم الإضرار، فلا يسقط بتمكين الزوجة لنفسها من الزوج. وأنّ اعتماد المجلس على الفصل 66 من المدونة ما هو إلاّ مجرد خطأ مادي لأنّ المقصود هو الفصل 67 منها⁶⁷¹.

وبهذا يكون موقف المشرع المغربي جليا وصریحا بشأن إلزامية الشرط المقترن بعقد الزواج، ولكن هذه الصراحة لا تظهر بوضوح عند كل من المشرعين التونسي والجزائري. فقد اكتفى المشرع التونسي

⁶⁷⁰ - مجلس أعلى، غ. أ. ش.، قرار ع. 126، 26 / 02 / 1980، ملف رقم 83705، مقتبس عن: غميجة عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 178 وما بعدها.

⁶⁷¹ - مجلس أعلى، غ. أ. ش.، قرار ع. 296، 19 / 05 / 1981، المتعلّق بإعادة النظر في القرار ع. 126، ملف رقم 83705، بتاريخ 26 / 02 / 1980، م. ق. م. أ. ع. 30، ص. 60.

بتخصيص فصل وحيد لإجازة الاشتراط في عقد الزواج، فجاء مضمون الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية عامًا في ألفاضه شاملًا في معانيه، على النحو التالي: "يثبت في الزواج خيار الشرط، ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء". بالمقابل المشرع الجزائري ومع أنه أتاح إمكانية الاشتراط إلا أنه لم يشر صراحة إلى ضرورة الوفاء بها، ما يتطلب أعمال المادة 222 من قانون الأسرة المحيلة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهنا وجب إتباع الرأي الحنبلي الآخذ بالزامية الشروط الصحيحة الواردة في عقد الزواج طالما أن صياغة المادة 19 من قانون الأسرة جاءت متماشية مع ما ذهب إليه هذا المذهب الموسع لدائرة الاشتراط. هذا وبالرجوع إلى الأحكام العامة المقررة في القانون المدني، نجد أن الفقرة الأولى من المادة 160 منه تنص على أن: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به". كما أنه المبدأ الذي سارت عليه المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 17 أكتوبر 2000 وجاء فيه: "وما دام الطاعن قد وافق على هذا الشرط (وهو بقاء الزوجة في السكن الزوجي في حالتي الخلاف أو الطلاق) فعقد الزواج يعد شريعة بين الطرفين..."⁶⁷².

وعليه، فالشروط التي لا تنافي العقد ولا تخالف أحكام الشريعة هي شروط ملزمة، تدخل في إطار حرية الاشتراط في العقد.

ومع أن القوة الملزمة للشروط الاتفاقية، تقتضي من الملتزم بها تنفيذها، غير أنه في بعض الحالات يلتزم الزوج ببعض الشروط، وعند التنفيذ يقع نزاع حول مضمونها، مما يستدعي ضرورة تفسيرها. فالأمر هنا يحتاج إلى تدخل القاضي واستعماله لسلطته التقديرية لكون المشرع لم يحد له الحالات التي تتطلب تفسير الشرط وتحديد مضمونه.

وفي هذا الشأن يمكنه الرجوع والاستناد إلى الفقه المالكي الذي جعل نوعين من الشروط بحاجة إلى تفسير، أولها الشرط المحتمل: وهو الشرط الذي يحتمل أكثر من معنى واحد، فتتجه إرادة طرف إلى معنى معين، في حين تذهب إرادة الطرف الآخر إلى معنى آخر مغاير له. ورفع احتمال هذا الشرط وتحديد مضمونه متوقف على عرف الناس. وثانيها الشروط المتعددة المعطوف بعضها على

⁶⁷² - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 17 / 10 / 2000، ملف رقم 253111، م. ق.، 2003، ع. 02، ص. 280.

بعض بالواو: ولو أنه ناذرا ما يتضمن عقد الزواج شروطا عديدة، ولكن أثناء صياغتها تفتح بابا للتأويل. كأن تشترط المرأة أن تكون العصمة بيدها متى تزوج عليها وسافر بها ومنعها من زيارة أهلها. دون أن تحدّد إذا كانت العصمة متوقّفة على تحقّق شرط واحد أو متوقّفة على تحقّق كل الشروط. وهنا أيضا يكون حل الإشكال بالرجوع إلى العرف⁶⁷³.

فالملاحظ أنّ العرف يلعب دورا هاما في إيجاد حل للحالات التي تتطلب تفسيراً للشرط، لهذا يتعيّن على القاضي الإمام قدر الإمكان بتلك الأعراف للرجوع إليها عند الاقتضاء.

ولأنّ الإخلاف بالوعد وبما تم الاتفاق عليه شفاهة قبل إبرام عقد الزواج أصبح أمرا عاديا خاصّة عندما يتفق الطرفان على أن تكمل دراستها بعد الزواج أو تخرج إلى العمل فيقبل الزوج وبعد الزواج يجبرها على البقاء في البيت وهي مشاكل واجهت الأسر لهذا نصت التشريعات على كتابة الشرط حتى يكون دليلا حالة الإخلال بتنفيذه، ومع ذلك نجد أنّ من الناحية التطبيقية أغلبية عقود الزواج لا تتضمن شروطا إضافية ولعلّ السبب يعود للحائل المعنوي ولعوامل اجتماعية، وأخلاقية ونفسية. وحتى تلك التي تتضمن شرطا اتفاقيا تواجهه في بعض الحالات أكبر مشكل والمتمثل في الإخلال بتنفيذها⁶⁷⁴.

صحيح أنّ للمرأة الحرية في اشتراط ما يتماشى مع عقد الزواج، وأنّ هذه الحرية يترتب عنها إلزامية تنفيذ الشرط، إلاّ أنّه في بعض الحالات وعند بناء واستقرار الحياة الأسرية قد تعتمد الزوجة إلى التنازل عن الشرط، ولها في ذلك كامل الحرية.

ثانيا: حرية المرأة في التنازل عن الشرط

على الرغم من أنّ القوانين نصت على حرية الاشتراط إلاّ أنّها لم تشر إلى حرية التنازل عن الشرط ماعدا المشرع المغربي الذي نص على شرط واحد يمكن التنازل عنه وهو شرط عدم تعدّد الزوجات. فبالعودة إلى الفقه الإسلامي نجده أقرّ بإمكانية التنازل عن الشرط من منطلق "من ملك

⁶⁷³- أنظر، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج. 04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 2002، ص. 29.

⁶⁷⁴- حول الجزاء المترتب عن الإخلال بتنفيذ الشرط الاتفاقي يراجع، الباب الثاني، ص. 567 وما بعدها من هذه الرسالة.

حقاً ملك التنازل عنه"، والذي يتم إما بطريقة صريحة أو ضمنية. فإخلال الزوج بالشرط وعلم الزوجة بذلك وسكونها عنه يعتبر إقراراً ضمناً يفسر على أنه تنازل منها عن شرطها فلا أمر لها ولا قضاء فيما اشترطته من ذلك⁶⁷⁵. ولكن من الناحية القانونية وجب أن يكون التنازل كتابياً لا شفويًا.

وإنّ التنازل عن الشرط يمكن أن يقع قبل تحقق الشرط المعلق عليه، كما يمكن أن يقع بعد ذلك وفي كلا الحالتين يعنى الطرف الآخر من الآثار المترتبة في ذمته بسبب ذلك الشرط. كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها وإلا فطلاقها بيدها فإن تنازلت عن هذا الشرط سواء قبل أن يتزوج عليها أو بعد ذلك فالتنازل لازم لها⁶⁷⁶.

ختاماً، يتبيّن من خلال الأدلة السابقة وما تمّ تحليله مدى وجاهة ورجاحة موقف المذهب الحنبلي وما سارت عليه التشريعات المغاربية للأسرة من اعتبار الأصل في الاشتراط الإباحة، لأنّه يؤدّي إلى التوسعة على الناس ورفع الحرج والضيق عنهم بإباحة الاشتراط سواء في عقد الزواج أو باقي أنواع العقود والمعاملات. ومّا يزيد في وجاهة هذا الرأي عدم فتح باب الشروط على مصراعيه فالأمر مقصور على دائرة الشروط الصحيحة، إذ يتعيّن قبل الحكم بصحة الشرط من عدمه مراعاة ما إذا كان هناك نص شرعي خاص يحرم هذا الشرط أم لا؟ وهذا ما يتطلّب من القاضي أن يكون مستوعباً للأدلة المعارضة لتلك الأدلة العامة التي جاءت بإباحة الشروط حتى يكون حكمه صحيحاً، فإن وجد تعارض معها أبطل الشرط، وإن لم يجد أي تعارض حكم بإباحة الشرط وصحته.

وعليه للمرأة الحرية المطلقة في اشتراط هذا النوع من الشروط الاتفاقية أي الشرط الصحيح غير المخالف لمقاصد عقد الزواج والشرع الإسلامي، ما يعني بمفهوم المخالفة أنّه يتم الحد من هذه الحرية متى تبث أنّ الشرط باطل أو مستحيل التنفيذ.

⁶⁷⁵- أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل... المرجع السابق، ج. 04، ص. 440.

⁶⁷⁶- أنظر، هجيرة خدام، حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، مجلة المعيار، المركز الجامعي تيسمسيلت، 2015، ع. 11، ص.

المطلب الثاني

الحد من حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج

يمكن للمرأة أن تشتترط في العقد ما تشاء، ماعدا ما يتنافى ومقتضياته ومقاصد الشريعة الإسلامية، فالتوسّع في الشروط يجب أن يكون مقيّداً بضوابط كمرعاة النظام العام والآداب العامة والأحكام الأساسية للأسرة المسلمة والأعراف الاجتماعية الصحيحة، وبما يحقّق التوازن بين مصلحة العاقدين والمصلحة العامّة للمجتمع⁶⁷⁷ (الفرع الأول). وعلى هذا الأساس يتقرّر بطلان كل شرط اشترطته المرأة يخالف مقتضى عقد الزواج أو مقاصد الشريعة الإسلامية أو يتعارض مع النظام العام والآداب العامّة (الفرع الثاني).

وإذا كانت الشروط الفاسدة واجبة البطلان فإنّ تلك الصحيحة واجبة التنفيذ اللهم إلا إذا أصبح الالتزام بها مرهقا، فهنا لا بد من مراجعتها وذلك بالإعفاء منها أو على الأقل بتعديلها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تقييد حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بضوابط الاشتراط

نجد أنّ التشريعات المغاربية للأسرة قد أباحت للزوجين كقاعدة عامّة أن يشترطا كل الشروط التي يريانها ضرورية في عقد الزواج، حيث تضمنت أحكاماً عامّة غير محدّدة، بل وفي منتهى التعميم والشمولية، ثم أوردت على هذه القاعدة العامّة استثناءً يقيد العموم السابق. وهذا يعني أنّها أجازت للزوجين حرية الاشتراط، غير أنّ هذه الإباحة مقيّدة بعدم مخالفة ما ورد من أحكام وقواعد في القانون الأسري (أولاً). وبشكل عام إذا كان العقد هو شريعة المتعاقدين يلزم بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد مادام قد نشأ صحيحاً، فإنّه لا يكون ملزماً إلا في الدائرة التي يجيزها القانون، وفي نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام، ولا مع الآداب العامّة. وعليه، فإنّه يحظر على الزوجين أن يضمّنوا عقودهم بأي شرط يتناقض أو يمس النظام العام، ولو كان هذا الأخير ينطوي على مصلحة خاصّة

⁶⁷⁷ - محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص. 102 - 103.

تعود على الزوجين (ثانياً). ولأنّ الأصل في العقود أن يباشرها المتعاقدان لتحقيق مصلحة لهما فيجب أن تكون هذه الأخيرة ضرورية وجدية في آن واحد (ثالثاً).

أولاً: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

إنّ من أهم الضوابط الواردة على حرية الاشتراط ضابط عدم مخالفة أحكام القانون الأسري، وهذا لا يعني على الإطلاق منع الاشتراط، وإنما ضبطه بضابط عدم معارضة الزوجين عند إدراج شروط في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق، لأحكام القانون. بمعنى آخر عدم الخروج عن كل ما أوجبه هذا الأخير.

فالمشرعين المغربي والجزائري أطلقا حرية الزوجة في الاشتراط على أن لا يمس الشرط مقتضيات عقد الزواج ومقاصده، وهو ما يتبين جلياً من صياغة المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية بقولها: "... إلاّ ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلاً والعقد صحيحاً". تقابلها ما ورد في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري بـ "... ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام القانون".

فالضابط في إلزامية الشروط الاتفاقية بين الزوجين وفقاً لأحكام التشريعين المغربي والجزائري هو مشروعيتها وعدم مخالفتها لأحكام ومقاصد الزواج، وإلاّ اعتبرت باطلة وغير ملزمة لمن التزم بها، لأنّ أحكام العقد أولى بالحماية في مثل هذه الحالات⁶⁷⁸.

ومع هذا يبقى تحديد ماهية الأحكام التي تضمنها القانونين أعلاه، والتي يتعيّن على الزوجين عدم مخالفتها عند وضع الشروط الإرادية في عقد الزواج تكتنفهما بعض الصعوبات. فالشروط المخالفة لهما لا نستطيع أن ندرك حقيقتها إلاّ بعد مراجعة فحوى مدونة وقانون الأسرة، والتمعّن بموادها من أولها إلى آخرها لتقصّي جميع القواعد الأساسية وجمعها بقدر الإمكان، أو جمع أهمّها على

⁶⁷⁸ - أنظر، عبد اللطيف الأنصاري، الإطار التطبيقي للشروط الاتفاقية بين الزوجين، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثانية بمكناس يومي 08 و09 مارس، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007، ص. 80.

الأقل وترتيبها حتى يتبين لنا بوضوح الشروط المخالفة لأحكامهما⁶⁷⁹. وبالتالي يتسنى لنا تحديدها ومنها نجد:

- أ- اشتراط الزوجة على زوجها عدم معاشرتها وهذا مخالف لأحكام المادة 04 والفقرة الأولى من المادة 51 من مدونة الأسرة بالموازاة مع المادة 04 من قانون الأسرة.
- ب- اشتراط الزوج على الزوجة حرمانها من الصداق، فهذا الشرط مخالف لأحكام المادتين 13 و26 من مدونة الأسرة تقابلهما المادتين التاسعة مكرر و14 من قانون الأسرة.
- ت- اشتراط الزوجة على زوجها عدم زيارة أبويه، فهذا الشرط مخالف لأحكام الفقرة الخامسة من المادة 51 من مدونة الأسرة، والفقرة السابعة من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري.
- ث- اشتراط الزوجة إلحاق نسب أولادها لها دون أبيهم، في حين أنّ الولد للفراس، والذي يعد هو الآخر شرطا مخالفا لأحكام المادتين 150 و152 من مدونة الأسرة، تقابلها أحكام المواد 40 وما يليها من قانون الأسرة.
- ج- اشتراط الزوجة على الزوج تبني بنتا لتقوم برعايتها، والذي يعد غير مباح شرعا وقانونا تطبيقا لحكم المادة 149 من مدونة الأسرة واستنادا لنص المادة 46 من قانون الأسرة.
- ح- اشتراط الزوجة على زوجها عدم الإنفاق على ضربتها وأبنائها منه، وهذا مخالف لأحكام المواد 187، 194 و198 من مدونة الأسرة، وهو أيضا ما نصت عليه المادة 74 و75 من قانون الأسرة وكلها أحكام تحملّ الزوج واجب الإنفاق على زوجته وأبنائه.
- خ- اشتراط الزوجة ألا توارث بينها وبين زوجها وهذا مخالف لأحكام الفقرة السادسة من المادة 51 والمادة 329 من مدونة الأسرة، بمقابل المادة 126 من قانون الأسرة.
- إنّ ضابط عدم مخالفة أحكام القانون الأسري الذي أدرج صراحة في التشريع المغربي والجزائري، يغيب في التشريع التونسي، حيث أنّ المشرع لم يقيّد حرية المرأة فيما يتعلق بمحتوى العقد وهو ما يظهر جليا من الصياغة المتبعة في الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية. فهل لها حرية الاشتراط حتى مع ما لا يتماشى وأحكام مجلة الأحوال الشخصية التونسية لغياب النص عليه؟

⁶⁷⁹- أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط. 03، 1996، ص. 169.

إنّ خلو الفصل 11 من المجلة التونسية من قيود لا يعني أنّ للزوجة الحرية المطلقة في الاشتراط وأنّ خيار الشرط يثبت في عقد الزواج حتى وإن كان منافيا لمقاصده، ذلك أنّه بالرجوع إلى الأحكام العامّة المسطرة في مجلة الالتزامات والعقود نجد أنّ المشرع وضع قيودا عامّة لجميع الاتفاقات ما يجعل إعمالها على عقد الزواج أمرا مؤكدا⁶⁸⁰. كما أنّ الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية ينص على أنّ: "الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد...". لذلك، فإنّ الفصل 11 يجب أن يقرأ بالتوازي مع الفصل 21، بما يترتب عن تلك القراءة أنّ خيار الشرط لا يثبت إلاّ إذا كان غير متناف مع جوهر عقد الزواج ولا يتعارض مع أحكام المجلة المتصلة بالنظام العام العائلي⁶⁸¹.

وإذا كانت التشريعات المغاربية للأسرة قيّدت حرية الاشتراط في عقد الزواج بضابط عدم الخروج عن أحكام التشريع الأسري، فهذا لا يعني عدم تحديد ضوابط أخرى لا ينبغي المساس بها لصلتها الوثيقة بالأسرة، منها عدم المساس بالنظام العام والآداب العامّة.

ثانيا: مراعاة النظام العام والآداب العامّة

يعتبر ضابط النظام العام والآداب العامّة ثاني ضابط يضبط حرية الاشتراط في عقد الزواج، وهذا لارتباط أغلب مواضيع قانون الأسرة بالنظام العام فهي تهدف لتحقيق المصلحة العامّة للمجتمع، وإن كانت في الحقيقة فكرة النظام العام فكرة مرنة قابلة للتطور والتغيّر من مكان إلى آخر، وقابلة للتوسّع والتضييق، وعلى ذلك نجد أنّ ما يعدّ مخالفا للنظام العام في بلد قد لا يعدّ كذلك في بلد آخر.

ولهذا، الإشكال الذي يواجهها هنا هو صعوبة تحديد مفهوم ثابت للنظام العام فقد تنوّعت التعاريف الفقهية له تنوّعا كبيرا، منه أنّ النظام العام على وجه الإجمال هو عبارة عن مجموعة القوانين

⁶⁸⁰ - ينص الفصل 23 من م. إل. ع. ت. على أنه: "لا يتم الاتفاق إلا بتراضي المتعاقدين على أركان العقد وعلى بقية الشروط المباحة التي جعلها المتعاقدان كركن له وما غيرها في الاتفاق إثر العقد لا يعتبر عقدا جديدا بل يلحق بالاتفاق الأصلي إلا إذا صرح بخلافه". كما تنص الفصول من نفس المجلة: 117 على أن: "كل شرط تعلق بمحال أو بما يخالف الأخلاق الحميدة أو القانون فإنه باطل وبه يبطل العقد ولا ينقلب إلى الصحة لو صار ذلك الشرط ممكنا فيما بعد"؛ 118 على أن: "كل شرط من شأنه أن يمنع أو يقيد على إنسان تعاطي ما له من الحقوق البشرية كحقّ الزواج ومباشرة حقوقه المدنية فإنه باطل وبه يبطل العقد ولا يجري هذا الحكم فيما إذا تعهد إنسان بعدم تعاطي تجارة أو صناعة معلومة في جهة أو مدة معينة"؛ 119 على أن: كل شرط ينافي مقتضى العقد فهو باطل وبه يبطل العقد وقد يصح هذا العقد إذا رضي الخصم رضاء صريحا بترك القيام بهذا الشرط"؛ 120 على أنه: "لا يصح الشرط الذي لا فائدة فيه لمشرطه أو لغيره وبالنسبة لموضوع العقد".

⁶⁸¹ - أنظر، فاطمة الزهراء بن محمود، حسين بن سليمة، سامية دولة، مجلة الأحوال الشخصية، تونس، 2008، ص. 107.

التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامّة للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية وهذا هو مجال القوانين الدستورية والإدارية، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية وهو ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية⁶⁸²، أو كانت هذه المصلحة اقتصادية. وتعبير آخر هو مجموع المصالح الأساسية التي ينهض بها كيان المجتمع، سواء كانت اقتصادية، سياسية، اجتماعية، وهذه المصالح تعلو على المصالح الفردية، وتقدم عليها عند التعارض فلا نخفل بأي اتفاق يتعارض مع المصالح العامة حتى ولو كانت مصلحة فردية، إذ أن رعاية الجماعة أولى من رعاية الفرد⁶⁸³.

أمّا الآداب العامّة فتعرّف على أنّها: "مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة، بحيث لا يجوز للأفراد تجاوزها". فمراعاة الآداب العامّة هو احترام الأصول الأساسية للأخلاق في مجتمع معيّن وعصر معيّن، بحيث يُفرض على الجميع احترام الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة لحماية المجتمع من الانحلال الخلفي. غير أنّ هذه الفكرة تبقى نسبية إلى حدٍ ما وذلك لاختلاف المعيار الذي تحدّد به ما هو من الآداب العامّة أو ليس كذلك من مجتمع لآخر بل ونجدّه يختلف حتى في نفس المجتمع من عصرٍ لآخر. وفي أغلب الأحيان نجد أنّ فكرة النظام العام مقترنة بالآداب العامّة، لأنّ الآداب العامّة هي التعبير الخلفي عن فكرة النظام العام، ولا سيما في البلاد التي تدين بالإسلام كما هو الحال في الدول المغاربية.

ولما كانت الأسرة هي أساس المجتمع كان من الطبيعي أن تتعلّق قواعد الأحوال الشخصية بالنظام العام والآداب العامّة، ولهذا فالقواعد القانونية التي تتصل بها لا يمكن أن تكون إلاّ أمرّة. ولهذا فإنّ المشرع المغربي يعدّ الوحيد الذي أضاف في صياغة المادة 47 من مدونة الأسرة عبارة "ما خالف القواعد الأمرّة للقانون" إلى جانب عدم مخالفة أحكام المدونة. وإنّ عدم الإشارة إلى هذا الضابط ضمن المادة 19 من قانون الأسرة والفصل 11 من المجلة التونسية لا يعني جواز اشتراط ما يمس

⁶⁸² - والجدير بالذكر هنا، أن نص المادة 3 مكرر من التعديل الأخير ل ق. أ. ج. أوجب على النيابة العامّة أن تتدخل كطرف أصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون. والحقيقة أنّ هذا التعديل له ما يبرّره، غير أنّ ما يعاب على هذا التعديل أنّه فتح الباب واسعاً أمام النيابة العامّة، حيث كان من المفروض أن يربط تدخلها بمعيار النظام العام والآداب العامّة، تخفيفاً للعبء هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّ بعض مسائل الأحوال الشخصية لا تتطلب إشراك النيابة العامّة، أنظر، صالح حمليل، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، 2005، ع. 06، ص. 233.

⁶⁸³ - أنظر، فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص. 450.

بالنظام العام والآداب العامة. فالنظام العام يعبر عن الحلول الآمرة في النظام القانوني⁶⁸⁴. فتطبيقا لأحكام الشريعة العامة يبطل كل شرط يخالف النظام العام والآداب العامة، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون المدني التي جاء فيها: "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم". وأورده المشرع التونسي بالفصل 117 من مجلة الالتزامات والعقود فاقضى: "كل شرط تعلق بمحال أو بما يخالف الأخلاق الحميدة أو القانون فإنه باطل وبه يبطل العقد ولا ينقلب إلى الصحة لو صار ذلك الشرط ممكنا فيما بعد".

وفي هذا الصدد نذكر بعض الأمثلة عن الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تعتبر مخالفة للنظام

العام:

أ- اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج بعد موتها خاصة إذا لم تكن ترمي به إلى هدف نبيل، كقلقها على من يربي أبنائها بعد موتها؛

ب- اشتراط الزوجة غير المسلمة أن يكون أولادها من زوجها المسلم على دينها، وإلا كان لها حق الطلاق؛

ت- اشتراط الزوجة على الزوج أن يتزوجها، ولا يطلقها.

ونظرا لاختلاف النظام العام من بلد لآخر نجد على سبيل المثال أن كل من المشرعين المغربي والجزائري أباحا نظام تعدد الزوجات، على خلاف التشريع التونسي الذي منعه بصريح الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية بل وأقر بعقوبة السجن لمدة سنة وغرامة مالية قدرها 240000 فرنك". إضافة إلى منع التبنّي في التشريعين الأولين وإجازته لدى التشريع الأخير.

ومن أمثلة الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تعتبر مخالفة للآداب العامة:

⁶⁸⁴- أنظر، فيصل نسيغة ورياض دنش، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مارس 2006، ع. 05، ص. 171.

يقع باطلاً اشتراط الزوجة على زوجها السماح لها بالعمل في الملاهي الليلية كبائعة خمر، أو أن تعمل كراقصة أو مغنية أو عارضة للأزياء، أو فتح بيت للدعارة، أو أي شرط يناهض الأخلاق⁶⁸⁵، وذلك لتعارض هذه الشروط مع الآداب العامة التي تحكم المجتمعات العربية، في حين قد تعتبر هذه الشروط مشروعة في المجتمعات الغربية.

وبمقارنة فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون الوضعي كقيد وارد على حرية الاشتراط وما يقابل هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية، ونعني بذلك عدم مخالفة الشروط للدليل الشرعي، نجد أنّهما يختلفان في كون النظام الشرعي العام في الشريعة الإسلامية ثابت على مر الزمن ولا يجوز تغييره ولا تغييره، بخلاف فكرة النظام العام حسب القانون الوضعي فإنّها تخضع للتغيير. فضلاً عن أنّ نطاق المحرم في الشريعة الإسلامية أوسع مجالاً من نطاق التحريم في القانون الوضعي، فالفقه الإسلامي يعالج القضايا الدينية والدينيوية، بينما يقتصر القانون الوضعي على معالجة الأمور الدينيوية فقط⁶⁸⁶.

ولم يجعل الفقه الإسلامي من المعيار الذاتي المتمثل في المصلحة الفردية للمتعاقد أساساً لترتيب آثار العقود والشروط، بل الأساس المعتمد في ذلك هو المعيار الموضوعي الذي يغلب مصلحة المجتمع ويحمي النظام الشرعي العام والآداب العامة، ولتحقيق ذلك لابد من الخضوع لأوامر الشارع ونواهيه.

وتبعاً لذلك، فإنّه لا يجوز للزوجين الاتفاق على ألاّ يرتب عقد الزواج آثاره الشرعية، والحكمة في ذلك أنّه لو ترك الشارع الناس وشأنهم في ترتيب ما يحلو لهم من آثار وشروط في العقود، وخاصة في عقد الزواج لخرجوا عن حدود الله وطغى الظلم والفساد في الأرض، بسبب الأنانية الطاغية على الإنسان التي تجعله يسعى إلى تحقيق مصالحه على الطرف الآخر، فكان من اللازم تقييد إرادة المتعاقدين بعدم مخالفة قواعد النظام الشرعي العام⁶⁸⁷.

وانطلاقاً مما سبق، فإنّه لا يجوز للزوجة تضمين عقود الزواج بشروط وينود تمس بالنظام العام والآداب العامة حتى ولو كانت هذه الاتفاقات تحقّق لها مصالح شخصية. وهذا القيد على حرّيتها في

⁶⁸⁵ - أنظر، محمود محمد حمودة ومحمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن، 2000، ص. 53.

⁶⁸⁶ - أنظر، عبد الناصر بن موسى، اقتراح العقد بشرط تقييدي في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية في المملكة الهاشمية الأردنية، اللقاء للبحوث والدراسات، الأردن، 1995، ع. 01، ص. 138.

⁶⁸⁷ - أنظر، صاحب عبيد الفتلاوي، تحوّل العقد، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1997، ص. 63.

الاشتراط ما هو إلاّ حماية للنظام العام العائلي وتغليب المصلحة العامة للمجتمع على حساب المصلحة الخاصة. وبهذا يعتبر ضابط مراعاة النظام العام والآداب العامة مكملًا للضابط الأوّل المتمثل في عدم مخالفة أحكام القانون الأسري. فماذا بشأن ضابط جدية المصلحة؟

ثالثًا: جدية المصلحة

تعرف المصلحة في الشريعة الإسلامية بأنها: "جلب المنفعة ودفع المضرة والمفسدة"⁶⁸⁸. والمصلحة المعتبرة في شريعة الإسلام هي كل مصلحة تؤدي إلى الحفاظ على الدين والنفس والمال والعقل والنسل، وفي هذا يقول الإمام الغزالي: "إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكن نعي بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع. ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة"⁶⁸⁹.

والمقصود بجدية المصلحة كقيد وارد على حرية الاشتراط في عقد الزواج هو أن يكون الهدف من الاشتراط تحقيق مصلحة مقصودة لكلا الزوجين أو أحدهما، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد عقد الزواج، فإذا كان الشرط موافقاً لغايات ومقاصد العقد ومحققاً لمصلحة مقصودة فيجب الوفاء به. أما إذا كان الشرط منافياً للغاية الأساسية التي شرع العقد من أجلها فيبطل الشرط.

والحقيقة أنّ فكرة المشروعية لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حد ذاتها، وإنما بالغاية المقصودة منها، وذلك لأنّ العمل المشروط قد ينطوي على عمل مشروع في حد ذاته، ولكن الغرض المقصود قد يكون غير مشروع كشرط عدم الزواج فالأصل فيه أنّه مشروع إذ الأمر متروك لإرادة الشخص وحرية، ولكنّه يصبح غير مشروع إذا كان من شأنه تقييد حرية الزواج. ومن الأمثلة التي تضرب لبيان عدم مشروعية الشرط بسبب الغاية غير المشروعة شرط الترمّل، الذي يفرض فيه الموصي على زوجته عدم

⁶⁸⁸ - أنظر، محمد تقيّة، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1994، ص. 149.

⁶⁸⁹ - أنظر، محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د. س. ن.، ص. 293.

إعادة الزواج بعد وفاته فيعتبر هذا الشرط غير مشروع إذا كانت الغاية منه حرمان الزوجة من حقها الطبيعي⁶⁹⁰.

وتقدير جدية المصلحة وأهميتها مرجعه إلى الموازنة بينها وبين الأضرار التي تنتج عنها، أو عن عدم تقريرها، بحيث إذا بلغت المصلحة حداً من الأهمية يربو أو يزيد في قيمته على الضرر الذي يترتب على عدم قيام الحقوق أو استعمالها كانت المصلحة جدية⁶⁹¹. لأنّ الحقوق لا تعدّ غايات في حد ذاتها وإتّما هي وسائل لتحقيق غايات ومصالح مشروعة يحميها القانون. فإذا لم يكن لصاحب الحق مصلحة من وراء استعماله، أو كانت المصلحة المقصودة ضئيلة بحيث لا تبرّر ما ينجم عن التصرف من أضرار اعتبر ذلك تعسفاً في استعمال الحق⁶⁹².

فلو أنّ الزوجة اشترطت على زوجها ألاّ يتزوج عليها، فهذا الشرط يحقق غاية مقصودة للزوجة في الاستئثار بزوجها، ولكن إذا أضحت تلك الغاية غير ذات جدوى بسبب أنّ الشرط الذي اشترطته الزوجة على زوجها يلحق الضرر بالزوج ويفوّت عليه مصلحة حقيقية، فإنّ مثل هذا الشرط يبطل لأنّ الغاية شرع والشرط تصرف، ولا يجوز للتصرف أن يلغي الشرع فما ثبت بالشرع مقدّم على ما ثبت بالشرط. وعلى ذلك فإذا كانت الزوجة ولود وتقوم بجميع واجباتها الزوجية، فإنّه ليس للزوج مخالفة شرطها بالألاّ يتزوج عليها، بل يجب عليه الوفاء بهذا الشرط لأنّه يحقق مصلحة مقصودة للزوجة. أمّا إذا كانت الزوجة عاجزة عن القيام بحقوق الزوج أو كانت غير قادرة على الإنجاب بسبب العقم، فهنا تظهر للزوج مصلحة جديدة من أجلها شرع عقد الزواج وهي حفظ النسل، وبناءً على هذا فلا يكون الزوج ملزماً بالوفاء بالشرط السابق، إذ لا يمكن اعتبار الزوج مخالفاً بشرطه في هذه الحالة وهذا لظهور مصلحة أخرى حقيقية يجب على الزوجين السعي نحو تحقيقها.

وهذا الضابط الوارد على حرية الاشتراط يستشف من نص المادة 48 من مدونة الأسرة المغربية عندما اعتبرت الشروط التي تحقّق "فائدة مشروعة" لمشرطها تكون صحيحة، فعبارة "فائدة مشروعة"

⁶⁹⁰- أنظر، محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2000، ص. 54.

⁶⁹¹- أنظر، محمد شوقي، ضوابط المصلحة والموازنة بينها، مجلة دراسات قانونية، الجزائر، 2003، ع. 08، ص. 14-15.

⁶⁹²- أنظر، العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص. 105.

تدل على جدية المصلحة وضرورة عدم تعارضها مع الأحكام المقررة قانوناً، ولا أن تمس بالنظام العام والآداب العامة.

وبالمقابل يستنتج من نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري الذي منح بموجبه المشرع للزوجين حرية أن يشترطوا الشروط التي يريونها "ضرورية" بمعنى الشروط التي فيها مصلحة ضرورية وجدية وتخدم أغراض مشترطها. بمعنى أن يكون تعليق العقد على شرط ضروري لا يمكن الاستغناء عنه، لما فيه من منفعة قد تزيد في انسجام الأسرة، أو لأنه يدفع عن مشرطه ضرر متوقع قد يلحقه في العاجل أو الآجل، أو أنّ الحاجة إليه تفرض اشتراطه دون أن يمنع هذا الشرط صحة الزواج، أو يقيّد الزوج فيما أعطاه الله تعالى من حقوق كأن تشترط عليه الزوجة أن لا يشتغل بأي عمل سياسي، أو أن تشترط عدم سفره إذا كان هو كثير السفر مراعاة لطبيعة عمله، أو تقيّد حقوق الغير كأن تشترط الزوجة طلاق ضرثها، أو عدم إنفاقه على أولاده، أو شرط يتعلّق بالتزامات الزوج المادية، والأدبية مع أهله وأقاربه، فهذا بلا شك يعدّ شرطاً يهدّد حق الغير من جهة، ويحدّ من حرية الزوج من جهة أخرى.

وعلى ذلك متى توفرت في الشرط المقترن بعقد الزواج هذه الميزات، يمكن القول أنّ المصلحة المرجوة من وراء اشتراط الشرط ضرورية وجدية. ومن ذلك على سبيل المثال اشتراط الزوجة مواصلة دراستها، أو عملها إن كانت تعمل قبل الزواج.

ونظراً لقصور الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فإنّ شرط المصلحة غير وارد ضمنه، ومع هذا لا مجال لتجاوز هذا الشرط، فما شرّع الاشتراط إلاّ لتحقيق مصلحة لمشرطها تحقّق له فائدة مشروعة. وقيام أي شرط غير مشروع أو يحقّق مصلحة غير مشروعة يعدّ باطلاً. هذا وإنّ القاعدة العامة في العقود المدنية تقتضي عدم صحة الشرط الذي لا فائدة فيه لمشرطه أو لغيره أو بالنسبة لموضوع العقد وهو ما صرّح به الفصل 120 من مجلة الالتزامات والعقود، فمن باب أولى أن تكون كذلك في عقود الزواج.

تفريعاً عمّا تقدّم، إذا كان الأصل هو إطلاق حرية الاشتراط في عقد الزواج كأصل عام، فإنّ هذا الأصل ليس بمطلق، وإنّما مقيد بضوابط معينة تضبط هذه الحرية. لا بهدف الإنقاص منها وإنّما

بهدف الحفاظ على الكيان الأسري من الانفلات ومعه تحقيق المصلحة العامة للمجتمع. ولهذا متى تمت مخالفة هذه القيود تعيّن بطلان الشرط.

الفرع الثاني

بطلان الشرط التعاقدي الذي يتنافى ومقتضيات عقد الزواج

يجب تجنّب الاشتراط المؤدّي إلى ظلم عظيم للمرأة وأولادها، أو الذي يمسّ بمصالح الزوج، احتراماً للقواعد الفقهية الثابتة في الفقه الإسلامي. وعلى هذا اتفق أهل العلم على بطلان الشروط الفاسدة غير أنّهم اختلفوا في إبطال هذه الشروط للعقود التي اشترطت فيها. فمن شروط النكاح ما يبطل الشرط ويصحّ العقد (أولاً)، ومنها ما يبطل العقد من أصله (ثانياً).

أولاً: الشرط الباطل الذي لا يبطل معه عقد النكاح

هناك شروط لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكّد ما يقتضيه ولم يرد الشرع بجوازها ولم يجر بها العرف، فإذا اقترن عقد الزواج بأحدها كانت باطلة، لأنّها تنافي مقتضى العقد ولأنّها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، أمّا العقد فيبقى صحيحاً، لأنّ هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به⁶⁹³. كأن تشترط المرأة على الرجل أن لا يطأها، أو أن يطلق ضرثها، أو أن يكون لها حق الخروج من البيت وقتما تشاء ودون استئذانه، أو أن لا مهر لها⁶⁹⁴.

فما مدى تأثير عقد الزواج من اقتران الشرط غير الصحيح به؟

اختلف الفقهاء حول مصير عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد، فذهب الشافعية إلى بطلان الشرط والعقد معاً، فالشرط إذا كان منافياً لمقتضى العقد أو مخالفاً بمقصوده الأصلي فإنّ الفساد لا يقتصر على الشرط بل يتعدّى إلى العقد فيفسده أيضاً، لأنّ عقد النكاح مبناه على اللزوم فشرط ما يخالف قضيته يمنع صحته⁶⁹⁵. أمّا المالكية يفرّقون بين اشتراط الشرط قبل الدخول واشترطه بعد

⁶⁹³ - أنظر، محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بأمر 02-05، دار الوعي، روية، الجزائر، 2013، ص. 346-347.

⁶⁹⁴ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 485-486.

⁶⁹⁵ - أنظر، عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، ج. 03، الشؤون الدينية بدولة قطر، ط. 01، 1982، ص. 287.

الدخول، ففي الحالة الأولى يبطل الشرط ويفسخ العقد، أمّا في الحالة الثانية فيبطل الشرط فقط ويصحّ العقد بصدّاق المثل⁶⁹⁶.

في حين اقتصر الحنابلة على بطلان الشرط وصحة العقد، لأنّ هذه الشروط تعود لمعنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فيه، ففسادها قاصر عليها لا يتعدّها إلى عقد النكاح⁶⁹⁷. فإذا اشترطت الزوجة على زوجها أنّ كل امرأة يتزوج بها تكون طالقاً وفعل فطلاقه لا يقع، ولزوجته عليه حق الفسخ أو البقاء معه لقول عمر رضي الله عنه: "مقاطع الحقوق عند الشروط"⁶⁹⁸.

والحقيقة أنّ الأخذ بالشرط الفاسد كما قال بذلك الحنابلة يؤدّي إلى الحفاظ على أكبر عددٍ ممكن من العقود وعدم هدم آثارها بعد بطلانها، خاصّة وأنّ هذه الشروط المخالفة التي تؤدّي إلى عدم صحة العقد ليست على درجة واحدة من الخطورة، ولهذا السبب يجب أن يتنوّع الجزاء الذي يترتب على كل نوع من هذه الشروط. وهكذا كان للفقهاء الإسلامي، وبالأخص الفقه الحنبلي فضل السبق في الأخذ بنظرية انتقاص العقد قبل أن تصل إليها القوانين الوضعية الحديثة بالمفهوم الذي استقرت عليه في العصر الحديث، بحيث أصبحت نظاماً قانونياً قائماً بذاته يسعى إلى التقليل من حالات بطلان العقود والاستفادة منها بترتيب آثارها بصفة عرضية وليس بصفة أصلية، وذلك لتحقيق غايات اجتماعية ونفعية للمتعاقدين بما لا يتناقض مع غايات المشرع ومقاصده.

فقد تبني المشرعان المغربي والجزائري الموقف الحنبلي، حيث جاء في المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية أنّ الشرط المخالف لأحكام العقد ومقاصده أو المخالف للقواعد الآمرة للقانون يعتبر باطلاً والعقد صحيحاً. وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قضية عرضت عليه بتاريخ 15 جويلية 1969 تتلخص وقائعها في: "رفع السيد ر. س. إلى قاضي الأحوال الشخصية ببني ملال دعوى ضد السيدة م. بصفتها وصياً على ابنتها ز. طالبا منها أن تمكّنه من زوجته التي تزوّجها له أبوها في قيد حياته واشترط عليه ألاّ يدخل بها إلّا بعد أن تحصل على شهادة الباكلوريا، وأوضح المدعي أنّ هذا الشرط

⁶⁹⁶ - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 197 - 198.

⁶⁹⁷ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 09، ص. 486.

⁶⁹⁸ - تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى... المرجع السابق، ج. 03، ص. 124.

قد يتحقق وقد لا يتحقق مما يجعل حقه في الدخول بزوجه معلقاً، فيتضرر من ذلك ضرراً معنوياً بليغاً، وأنه لا يمانع في متابعة زوجته دراستها بعد الدخول؛

وقد أجابت المدعى عليها السيدة م. بأنها تشبّث بالشرط المضمن في عقد الزواج، وقد حكمت محكمة السدد ببني ملال على المدعى عليها بتمكين المدعي السيد ر. س. من زوجته وبإبطال الشرط المعلق بعقد الزواج لأنه مناف لمقاصد الزواج؛

وقد أيّد هذا الحكم من محكمة ثاني درجة ببني ملال⁶⁹⁹.

غير أنّ المحكوم عليها طعنت فيه بالنقض، فجاء في قرار المجلس الأعلى: "وفيما يرجع للسبب الثاني في فرعه الثاني، من كون الغرفة الاستئنافية حكمت بشيء غير مطلوب، لأنّ الزوج لم يطلب إبطال الشرط، وإنّما طلب الزفاف بزوجه، والمحكمة الاستئنافية بتأييدها لحكم الدرجة الأولى بإبطال الشرط تكون قد حكمت بشيء غير مطلوب؛

لكن حيث إنّ المقال الافتتاحي بقصد الزفاف هو يرمي بالذات إلى إبطال الشرط، غير أنّ الذي يعنيه الشرط صحة وعدما، وهو الزوجة، لم تكن طرفاً في النزاع. وحيث إنّ الحكم بإبطال الشرط المشار إليه في عقد النكاح يعني طرفي العقد فيه وهما الزوج والزوجة؛

وحيث إنّ الزوجة لم تكن طرفاً في دعوى النازلة، والنزاع في غير مالها، ويتعلّق بحالة شخصية. من أجله قضى المجلس الأعلى بنقض الحكم نقضاً جزئياً فيما يتعلّق بإبطال الشرط المنصوص عليه في العقد، وبإلغاء الجزء من الحكم القاضي بإبطال الشرط وبدون إحالة. وبرفض طلب الطعن فيما عداه⁷⁰⁰.

هكذا، فقد نقض المجلس الأعلى الجزء من الحكم القاضي بإبطال الشرط لعدم توجيه الدعوى ضد الزوجة، ولكنّه أيّد القرار القاضي بالتمكين رغم أنّ الزوجة لم ترفع الدعوى في مواجهتها وإنّما وجهت في اسم الوصية عليها. وبما أنّ المجلس ألغى الشق من الحكم القاضي بإبطال الشرط، فكيف

⁶⁹⁹ - مجلس أعلى، 15 / 07 / 1968، م. ق. م. أ. ع. 03، ص. 79 وما بعدها، مقتبس عن: محمد الكشور، المرجع السابق، ص. 217.

⁷⁰⁰ - مجلس أعلى، غ. إ. ج.، 15 / 07 / 1968، قرار ع. 71، م. ق. م. أ. ع. 03، ص. 79، مقتبس عن: عبد المجيد غميحة، المرجع السابق، ص. 170.

سيتم إلزام الوصية بالتمكين مع قيام الشرط المذكور. كما لم يتطرق إلى مدى صحة الشرط وإلزامه خاصة وأن المحكمة أبطلته لاعتباره منافيا لعقد الزواج.

وأيضاً مما قضى فيه القضاء المغربي من شروط باطلة لها علاقة بميدان الزواج، الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 19 ديسمبر 1979، الرامي بإبطال شرط ورد في عقد عمل مضيئة جوية بناء على الفصل 109 من قانون الالتزامات والعقود، ويتعلق ببقاء الأجير في حالة عزوبة، وهو الشرط الذي اشترطته شركة طيران "الخطوط الجوية المغربية" على مضيئة لتعمل على خطوطها، ولما تزوجت الأجير تم طردها من عملها لإخلالها بالشرط المذكور.

وقد أيّد المجلس الأعلى هذا الحكم فجاء في أحد حيثياته: "لكن كان الفصل 109 من قانون الالتزامات والعقود ينص على بطلان الالتزام المقترن بشرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان، كحقه في أن يتزوج وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية، فإنّ هذا الشرط (عدم الزواج) يكون باطلاً. ولذلك فإنّ المحكمة كانت على صواب عندما اعتبرت أنّ شرط عدم الزواج الذي التزمت به المطلوبة في النقص يعتبر باطلاً، والعقد صحيحاً، ورتب على ذلك آثار الفسخ التعسفي لعقد العمل الصادر بإرادة منفردة من جانب الشركة الطاعنة"⁷⁰¹.

وبالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنّ المادة 35 منه تنص على أنّه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً". فالعقد الذي يتضمن شرطاً يسقط ما ألزمه الشرع على أحد الزوجين، ويمس أمراً زائداً عن العقد وآثاره يبقى قائماً في حين لا يعتد بهذا الشرط -وكأن لم يكن أصلاً-.

ولم ينص المشرع التونسي صلب مجلة الأحوال الشخصية عن الشرط الباطل الذي لا يبطل العقد، بل اكتفى بالتنصيص على الشرط الباطل المبطل للعقد حسب مقتضيات الفصل 21 منها، وعلى ذلك تقرّر الرجوع أحكام الشريعة العامة وتحديدًا الفصل 119 من مجلة الالتزامات والعقود الناص على: "كل شرط ينافي مقتضى العقد فهو باطل وبه يبطل العقد وقد يصح هذا العقد إذا رضي الخصم رضاً صريحاً بترك القيام بهذا الشرط".

⁷⁰¹ - مجلس أعلى، غ. م.، 21/07/1983، ع. 1300، مقتبس عن: عبد المجيد غميحة، المرجع السابق، في هامش ص. 167.

وبغض النظر عن السبب المؤدي لإبطال الشرط، يتبيّن أنّ النصوص الوضعية لم تأخذ بحلول المذهب المالكي بخصوص فسخ عقد النكاح قبل الدخول، فيما يتعلّق بعقد الزواج المقترن بشرط منافع له ما دامت تقتصر على إبطال الشرط وتقرّر هذا العقد سواء قبل الدخول أو بعده. فمتى نكون أمام شرط باطل يبطل معه عقد النكاح؟

ثانياً: الشرط الباطل الذي يبطل معه عقد النكاح

الشرط الباطل الذي يبطل معه عقد الزواج هو ذلك الشرط المخالف لمقتضى العقد، وهو غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته، فهو يمسّ بأصل العقد لا في معنى زائد له. من أمثله:

1- اشتراط جعل صداق المرأة تزويج وليّها بامرأة أخرى وهو ما يعرف بنكاح الشغار، وصيغته أن يزوّج الرجل ابنته أو أخته لرجل آخر على أن يزوّجه هذا الأخير ابنته أو أخته ولا صداق بينهما⁷⁰². وعلة تحريم هذا النكاح هي خلوه من المهر، لأنّه يقوم على مبادلة الصداق بالبضع ويشكل ذلك ظلماً صارخاً للمرأة وبخساً لحقها في الانتفاع بالمهر⁷⁰³. وقد يظن البعض أنّ هذا النوع من الشروط قد زال عن المجتمعات الإسلامية المعاصرة، ولكنّه لا زال قائماً فيما يفعله بعض الأولياء بتزويج الرجل وليته إلى رجل آخر ويشترط عليه أن يزوّجه وليته أيضاً مع تحديد المهر بينهما، وهذا ما يطلق عليه وجه الشغار عند المالكية⁷⁰⁴.

فقد ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أنّ نكاح الشغار باطل، باستثناء الحنفية الذين قالوا ببطان الشرط وصحة العقد مع وجوب مهر المثل لكل واحدة من المرأتين⁷⁰⁵. واستدل جمهور الفقهاء على بطلان نكاح الشغار بما يلي:

⁷⁰²- أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د. س. ن.، ص. 60.

⁷⁰³- والمهر أو الصداق هو حق خاص من حقوق المرأة ليس لأهلها عليه أي حق سواء كان عبارة عن نقود أو أي نوع آخر من الأموال الثابتة أو المنقولة بشرط أن يكون مالاّ مباحا للانتفاع به، وأن يكون محرراً أي معروفاً وقابلاً للتملك..، أنظر، بشير البيلاي، قوانين الأحوال الشخصية في لبنان، دار العلم للملايين، ط. 05، 1997، ص. 110.

⁷⁰⁴- مالك بن أنس الأصبغي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 152 وما بعدها.

⁷⁰⁵- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار... المرجع السابق، ص. 1204 - 1205.

- عن نافع ابن عمر أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا شغار في الإسلام"⁷⁰⁶.

- عن ابن عمر أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم: "نهى عن الشغار، والشغار أن يزوّج الرجل ابنته على أن يزوّجه ابنته وليس بينهما صداق"⁷⁰⁷.

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث واضح من خلال عبارات النهي والنفي، ويقتضي ذلك فساد المنهي عنه وهو الشغار. فجعل بضع كل زوجة صداقاً للأخرى يؤدّي إلى أن تكون المرأة زوجة في عقد من جهة، ومن جهة أخرى هي صداق لعقد زواج امرأة أخرى، فكان بضع كل واحدة منهما مشتركاً بين الزوج وبين المرأة الأخرى، وهذا يناهض مقتضى عقد الزواج في كون النكاح مبني على اختصاص الرجل بالمرأة، وأنّه لا يجوز اشتراك رجلين في بضع امرأة، أو عقد زواجين في عقدة واحدة⁷⁰⁸.

وخلاصة القول أنّ نكاح الشغار باطل، لورود النهي عنه من النبي صلى الله عليه وسلم بنص الحديث، وعلة النهي عنه هي الاشتراك في البضع الذي يحرم كل واحدة من المرأتين من الانتفاع بالمهر⁷⁰⁹. فلقد شرع الزواج من أجل تحقيق غايات إنسانية نبيلة تتمثل في بناء أسرة ملؤها المودة والسكن والرحمة بين الزوجين، وهو أسمى من أن يكون علاقة يتحدّد مصيرها على أساس ما يحقّقه كل طرف فيها من الربح والخسارة، ولهذا يجب على الأولياء احترام حق الزوجة في قبض المهر. فالمهر وسيلة لإثبات رغبة الرجل في المرأة واستعداده للإنفاق عليها، والتأكيد على رغبته الصادقة في معاشرة المرأة بالمعروف والحرص عليها وعدم التفريط فيها. خصوصاً وأنّ ذلك يتطلّب منه بذل تضحيات كبيرة لجمع المهر. وأهم شيء في المهر أنّه يعتبر تكريماً للمرأة، فهو شعار خاص بالنكاح الشرعي دون غيره من الأنكحة الفاسدة⁷¹⁰.

⁷⁰⁶- أنظر، محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، شرح النووي على مسلم، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، د. س. ن.، ص. 880.

⁷⁰⁷- محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، المرجع السابق، ص. 880.

⁷⁰⁸- نشوة العلواني، المرجع السابق، ص. 139-140.

⁷⁰⁹- السيد سابق، المرجع السابق، ص. 55.

⁷¹⁰- أنظر، محمد حسين، التنظير المقاصدي عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، السنة الجامعية 2002/2003، ص. 264.

2- ومن ذلك أيضا تزوّج الرجل المرأة قصد تحليلها لمطلّقتها الأوّل وهو ما يطلق عليه بزواج المحلّل، يرتبط شرط التزوّج بنّيّة حلّ المطلقة ثلاثاً لزوجها بنكاح التحليل الذي يلجؤ إليه بعد أن تطلق المرأة ثلاثاً وتحرم على زوجها، فيتزوّجها آخر قصد أن يحلّها لزوجها الأوّل⁷¹¹. فتمثل صيغته في أن تشتترط الزوجة مثلاً على الزوج الثاني إحلالها لزوج قبله على أن يطلقها وتعود لزوجها الأوّل. وغالباً ما يقع هذا الزواج بدون دخول⁷¹².

وإنّ في ذلك مخالفة لما اشترطه الله تعالى لجواز رجوع المطلقة ثلاثاً إلى زوجها من أن تنكح زوجاً آخر زوجاً صحيحاً يعقبه دخول، ثمّ إذا طلقها أو توفي عنها هذا الأخير جاز للزوج للأوّل أن يتزوّجها مرة ثانية، كما دلّ على ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁷¹³.

ويتفق الفقهاء المسلمون على حرمة وبطلان نكاح التحليل، لكن الخلاف قائم بينهم حول أثر شرط التحليل في العقد، فذهب الحنفية إلى القول بصحة العقد مع الكراهة وعدم فساد العقد بهذا الشرط الفاسد، لأنّ الشروط الفاسدة عند أبي حنيفة لا تبطل العقد، بل يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً مرتباً لآثاره، وإذا توفي الزوج أو طلقها فتحلّ الزوجة لزوجها الأوّل بعد طلاقها⁷¹⁴. وذهب الشافعية إلى القول ببطلان نكاح التحليل إذا ذكر شرط التحليل في العقد⁷¹⁵. بينما قال فقهاء المالكية والحنابلة ببطلان نكاح التحليل مطلقاً سواء ذكر شرط التحليل في العقد أو لم يذكر، فلا فرق بين اشتراط ذلك بالقول أو بالتواطؤ، لأنّ الألفاظ لا تتراد لذاتها بل للدلالة على المعاني، ومتى ظهرت المعاني والمقاصد فلا عبرة بالألفاظ، لأنّها وسائل وقد تحققت غاياتها، فرتبت عليها أحكامها⁷¹⁶.

⁷¹¹ - أنظر، كامل محمد عويضة، الجامع في فقه النساء، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص. 244.

⁷¹² - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه... المرجع السابق، ج. 03، ص. 41.

⁷¹³ - سورة البقرة، الآية رقم 230.

⁷¹⁴ - عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي وإبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، مجمع الأئمة... المرجع السابق، ج. 02، ص. 90-91.

⁷¹⁵ - أنظر، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، -في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني-، ج. 09، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1994، ص. 332.

⁷¹⁶ - أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 208-209؛ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 295-296؛ شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن قيم الجوزية، زاد المعاد... المرجع السابق، ج. 02، ص. 404.

واستدل الفقهاء على بطلان نكاح التحليل بورود عدّة أدلة من السنّة تنهي عن هذا النكاح، فالنكاح الشرعي لا يطلق على النكاح المنهي عنه. ونذكر من هذه الأدلة ما يلي:

عن عبد الله قال: "لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له"⁷¹⁷. وعن عقبة بن عامر قال: قال رسوا الله صلى الله عليه وسلم: "ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله. قال هو المحلل. لعن الله المحلل والمحلل له"⁷¹⁸.

وخلاصة القول أنّ نكاح التحليل باطل، لأنّه ينافي مقاصد النكاح الصحيح، فالمرأة تنكح لدينها وجمالها. والتيس المستعار لا يسأل عن شيء من هذا، وليس له قصد في النكاح الذي جعله الله سبباً للمودة والرحمة والألفة والمواصلة والمصاحبة بين الزوجين، بينما جعله المحلل سبباً للمفارقة. فشرط تحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها هو في حقيقته استحلال للزنا باسم النكاح، فليس من أهداف المحلل الاستمرار والبقاء مع الزوجة، وإمّا قد تواطئ الزوجان على قضاء وطر ساعة وقصداً بذلك إحلال الزوجة لزوجها الأوّل وهذا منافٍ لصفة التأييد في عقد الزواج.

3- ومن الشروط الباطلة الزواج لمدة محدّدة، أو ما يطلق عليه بنكاح المتعة. وهو عبارة عن اتفاق بين الرجل والمرأة على التمتع بها لمدة معيّنة لقاء أجر معين، ولا يقصد به دوام العشرة وإمّا يراد به مجرد الاستمتاع الوقتي، وهو زواج محرّم لدى أغلب أئمة المذاهب باستثناء الشيعة الذين أجازوه. وعلة تحريمه هي منافاته لصفة التأييد التي يجب أن يتصف بها عقد الزواج، فضلاً عن الآثار السلبية الناجمة عن هذا الزواج على الأسرة والمجتمع⁷¹⁹.

هذا واستدل جمهور الفقهاء القائلون بتحريم زواج المتعة بجملة أدلّة من الكتاب والسنّة والمعقولة. ل. فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِزُورِهِمْ حَافِظُونَ، إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾⁷²⁰. ووجه الدلالة أنّ الله تعالى دعا المؤمنون إلى أن يعفوا عن

⁷¹⁷- أنظر، أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان الفضل الدارمي، المسند الجامع، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط. 01، 2013، ص. 539.

⁷¹⁸- أبو عبد الله محمد بن ماجه الربيعي القزويني، سنن ابن ماجه... المرجع السابق، ص. 551-552.

⁷¹⁹- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشّاف القناع... المرجع السابق، ج. 07، ص. 2452.

⁷²⁰- سورة المؤمنون، الآيتين 05-06.

الحرام ويصونوا فروجهم عمّا لا يحل من الزنا إلاّ من زوجاتهم وإمائهم المملوكات⁷²¹. لأنّ الله تعالى حرم الجماع إلاّ بأحد شيئين: عقد النكاح وملك اليمين، والمتعة ليست بنكاح ولا بملك يمين فيبقى التحريم، ويؤيّد هذا أنّ المتعة تنتهي من غير طلاق ولا فرقة ولا توارث بينهما، وهذا يعني أنّها ليست بنكاح⁷²². واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾⁷²³. فدلّت الآية الكريمة على أنّ الذين يطلبون غير الزوجات والمملوكات معتدون ومتجاوزون الحد في البغي والفساد. كما استدلوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَىٰ الْبِغَاءِ﴾⁷²⁴. أي لا تجبروا إماءكم على الزنا لفظاعة هذا الأمر وشناعته، ولما كان الزنا هو غرض زواج المتعة فدّل ذلك على الحرمة⁷²⁵.

وأدلتهم من السنة: تحريم الرسول صلى الله عليه وسلم زواج المتعة تحريماً مؤبداً وكان ذلك يوم فتح مكة فقال: "يأيّها الناس إنّي كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء. وإنّ الله قد حرّم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً"⁷²⁶. وما روي عن عمر رضي الله عنه إذ قال: "إنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الأنسية"⁷²⁷.

أمّا من المعقول: إنّ النكاح ما شرع لاقتضاء الشهوة، بل شرع لأغراض ومقاصد يتوصل به إليها، واقتضاء الشهوة بالمتعة لا يؤدي إلى تحقيق هذه المقاصد، فالمقصد الأصلي من النكاح هو الحفاظ على النسل. أمّا المقاصد التابعة فهي استحلاب الرحمة والسكن والمودة والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية، وهذه المقاصد التابعة مثبتة ومقوية للمقصد الأصلي المتمثل في التناسل. ومن هنا جاءت حكمة الشارع بتحريم نكاح المتعة لمنافاته لمقصد المواصلة والسكن التي جعلها الشارع مستدامة إلى غاية انقطاع الحياة الزوجية بالوفاة أو الطلاق دون غيرهما.

⁷²¹ - أنظر، أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج. 05، دار طيبة، الرياض، ط. 02، 1999، ص. 462.

⁷²² - كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص. 84.

⁷²³ - سورة المؤمنون، الآية رقم 07.

⁷²⁴ - سورة النور، الآية رقم 33.

⁷²⁵ - نشوة العلواني، المرجع السابق، ص. 134.

⁷²⁶ - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار... المرجع السابق، ص. 1199-1200.

⁷²⁷ - أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه الربيعي القزويني، سنن ابن ماجه... المرجع السابق، ص. 456-457.

فبالنظر إلى الآثار السلبية المترتبة عن زواج المتعة على المرأة من اختلاط للأنسب، والتهرب من مسؤوليات الزواج، وفقدان المرأة المتمتع بها لحقوق الزوجة في النفقة والميراث والمهر وجب تحريره⁷²⁸.

4- ومن الزيجات المعاصرة ما يعرف بزواج المسيار وهو زواج يتم بعقد شرعي تتوافر فيه جميع أركان العقد الأساسية، ولكن الزوج يعفى فيه من شيئين أساسيين: وهما حق الزوجة في النفقة وحقها أيضاً في المبيت، وهذا التنازل يحدث برضا الزوجين أثناء إبرام العقد مع مراعاة بقية الشروط المطلوبة في الزواج من ولي وشهود وصدّق⁷²⁹.

وعن الأسباب التي تدفع بالناس إلى اللجوء إلى هذا النوع من الزواج، نجد أنّ هناك بعض الرجال كثيرو السفر والتنقل بين البلدان نظراً لظروفهم وأعمالهم الخاصة ولا يكون أمامهم من سبيل حتى يعصموا أنفسهم من الوقوع في الحرام إلاّ التزوج عن طريق زواج المسيار. ويضاف إلى ذلك انتشار ظاهرة العنوسة وما يترتب عليها من حرمان لعدد كبير من النساء والمطلقات والأرامل من حقهن الفطري في الزواج والأمومة، ثمّ أنّه مع دخول المرأة عالم الشغل من بابه الواسع وبحصولها على موارد مالية كبيرة أصبح بإمكانها تأجير منزل مستقل أو الحصول عليه، أو أن تتنازل عن حقها في النفقة⁷³⁰.

وبغض النظر عن مدى شرعية هذه المبررات، فإنّ عقد الزواج هو عقد مقدّس بين الرجل والمرأة يجب أن يرقى بالإنسان من دائرة الشهوات المادية إلى حياة ملؤها الاستقرار والمودة والرحمة والتعاون والمعايشة بالمعروف وبناء أسرة وإنجاب ذرية صالحة، وهذا ما لا يتأتى تحقيقه في زواج المسيار.

ولقد اختلف الفقهاء المسلمون حول هذه الشروط التي يكون فيها تقصير عن أداء بعض حقوق الزوجية والمتعلّقة بزواج المسيار، كاشتراط الرجل على المرأة أن يأتيها نهاراً، أو ألاّ يقسم لها في المبيت إذا كانت زوجة ثانية له، أو أن يشترط عليها أن تتنازل عن حقها في النفقة. فذهب الإمام أحمد إلى القول بإجازة هذه الشروط، وإذا شاءت الزوجة التراجع عنها فلها ذلك. أما عند الإمام مالك فيفسخ النكاح قبل الدخول ويثبت بعده ويبطل الشرط. وعن موقف العلماء المسلمين

⁷²⁸ - ادريس الشافعي، المرجع السابق، ص. 175.

⁷²⁹ - أنظر، عرفان بن سليم العشا حسونة الدمشقي، نكاح المسيار وأحكام الأنكحة المحرمة، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2002، ص. 09.

⁷³⁰ - أنظر، محمد علي الحسيني، زواج المسيار، www.banhashem.org/alkotob/06/05/.htm

المعاصرين من هذا الزواج فهو محل نظر وخلاف، فمنهم من أقرّه حيث رأوا أنّ هذا الزواج مستكمل للأركان والشروط ويتم بإيجاب وقبول وولي وإشهاد كباقي عقود الزواج، فهو صحيح. ومنهم من عارضه واعتبره باطلاً لمناقضته مقاصد الشريعة الإسلامية ولآثاره الاجتماعية الناشئة عنه. ومنهم من يرى أنّ الشروط المقترنة بهذا العقد هي شروط باطلة في ذاتها لمخالفتها للشرع وللمقتضى العقد ولكنّها لا تؤثر في صحة عقد الزواج⁷³¹.

ولقد أثار زواج المسيار جدلاً كبيراً داخل المجتمع الجزائري خاصّة بعدما أكّد المستشار الإعلامي لوزارة الشؤون الدينية السيّد "عدّة فلاح" في تصريح للشروق اليومي، أنّ لجنة الإفتاء التابعة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف أصدرت فتوى تبيح زواج المسيار في الجزائر، لأنّه زواج يستوفي جميع الشروط المدنية والشرعية⁷³². غير أنّ وزارة الشؤون الدينية والأوقاف سرعان ما قامت بتكذيب الخبر عبر موقعها الرسمي⁷³³.

وبخصوص تضمين عقد الزواج بشروط باطلة، أقرّ التشريعيان التونسي والجزائري ببطان الشرط والعقد معاً، فاقتضى الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأن: "الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد...". ويكمل الفصل 22 من نفس المجلة بالنص على أن: "يبطل الزواج الفاسد وجوباً بدون طلاق...". وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 32 من قانون الأسرة وفيها: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

⁷³¹ - علاء الدين حسين رحال ومروان إبراهيم القيسي، المرجع السابق، ص. 81 - 82.

⁷³² - فبحسب تصريحه، زواج المسيار يعدّ زواجا صحيحا لتوفر الولي والمهر والشاهدين والصيغة وحتى الإعلان عن الزواج، غير أنّ الزوجة تتنازل عن حقها في النفقة والسكن. وأضاف أنّ فتوى إباحة هذا الزواج صاحبها العديد من الشروط التي يجب أن تسجل في العقد المدني أهمّها إلزام الزوج بالنفقة على الأولاد وعدم التعسف في استعمال الحق الممنوح له. معللاً بالقول أنّ هذه الفتوى جاءت في ظل أزمة البطالة والسكن التي يعانيها الكثير من الشباب، والتي لا تتيح لهم في الوقت الراهن تأسيس بيت والإنفاق على الطرف الآخر، فبيّحت لهم هذا الزواج الارتباط الشرعي تجنبا للعلاقات غير الشرعية وما يتجم عن من آثار سلبية. أنظر، بلقاسم حوام، وزارة الشؤون الدينية تفتي بجواز زواج المسيار في الجزائر، بوابة الشروق اليومي، 08 / 05 / 2012، منشور على موقع الأنترنت: www.echoroukonline.com

⁷³³ - أصدرت بيانا تكذيبيا جاء فيه التالي: "نشرت جريدة الشروق بالبند العريض في صفحتها الأولى "وزارة الأوقاف تفتي بجواز زواج المسيار في الجزائر" بتاريخ 09 / 05 / 2012، وإنّه لم يسبق للجنة الفتوى بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف أن أصدرت فتوى حول زواج المسيار، لا ضمن الفتاوى التي توجهها للمستفتين الطبيعيين ولا المعنويين، ولا ضمن الفتاوى التي تبثها في موقعها الرسمي على شبكة الأنترنت، ولا عبر مجالسها العلمية في الولايات؛ وإنّ نشر مثل هذا الإتراء في مواعيد الجزائر الكبرى، وبعد الخطاب الهام لفخامة رئيس الجمهورية بسطيف للدليل على الرغبة في إثارة القلاقل والفن، وهي محاولة فاشلة لصرف همة الشعب عن واجباته الكبرى نحو وطنه".، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، تكذيب بخصوص الفتوى المتعلقة بزواج المسيار، على الموقع: www.marw.dz

وننوّه في هذا الصدد إلى أنّه يعاب على المشرع الجزائري أنّه لم يحسن صياغة المادة 32 أعلاه، وذلك لما ورد في المادة 35 من نفس القانون والتي تنص على أنّه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا". فالقراءة الأولية لنص المادتين تظهر تناقضهما وعدم انسجامهما، إذ يرّتب القانون حكّمين مختلفين للشرط الباطل فتارة يبطل الشرط وعقد الزواج معا، وتارة أخرى يبطل الشرط فقط مع بقاء العقد صحيحا. فقد أثار هذين النصين جدلا بين رجال القانون إذ منهم من يرى أنّ هناك تناقض نذكر الأستاذ فوضيل العيش عندما قال "أنّ المشرع استمر في الخلط بين مصطلحي الفسخ والبطلان، فهناك تناقض بين النصين كان من الأجدر أن يتداركه في تعديل 2005"⁷³⁴. وهو نفس موقف الأستاذ عبد القادر داودي الذي اعتبر "أنّ ما جاء به المشرع في المادة 35 يعتبر مضمونه مخالفا للمادة 32، فالجمع بين النصين أو الحكمين متعذر إذ تارة يبطل الشرط مع العقد وتارة أخرى يبطل الشرط فقط مع الحكم بصحة عقد الزواج"⁷³⁵.

وعلى عكس هذين الرأيين، هناك من لا يقر بوجود تعارض بين النصين أمثال الأستاذ بن شيخ آت ملويا الذي ذهب إلى القول: "أنّ البطلان المنصوص عليه في المادة 32 هو الذي يكون نتيجة الشرط المتنافي مع عقد الزواج كأن يرم الزواج لمدة محدّدة. أمّا المادة 35 فتخص الزواج الذي أبرم في الأصل صحيحا فتضمن شرطا زائدا لهذا يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا على خلاف المادة 32 التي يكون فيها إبرام عقد الزواج أصلا غير صحيح"⁷³⁶. وأيضا يرى الأستاذ يوسف دلاندة أنّ المادة 32 تتناول الشروط التي تتنافى ومقتضيات العقد، أي أنّها شروط مخالفة لأحكام قانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية لهذا تعد باطلة ويبطل معها العقد فما بني على باطل فهو باطل"⁷³⁷.

في حين اتجه الأستاذ الدكتور بلحاج العربي إلى القول ب: "ضرورة تغليب المادة 35 لأنّها مادة مستقلّة وضعها المشرع لاحقا، كما أنّ المانع الوارد بالمادة 32 يشمل مانع الكفر تكملة لقائمة الموانع المؤبّدة والمؤقتة"⁷³⁸.

⁷³⁴- أنظر، فضيل العيش، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 33.

⁷³⁵- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 153.

⁷³⁶- أنظر، لحسين بن شيخ آت ملويا، المنتقى في أحكام قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، ط. 01، 2008، ص. 51.

⁷³⁷- أنظر، يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص. 91-92.

⁷³⁸- بلحاج العربي، أحكام الزوجية... المرجع السابق، ص. 259-260.

ولوضع حد لهذا الجدل يرجح أنّ الشرط الوارد في المادة 35 هو الشرط الذي يسقط ما ألزمه الشرع على أحد الزوجين، وهو يعود لمعنى زائد في العقد لهذا يبطل ولا يؤثر على صحة العقد. وأمّا الشرط الوارد في المادة 32 فهو يناهض مقتضى العقد أي يمس أصله لذا وجب إبطالهما معا.

وإذا كان المشرعان التونسي والجزائري نصّا على الشرط الباطل والذي يبطل معه العقد في التقنين الأسري، فإنّ المشرع المغربي لم ينص عليه صراحة واكتفى بذكر الشرط الباطل الذي لا يؤثر على صحة عقد الزواج ضمن مقتضيات المادة 47 من مدونة الأسرة. غير أنّه بالرجوع إلى المادة 57 من نفس المدونة نجد أنها تنص على حالات الزواج الباطل وهي: 1- إذا اختل أحد الأركان المنصوص عليها في المادة العاشرة؛ 2- إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39؛ 3- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول. فبمفهوم المخالفة كل شرط يخالف أحكام هذه المادة يعد باطلاً ويبطل معه العقد. كما أنّ تطبيق أحكام المادة 400 من المدونة يحيل إلى الفقه المالكي الذي يقرّ ببطلان كل شرط يمس بأصل العقد ومعه بطلان عقد الزواج.

وتفريعا عمّا سبق، فإنّ إسقاط الشرط الذي اشترطته المرأة وعدّه باطلاً لا يعتبر انتقاصاً من حريتها، بل هو تحقيق لمصلحة الأسرة وحفاظ على النظام العام العائلي والثوابت الشرعية. فهل ينطبق القول حينما يتدخل القاضي لتعديل الشرط أو الإعفاء منه؟ وهل يمس بحريتها في الاشتراط؟

الفرع الثالث

الحد من حرية المرأة في الاشتراط من خلال تعديل الشرط أو الإعفاء منه

إنّ الأصل هو تنفيذ الشروط بالطريقة المتفق عليها، إلّا أنّه أحيانا قد يستغرق تنفيذها مدّة زمنية طويلة، وهو ما قد تستجد معه ظروف تجعل من العسير على الملتزم الوفاء بالشرط. من أجل ذلك منح المشرع الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة إمّا بالإعفاء منها أو على الأقل تعديلها، فما هي مبررات وموجبات هذا التعديل أو الإعفاء (أولاً)؟ وما هو دور القاضي في ذلك (ثانياً)؟

أولاً: تقييد حرية المرأة في الاشتراط بتعديل الشرط أو الإعفاء منه لظهور ظروف أو وقائع طارئة

حقيقة أنه للزوجة الحرية في الاشتراط في عقد الزواج ما تراه ضرورياً ومحققاً لمصلحتها، ما لم يصطدم ذلك مع القيود والضوابط المذكورة سالفاً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، على أن يكون الشرط متعلقاً بأمر يكون في وسع المتعاقد المشتراط عليه تنفيذه وهذا يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل فلا التزام بمستحيل، لأنه إذا كان الشرط مستحيل الوقوع فإنّ العقد يكون باطلاً. والاستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية، فتتحقق الاستحالة المادية متى وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحقق الشرط، كتعليق الهبة على الطيران في الهواء بغير طائرة أو على عدم غروب الشمس في اليوم الموالي، أما الاستحالة القانونية فمناطها نص القانون حيث يعتبر الشرط مستحيلاً إذا واجه عقبة قانونية تحول دون تحققه كالزواج من إحدى المحارم⁷³⁹.

ولكن مهما بلغت الدقة والضبط في مراعاة كل الظروف الممكنة التي تحيط بالحياة الزوجية في الحال يظل عنصر الزمن بكل مستجداته غير خاضع لهذا التحكم لأنّ الزوجين لا يمكنهما قراءة المستقبل بكل خلفياته وهذا التغيير يمكن أن يؤدي إلى إرهاب الزوج عند تنفيذه، أي أنّ الالتزام بالشرط وبشكل جامد لا يكون محققاً للعدالة والإنصاف في حالات معينة فتصبح مسألة إعادة تطويع هذا الشرط ضرورة ملحة لضمان تنفيذه وإلا ضاع الهدف المنشود من جراء الاتفاق عليه⁷⁴⁰.

فعلى سبيل المثال قد يجد الزوج نفسه مضطراً لمغادرة بلد الزوجة إلى بلد آخر صدر الأمر الإداري بتحويله إلى هذا البلد لممارسة وظيفته، وإذا خالف الزوج الشرط المتفق عليه، فقد يؤدي ذلك إلى فصل الحياة الزوجية بين الزوجين على الأقل مدة العمل التي ستطول طيلة فترة غياب الزوج، ومن المحتمل أيضاً أن يؤدي ذلك إلى وقوع الطلاق وتأثيراته السلبية على الأطفال والمجتمع. وعندئذ يكون الزوج أمام خيارين: فإما أن يحافظ على أسرته وأولاده من الشتات والضياع باحترام الشرط،

⁷³⁹ - محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 50.

⁷⁴⁰ - أنظر، حفيظة الشافعي، تنفيذ العقد المالي المبرم بين الزوجين، مجلة القصر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ماي 2010، ع. 26، ص.

ويتحمّل فقدانها لمصدر رزقه. وإما أن يخالف الشرط ويحافظ على مصدر رزقه، الأمر الذي قد ينجم عنه وقوع الطلاق، وتعريض الأطفال للآثار السلبية للطلاق⁷⁴¹.

لقد أجاب الإمام ابن تيمية على ذلك بأنّ الزوج لا يلزم بالوفاء بما هو عاجز عنه، وليس للزوجة أن تفسخ النكاح إذا أراد الزوج إبطال الشرط ما دام أنّه غير قادر على الوفاء به بسبب فقره⁷⁴². هذا وقد أقرّ الفقهاء بسقوط حق الزوجة في فسخ عقد الزواج مبزّين ذلك بأنّ الشرط أمر عارض وباستحالة تنفيذه يزول حق الفسخ⁷⁴³.

إنّ المطالبة بتعديل الشرط أو الإعفاء منه لظهور ظروف أو وقائع طارئة مبدأ كرّسته الفقرة الثانية من المادة 48 من مدونة الأسرة المغربية حيث صيغت على النحو التالي: "إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله مادامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه".

ورغم وضوح النصّ إلّا أنّ المشرع أقرّ مبدأ التعديل أو الإلغاء دون تحديد تطبيقاته تاركا بذلك للقاضي ووفقا لسلطته التقديرية صلاحية تحديد الظروف والوقائع ومدى تأثيرها في الشرط إلى درجة يصبح معها التنفيذ العيني له مرفقا لمن التزم به من الزوجين. أضف إلى ذلك، فإنّه استثنى من هذا المبدأ شرط عدم التعدّد والذي لا يمكن التحلّل منه إلّا إذا تنازلت الزوجة عنه. فقد جاء في المادة 48 المذكورة أعلاه قيد مراعاة أحكام المادة 40 من المدونة والتي بدورها نصت صراحة على أنّه: "يمنع التعدّد إذا خيف عدم العدل بين الزوجين، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوّج عليها".

فهذا الاستثناء يشكّل إجحافا تجاه الزوج الذي يوافق على شرط عدم التعدّد أثناء إبرام عقد الزواج، غير أنّه قد يتحوّل إلى شرط مرهق له أثناء الحياة الزوجية كأن تكون زوجته عقيما ومع ذلك لا يمكنه طلب مراجعة القضاء لإعفائه منه، فلا يبقى أمامه في حالة عدم التنازل من طرف زوجته إلّا

⁷⁴¹ - مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه... المرجع السابق، ص. 59.

⁷⁴² - تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى... المرجع السابق، ص. 168.

⁷⁴³ - علي محمد قاسم، المرجع السابق، ص. 176.

ثانيا: تقييد حرية المرأة في تعديل الشرط أو الإعفاء منه بتدخل سلطة القاضي

إنّ القوة الملزمة للعقد توجب في الأصل أن لا يتم تعديل الالتزامات التعاقدية، إلاّ بموجب اتفاق الطرفين أو في الصور المقررة بالقانون، وهو ما نص عليه صراحة الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود التونسي القاضي بأن: "ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقضي إلاّ برضاها أو في الصور المقررة بالقانون". وما تضمنه الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الناص على أنه: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلاّ برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون". وهو أيضا ما جاءت به المادة 106 من القانون المدني الجزائري بقولها: "العقد شرعية المتعاقدين فلا يجوز نقضه، أو تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون".

ومن ثمّ فإنّه يمتنع على القاضي أن يستقل بإرادته المنفردة بتعديل العقد، أو إنهائه. ولذا فإنّ أي مجال لتدخل القاضي يعتبر قيّدا على حرية المتعاقدين في التعاقد، لأنّ القاضي إذا أسقط الشرط، فإنّه بذلك يكون قد ألغى جزءا من العقد، وبالتالي يكون عمله تعديلا للعقد الذي انعقدت عليه رضائية أطرافه.

فمتى تبين للزوجين بعد اتفاقهما، وتراضيهما على شروط معيّنة في عقد الزواج، أنّها أصبحت لا تحقّق مصلحة لأحد الزوجين أو كلاهما، أو من غير الممكن تنفيذها، الأمر الذي من شأنه أن يمس بالكيان الأسري واستمراره، جاز لهما الاتفاق على تعديل الشروط المدرجة فيه، أو إنهائها باعتبار أنّ الأصل في تعديل هذه الشروط الاتفاقية أو إنهاؤها يرجع بالدرجة الأولى إلى الزوجين فقط في حدود ما اتفقا عليه.

غير أنّ ما يشتهه الواقع أنّه كثيرا ما يتعنّت أحد الزوجين، ويتمسك بشرطه ممّا يؤدّي للتضييق على الآخر، رغم وجود أسباب وظروف قاهرة والتي تقتضي في الأصل ضرورة التنازل بعض الشيء، والتعديل من العقد دون أن يشكل ذلك إجحافا بحق طرف، فحينها لا يبقى للزوجين سوى اللجوء إلى القاضي لتعديل الشرط.

وعلى هذا الأساس ربطت الفقرة الثانية من المادة 48 من مدونة الأسرة إمكانية تعديل الشروط الاتفاقية أو الإعفاء منها من طرف المحكمة بظروف أو وقائع يصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا للملتزم به. وعليه فإن سلطة القاضي تكمن في التأكد من أنّ الظروف أو الوقائع التي أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا طارئة وحادثة، لأنّه إذا كانت قائمة وقت التعاقد فإنّه لا يمكن اعتبارها مبررا للتعديل أو الإعفاء، ونفس القول في حالة زوالها أثناء نظر المحكمة في الطلب. هذا ويتوجب عليه التحقق من أنّ تلك الظروف أو الوقائع من شأنها أن تجعل التنفيذ العيني للشرط مرهقا للملتزم به وإلاّ رفض الطلب. مع مراعاة أن تكون أسباب تلك الظروف موضوعية لا ذاتية بمعنى لا يد للملتزم بالشرط في ظهورها وحدوثها⁷⁴⁶. فالقاضي يلعب دورا هاما في مثل هذه الحالات لإعادة التوازن ورفع الحيف مع إمكانية تعويض الطرف المتضرر.

ومن القضايا المعروضة على القضاء المغربي نذكر ما صدر عن المحكمة الابتدائية بأبي الجعد بتاريخ 08 مارس 2007 جاء فيه: "حيث أنّ المدعية وإن كانت قد التزمت بالسكن مع والدة المدعى عليه حسب رسم النكاح أعلاه، لكن هذا الشرط وطبقا للمادة 48 من مدونة الأسرة قابل للمراجعة ومراقبة القضاء؛

وحيث أنّ الزوجة وإن ادعت الضرر من السكن مع أهله فإنّها لا تجبر على السكن معهم، كما ذهبت إلى ذلك الأقوال المعتمدة في المذهب المالكي الذي أحالت عليه المادة 400 من مدونة الأسرة ولا تكلف بالإثبات بقول الإمام مالك: (ليس له أن يسكن امرأته مع أبيه وأمه وأهله إذا شكت الضرر بذلك ولا تكلف إثبات الضرر الذي تدعيه في هذا الموضوع). أنظر المعيار الجديد 3 / 142 و143؛

وحيث أنّه ترتيبا على ذلك قررت المحكمة الاستجابة لطلب المدعية وذلك بإفراد سكنها بعيدا عن أهله وذويه⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ - عبد اللطيف الأنصاري، المرجع السابق، ص. 91.

⁷⁴⁷ - محكمة ابتدائية، 08 / 03 / 2007، ملف ع. 07 / 10، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 61 - 62.

ولأنّ المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة ضمن قانون الأسرة يكون نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري هو السند القانوني للقاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، وذلك وفقاً لما تقضي به قواعد العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك لتعلق أحكام المسؤولية بالنظام العام. كما يجب على القاضي أن يلتزم بحرفية بنود العقد إذا كانت عبارات العقد واضحة، وإذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ومراعاة غرضيهما من التعاقد، ولا يجوز تجزئة شروط العقد، لأنّ ذلك يجعل من الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين أمراً صعباً، ولهذا وجب تفسير العقد في مجموع بنوده وكافة أجزائه المكونة له⁷⁴⁸.

ويتضح من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17 أكتوبر 2000 أنّ القضاء استعمل سلطته لتعديل الشرط الاتفاقي حيث جاء فيه: "حيث أنّه يستخلص من دراسة عقد الزواج المبرم بين الطرفين أمام الموثق، أنّ المطعون ضدها اشترطت على الطاعن حق البقاء في السكن الزوجي في حالة خلاف بينهما أو في حالة الطلاق، وأنّ المطعون ضدها لا تغادر السكن إلاّ في حالة إعادة زواجها. وما دام الطاعن قد وافق على هذا الشرط فعقد الزواج يعدّ شريعة بين الطرفين، وبالإضافة إلى ذلك فالحق في البقاء في السكن لصالح الزوجة يعتبر وصية بمنفعة لمدة غير محدّدة وهذا الحق يعدّ عمري في الشريعة، أمّا الحكم على الطاعن بتوفير لمطلّقتة سكناً آخر في حالة تعذره توفير السكن مضمون عقد الزواج لا يعتبر انحرافاً لهذا العقد، بل مكنة معطاة للطاعن كونه دفع أمام المجلس بأنّ بقاء مطلقته معه في نفس السكن غير معقول، ممّا يجعل الوجه غير مؤسس"⁷⁴⁹.

يعدّ هذا توجهها سليماً، فتدخله وتعديله للشرط يكون قد أوجد حلاً راعى من خلاله إرادة الزوجة من جهة، وظروف الزوج من جهة أخرى، فأحدث توازناً في العقد بما لا يضر طرفيه. فإسناد صلاحية تعديل الشروط أو إلغائها إلى سلطة القاضي وإن كان فيه قيد لحرية المرأة في تولّي هذه المسألة بإرادتها المنفردة وعدم تنفيذ شرطها كما أرادت، إلاّ أنّه في الحقيقة يعدّ وجهاً لتحقيق العدالة. فحرية الشخص لا تعني الإضرار بالشخص الآخر وبهذا يضمن القاضي رفع الضرر عن من تحوّل التزامه إلى عبء وإرهاق والمحافظة على توازن العقد ومعه استقرار الحياة الزوجية.

⁷⁴⁸ - محمد شوقي، المرجع السابق، ص. 168 - 169.

⁷⁴⁹ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 17/10/2000، ملف رقم 253111، م. ق.، 2003، ع. 02، ص. 280.

تفريعا لما تقدّم، ونظرا لأنّ الإخلاف بالوعد وبما تمّ الاتفاق عليه شفاهاة أصبح أمرا عاديا، خاصّة عندما يتفق الطرفان على أن تكمل المرأة دراستها بعد الزواج أو تخرج إلى العمل فيقبل الزوج ولكن بعد الزواج يجبرها على المكوث في البيت أو يخيّرهما بين الاتفاق ووضع حدّ للعلاقة الزوجية، وهي مشاكل واجهت الأسرة على أرض الواقع. ولوضع حدّ لهذه المشاكل نصّت التشريعات المغربية على حرية الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق. وبهذا تكون قد أعطت الحرية الواسعة للمرأة في الاشتراط حاذية حذو المذهب الحنبلي. ومع أنّه اتّجاه معاكس لرأي جمهور الفقهاء، إلاّ أنّه اختيار في محله لعدّة أسباب منها: تماشيه مع طبيعة العقود، وفيه حماية للمرأة، وتسهيل وتيسير لمباشرة حياة زوجية أكثر ضمانا واستقرارا.

غير أنّ هذه الحرية الممنوحة للمرأة في الاشتراط غير مطلقة بل مقيّدة بعدم مخالفة أحكام عقد الزواج، ولا مقاصد الشرع، ولا النظام العام والآداب العامّة. كما تتقيّد هذه الحرية أيضا في الحالة التي يتحوّل فيها الالتزام بتنفيذ الشرط إلى مستحيل أو إلى عبء يرهق الزوج، وهنا وجب إلغاء الشرط أو تعديله بتدخل من القاضي الذي يضمن إعادة إرجاع توازن العقد، وبهدف المحافظة على النظام العام العائلي.

إذا كانت للشروط الاتفاقية في عقد الزواج آثارها الكبيرة في اتقاء الكثير من النزاعات المستقبلية وتجنّب الحياة الزوجية من ويلاتها، فإنّ أهمية هذه الشروط تكون أكبر والحاجة إليها أشد في مجال تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين بالنظر لما يثيره من إشكالات عملية ناتجة عن التطوّر الاجتماعي والثقافي والاقتصادي وما أفضى إليه من آثار كبيرة على نظام الأسرة ووضع المرأة فيه. فإلى أي مدى لها حرية التصرف في أموالها؟ وأيّة ضمانات قانونية فرضتها التشريعات المغربية لحماية حقها المالي؟

المبحث الثاني

حرية المرأة في المشاركات المالية

ظلت المرأة تنفك من قيود الرق والاستعباد حسب تطوّر المجتمعات الإنسانية حتى أتى الإسلام فكسر تلك الأغلال وأنقذ المرأة من عبودية الرجل، واتخذ المساواة بينهما في جل الشؤون المالية، -

ماعد الإِثْر - وأعطى لكليهما حق ملكية نصيب كدّه وعمله، فقال عزّ وجلّ في كتابه العزيز:
﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْتُمْ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْتُمْ⁷⁵⁰﴾.

أمّا في وقتنا الحالي، فقد توالى الاهتمام الدولي بحقوق الزوجة في أموال الأسرة بقصد رفع الحيف والظلم الذي عانت منه لسنوات طويلة، وفي هذا المجال نص الفصل 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على: "أن تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما عند الزواج وخلال قيامه وعند انحلاله...". كما توصي الاتفاقية الدولية المتعلقة بإلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة في مادتها 16 على: "أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلّق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليهما وإدارتها والتصرّف فيها".

ومن المعلوم أنّ القوانين المغاربية للأسرة سارت نهج الشريعة الإسلامية فحرصت على وضع الأسس التشريعية الأولى لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين⁷⁵¹، من خلال الفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مقابل المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية، وموازية مع المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري. فقد قرّرت المواد المذكورة المبدأ الجوهري الذي تقوم عليه العلاقات المالية بين الزوجين وهو مبدأ استقلال الذمة المالية لكل زوج واستئثار كل واحد منهما بممتلكاته وعوائده عمله وأملكه وأصوله (المطلب الأوّل).

⁷⁵⁰ - سورة النساء، الآية رقم 32.

⁷⁵¹ - يعرّف النظام المالي للزوجين على أنّه: "علاقة كل من الزوجين بأمواله وأموال الزوج الآخر وعلاقتها معاً بالأموال المشتركة بينهما، وما ترتبه من حقوق وواجبات تجاه بعضهما البعض وتجاه الغير". وبتعبير آخر هو: "مجموعة القواعد المنظمة للعلاقات المالية التي تنشأ عن عقد الزواج، من حيث تحديد حقوق الزوجين في الأموال المكتسبة خلال حياتهما الزوجية وإثبات ملكيتها واستثمارها وتوزيعها".
مشتملاته تتمثل في جميع الأموال -سواء كانت نقوداً أو أشياء ذات قيمة مالية- التي توجد في ملكية كل واحد من الزوجين أو تلك التي توجد في ملكيتها المشتركة، كما تدخل ضمنها الأموال التي ينفقها كل منهما لتغطية مصاريف الأسرة، في حين تُخرج من نطاقه باقي الحقوق المالية الأخرى المتمثلة في المهر والنفقة والمتعة والإرث والوصية.

- Cf., Lexiques termes juridiques, 10 éd. Dalloz, Imprimerie usine de la flèche, 1996, p. 467.,

- أنظر، هجيرة دنوبي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، 2004، ع. 50، ص. 167.

ومع أنّ هذا المبدأ تميّز ببساطته ووضوحه إلاّ أنّه اصطدم مع الواقع الذي تعيشه الأسرة المغربية نتيجة للتطورات التي تشهدها الحياة، وولوج المرأة عالم الشغل، وعدم قدرة الزوج على تغطية متطلبات وحاجات الأسرة لوحده. فأصبحت مساهمة المرأة في تحسين أوضاعها الاقتصادية أمراً لا يمكن تجاهله أو غض النظر عنه، حيث نجدتها تقوم بمجهودات طويلة حياتها الزوجية داخل البيت وخارجه. كما تضطر في الكثير من الأحيان إلى القيام بأعمال شاقة للمساهمة في الرفع من دخل الأسرة بكل الوسائل والسبل المتاحة لمواجهة متطلبات الحياة المتزايدة، وبالتالي مساهمتها الفعلية في تكوين الثروة المالية للأسرة.

هذه الثروة المتحصلة من عمل وكّد الزوجين معا غالباً ما تسجّل باسم الزوج وحده لاعتبارات اجتماعية وثقافية، حتى إذا ما حصل وحدث بينهما نزاع وطلّقها انفرد الزوج بكل شيء وخرجت الزوجة من البيت خالية الوفاض لا شيء لها سوى متعتها ونفقتها أثناء العدة، وإن توفي وكان له أولاد لا ينوبها إلاّ نصيبها كوارثة وهو الثمن من التركة التي ساهمت في جمعها وتكوينها أو الربع في حالة عدم وجود الأولاد. ففي غياب دليل كتابي يثبت ملكيتها للأشياء لوجود الحائل المعنوي ضاعت حقوقها المالية (المطلب الثاني).

فاستجابة للواقع المعاش للأسرة المغربية، وللحد من النزاعات المالية المطروحة أمام القضاء وضمن الحق المالي للمرأة خرجت التقنينات الأسرية عن مبدأ استقلالية الذمة المالية باستثناء يمكن بمقتضاه للزوجين الاتفاق بينهما على تنظيم معيّن للأموال والعائدات والمداحيل التي يجنيانها معا ابتداء من تاريخ إبرام عقد الزواج. وهذا المقتضى جاء نتيجة توسيع مجال الشروط الملحقة بعقد الزواج، بحيث يسمح للأطراف بإدراج شروط يتم بمقتضاها الاتفاق على بعض المواضيع التي ثبت عملياً أنّها مصدر الكثير من المشاكل والخلافات خصوصاً بالنسبة للمرأة، وتهدف بالتالي إلى توفير ضمانات لا توفرها النصوص القانونية، وكذا نتيجة إدخال مبدأ سلطان الإرادة في مجال الروابط الأسرية.

مع العلم أنّ معالجة التشريعات المغربية لحق مشاركة الزوجة زوجها في الممتلكات المكتسبة خلال الحياة الزوجية تجد أساسها في مبادئ الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي والذي تبلور في عدّة فتاوى ونوازل حكم فيها القضاء عملاً بقواعد الإنصاف والعدالة وعدم السماح للمسلم أن يأكل

من مال الغير بالباطل. ليبقى التساؤل مطروحا عما إذا كانت قد نجحت فعلا في تنظيم الاشتراك في الأموال، خاصة وأنّ تدخل المشرعين المغربي والجزائري جاء جد محتشم بتخصيص له مادة وحيدة خلافا للمشرع التونسي الذي نظّمه في قانون خاص به احتوى على 26 فصلا، وما مدى تقبل المجتمعات العربية لهذا النظام الجديد والمنافس لمبدأ صلب ترسخ لعقود من الزمن في أذهان الأفراد وعادات مجتمعاتهم؟ (المطلب الثالث).

المطلب الأول

استقلالية المرأة بدمتها المالية

حافظ الإسلام على الذمة المالية للمرأة، فحتى الزواج لا يؤثر على أهليتها. فلا تمحى شخصيتها بحياتها الزوجية الجديدة ولا تطغى عليها شخصية الزوج، إذ تبقى محتفظة باسمها ومستقلة استقلالاً تاماً في شؤونها المالية ولا سلطان لزوجها ولا وليها عليها⁷⁵². ونظام الانفصال في الأموال عرفته الشريعة الإسلامية منذ أكثر من أربعة عشر قرناً، اعترفت بموجبه أنّ لكل زوج ذمة مالية مستقلة عن الآخر مصداقاً لقوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ﴾⁷⁵³.

فكان لهذا الموروث الفقهي انعكاس على مواقف التشريعات العربية التي تبنت مبدأ استقلالية الذمة المالية في قوانينها، وهو بالفعل ما أخذ به المشرع التونسي بالفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على أنّه: "لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصّة بها". وتقابلها الفقرة الأولى من المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية واقتضت: "لكل واحد من الزوجين ذمة مستقلة عن ذمة الآخر...". وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر". وبهذا تستقل الزوجة بما تملكه من مال قبل الزواج، وأثناء الحياة الزوجية بسبب من أسباب التملك المقررة شرعاً وقانوناً والتي تشكل مصدراً

⁷⁵² - أنظر، خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكليفه الشرعي، دار النفائس، الأردن، ط. 01، 2010، ص. 48؛ محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة... المرجع السابق، ص. 250.

⁷⁵³ - سورة النساء، الآية رقم 32؛ مولاي ملياني بغداداي، المرجع السابق، ص. 137.

من مصادر أموالها (الفرع الأول). كما تستقل بالتصرف في مالها، والانتفاع بملكها واستثماره واستغلاله لما لها من سلطات عليه (الفرع الثاني)، على أن تتحمل جميع الالتزامات والديون الناشئة عن قيامها بالتصرفات القانونية (الفرع الثالث). علماً وأن الاستقلالية المالية تعتبر من أكثر الأنظمة بساطة وخلوها من التعقيد وهي تنأسس على مبدأ الحق في اكتساب الأموال والتصرف فيها والتمتع بها باستقلالية تامة ودون تدخل من القرين.

الفرع الأول

مصادر أموال المرأة

للحديث عن استقلالية الذمة المالية للزوجة، لابد وأن يكون لديها أولاً مكتسبات مالية، ويتأتى ذلك بعدة طرق منها ما يكون بمقتضى عقد الزواج (أولاً)، ومنها ما ينتج عن عمل المرأة (ثانياً)، ومنها ما يكون مصدره الإرث والتبرعات (ثالثاً).

أولاً: أموال المرأة بمقتضى عقد الزواج

يرتب عقد الزواج التزامات مالية في ذمة الزوج تجاه زوجته سواء تلك التي يقدمها بمناسبة الزواج، أو تلك التي تعتبر شرط من شروط صحة عقد الزواج، أو تلك التي تنتج عند قيام العلاقة الزوجية. فمن العادات المتداولة في مجتمعنا تبادل الهدايا بمناسبة الخطبة وذلك للتودد وتوثيق عرى المحبة وتمتين أواصرها، فإذا اكتملت الخطبة بالزواج فإن الهدايا تأخذ حكم الهبة وتدخل إيجاباً في الذمة المالية للزوجة مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾⁷⁵⁴. وهذا يتوافق مع ما نص عليه صراحة الفصل 28 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقوله: "الهدايا التي يعطيها كل من الزوجين للآخر بعد العقد... لا يتم استرجاع شيء منها بعد الدخول". في حين سكت عنه المشرعين المغربي والجزائري ما يحيلها إلى الفقه الإسلامي واعتبارها هبة لا يمكن المطالبة باستردادها.

⁷⁵⁴ - سورة النساء، الآية رقم 20.

أما إذا حصل عدول عن الخطبة، فإنّ المخطوبة تلتزم برد الهدايا أو قيمتها إذا كان العدول منها، في حين تحتفظ بالهدايا وتسترد ما قدّمته للخاطب إن كان العدول منه وهو مبدأ وإن كان لا يتماشى مع الموقف الفقهي⁷⁵⁵، إلاّ أنّه يساير الواقع والوضع الاجتماعي الذي عرفته المجتمعات المغاربية. فقد أصبحت المرأة تعمل وتتقاضى مرتبا تتصرّف فيه بحرية، ما جعل من الطبيعي حين ترتبط برجل أن تعبّر له عن مشاعرها وتبادلها المجاملة والود في شكل هدايا تقدّمها له على غرار ما يقوم به تجاهها. وهو الأمر الذي دفع بمشرعينا إلى إعادة صياغة النصوص بما يتلاءم مع الأوضاع الجديدة. فبعدما كانت الصياغة القديمة للفصل 28 من المجلة التونسية، والمادة 08 من مدونة الأسرة، والمادة 05 من قانون الأسرة الجزائري، منقطعة عن الواقع حيث لا يمكن للمرأة استرداد ما تقدّمه من هدايا في صورة فشل مشروع الزواج بغير فعلها في حين يتمتّع الرجل بسند تشريعي صريح ينظم دعوى مطالبته باسترجاع ما أهدها. فتغيّرت الصياغة على نحو ألغى التمييز بين الجنسين وأقرّ بمساواة كاملة بينهما في استرداد الهدايا⁷⁵⁶.

إلى جانب الهدايا تكتسب الزوجة أموالا بالصدّاق، إذ يقع على عاتق الزوج تقديم مهر لزوجته مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾⁷⁵⁷. ومن جهتها قامت التشريعات المغاربية بتنظيم أحكام الصداق فعالجها المشرع التونسي في الفصلين 12 و13 من مجلة الأحوال الشخصية، ونظّمها المشرع المغربي ضمن المواد من 26 إلى 34 من مدونة الأسرة، أمّا المشرع الجزائري فضبطها من خلال المواد من 14 إلى 17 والفقرة 02 من المادة 33 من قانون الأسرة.

⁷⁵⁵ - علما وأنّ مآل الهدايا في حالة العدول عن الخطبة كان محل اختلاف فقهي، حيث يرى الأحناف جواز استرداد الهدايا إن كانت موجودة بغض النظر عن الجهة مصدر العدول وسواء كان مبررا أو غير مبرر، أمّا إن كانت غير موجودة لكونها هلكت أو استهلكت فإنّها تأخذ حكم الهبة، نفس الحكم تبناه الشافعية بالنسبة للهدايا إن كانت موجودة وخالفهم في حالة الهلاك أو الاستهلاك إذ يرون رد القيمة أو المثل، في حين اتّخذ الموقف المالكي موقفا مغايرا بالقول أنّ المتسبب في العدول لا حق له في المطالبة باسترداد هداياه، وعليه أن يرد ما قدم له من هدايا إن وجدت أو رد قيمتها أو مثلها إن لم توجد، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 39-40؛ محكمة عليا، غ. أ. ش، 23 / 04 / 1991، ملف رقم 73919، م. ق.، 1993، ع. 02، ص. 58.

⁷⁵⁶ - أصبح الفصل 28 من م. أ. ش. ت. بعد تنقيحه ينص على أنّ: "الهدايا التي يعطيها كل واحد من الزوجين للآخر بعد العقد يتم استرداد ما بقي منها قائما ولو تغير إذا وقع الفسخ قبل البناء بسبب من الطرف الآخر..."؛ والمادة 08 من م. أ. م. تنص على أنّ: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله. وترد بعينها أو بقيمتها حسب الأحوال؛" تقابلها الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 05 من ق. أ. ج. بقولها: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهدها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهده له أو قيمته؛ وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

⁷⁵⁷ - سورة النساء، الآية رقم 04.

وبغض النظر عن تنظيم أحكام الصداق شرعا وقانونا⁷⁵⁸، فإنّ الذي يهمنّا هو أنّ المهر حق خالص للمرأة تتصرّف فيه كما تشاء⁷⁵⁹. ممّا يؤدّي إلى إثراء ذمتها المالية سواء استحقته كاملا أو استحققت نصفه، ويبقى دينا في ذمة الزوج إلى أن يفني به ممّا يحولها الحق في عدم الانتقال إلى بيت الزوجية أو الامتناع عن تسليم نفسها له لحين استيفاء مهرها⁷⁶⁰.

وباعتبار أنّ النفقة واجبة على الزوج تجاه زوجته شرعا لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁷⁶¹، وقانونا طبقا للفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والمادة 194 من مدونة الأسرة المغربية وتقابلهما المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري⁷⁶². فإنّ ذلك يجعلها مصدرا لأموال الزوجة خاصّة وأمّا تشتمل على الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات⁷⁶³.

⁷⁵⁸ - عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص. 149 وما بعدها.

⁷⁵⁹ - جاء ذلك بصريح العبارة في الفصل 12 من م. أ. ش. ت. فنص على أنّ: "كل ما كان مباحا ومقوما بالمال تصلح تسميته مهرا، وهو ملك للمرأة". والمادة 29 من م. أ. م. جاء فيها: "الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كما شاءت، ولا يحق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقته إياها". والمادة 14 من ق. أ. ج. تنص على أنّ: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود وغيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

⁷⁶⁰ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 10، ص. 171.

⁷⁶¹ - سورة البقرة، الآية رقم 233.

⁷⁶² - ينص الفصل 23 من م. أ. ش. ت. على أنّه: "...وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حله وحالهم في إطار مشمولات النفقة"؛ تنص المادة 194 من م. أ. م. على أنّه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعت له لبناء بعد أن يكون قد عقد عليها"؛ تنص المادة 74 من ق. أ. ج. على أنّه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون".

⁷⁶³ - ينص الفصل 50 من م. أ. ش. ت. على أنّ: "تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"؛ تنص المادة 189 من م. أ. م. على أنّه: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات كالتعليم للأبناء، مع مراعاة أحكام المادة 168"؛ تنص المادة 78 من ق. أ. ج. على أنّ: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

هذا ولا تعدّ النفقة أثر من آثار الزواج فحسب، وإمّا هي أثر من آثار الطلاق أيضا حيث يحكم القاضي للمطلقة بنفقة العدة وهي مبلغ مالي تستحقه من مال مطلقها مدة عدتها تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية⁷⁶⁴، وللنصوص التشريعية⁷⁶⁵.

كما يحكم لها بنفقة الإهمال وهي عبارة عن مبلغ مالي يحدده القاضي نتيجة إهمال الزوج لزوجته من تاريخ رفع الدعوى إلى حين صدور الحكم بالطلاق، وفي حالة ما إذا كان للزوجة بيّنة وأثبتت أنّ زوجها توقّف عن الإنفاق عليها وعلى أبنائها قبل رفع الدعوى فإنّ القاضي لا يمكنه الرجوع إلى الوراء لمدة تزيد عن السنة حتى لو أثبتت أنّ التوقف عن الإنفاق استمر طيلة سنتين أو أكثر، وهو المعنى الذي ورد في المادة 80 من قانون الأسرة على النحو التالي: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيّنة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"⁷⁶⁶. مع العلم أنّ هذا النوع من النفقة لم يتطرّق له المشرعين التونسي والمغربي.

وفوق هذا، يجوز للقاضي الحكم للمطلقة بالتعويض في حالة الطلاق، فيتقرّر لها هذا الحق عند المشرع التونسي في حالي الطلاق للضرر وطلاق إنشاء حسب ما ورد بالفقرة الرابعة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية وجاء فيها: "ويقضى لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه". ويثبت لها عند المشرع المغربي في حالة الحكم بالتطليق للضرر وهو ما جاءت به المادة 101 من مدونة الأسرة. أمّا المشرع الجزائري فيعترف لها به في حالة الطلاق التعسفي عملا بالمادة 52 من قانون الأسرة التي تنص على أنّه: "إذا تبين للقاضي تعسّف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق

⁷⁶⁴ - لمزيد من التفاصيل: راجع، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشّاف القناع... المرجع السابق، ج. 07، ص. 2765 وما بعدها؛ حسين طاهري، المرجع السابق، ص. 139 وما بعدها.

⁷⁶⁵ - ينص الفصل 38 من م. أ. ش. ت. على أنّه: "يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها أثناء مفارقتها إياها أثناء عدتها؛ وتنص المادة 61 من قانون الأسرة بقولها: "...ولها الحق في نفقة العدة"؛ وتراجع القرارات التالية: محكمة عليا، غ. أ. ش.، 22 / 10 / 1984، ملف رقم 34327، م. ق.، 1989، ع. 03، ص. 69؛ محكمة عليا، غ. أ. ش.، 18 / 06 / 1991، ملف رقم 75029، م. ق.، 1994، ع. 02، ص. 65؛ محكمة عليا، غ. أ. ش.، 12 / 07 / 2006، م. م. ع.، 2006، ع. 02، ص. 449.

⁷⁶⁶ - لمزيد من التفاصيل: يراجع، مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص. 452 وما بعدها.

بها"⁷⁶⁷. وفي حالة تضررها من أحد أسباب التطبيق تطبيقاً للمادة 53 مكرر من نفس القانون بقولها: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطبيق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". وأيضاً في حالة نشوز الزوج حيث ورد بالمادة 55 من القانون المذكور ما يلي: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر". وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1998 والتي قضت بموجبه بأنه: "من المقرر قانوناً أنّ الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسّفه في الطلاق، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ مخالفاً للقانون، ومتى تبيّن في قضية الحال، أنّ قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسّف أو نشوز، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً"⁷⁶⁸.

وإنّ التعويض المقرّر قانوناً، يعرف بمصطلح نفقة المتعة شرعاً كونها مبلغ مالي يمنح للمطلقة جبراً لحاظرها وتعويضاً لها عمّا يلحقها من ضرر⁷⁶⁹، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ نَفَرْتُمْ عَنْهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسْوَعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁷⁷⁰. وهو ما جعل القضاء الجزائري يأخذ تارة بالمتعة وتارة أخرى بالتعويض، وفي قرارات أخرى جمع بينهما إلاّ أنّه حالياً مستقر على عدم الجمع بينهما⁷⁷¹.

⁷⁶⁷- لمزيد من التفاصيل يراجع الباب الثاني من هذه الرسالة ص. 706 وما بعدها.

⁷⁶⁸- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 17 / 11 / 1998، ملف رقم 210451، م. إ. ق. غ. أ. ش.، 2001، ع. خ.، ص. 252.

⁷⁶⁹- أنظر، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج. 03، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط. 01، 1997، ص. 317-318؛ ولمزيد من التفاصيل حول نفقة المتعة راجع، أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص. 297 وما بعدها.

⁷⁷⁰- سورة البقرة، الآية رقم 236.

⁷⁷¹- لمزيد من التفاصيل: يراجع، صالح حمليل، نفقة المتعة والتعويض بين الفقه والقانون والقضاء، مجلة الحقيقة، أدرار، الجزائر، 2004، ع. 04، ص. 36 وما بعدها؛ محكمة عليا، غ. أ. ش.، 07 / 04 / 1986، ملف رقم 41560، م. ق.، 1986، ع. 02، ص. 69؛ محكمة عليا، غ. أ. ش.، 22 / 02 / 2000، ملف رقم 235367، م. ق.، 2001، ع. 01، ص. 275.

وبهذا يدخل في الذمة المالية للزوجة بمقتضى عقد الزواج الهدايا والصداق، النفقة التي تستحقها بصفتها كزوجة، كما تستحقها بصفتها كمطلقة لأتّها من توابع الطلاق. وأمام ولوج المرأة عالم الشغل، أصبح مدخولها يشكّل مصدرا أساسيا مكوّنا لذمتها المالية.

ثانيا: أموال المرأة من عملها

يعدّ مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة بحق أهم المبادئ التي أثرت على تطوّر التشريع الجزائري، فاعتناق هذا المبدأ بواسطة المشرع الدستوري استوجب حتما، تطبيقا لمبدأ تدرج القوانين، تقيّد المشرع العادي به واستلهامه له في كل ما وضعه وما سوف يضعه من نصوص قانونية في هذا الإطار⁷⁷². ويدخل في مجال هذه الحقوق، حق الشخص في العمل.

ونظرا لما يشهده سوق الشغل من تحولات عميقة تفرضها عوامل اقتصادية وديمغرافية، فأصبحت النساء أكثر حضورا في كل المجالات وذلك بفضل العديد من الإجراءات التي اتخذت من أجل توفير مناصب الشغل وترقية إدماج المرأة في مسار التنمية⁷⁷³. ونتيجة للفوارق الطبيعية بين الرجل والمرأة، فقد أفردت معايير العمل الدولية والعربية مجموعة من الحقوق للمرأة العاملة سواء ما تعلّق منها بتأكيد المساواة بينها وبين الرجل في مجال التشغيل أو على صعيد المساواة في الأجور، أو حظر تشغيلها في بعض المهن والصناعات التي لا تتناسب مع طبيعتها، بالإضافة إلى حماية وظيفة المرأة من الفصل أو الإنهاء استنادا لظروف حملها ووضعها. وإنّ إيراد بعض الاستثناءات لا يمكن تفسيره ولا اعتباره تدابير

⁷⁷² - زكية حميدو، مصلحة المحضون... المرجع السابق، ص. 425 وما بعدها.

⁷⁷³ - وفقا لإحصائيات البنك الدولي لسنة 2012 تمثل النساء في تونس 25 بالمائة من مجموع قوة العمل، أنظر، "أنا هنا" مبادرة لتعزيز دور المرأة في الاقتصاد والمجتمع، على موقع الانترنت: www.arabesque.tn؛ وفي تقرير نشرته المندوبية السامية للتخطيط جاء فيه أن النساء يمثلن ما لا يقل عن 24 في المائة من إجمالي اليد العاملة النشيطة، أنظر، متحديّة الأعراف والتقاليد، المرأة المغربية تقتحم مختلف المجالات على موقع الانترنت: www.maghress.com. وحسب التحقيق الذي أعدته مصالح الديوان الوطني للإحصاء حول التشغيل فإنّ نسبة النساء العاملات في الجزائر بلغت 15.7 بالمائة سنة 2008، أنظر، حنان س.، المرأة وعالم الشغل في الجزائر -تطور مشجع رغم كثرة العراقيل-، جريدة المساء يوم 07-03-2008. وسنة 2013 سجلت مليونان و275 ألف امرأة عاملة في الجزائر أي ارتفاع بنسبة 37 بالمائة خلال عشرية. أنظر المقال بعنوان في تحقيق للديوان الوطني للإحصائيات -مليونان و275 ألف امرأة عاملة في الجزائر-، يوم 07-10-2014 على موقع الانترنت: www.echoroukonline.com

تميزية، بل اتخذها المشرع حماية للمرأة في بعض أنواع العمل، ولأسباب تتعلق بتصميم تكوينها الجسمي⁷⁷⁴.

فعلى الصعيد الدولي، نجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الرامي إلى المطالبة بحقوق المرأة في ميدان العمل وبدون تمييز مع الرجل وفقاً للمادة 23 منه التي تنص على أنه: "لكل شخص الحرية في العمل وله حرية اختياره وبشروط عادلة...". والمادة 24 وورد فيها: "لكل شخص الحق في الراحة وفي أوقات الفراغ ولاسيما في تحديد معقول لساعات العمل وفي عطلات دورية وبأجر...".

وتعدّ بحق الاتفاقية الدولية رقم 111 لسنة 1958 بشأن حظر التمييز في الاستخدام والمهنة من الاتفاقيات الأساسية الصادرة عن منظمة العمل الدولية لمواجهة التمييز بين المرأة والرجل في مجالات الاستخدام والمهنة. كما تعتبر هذه الاتفاقية أكثر من مجرد وثيقة تكرس الإطار العام لتكافؤ الفرص، وذلك بحظرها جميع صور التمييز أو الاستثناء أو الفصل الذي من شأنه إبطال تكافؤ الفرص والمعاملة أو إنقاصه سواء عن طريق التشريعات أو السياسات أو الممارسات الوطنية التي تنتهجها الدول⁷⁷⁵.

وقد سبقتها الاتفاقية الدولية رقم 100 لسنة 1951 بشأن مساواة العمّال والعاملات في الأجر عن عمل ذي قيمة متساوية. واستكملاً لمظاهر الحماية القانونية التي تتمتع بها المرأة العاملة في مجال التشغيل فقد حظرت الاتفاقية الدولية رقم 103 لسنة 1952 بشأن حماية الأمومة على صاحب العمل فصل العاملة أثناء إجازة الوضع وأثناء مرض نشأ من الحمل أو الوضع. وقد تأكّد هذا الحظر الرامي إلى حماية وظيفة العاملة في الاتفاقية الدولية رقم 158 لسنة 1982، وبعدها ظهر بصورة جليّة في الاتفاقية الدولية رقم 183 لسنة 2000 التي حرّمت على صاحب العمل أن ينهي استخدام أي امرأة أثناء حملها أو أثناء تغيّبها في إجازة الوضع أو خلال فترة تعقب عودتها إلى العمل. كما حدّدت مقدار إجازة الوضع بأربعة عشر أسبوعاً، حيث يكون من حق العاملة الحصول على فترة إجازة ما قبل الوضع تكون مساوية للفترة الفاصلة بين التاريخ المقرّر للولادة وتاريخها الفعلي، فضلاً عن حقها

⁷⁷⁴ - زكية حميدو، مصلحة المحضون... المرجع السابق، ص. 431.

⁷⁷⁵ - أنظر، عبد الباسط عبد المحسن، الحماية القانونية للمرأة في تشريعات العمل العربية، -دراسة للواقع والمأمول في ضوء معايير العمل الدولية والعربية-، الورشة الأولى لمؤتمر قضايا المرأة وتحديات العصر، المنامة مملكة البحرين، 20-21 نوفمبر 2013، ص. 05.

في الحصول على إجازة إضافية في حالة الإصابة بمرض أو حدوث مضاعفات ناجمة عن الحمل والوضع. ومنحتها حق الحصول على فترات توقف يومية أو على تخفيض ساعات العمل اليومية لإرضاع طفلها رضاعة طبيعية مدفوعة الأجر.

هذه الحماية الدولية للمرأة العاملة كرستها دساتير وتشريعات العمل المغربية، فحاء بنص الفصل 21 من الدستور التونسي: "المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز. تضمن الدولة للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامّة، وتهيئ لهم أسباب العيش الكريم". هذا وقد نص الفصل 40 منه صراحة على أن: "العمل حق لكل مواطن ومواطنة، وتتخذ الدولة التدابير الضرورية لضمانه على أساس الكفاءة والإنصاف. ولكل مواطن ومواطنة الحق في العمل في ظروف لائقة وبأجر عادل"⁷⁷⁶. وهي مبادئ كرّسها الدستور المغربي إذ نص الفصل السادس في فقرته الثانية على أن: "تعمل السلطات العمومية على توفير الظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنات والمواطنين، والمساواة بينهم، ومن مشاركتهم في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية". وحثّ الفصل 31 منه على أن: "تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتسيير أسباب استفادة المواطنات والمواطنين، على قدم المساواة، من الحق في: ...-الشغل والدعم من طرف السلطات العمومية في البحث عن منصب شغل، أو في التشغيل الذاتي؛ -ولوج الوظائف العمومية حسب الاستحقاق...". وبالمقابل نصت المادة 32 من الدستور الجزائري على: "كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يتدرّج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي". والمادة 69 منه اقتضت: "لكل المواطنين الحق في العمل؛ يضمن القانون في أثناء العمل الحق في الحماية، والأمن، والنظافة؛ الحق في الراحة مضمون، ويحدّد القانون كفاءات ممارسته؛ يضمن القانون حق العامل في الضمان الاجتماعي؛ تشغيل

⁷⁷⁶ - دستور تونس الصادر بتاريخ 26 ربيع الأول 1435 الموافق ل 27 جانفي 2014.

الأطفال دون سن 16 سنة يعاقب عليه القانون؛ تعمل الدولة على ترقية التمهين وتضع سياسات للمساعدة على استحداث مناصب الشغل⁷⁷⁷.

وفي هذا الصدد نشير إلى أنّ الدساتير المغاربية أولت أهمية خاصة للمشاركة السياسية للمرأة في محاولة منها إلى تشجيعها والرفع من نسبة حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة، ذلك أنّه إذا كان حقها في التصويت لم يعد اليوم حديث الساعة، فإنّ مشاركتها في النشاط الحكومي والأحزاب السياسية والبرلمان أصبحت تشكّل محور اهتمام من قبل المؤسّس الدستوري، والندوات والمؤتمرات من أجل تعزيز قدراتها وترقية مؤهلاتها التي تسعفها للمنافسة في احتلال مواقع صنع القرار. فدورها الحكومي لا يكتسي أهمية تذكر، إذ أنّ الدراسات تثبت أنّ المرأة التي تتولى مناصب حكومية غالبا ما تبقى رهينة العمل الوزاري دون أن يكون لها أية سلطة فعلية، لأنّه عادة ما يعهد للوزيرة مسؤولية في مجال المرأة، الأسرة، الثقافة، الهجرة. وتمثيلها السياسي عبر الأحزاب السياسية هو الآخر يعتبر ضئيلا، فقائمة الأحزاب لا تضم سوى عددا قليلا من النساء، كما أنّها لا تتمتع بأي تأثير فعلي، ولا يمنح لها أي دور في وضع سياسات الأحزاب أو صياغة برامجها⁷⁷⁸. وعن مشاركتها عبر المجالس المحلية والبرلمان هي أيضا لم ترق بعد إلى المستوى المطلوب⁷⁷⁹.

وهذه الأهمية تجسدت من خلال النصّ أوّلا على تكافؤ النساء والرجال من حيث الحقوق السياسية فاقتضى الفصل 46 فقرة ثانية من الدستور التونسي ما يلي: "تضمن الدولة تكافؤ الفرص بين الرجل والمرأة في تحمل مختلف المسؤوليات وفي جميع المجالات". ونصت الفقرة الأولى من الفصل 34 منه على أنّ: "حقوق الانتخاب والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون". وأكملت الفقرة الأولى من الفصل 35 منه بقولها: "حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات مضمونة".

⁷⁷⁷ القانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس 2016 المعدل والمتمم لدستور 1996، ج. ر. ع. 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

⁷⁷⁸ على سبيل المثال نذكر أنّ حزب التجمع الوطني الديمقراطي قدم 541 مرشح من بينهم 48 امرأة مرشحة وهو ما يعادل نسبة 8.87 بالمائة؛ حزب التجمع من أجل الثقافة والديمقراطية وضع 50 امرأة من بينهم واحدة على رأس القائمة؛ حزب العمال قدم 200 مرشحة مثلن نسبة 38,24 بالمائة، وهي تعد نتيجة فريدة من نوعها لم يستطع أي حزب آخر تحقيقها. أنظر، نصير سمارة، المرأة والسياسة في الجزائر، مجلة دراسات إستراتيجية، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ع. 11، ص. 139، 140.

⁷⁷⁹ أنظر، رقية المصدق، المرأة والسياسة، دار توبقال، الدار البيضاء، المغرب، ط. 01، 1990، ص. 43؛ بلقاسم حوام، دولة حديدان، ياسمين دريش، حظوظ المرأة الجزائرية في الحياة السياسية ضعيفة ولا تتعدى 7 بالمائة، مقال كتب بجريدة الشروق بتاريخ 2010.03.07، على الموقع: www.echoroukonline.com

بالمقابل ينص الفصل 19 في فقرته الأولى من الدستور المغربي على أنه: "يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها". وتؤكد الفقرة الأولى من الفصل 30 منه على أن: "لكل مواطنة ومواطن، الحق في التصويت، وفي الترشح للانتخابات، شرط بلوغ سن الرشد القانونية، والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية...". وجاءت صياغة المادة 34 من الدستور الجزائري على النحو التالي: "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصيّة الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية". كما أنّ الفقرة الأولى من المادة 52 منه نصت على أنّ: "حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون".

وثانيا عن طريق اعتماد نظام الحصص النسوية فكانت هناك محاولة من قبل الدول المغاربية للرفع من الحظوظ التمثيلية للمرأة وهو ما يتجلى من خلال الفقرة الثانية من الفصل 34 من الدستور التونسي لقولها: "تعمل الدولة على ضمان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة".، والفقرة الثالثة من الفصل 46 بنصها: "تسعى الدولة إلى تحقيق التناصف بين الرجل والمرأة في المجالس المنتخبة".، ومن جهة الدستور المغربي جاء في الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 19 منه: "تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء؛ وتحدث لهذه الغاية، هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز". وتضمن أيضا الفصل 30 منه: "... وينص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية". بالموازاة ورد في المادة 35 من الدستور الجزائري: "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة؛ يحدد قانون عضوي كيفية تطبيق هذه المادة"⁷⁸⁰. وتضيف المادة 36 من نفس الدستور: "تعمل الدولة على

⁷⁸⁰- يفهم من خلال هذه النصوص رغبة الدول المغاربية في اعتماد إجراء نظام الحصص النسوية أو ما يسمى بنظام الكوتا، وهو تقنية تهدف إلى توفير فرص لعدد من الفئات الأقل حظا داخل المجتمعات من قبيل النساء والسود والأقليات وذوي الاحتياجات الخاصة. هناك نظام الحصص المحدث بموجب الدستور، ونظام الحصص المحدث بمقتضى القانون الانتخابي، وهما معا يسمحان بتنافس النساء على عدد أو نسبة من المقاعد المخصصة، ثم نظام الحصص الحزبي الذي يقضي بترشيح نسب محددة من النساء في اللوائح الانتخابية و/أو البرلمانية، ويمكن لهذا الأخير أن يكون اختياريا في سياق توافقي، أو إجباريا بموجب نص قانوني =

ترقية التنافس بين الرجال والنساء في سوق التشغيل؛ تشجع الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والإدارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات".

بناء على ما ذكر، حق المرأة في ممارسة المهنة وفي اختيارها من الحقوق المكفولة بمقتضى الدستور وليس هذا فحسب، بل هو مكفول أيضا بموجب قوانين العمل. فمجلة الشغل التونسية الصادرة بمقتضى القانون عدد 27 لسنة 1966 والمعدلة بالقانون عدد 62 لسنة 1996، كما قانون الوظيفة العمومية التونسي عدد 112 لسنة 1983 لم ينص على أي تقييد لحرية المرأة المتزوجة في العمل. والفصل الخامس من قانون 96-92 نص صراحة على عدم التمييز بين الرجل والمرأة في تطبيق أحكام مجلة الشغل، وبموجب الفصل 64 منه منح لها الحق في عطلة أمومة مدتها 30 يوما، وفي التوقف عن العمل مرتين لمدة نصف ساعة لإرضاع طفلها طيلة تسعة أشهر ابتداء من يوم الولادة.

من جانبها عرفت مدونة الشغل المغربية تطورا ملحوظا وشكّلت دعما قويا لحق المرأة وحريتها في الشغل ترجمته العديد من نصوصها على رأسها المادة التاسعة وورد فيها: "يمنع كل تمييز بين الإجراء من حيث السلالة أو اللون، أو الجنس أو الإعاقة أو الحالة الزوجية أو العقيدة أو الرأي السياسي أو الانتماء النقابي أو الأصل الوطني، أو الأصل الاجتماعي، يكون من شأنها خرق أو تحريف مبدأ تكافؤ الفرص أو عدم المعاملة بالمثل في مجال التشغيل أو تعاطي مهنة، لاسيما فيما يتعلق

=- وتؤكد الدراسات والأبحاث المرتبطة بهذا الشأن، أن أزيد من ثمانين دولة تعتمد هذا النظام على امتداد مناطق مختلفة من العالم، في كل من إفريقيا (جنوب إفريقيا، إريتريا، غانا....)، أمريكا اللاتينية (الأرجنتين، البرازيل، المكسيك....)، أوروبا (إسبانيا، بريطانيا، بلجيكا....)، آسيا (بنغلاديش باكستان، أندونيسيا....)، أنظر، إدريس لكريني، الكوتا وواقع المشاركة النسائية في البرلمان، الحوار المتمدن، 2009/03/13، ع. 2584، على موقع الإنترنت: www.ahewar.org.

ولقد أثارت سياسة الحصص جدلا كبيرا بين مؤيد يعتبره تمييزا إيجابيا يعمل على تحقيق التكافؤ وإجراء مرحليا مؤقتا إلى أن يعتاد المجتمع على إعطاء المرأة فرصة لإثبات قدرتها وممارسة حقها في المشاركة السياسية. ومعارض يعتبره متعارضا مع عنصري الكفاءة والجدارة، وهو لا يخدم مصلحة النساء والإدارة معا. فبالنسبة للنساء قد ينظر إليهن أن وصولهن للمناصب الإدارية كان بسبب جنسهن، مما يولد لديهن نوعا من الاحتقار وعقدة النفس. أما بالنسبة للإدارة، فإن اختلال عنصري الكفاءة والجدارة قد يؤدي إلى زعزعة مشروعية الأعمال الإدارية وينعكس سلبا على نوع الخدمة التي يقوم بها المرفق.، أنظر، عائشة غلوم، التمثيل السياسي للمرأة بنظام الكوتا، المغرب نموذجاً، على موقع الإنترنت: www.womengateway.com؛ أعمار مجاوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار هومة، الجزائر، 2003، ص. 164، 165.

ولهذا فإنّ نظام الكوتا يطرح العديد من التساؤلات أبرزها: هل يعد أنسب الآليات لضمان نصيب المرأة في العملية السياسية؟ أم أنه مجرد نظام إرضائي للمرأة يهدف إلى تحجيم دورها؟ هل سيمكنها من اتخاذ مواقع صنع القرار؟ متى ستحقق المرأة تقدما سياسيا بكفاءتها وبرنامجهما السياسي؟

بالاستخدام، وإجارة الشغل وتوزيعه والتكوين المهني والأجر والترقية والاستفادة من الامتيازات الاجتماعية والتدابير التأديبية والفصل من الشغل"⁷⁸¹.

يترتب عن ذلك بصفة خاصة ما يلي⁷⁸²:

- 1- حق المرأة في إبرام عقد الشغل؛
- 2- منع كل إجراء تمييزي يقوم على الانتماء، أو النشاط النقابي للأجراء
- 3- حق المرأة متزوجة كانت أو غير متزوجة، في الانضمام إلى نقابة مهنية، والمشاركة في إدارتها وتسييرها.

هذا وتطرقت المادة 346 منها صراحة بالمنع لكل تمييز في الأجر بين الرجل والمرأة، بقولها: "يمنع كل تمييز في الأجر بين الجنسين، إذا تساوت قيمة الشغل الذي يؤدّيانه". وعززتها بمقتضيات زجرية جاءت بها المادة 361 على النحو التالي: "...يعاقب عن عدم التقيّد بأحكام المادة 346 بغرامة من 25000 إلى 30000 درهم. وفي حالة العود تضاعف الغرامة المذكورة أعلاه".

وإلى جانب التأكيد على إلغاء كل تمييز بين الرجل والمرأة في مجال الشغل، حمى المشرع المغربي المرأة العاملة الحامل من الطرد التعسفي بسبب حملها عبر نصوص قانونية منها المادة 159 التي تنص على أنه: "لا يمكن للمشغل إنهاء عقد شغل الأجيورة، التي ثبت حملها بشهادة طبية، سواء أثناء الحمل، أو بعد الوضع بأربعة عشر أسبوعاً. كما لا يمكن إنهاء عقد شغل الأجيورة، أثناء فترة توقفها عن الشغل بسبب نشوء حالة مرضية عن الحمل أو النفاس، مثبتة بشهادة طبية". ومن حقها التوقف عن العمل مرتين لا تقل كل منهما على نصف ساعة لإرضاع طفلها رضاعة طبيعية بحسب نص المادة 157 من نفس المجلة.

وحسب ما جاءت به نصوص قانون العمل الجزائري، فإنه يعتبر باطلاً كل عقد عمل يكرس التمييز بين الرجل والمرأة سواء تعلّق بالتوظيف أو الأجر أو ظروف العمل وهو ما أقرته المادة

⁷⁸¹- ظهير شريف رقم 194-03-1 المؤرخ ب 14 رجب 1424 الموافق 11 شتنبر 2003، الصادر بتنفيذ القانون رقم 99-65 المتعلق بمدونة الشغل، ج. ر: 08 ديسمبر 2003، ع. 5167.

⁷⁸²- أنظر، عبد النور ادريس، المرأة ومدونة الشغل المغربية -مقاربة سوسيولوجية-، الحوار المتمدن، 30-10-2005، ع. 1363، على موقع الانترنت التالي: www.ahewar.org

السادسة، والسابعة والثامنة من قانون علاقات العمل⁷⁸³. كما تتساوى المرأة مع الرجل في الأجر، وتستفيد من عطلة الأمومة ومدتها أربعة عشر أسبوعاً متتالية على أن تبدأ على الأقل ستة أسابيع منها قبل التاريخ المحتمل للولادة، وتتقاضى أجرها خلالها بنسبة مائة بالمائة على أن يخصم منه اشتراك الضمان الاجتماعي والضريبة طبقاً للمادتين 11 و12 من قانون التأمينات الاجتماعية⁷⁸⁴. وللمرأة العاملة المرضعة الحق في التغيب ساعتين مدفوعتي الأجر خلال الستة أشهر الأولى وساعة واحدة مدفوعة الأجر كل يوم خلال الستة أشهر الموالية وفقاً للمادة 214 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁷⁸⁵.

هذا على صعيد الدساتير وقوانين العمل، أمّا على صعيد القوانين المنظمة للعلاقات الزوجية، فنجد أنّ التنقيحات الأخيرة حاولت منح مزيد من الحماية بحيث أعطت الحق والحرية للمرأة في اشتراط العمل في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق بالفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، تقابله المادة 47 من مدونة الأسرة والمادة 19 من قانون الأسرة الجزائري⁷⁸⁶. كما قام المشرع التونسي بإلغاء الفصل 831 من مجلة الالتزامات والعقود بعد أن كان ينص على أنه: "ليس للزوجة أن تؤجر نفسها للخدمة أو الرضاع إلاّ برضاء زوجها وإلاّ فله فسخ الإجارة". رغبة منه لإطلاق حرية الزوجة في العمل.

وإنّ حق المرأة في العمل لا يقتصر على الوظائف العامة، وإنّما يتعدّها إلى مزاولة النشاط التجاري فقد سمح لها التشريع المغربي، على منوال المشرع الجزائري، بممارسة التجارة من خلال نصوص واضحة وصريحة فحسب المادة 17 من مدونة التجارة المغربية يحق للمرأة المتزوجة أن تمارس

⁷⁸³ - المواد 06 - 07 - 08 من القانون 90-11 المؤرخ في 01 شوال 1410 الموافق ل 21 أبريل 1990. المعدل والمتمم بالقانون 91-29 المؤرخ في 14 جمادى الثانية 1412 الموافق ل 21/12/1991، والمتضمن علاقات العمل. ج. ر. 68، المؤرخة في 25 ديسمبر 1991.

⁷⁸⁴ - المادتين 11 و12 من الأمر 96-17 المؤرخ في 20 صفر 1417 الموافق ل 06 يوليو 1996، المعدل والمتمم للقانون 83-11، المؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق ل 02 يوليو 1983، والمتضمن التأمينات الاجتماعية. ج. ر. ع. 42، المؤرخة في 07 يوليو 1996، أعمر مجاوي، المساواة في الحقوق... المرجع السابق، ص. 184 وما بعدها.

⁷⁸⁵ - الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق ل 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج. ر. ع 46 مؤرخة في 16 يوليو 2006.

⁷⁸⁶ - حول حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج يراجع، ص. 252 وما بعدها من هذه الرسالة.

التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها، وإنّ كل اتفاق مخالف يعتبر لاغيا⁷⁸⁷. وبناء على المادة 43 من الدستور الجزائري فإنّ حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون. هذا وتنص المادة 07 من القانون التجاري الجزائري على أنّه: "لا يعتبر زوج التاجر تاجرا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا تابعا لنشاط زوجه. ولا يعتبر تاجرا إلاّ إذا كان يمارس نشاطا تجاريا منفصلا". وتضيف الفقرة الأولى من المادة 08 من نفس القانون: "تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها"⁷⁸⁸. بينما اكتفى المشرع التونسي بصياغة نصوص عامّة يفهم من خلالها أنّ ممارسة التجارة حق للمرأة كما هو للرجل إذ ورد بالفصل الخامس من المجلة التجارية أنّ "كل شخص أهل للالتزام يجوز له أن يتعاطى التجارة". ويكمّله الفصل السادس منها بقوله: "لا يجوز للقاصر الذي بلغ ثمانية عشر عاما كاملة ذكرا أو أنثى أن يتعاطى التجارة أو أن يعتبر رشيدا بالنظر للتعهدات التي التزم بها في أعمال تجارية إذا لم يحصل على ترشيده المطلق"⁷⁸⁹.

فإذا هي نصوص قانونية تبين مدى رغبة التشريعات المغاربية في دمج المرأة في المجتمع وجعلها عنصرا فعّالا وإيجابيا ومنحها الحماية اللازمة، أملا في أن لا تبقى مجرد حماية ودعم نظري لا يجد تطبيقا له على الصعيد العملي الواقعي.

وبالعودة إلى ذمتها المالية نقول سواء تعلّق الأمر بالمرتبّ الذي تتقاضاه من وظيفتها، أو بالأرباح التي تجنيها من ممارسة المهن والنشاطات الحرة، فكلّها تنصرف إلى ذمتها المالية وتعتبر عنصرا من عناصر إثرائها. ممّا يجعلها المالكة الوحيدة لها، ويخوّلها حق وحرية التصرف فيها دون إذن زوجها الذي لا يحق له مطالبتها بعائداتها المالية وإلاّ اعتبر ذلك خرقا للقانون⁷⁹⁰. فإذا كان عمل المرأة مصدرا لأموالها، فإنّه يمكنها أن تكتسبها أيضا بطرق شرعية أخرى.

⁷⁸⁷ - ظهير شريف رقم 83-96-1 صادر في 15 ربيع الأول بتنفيذ القانون رقم 95-15 صادر في 24 ذي الحجة 1416 الموافق 13 ماي 1996 المتعلق بمدونة التجارة، ج. ر. 03 أكتوبر 1996.

⁷⁸⁸ - قانون رقم 05-02 مؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق 06 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 75-59 المؤرخ 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج. ر. ع. 11 مؤرخة في 09 فبراير 2005.

⁷⁸⁹ - قانون عدد 129 لسنة 1959 مؤرخ في 05 أكتوبر 1959 يتعلّق بإدراج القانون التجاري، ر. ج. ت، 13 نوفمبر 1959.

⁷⁹⁰ - أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد - وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج. 01، دار الثقافة، الأردن، ط. 01، 2012، ص. 413.

ثالثا: أموال المرأة من الإرث والتبرعات

باعتبار أنّ المال هو عصب الحياة، أقرّ الإسلام نظام الميراث الذي يبقى المورث على ملكه بانتقاله إلى ورثته الشرعيين ومن تربطه بهم صلة القرى، فأعطى كل ذي حق حقه جاعلا تقسيمه فريضة شرعية واجبة الإتيان لا اختيار فيها للوارث أو المورث⁷⁹¹. ولكونها أنصبة مفصلة بآيات قرآنية فقد اقتبستها التشريعات المغاربية مضيفة إليها بعض المسائل الخاصة التي توصل إليها الاجتهاد الفقهي⁷⁹². فلم تستثن المرأة من الميراث، إذ لها حقوق في تركة المالك تختلف أنصبتها فيها حسب درجة قرابتها كأم أو زوجة أو أخت أو بنت وغيرها إذ تأخذ نصيبها فرضا⁷⁹³، أو تعصيا سواء غيرها أو مع غيرها⁷⁹⁴، أو تأخذ ما حدّد لها في المسائل الخاصة⁷⁹⁵. وبما أنّ أموال الزوجة هو موضوع دراستنا فإنّها ترث بالفرض دائما فتستحق الربع في حالة عدم وجود الفرع الوارث، والثلث عند وجوده، شريطة أن يكون عقد الزواج صحيحا، وترث سواء قبل أو بعد البناء وحتى في عدّة الطلاق، علما وأنّها لا ترث بالرد إلاّ عند عدم وجود عصبية من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوي الأرحام⁷⁹⁶.

بهذا يلعب الميراث دورا كبيرا في إثراء الذمة المالية للمرأة بتغييرها نحو الإيجاب⁷⁹⁷. وإضافة إليه، تعتبر التبرعات سبيلا يمكن المرأة من الحصول على أموال تدخل في ذمتها المالية فتجعلها قادرة على

⁷⁹¹ - أنظر، بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع تعديلات 2005 ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص. 20.

⁷⁹² - لمزيد من التفاصيل: راجع المواد من 126 إلى 183 من ق. أ. ج؛ منصور كافي، الموارث في الشريعة والقانون، دار العلوم، الجزائر، 2008، ص. 49 وما بعدها.

⁷⁹³ - الفصول 90، 91، 94، 95، 96، 97، 98 من م. أ. ش. ت.، المواد 337، 342، 343، 344، 345، 346، 347 من م. أ. م.، المواد 142، 144، 145، 147، 148، 149 من ق. أ. ج.

⁷⁹⁴ - الفصول 119، 120، 121 من م. أ. ش. ت.، المواد 351، 352، 353، 354 من م. أ. م.، المواد 155، 156، 157 من ق. أ. ج.

⁷⁹⁵ - نظمها المشرع التونسي في م. أ. ش. كما يلي: المسألة المشتركة بالفصل 144، المسألة المالكية بالفصل 145، المسألة الأكدرية بالفصل 146، والمشرع المغربي نص عليها في م. أ. وهي: مسألة المعادة بالمادة 360، الأكدرية المادة 361، مسألة المالكية 362، مسألة شبه المالكية 363، مسألة الخرقاء 364، المسألة المشتركة 365، مسألة الغراوين 366 مسألة المبالهة 367، المنبرية 368.، تقابلها في ق. أ. ج: مسألة الغراء المادة 175، المسألة المشتركة المادة 176، الغراوين المادة 177، المبالهة المادة 178.

⁷⁹⁶ - نص الفصل 143 مكرر من م. أ. ش. ت. على أحكام الإرث بالرد؛ تقابله والمواد 126، 130، 131، 132، 145 ف. 02، 146، 147 من ق. أ. ج؛ بلحاج العربي، أحكام التركات... المرجع السابق، ص. 138-139.

⁷⁹⁷ - أنظر، محمد لمن لوغيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط. 02، 2006، ص. 144-145.

التملك وإقامة ثروة مالية بالطرق الشرعية، ومن شأنها أيضا أن تلعب دورا اجتماعيا في حماية المرأة التي لا موارد مالية لها⁷⁹⁸.

فبالنسبة للهبه، عالجها المشرع التونسي بالفصول من 200 إلى 213 من مجلة الأحوال الشخصية، ونظّمها المشرع الجزائري مقتبسا جل أحكامها من الفقه المالكي في المواد من 202 إلى 212 من قانون الأسرة⁷⁹⁹. وبما أنّها تملك بلا عوض، فإنّها تؤدّي إلى اغتناء ذمة الموهوب له، ولا يوجد مانع في أن تكون الزوجة موهوبا لها سواء من قبل زوجها⁸⁰⁰ أو أبويها⁸⁰¹ أو حتى الغير، فتتولى الراشدة حيازتها بنفسها دون إذن، في حين يتولى الحيازة عن القاصرة من ينوب عنها قانونا⁸⁰². بينما فصلها المشرع المغربي عن مدونة الأسرة ليتناولها بموجب مدونة الحقوق العينية من المادة 273 إلى 289⁸⁰³.

أما الوصية، فنظّمها المشرع التونسي في الفصول من 171 إلى 199 من مجلة الأحوال الشخصية، والمشرع المغربي بالمواد من 277 إلى 314 من مدونة الأسرة، فالمشرع الجزائري في المواد من 184 إلى 201 من قانون الأسرة، وبمراعاة أحكامها تكون الوصية من الزوج إلى زوجته جائزة ونافذة متى أجازها كل الورثة لأنّها وصية لوارث⁸⁰⁴. مع العلم، أنّ كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا

⁷⁹⁸ - محمد أمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة... المرجع السابق، ص. 160.

⁷⁹⁹ - لمزيد من التفاصيل: راجع، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، -تتمة العقود، الملكية وتوابعها-، ج. 05، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط. 02، 1985، ص. 05 وما بعدها؛ محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط. 01، 2003.

⁸⁰⁰ - المادة 208 من ق. أ. ج

⁸⁰¹ - المادتين 208 و211 من ق. أ. ج.

⁸⁰² - المادة 210 من ق. أ. ج.

⁸⁰³ - ظهير شريف رقم 178. 11. 1 صادر في 25 ذي الحجة 1432 الموافق ل 22 نوفمبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 08. 39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية.

⁸⁰⁴ - الفصل 179 من م. أ. ش. ت؛ المادة 303 من م. أ. م؛ المادتين 185 و189 من ق. أ. ج.

كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف⁸⁰⁵. وأيضاً تطبق أحكام الوصية إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته⁸⁰⁶.

مما تقدم، يتضح أنه هناك عدّة طرق مشروعة لاكتساب المال، وهذه الطرق تجعل للمرأة ذمة مالية، فهل يؤثر الزواج على أهلية قيامها بالتصرفات القانونية، وما هي سلطتها على هذا المال المكتسب؟

الفرع الثاني

سلطات المرأة على مالها الخاص

إذا اعتبرنا أنّ تمتّع الزوجة بذمة مالية مستقلة هو سبيل لإقرار العدل والمساواة بين الزوجين في تحمّل أعباء الحياة الزوجية والاستفادة المشتركة من الحقوق التي ترتبط بها. فإنّ أول حق يترتب عن الاستقلال المالي للزوجة هو حرية التصرف في مالها (أولاً). غير أنّه إذا كان كل حق يقابله واجب فلا بد أن تتحمّل عبئ الديون المترتبة عن تصرفها (ثانياً).

أولاً: حرية المرأة في التصرف في مالها

تمتّع الزوجة في الإسلام بأهلية القيام بالتصرفات القانونية والمالية من بيع وإيجار، شفعة، وكالة، شركة، هبة وغيرها شأنها في ذلك شأن الرجل، وما يدلّ على استقلالها بما لها قوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾⁸⁰⁷، وقوله عز وجل: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾⁸⁰⁸. فهذه الآيات الكريمة تدلّ على أهلية كل من الرجل والمرأة في الإلزام والالتزام، وبصورة تماثلية لا وصاية لأحدهما على الآخر. وقد

⁸⁰⁵ - الفصل 206 من م. أ. ش. ت؛ المادة 280 من م. ح. ع. م؛ الفقرة 01 من المادة 776 من ق. م. ج؛ وحتى الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة تعتبر وصية طبقاً للمادة 204 من ق. أ. ج.

⁸⁰⁶ - المادة 777 ق. م. ج.

⁸⁰⁷ - سورة النساء، الآية رقم 07.

⁸⁰⁸ - سورة النساء، الآية رقم 12.

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول أنّ الزوجة البالغة تبقى مالكة لجميع الأموال التي جاءت بها قبل الزواج، وتلك التي اكتسبتها أثناء الحياة الزوجية، ولها الحق في التصرف فيها سواء بعوض أو بدون عوض⁸⁰⁹، وخالفهم المذهب المالكي في التبرعات بدون عوض، إذ اشترط حصول الزوجة على إذن زوجها فيما زاد عن الثلث⁸¹⁰. وهناك من يرى أنّ سبب هذا الاستثناء يكمن في حماية مصالح الأسرة، فطالما أنّ الزوج هو رب العائلة فهو الساهر على حماية مصالحها المادية والحفاظ عليها، وذلك لما تنطوي عليه التصرفات بدون عوض من خطر وافتقار للذمة المالية⁸¹¹، ولكونه وريثاً فيحق له التدخل ومنعها من التبرع بما زاد عن ثلث مالها خشية ضياع حقه فيما يخص أخذ نصيبه من التركة⁸¹².

ولقد أقرّت القوانين المغاربية الأهلية الكاملة للمرأة إعمالاً للأحكام العامة، حيث ورد بالفصل الثالث من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: "كل شخص أهل للالتزام ما لم يصرح القانون بخلافه". هذا ونص الفصل السابع من المجلة ذاتها على أنّ: "كل إنسان ذكر أو أنثى تجاوز عمره عشرين سنة كاملة يعتبر رشيداً بمقتضى هذا القانون". هي نصوص يقابلها من جهة، الفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود المغربي وفيه: "الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية. وكل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك". والمادة 209 من مدونة الأسرة المغربية تنص على أنّ: "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة"، إضافة إلى المادة 210 منها وفيها: "كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته". ومن جهة أخرى، تجد أساساً لها في المادة 40 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنّ: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) كاملة".

⁸⁰⁹ - أنظر، بشير يوسف مصطفى عاشور، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1984، ص. 370-371.

⁸¹⁰ - بشير يوسف مصطفى عاشور، المرجع السابق، ص. 374.

⁸¹¹ - أنظر، هجيرة دنوبي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، م. ج. ع. ق. إ. س.، الجزائر، 1994، ع. 01، ص. 161.

⁸¹² - أنظر، رشيد مسعودي، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، مجلة الحقيقة، أدرار، الجزائر، 2004، ع. 04، ص. 49.

وإلى جانب هذه الأحكام العامّة التي ساوت بين أهلية الرجل والمرأة أكدت القوانين المغربية للأسرة بصريح النص على استقلالية المرأة بدمتها المالية وأهليتها للتصرّف فيها بكل حرية، فجاء في الفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية ما يلي: "لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها". وورد في الفقرة الأولى من المادة 49 من مدونة الأسرة: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر..."⁸¹³. وهي ذات الصياغة التي اعتمدها الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة.

والملاحظ هنا أنّ صياغة المشرع التونسي اختلفت عن صياغة المشرعين المغربي والجزائري فحرصه على استقلالية المرأة وحرية إدارة أموالها دفعه إلى منع الزوج من الولاية على أموال زوجته بمقتضى القانون. وهو ما أقرته محكمة التعقيب في قرار صدر عنها بتاريخ 20 جويلية 1976 جاء فيه: "الالتزام بالتفويت الصادر عن زوج صاحبة العقار دون توكيل منها، لا يلزمها طالما لم تصادق عليه"⁸¹⁴.

غير أنّ هذا التقدّم الذي شهدته مجلة الأحوال الشخصية التونسية فيما يتعلّق باستقلالية الذمة المالية للمرأة وبحرية إدارة ممتلكاتها والتصرّف فيها دون تدخل من زوجها لا يعني أنّها لم تقيّد هذه الحرية خلال فترات زمنية طويلة. فقد نص الفصل 1481 القديم من مجلة الالتزامات والعقود بأنّ: "الزوجة لا تتجاوز كفالتها ثلث مالها إلاّ إذا إذن زوجها في الأكثر، وإذنه لا يعدّ كفالة منه إلاّ إذا صرح بذلك". كما جاء بالفصل 1524 منها أنّ: "الزوجة لا تكفل الوجه إلاّ بإذن زوجها وإذا أذن فلا ضمان عليه إلاّ إذا صرّح بخلاف ذلك".

إنّ الفصلين المذكورين أعلاه، ولئن قيّدا حرية المرأة في بعض التصرفات التي تأخذ طابع التبرع دون سواها من التصرفات الأخرى التي ظلت حرية المرأة فيها مطلقة، إلاّ أنّ ذلك لا ينفي أنّهما يكرسان بشكل أو بآخر حدا من حرية المرأة وتقييدا لحقها في التصرف في أموالها دون تدخل الزوج

⁸¹³ - علما وأنّ الفقرة الرابعة من مدونة الأحوال الشخصية كانت صياغتها على النحو التالي: "للمرأة حرّيتها الكاملة في التصرف في مالها دون رقابة الزوج، إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته". فقد تبنت مبدأ الحرية المطلقة للمرأة في التصرف في مالها وهو ما يعدّ تكريسا لمبدأ استقلالية الذمة المالية لكل واحد من الزوجين.

⁸¹⁴ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 20/07/1976، ع. 12024، ن. م. ت، 1976، ج. 02، ص. 225.

مهما كان شكله أو محتواه⁸¹⁵. وهو الأمر الذي دفع بالمشرع التونسي إلى إلغائها بمقتضى القانون عدد 17 سنة 2000⁸¹⁶.

وعلى غراره ألغى المشرع المغربي بمقتضى المادة 17 من مدونة التجارة الأهلية الناقصة للمرأة المتزوجة في المجال التجاري وأصبح من حقها ممارسة التجارة بدون رضا زوجها⁸¹⁷، إضافة إلى ذلك قام بإلغاء الفصل 726 من قانون الالتزامات والعقود الذي كان يمنع المرأة المتزوجة من إيجار خدماتها إلا بإذن زوجها، تحت طائلة فسخ الإجارة التي تعقدها زوجته بغير إقراره. وقد اعترف من خلاله ضمينا للمرأة المتزوجة بذمتها المالية المستقلة، لأنه يشترط لانعقاد الشركة توافر ذمتين ماليتين على الأقل، فاستنادا إلى القواعد العامة المتعلقة بالشركات المدنية والتجارية يجوز للزوجين إبرام عقد شركة بينهما لكون الفصل 984 من قانون التزامات والعقود لم يذكر الزوجة ضمن الأشخاص الذين حصر فيهم منع قيام الشركة فيما بينهم⁸¹⁸.

ومن خلال تعريف حق الملكية الوارد في الفصل الرابع عشر من مدونة الحقوق العينية، يتضح أنّ المشرع أورد مصطلح المالك بصورة مطلقة دون بيان من يقصد بالمالك وحيث إن المطلق يجري على إطلاقه فإننا نستنتج أنّ المالك قد يكون الزوج وقد تكون الزوجة وبالتالي فهو لا يميّز بينهما من حيث كون كل منهما مالكا لأمواله الخاصة به والمستقلة عن ملكية الزوج الآخر.

تبعاً لذلك تستقل الزوجة بملكيتها الخاصة وتتصرف فيها بدون إذن زوجها مهما كانت طبيعة التصرفات، فلها تسيير وإدارة أموالها أو وضعها وسحبها من حسابها الجاري في البنك⁸¹⁹. وبما أنّ المشرع أقرّ للزوجة باستقلالية ذمتها المالية، فإنّه عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية وتطبيقاً للأحكام

⁸¹⁵ - عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين... المرجع السابق، ص. 418.

⁸¹⁶ - القانون عدد 17 لسنة 2000، المؤرخ في 7 فيفري 2000، ر. ج. ت.، ع. 11، المؤرخ في 8 فيفري 2000، ص. 369.

⁸¹⁷ - دفع موقف المشرع المغربي في الفصل 6 من مدونة التجاري بأغلبية الجهات في المجتمع إلى المناداة بضرورة تعديله الأمر الذي جعل واضعي مسودة مشروع مدونة التجارة الجديدة يلغون مقتضياته والنص في الفصل 17 على أنّ للمرأة المتزوجة الحرية في أن تتاجر دون أن يتوقف ذلك على إذن زوجها.

⁸¹⁸ - ينص الفصل 984 من ق. إل. ع. على أنّه: "لا يجوز عقد الشركة: أولاً- بين الأب وابنه المشمول بولايته؛ ثانياً- بين الوصي والقاصر إلى أن يبلغ هذا الأخير رشده ويقدم الموصي الحساب عن مدة وصايته ويحصل إقرار هذا الحساب؛ ثالثاً- بين مقدم على ناقص الأهلية أو متصرف في مؤسسة خيرية وبين الشخص الذي يدير أمواله ذلك المقدم أو المتصرف. الإذن في مباشرة التجارة الممنوح للقاصر أو ناقص الأهلية من أبيه أو مقدمه لا يكفي لجعله أهلاً لعقد الشركة مع أحدهما".

⁸¹⁹ - هجيرة دنوني، النظام المالي... المرجع السابق، ص. 164.

العامة الواردة في القانون للزوجة مطلق الحرية في استعمال ملكها واستغلاله والتصرف فيه، بذاته وعناصره الجوهرية. ولها استعماله كما تشاء إلى حد إتلافه دون حد لسلطتها في ذلك إلا ما يفرضه القانون عليها من قيود، واستغلاله من خلال قبض ثماره والحصول على ريعه وغلته. فلا تحرم من ملكها إلا في الحالات المقررة قانوناً كحالة نزع الملكية⁸²⁰.

وعلى غرار الشريعة الإسلامية يثبت للزوجة الراشدة حق القيام بالتصرفات القانونية، فلها كامل السلطة في إبرام العقود المتعلقة بالملكية كعقد البيع وعقد المقايضة والشركة وغيرها من العقود، وفي إبرام العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء كعقد الإيجار، عقد العارية وغيرها مثلها مثل الرجل⁸²¹.

أما عن التبرعات بدون عوض فكما تكون الزوجة موهوب لها أو موصى لها يمكنها أن تكون واهبة أو موصية، وفي هذا الصدد سارت التشريعات المغاربية نهج جمهور الفقهاء فأعطت للزوجة السلطة الكاملة في التبرعات بدون عوض دون أن تقيّد حريتها بإذن زوجها فيما زاد عن الثلث مخالفة بذلك المذهب المالكي، فقد نص المشرع الجزائري صراحة أن الواهب ذكراً أو أنثى بإمكانه هبة كل ممتلكاته بمقتضى المادة 205 من قانون الأسرة وفيها: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عينا، أو منفعة، أو ديناً لدى الغير".

⁸²⁰ - نظم المشرع التونسي حق الملكية في الفصول من 17 وإلى 22 من م. ح. ع؛ وتناولها المشرع المغربي بالمواد من 14 إلى 19 من م. ح. ع؛ وقتنها المشرع الجزائري بالمواد من 674 إلى 681 مكرر 3 من ق. م. ح.

⁸²¹ - أنظر، عمر بكار، أهلية الزوجة في التبرع بين الإطلاق والتقييد على ضوء الفقه والتقنين، مجلة كلية الشريعة، أكادير، 2003، ع. 02، ص. 30، هذا وقد نظم المشرع التونسي العقود في مجلة الالتزامات والعقود من خلال الكتاب الثاني تحت عنوان العقود وما شابهها، فخصص العنوان الأول لعقد البيع من الفصل 564 إلى الفصل 711؛ العنوان الثاني للمعاوضة من الفصل 718 إلى 725؛ العنوان الثالث للكرء والإجارة من الفصل 726 إلى 887؛ العنوان الرابع في الإنزال والكردر والخلو والنسبة الفصول من 954 إلى 995؛ العنوان الخامس في الوديعة الفصول من 995 إلى 1053؛ العنوان السادس في العارية من 1054 إلى 1103؛ العنوان السابع في الوكالة من 1104 إلى 1194؛ العنوان الثامن في القرض من 1195 إلى 1225؛ العنوان التاسع في الشركة من 1226 إلى 1451؛ العنوان العاشر في عقود الغرر من 1452 إلى 1457، والمشرع المغربي نظمها في قانون الالتزامات والعقود من خلال الكتاب الثاني تحت عنوان في مختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها، فخصص القسم الأول للبيع من الفصل 478 إلى 618-20؛ القسم الثاني في المعاوضة من 619 إلى 625؛ القسم الثالث للإجارة من 626 إلى 780؛ القسم الرابع الوديعة والحراسة من 781 إلى 828؛ القسم الخامس العارية من 829 إلى 878، أما المشرع الجزائري، فقد عالج العقود في القانون المدني ضمن الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزامات والعقود، فخصص الباب السابع منه للعقود المتعلقة بالملكية من المادة 351 إلى 466؛ في حين نظم العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء ضمن الباب الثامن من المادة 467 إلى 548؛ وشمل الباب التاسع العقود الواردة على العمل من المادة 549 إلى 611؛ أما الباب العاشر فخصص لعقود الغرر من المادة 612 إلى 643؛ وأخيراً الباب الحادي عشر للكفالة من المادة 644 إلى 673 من ق. م. ح.

ومع أنّ المشرعين التونسي والمغربي لم يذكر ذلك صراحة مثله إلا أنّهما لم يضعوا قيوداً مفاده عدم التبرّع فيما زاد عن الثلث ناهيك عن أنّه يستنتج عدم المنع من خلال الفصل 200 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الذي ينص على أنّ: "الهبة عقد بمقتضاه يملك شخصاً آخر مالا بدون عوض...". وتقابلها المادة 273 من مدونة الحقوق العينية المغربية وتنص على أنّ: "الهبة، تملك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض". إضافة للفقرة الأولى من المادة 285 من نفس المدونة التي تنص على أنّه: "لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع التالية: 1- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ما دامت رابطة الزوجية قائمة".

أمّا الوصية، فهي متوقفة على إجازة الورثة لا إذن الزوج لوحده⁸²².

وكما سبق ذكره⁸²³، فإنّ الصداق حق خالص للزوجة ولا يجوز لزوجها أو وليها الأخذ منه إلاّ برضاها مصداقاً لقوله تعالى: "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتهم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً"⁸²⁴، وتطبيقاً للفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، تقابله المادة 29 من مدونة الأسرة المغربية والمادة 14 من قانون الأسرة الجزائري. ويثبت حقها في قبضها لراتبها والتصرّف فيه كما تشاء، دون أن يكون للزوج الحق في إجبارها على إخراج شيء من مالها لأن واجب الإنفاق يقع عليه⁸²⁵.

⁸²² - الفصل 179 من م. أ. ش. ت؛ المادتان 277 و 280 من م. أ. م؛ المادتان 185 و 189 ق. أ. ج.

⁸²³ - يراجع، ص. 63 وما بعدها من هذه الرسالة.

⁸²⁴ - سورة النساء، الآية رقم 20.

⁸²⁵ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 123 - 124.

وبهذا تستقل الزوجة الراشدة بما لها الخاص ولها كامل السلطات عليه دون حاجة إلى إذن وليها أو زوجها إلا ما قيده القانون⁸²⁶، فمثلا لا يجوز التعامل في تركة إنسان وهو على قيد الحياة⁸²⁷.

وإنّ عدم تدخل الزوج في إدارة أموال زوجته والانتفاع بها والتصرف فيها ناتج عن استقلالية ذمتها المالية، فلا يكون ذلك إلا برضاها أو بموجب وكالة، بحيث يبذل الزوج عناية الرجل العادي في تنفيذه للوكالة، ولا يجوز أن يستعمل مال زوجته لصالح نفسه لأن عمله كوكيل يكون لحسابها وباسمها.

ومع هذا يمكن القول أنّ عقد الزواج يقوم على التعاون والتشاور والاحترام⁸²⁸، كما أنّ الحياة الزوجية المشتركة تقتضي الذوبان في كتلة واحدة، لهذا وجب على الزوجة أن تشاور وتعلم زوجها بتصرفاتها القانونية للحفاظ على الاستقرار الأسري ولدوام الثقة والاحترام والمودة بينهما. فحقيقة أنّ واجب الإنفاق يقع على الزوج إلا أنّ الأعباء والتكاليف الأسرية أصبحت تثقل كاهله، فلا يعقل أن تبذر الزوجة أموالها وتنفقها على وسائل الزينة والتبرج بدل المساهمة في تلبية حاجات أسرتها⁸²⁹.

جدير بالتنويه أنّه في ظل قانون 84-11 كانت الزوجة سواء راشدة أو قاصرة غير قادرة على إدارة أموالها والقيام بالتصرفات القانونية، فالمادة السابعة قبل التعديل حدّدت أهلية الزواج بالنسبة للمرأة بثمانية عشرة سنة، في حين أهلية القيام بالتصرفات القانونية حدّدتا المادة 40 من القانون المدني بتسعة عشرة سنة. فكانت أموال الزوجة تخضع لأحكام الولاية على القاصر⁸³⁰، إلا أنّه وبعد

⁸²⁶ ينص الفصل 20 من م. أ. ش. ت. على أن: "لا يجبر أحد على التنازل على ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون وفي مقابل تعويض عادل". وهو نفس الحكم المنصوص عليه في المادة 23 من م. ح. ع. م. فيها: "لا يجرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون. لا تنزع ملكية أحد إلا لأجل المنفعة العامة ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون، ومقابل تعويض مناسب"؛ تقابلها المادة 677 ق. م. ج بقولها: "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل..."

⁸²⁷ لقول الفقرة الثانية من المادة 92 من ق. م. ج: "غير أنّ التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها قانوناً".

⁸²⁸ وهو ما ورد ضمن الفصل 23 من م. أ. ش. ت؛ تقابله المادة 51 من م. أ. م؛ والمادتين 04 و 36 ف. 1- 2- 3- 4 من ق. أ. ج.

⁸²⁹ أنظر، رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين، في التشريع الجزائري -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006، ص. 261.

⁸³⁰ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 62-63.

تعديلها، فإنّ المشرع ساوى بين أهلية الزواج والأهلية المدنية بجعل سن الزواج للمرأة والرجل بتسعة عشرة سنة وبمقتضاه أصبح للزوجة الراشدة كامل السلطات على أموالها دون تدخل وليها أو زوجها.

فماذا عن الزوجة القاصرة؟

لم يكتف المشرع التونسي بإقراره الصريح بأن لا ولاية للزوج على أموال زوجته ولم يتم بالغاء كل القواعد القانونية المقيدة لحرية المرأة في إدارة أموالها والتصرف فيها فحسب، بل إنّه أقرّ بمؤسّسة الترشيد القانوني بالزواج، وفي هذا مزيد من تكريس استقلالية المرأة وتمتعها لها بآليات قانونية لحماية حقوقها. حيث جاءت صياغة الفصل 53 من مجلة الأحوال الشخصية على الشكل التالي: "يعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي عشرون سنة كاملة وزواج القاصر يرشده إذا تجاوز السابع عشرة من عمره فيما يتعلّق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية والتجارية". فهذا الترشيد بالزواج لا تنتفع به إلاّ المرأة التي تجاوزت السابعة عشرة من عمرها أمّا من هي دون ذلك فيمكنها الزواج بعد الحصول على إذن من القاضي لأسباب خطيرة والمصلحة الواضحة دون أن تتمتع بالترشيد⁸³¹.

وهكذا يكون المشرع التونسي قد انفرد بهذا القرار على خلاف نظيره المغربي والجزائري الذين جاء ترشيدهما للقاصر في نطاق ضيق، فحسب ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 22 من مدونة الأسرة بموجبها: "يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". فإنّ الترشيد يقتصر على أهلية التقاضي ولا يتعدّاه إلى أهلية القيام بالتصرفات القانونية بدليل أنّ المادة 14 من القانون التجاري نصت على أنّه: "لا يجوز للوصي أو المقدم أن يستثمر أموال القاصر في التجارة إلاّ بعد الحصول على إذن خاص من القاضي وفقا لمقتضيات قانون الأحوال الشخصية". هذا التضييق تبناه المشرع الجزائري، فتعديله للمادة السابعة من قانون الأسرة جعله يدرج فقرة ثانية مفادها: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"⁸³².

⁸³¹ - حول زواج القاصرة وترشيدها يراجع، ص. 159 وما بعدها من هذه الرسالة.

⁸³² - أجاز المشرع في المادة 07 من ق. أ. ج سواء قبل أو بعد تعديلها لمن هم دون سن الزواج بالحصول على إذن قضائي بالزواج متى اقتضت المصلحة أو الضرورة ذلك وتأكّدت قدرة الطرفين على الزواج، جيلالي تشوار، الثغرات التشريعية... المرجع السابق، ص. 105 وما بعدها. إلاّ أنّه بالنسبة لترشيد الزوج القاصر، فقد أدرجها ضمن التعديل الأخير بإضافة الفقرة 02 من المادة 07 من ق. أ. ج.

ومع أنّ المشرع حاول ترشيد الزوج القاصر، إلاّ أنّ هذا الترشيح يقتصر على أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، كالمطالبة بالنفقة أو الصداق أو إثبات النسب. ولا يمتد إلى مسائل الطلاق وآثاره بدليل أنّ المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية تنص على أنّه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدّم طلب باسمه من قبل وليّه أو مقدّمه حسب الحالة"، ولا يشمل التصرفات المالية فأهلية التقاضي تختلف عن أهلية القيام بالتصرفات القانونية، ولهذا يقترح الدكتور بلحاج العربي إضافة عبارة "ويستثنى من ذلك إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج" إلى الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الأسرة⁸³³.

على هذا الأساس ليس للزوجة القاصرة سلطات على مالها وتبقى خاضعة لوليّها لا إلى زوجها حسب ما نصّت عليه أحكام المواد من 87 إلى 91 من قانون الأسرة، فيتولى الولي⁸³⁴ إدارة أموال القاصرة والتصرّف فيها تصرّف الرجل الحريص⁸³⁵، باستثناء بعض التصرفات التي يحتاج فيها إلى الحصول على إذن من القاضي⁸³⁶. وإذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يقوم القاضي تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة بتعيين متصرّف خاص⁸³⁷، أمّا إذا توفي الوالدين فإنّ إدارة أموال القاصر تخضع لرقابة القاضي⁸³⁸.

تبعاً لما جاء أعلاه، يتضح أنّ المشرعين المغربي والجزائري قيّداً من حرية الزوجة القاصرة في التصرف في أموالها بحيث لا يرشدها الزواج على خلاف المشرع التونسي الذي منحها الحرية المطلقة، ولو أنّ جانباً من الفقه القانوني التونسي لا يؤيّد هذا الترشيح فعلى الرغم من أنّهم يرون فيه تكريس لاستقلالية الزوجة وحلّ لبعض الوضعيات الواقعية المتشعبة - كأن تكون الأم أرملة ولها أبناء وما تزال مولى عليها-، إلاّ أنّه بالمقابل قد يعدّ سبباً من الأسباب التي تؤدّي إلى الإضرار بمصالحها

⁸³³ - بلحاج العربي، أحكام الزواج... المرجع السابق، ص. 165.

⁸³⁴ - وهو الأب وفي حالة غيابه أو وفاته أو عجزه تحل محله الأم، وعند الطلاق ترجع الولاية لمن أسندت إليه الحضانة طبقاً للمادة 87 من ق. أ. ج.

⁸³⁵ - المادة 88، ف. 01 من ق. أ. ج.

⁸³⁶ - وهي كالتالي: 1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة، 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، 3- استثمار أموال القاصر بالإفراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة، 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

⁸³⁷ - المادة 90 من ق. أ. ج.

⁸³⁸ - المادة 468 من ق. إ. م. إ. ج.

وبشخصها⁸³⁹. فلا يمكن أن تنقل واقعة الزواج المرأة بين عشية وضحاها من حالة اللأرشد إلى حالة الرشد والوعي والتمييز، بل إنّ وجود علاقة الزواج قد تكون سببا في الإضرار بمصالح الزوجة القاصرة التي قد تقع تحت تأثير زوجها فيستغل ضعفها وصغر سنها للحصول على منافع وامتيازات. ولهذا كان على المشرع التونسي عدم التسرّع في ترشيد الزوجة القاصرة في معاملاتها المدنية من منطلق منحها استقلاليته وحريتها المطلقة، فقد كان من الأجدر إبقاء الزوجة القاصرة تحت رقابة وليها الشرعي لغاية حماية بحثة لا تقييد وسلب حرية، خاصة وأنّ زواج القاصرة لا ينقل الولاية إلى الزوج وإّما تبقى بيد من أسندت إليه قبل الزواج.

إنّ مبدأ استقلالية الذمة المالية يسمح للزوجة بالتصرّف في ملكها دون إذن أو تدخل من شخص آخر، وبالمقابل يفرض عليها تحمّل جميع الالتزامات المترتبة عن القيام بالتصرّفات القانونية.

ثانيا: تحمل المرأة ما يترتب عن التزاماتها المالية

على الرغم من أنّ التشريعات المغاربية سكتت عن النص على أنّ استقلال الذمة المالية للزوجين يترتب عليه استقلال الديون الشخصية المستحقة على كل واحد منهما⁸⁴⁰، فإنّه يمكننا القول أنّ الجانب الإيجابي للذمة المالية ضامن للجانب السلبي فيها، أي أنّ حقوق الشخص تضمن ما عليه من ديون، بغض النظر عن تاريخ نشوء هذا الدين سواء كان قبل الزواج أو بعده⁸⁴¹.

من ينقلب النظر في مجلة الالتزامات والعقود التونسية يجد أنّ الفصل 248 منها ينص على أنّ: "للمدين أن يوفي بما التزم به إمّا بنفسه أو بواسطة غيره...". وبالرجوع إلى الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود المغربي يتضمن مايلي: "أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية". تقابله الفقرة الأولى من المادة 188 من القانون المدني الجزائري فاقتضت: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه...". كما أنّ المادة 58 من مدونة التجارة المغربية خاطبت كل شخص طبيعي رجل كان أم امرأة على تحمّل ما ينتج عن اكتساب صفة التاجر. وبالموازاة جاءت المادة 08 من القانون التجاري الجزائري مباشرة، تخصّ المرأة،

⁸³⁹ - عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين... المرجع السابق، ص. 422.

⁸⁴⁰ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية... المرجع السابق، ص. 417 - 418.

⁸⁴¹ - رشيد مسعودي، النظام المالي... المرجع السابق، ص. 158.

حيث نصت على أن: "تلتزم المرأة التاجرة شخصياً بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها. وتكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية، كامل الأثر بالنسبة للغير". مما يدل على أنّ الزوجة هي المسؤولة الوحيدة عن الديون التي أنشأتها فتحمّل سدادها سواء بالطرق العادية⁸⁴²، أو بالطرق الجبرية⁸⁴³، وإنّ الزوج ليس مسؤولاً عن ديونها فلا يلزم بسدادها، اللهم إلاّ إذا قام بالوفاء بإرادته الحرة أو كان ضامناً فتطبق عليه أحكام الكفالة⁸⁴⁴. وبالمقابل لا تلتزم الزوجة بسداد ديون زوجها، وإذا ادعت دينا تجاهه، فعليها أن تثبت ذلك بكافة وسائل الإثبات ويرجع الاختصاص في النظر في هذا النزاع لكل من القاضي المدني وقاضي أحوال الشخصية⁸⁴⁵.

وإذا كان الأصل أنّ كل واحد من الزوجين مسؤول عن ديونه، يفى بها من أمواله الخاصة ويتحمّل تبعة التنفيذ الجبري لوحده، فإنّ المشرع قد أورد استثناء يخص سداد الديون الضريبية فجعل الزوجين مسؤولين عنها بالتضامن متى كانا يعيشان تحت سقف واحد وآلت إليهما الأموال بعد الزواج⁸⁴⁶.

إنّ الزوجة تعتبر مسؤولة عن ديونها الشخصية تجاه الدائنين، وكذلك مسؤولة عن خطئها الشخصي فتلتزم بدفع التعويض عن الأضرار التي لحقت بالغير من أموالها الخاصة حيث أنّ القواعد القانونية المنظمة للمسؤولية التقصيرية جاءت بصيغة عامّة لتشمل الرجل والمرأة على حد السواء.

⁸⁴² - ينقضي الدين حسب الفصل 339 من م. إل. ع. ت.، بإحدى الطرق العادية التالية: الأداء من 340 - 344؛ تعذر الوفاء من 345 - 349؛ الإبراء الاختياري من 350 - 356؛ تجديد الالتزام 357 - 368؛ المقاصة من 369 - 381؛ احتلاط الذمة 382 - 383؛ سقوط الدعوى بمرور الزمن 384 - 413؛ الإقالة 414 - 419؛ وعملاً بالفصل 319 من ق. إل. ع. م. فإنّه ينقضي بإحدى الطرق العادية التالية: الوفاء 320 - 324؛ استحالة التنفيذ 335 - 339؛ الإبراء الاختياري 340 - 346؛ التجديد 347 - 356؛ المقاصة 357 - 368؛ اتحاد الذمة 369 - 370؛ التقادم 371 - 392؛ الإقالة الاختيارية 393 - 398؛ ووفقاً لـ ق. م. ج. بإحدى الطرق العادية التالية: بالوفاء من 258 إلى 275؛ وبمحل الوفاء من 276 - 284؛ بالوفاء بمقابل 285 - 286؛ بالتجديد والإنابة 287 - 296؛ بالمقاصة 297 - 303؛ باتحاد الذمة 304؛ بالإبراء 305 - 306؛ لاستحالة الوفاء 307؛ بالتقادم المسقط 308 - 322 من ق. م. ج.

⁸⁴³ - في حالة امتناع المدين عن سداد ديونه بالطرق العادية يتحمل تبعة التنفيذ الجبري، فتطبق أحكام الحجز على أمواله المقررة في المواد من 584 إلى 799 من ق. إل. م. إل. ج.

⁸⁴⁴ - المادة 644 وما بعدها من ق. م. ج.؛ أنظر، عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. 01، 2010، ص. 144 - 145.

⁸⁴⁵ - المادة 32، 423 و 426 من ق. إل. م. إل. ج.؛ المادتين 57 و 57 مكرر من ق. أ.

⁸⁴⁶ - المادة 376، ف. 01 من القانون رقم 90-36 المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1411، الموافق لـ 31 ديسمبر 1990، يتضمن قانون المالية لسنة 1991، ج. ر. ع. 57. مؤرخة في 31 ديسمبر 1990؛ يراجع، لخصر بن عائشة، إثبات الحقوق المالية للزوجين - دراسة مقارنة نقدية -، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011 - 2012، ص. 91 - 92.

فنص الفصل 82 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أن: "من تسبب في ضرر غيره عمداً منه واختياراً بلا وجه قانوني سواء كان الضرر حسياً أو معنوياً فعليه جبر الضرر الناشئ عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو الموجب للضرر مباشرة ولا عمل بكل شرط يخالف ذلك". توازيه الفقرة الأولى من الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود المغربي بنصها: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر". وتقابلهما المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض". وتتحمّل أيضاً دفع المصاريف والنفقات التي تتطلبها ملكيتها من حفظ وترميم وصيانة وغيرها من مالها الخاص.

وبهذا فإنّ التشريعات المغاربية للأسرة تبنّت الموروث الفقهي لأخذها بمبدأ استقلالية الذمة المالية فيستقل كل زوج بما لديه من أموال عن الزوج الآخر، وهي استقلالية سمحت للزوجة الراشدة بالتصرّف في أموالها التي اكتسبتها بالطرق الشرعية والقانونية سواء قبل الزواج أو بعده دون تدخل زوجها أو وليّها، وبالمقابل فرضت عليها تحمّل التزاماتها وديونها.

ولا يمكن أن نختتم دون ذكر أهم ما يميّز نظام فصل الأموال، فأوّل ميزة تحسب لنظام فصل الأموال كونه يحفظ للمرأة حقوقها المالية، ويعزّز استقلالها ويمكّنها من حريتها في استثمار أموالها لحسابها الخاص عن طريق جميع أنواع المعاملات المالية المشروعة، دون أن يكون لزوجها الحق في التدخل بمنعها أو تقييد حريتها بأي نوع من أنواع التقييد، إلّا ما يمس السلوك الخلقي والآداب العامّة. وهي في ذلك غير مطالبة بالإنفاق على نفسها ولا على أولادها من مالها مهما قلّ أو كثر إلّا برضاها -وفي حالات خاصة بصفة تكميلية لا أصلية- وإذا ماتت ورثها ورثتها ولا يكون لزوجها سوى نصيبه من الميراث مثله مثل سائر الورثة⁸⁴⁷.

كما يجد هذا المبدأ تبريراته في الحرص على عدم اغتناء أحد الزوجين على حساب الآخر خصوصاً عندما تكون ذمة أحدهما سلبية، فقد يحدث في الواقع العملي أن تكون ذمة أحد الزوجين

847- أنظر، محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمّقة في القانون الخاص، -قانون الأسرة والطفولة-، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب، ص. 46.

محملة بديون سابقة يجل أجلها بعد إبرام عقد الزواج، في هذه الحالة يكون عليه وحده الالتزام بالوفاء بديونه من ماله الخاص دون أن يمتد أثر هذه الديون إلى الذمة المالية للزوج الآخر وبالتالي لا يمكن لكتلة الدائنين أن تمارس الحجز على أمواله لاستيفاء ديونهم⁸⁴⁸.

ولعلّ أخطر ما في الذمة المالية المشتركة أنّ الزوج يمكنه أن يغامر بأمواله وأموال زوجته فيتسبب في إفلاسها، خاصّة إذا كان الزوج هو الذي يتولّى عادة استثمار أموال الأسرة بمفرده، وحتى إذا ما شاركته زوجته فغالبا ما تكون له الكلمة العليا بحكم العادة والواقع، فيكون هو المستفيد الأكبر إذ يتصرّف في ماله كما يشاء وتحمل معه عبء ذلك دون أن تشاء. وإذا كان المؤيدون لنظام اتحاد الذمم يبرزونه بكونه يمكن المرأة من حق اقتسام ثروة الزوج وأخذ نصيبها من الممتلكات، فإنّ هذا الطرح يبقى في غالب الأحيان ضربا من الأحلام والأوهام، إذ أنّ الزوج بدائه وحيله يستطيع قبل الطلاق أن ينجو بثروته فلا ينوب الزوجة إلاّ نصيبها من الضرائب والأعباء⁸⁴⁹.

إضافة إلى هذا فنظام فصل الأموال يسهل القسمة عند انقضاء الزواج بطلاق أو وفاة خاصة إذا كان لأحد الزوجين أبناء آخرين من زواج سابق، فيكفي للزوجة أن تثبت مصدر ملكيتها.

رغم هذه الإيجابيات التي يتسم بها نظام الفصل في الأموال إلاّ أنّه إذا انطلقنا من واقع المجتمعات المغاربية نجدّه لا يخدم مصالح المرأة المتزوجة التي لا تتوفر على دخل خاص بها، خاصّة وأنّ أغلب النساء لا يتوفرن على وظيفة أو عمل مأجور يدر أموالا، وحتى بالنسبة لفئة ما يسمى بالنساء النشيطات، فإنّ نسبتهن على الأقل في الوضع الحالي لازالت، والقول باستقلال ذمتها استقلالاً تاماً قد يؤدّي إلى نتائج غير مرضية لأنّ الزوج الذي يشتغل خارج البيت يستثمر مدخراته لحسابه الخاص بشراء منقولات وعقارات تسجل في اسمه. في حين أنّ ربة البيت تقضي وقتها في طهي الطعام وتربية الأولاد أو تساهم بالإنفاق على أسرّتها من دخلها دون أن تشارك زوجها ملكية مدخراته ومشترياته.

ومن بين أهم المشاكل التي تنتج عن تطبيق مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين والمطروحة بحدّة اليوم أمام المحاكم، هو إشكالية إثبات ملكية الأموال والمتاع المنزلي التي تثار بمناسبة الطلاق، حيث

⁸⁴⁸ - محمد أقاش، المرجع السابق، ص. 46.

⁸⁴⁹ - محمد أقاش، المرجع السابق، ص. 47.

تجد الزوجة نفسها عاجزة عن إثبات ملكيتها للأموال التي أتت بها إلى بيت الزوجية أو التي اكتسبتها بعد الزواج من عملها المأجور أو الوظيفي، إذ نادرا ما تعمل على الاحتفاظ بوثائق خاصة بالإثبات على اعتبار أنّ الثقة هي الأساس في الحياة الزوجية. من هذا يتبين أنّ نظام فصل الأموال أدى إلى نتائج سلبية بالنسبة للمرأة بدل أن يكون ضامنا لحقوقها المالية، سلبات تتجلى أكثر عند الحديث عن المقابل المستحق للزوجة في ثروة الزوج. بمعنى سرعان ما تحوّل هذا الحق النظري إلى وهم بسبب الواقع.

المطلب الثاني

اختلاط أموال الزوجين بسبب الواقع

إذا كان من المقرّر فقها، قانونا وقضاء انفصال الملكية واستقلال كل من الزوجين بأمواله، فإنّ هذه النظرة لا تعدو أن تكون مجرد نظرة سطحية، ذلك أنّ معيشة الزوجين في أسرة واحدة واتصال الحياة بينهما يستتبعان وجود علاقات مالية مشتركة على أرض الواقع، وهذا الواقع وحده هو الذي يضبط نظام الأموال بينهما ويقرّ بوجود حياة مالية مشتركة على غرار الرابطة الشخصية المشتركة. ففي الواقع الراهن يمكن لدراسة اجتماعية أكثر منها قانونية الوقوف على القواعد التي تنظم العلاقة المالية بين الزوجين، فإذا كان كل من الزوجين يتمتّع بحرية التصرف في أمواله وبالحق في إدارته واستغلاله واستثماره بالطريقة التي يرغب فيها دون أدنى تدخل من الطرف الآخر، فإنّ هذا الوضع النظري غالبا ما يتشابك إلى درجة التعقيد على أرض الواقع، ذلك أنّ الحياة الزوجية تفرض تداخل المصالح بينهما.

وعلى هذا الأساس قد يتولّى الزوج إدارة مال زوجته بل أنّ الأمر قد يتجاوز ذلك إلى التصرف، والزوجة كذلك قد تنوب عن زوجها في إدارة الشؤون المالية المشتركة خصوصا في وقتنا الحالي، وإن حدث وأخطأ أحدهم التصرف في إدارة أموال الآخر كأن يتجاوز المألوف فيقع منه إسراف أو يتسبب في ديون ليست بالهينة، فإنّ الطرف الآخر يتحمّل مسؤولية ذلك.

ونضرب مثلا من صميم واقع الحياة الزوجية والمتمثل في الجهاز أو الشوار الذي قد تأتي به الزوجة لإعداد وتوفير ما يحتاج إليه بيت الزوجية من منقولات وأدوات من مهرها أو من مال أبيها

الخاص، فإذا قامت هي بإعداده وأقام معها زوجها فذلك إنما يكون على سبيل التسامح والتعاون وتكون إقامته معها وانتفاعه بالسكنى في هذا المسكن إنما هو انتفاع متفرّج عن حق زوجته، وتابع لها في استمرارها معه طيلة حياتهما المعيشية المشتركة، وهذا الانتفاع يكون مفروضاً بقوة الواقع وإلا لما أمكن الحديث عن وجود حياة زوجية بمفهومها الحقيقي.

كما أنّ الشريعة الإسلامية التي أقرت استقلال ذم الزوجين كمبدأ عام، لا تنفي وجود هذا الاتحاد بل على العكس من ذلك فهي ترغب فيه وتدعو إليه لتوحيد الرؤى والمصالح بين الزوجين لما يمكن أن ينتج عنه من الاندماج والانسجام المؤدّي إلى تدعيم وتوطيد العلاقة بينهما في احترام متبادل لخصوصية وشخصية كل زوج الشرعية والقانونية، فالله سبحانه وتعالى يقول في كتابه العزيز: ﴿هُنَّ لِيَأْسُ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَأْسُ هُنَّ﴾⁸⁵⁰، بمعنى أنّ هناك وحدة.

بهذا نخلص إلى أنّ الواقع الذي تعيشه الأسر المغاربية والحياة المشتركة بين الزوجين أدت إلى اختلاط أموالهما، فقد تساهم الزوجة في بناء بيت الزوجية وتجهيزه وتأثيثه، وتساعد الزوج في الإنفاق، وبهذا تلعب دوراً كبيراً في زيادة وتنمية ثروة العائلة من منقولات وعقارات (الفرع الأول). وإذا كان هذا الاتحاد الفعلي لأموال الزوجين لا يطرح إشكالا عند استقرار الحياة الزوجية، فإنّه عند تصدّعها يثير عدّة خلافات بين الزوجين حول أحقية كل منهما في الملكية تصل إلى حدّ القضاء الذي بدوره يجد صعوبة في حلّه وإعطاء كل ذي حق حقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مساهمة الزوجة في الإنفاق

تتمتع الزوجة باستقلالية مالية أكثر من الزوج الذي يقع عليه واجب الإنفاق وتحمل التكاليف والأعباء العائلية⁸⁵¹، فالشريعة الإسلامية وتبنيها لنظام انفصال الأموال بين الزوجين جعلت عبء الإنفاق يقع على الزوج وحده، وقد تأثر التشريعين المغربي والجزائري بشكل واضح بأحكام الشريعة

⁸⁵⁰ - سورة البقرة، الآية رقم 187.

⁸⁵¹ - هجيرة دنوبي، النظام المالي... المرجع السابق، ص. 160.

ومع ذلك فإنّ مساهمة الزوجة في الإنفاق أمر واقع لا يمكن تجاهله (أولاً)، ما دفع المشرع التونسي الذي وبالرغم من إقراره بمبدأ استقلالية الذمم المالية للزوجين إلاّ أنّه ارتأى توجيهها عصرياً بإقحام الزوجة في المساهمة في الإنفاق داعماً بذلك الرؤية التعاونية للعلاقة داخل الأسرة قوامها تحسين وضع المرأة والسعي نحو مساواتها بالرجل (ثانياً). وإذا كان الأصل إلقاء عبء الإنفاق على الزوج فإنّه استثناء تكلف الزوجة أصالة بالإنفاق بقوة القانون (ثالثاً).

أولاً: مساهمة الزوجة في الإنفاق واقعياً

لا يخفى على أحد أنّ الشريعة الإسلامية حمّلت الزوج لوحده واجب الإنفاق على زوجته وأبنائه دون أن تشرك الزوجة في ذلك حتى وإن كانت غنية. وقد عالج الفقهاء المسلمون مسألة النفقة داخل بيت الزوجية أثناء تناولهم لحق القوامة داخل الأسرة، والتي تعتبر من أولى وأعظم الواجبات الملقاة على عاتق الزوج لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁸⁵².

وهذا الموروث الفقهي انعكس على التشريعين المغربي والجزائري، فلا نجد نصّاً قانونياً ضمنهما يلزم الزوجة على المساهمة في الإنفاق متى كان الزوج قادراً على ذلك. بل ومنحها القانون حق متابعة زوجها على أساس الإهمال العائلي طبقاً للفصل 479 من القانون الجنائي المغربي وتقابله المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري⁸⁵³، مع حقها في طلب التطليق لعدم الإنفاق بناء على المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية وتوازيها الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

من جانب آخر، هي غير ملزمة بإعداد الجهاز حتى وإن دفع لها الزوج صداقها، إذ يرى جمهور الفقهاء أنّ الزوج هو المسؤول عن إعداد البيت إعداداً شرعياً وتجهيز كل ما يحتاج له من أثاث وفرش وأدوات، ولا تسأل الزوجة عن شيء من ذلك لأنّ المهر إنّما تستحقه للاستمتاع بها وتكرّما لها ورفعاً

⁸⁵² - سورة النساء، الآية 34.

⁸⁵³ - عدّلت بالقانون 06-23، المؤرخ في 20/12/2006، ج. ر. 84، ص. 24.

من شأنها لا لإعداد البيت الزوجي. وعلى خلافهم ذهب المذهب المالكي إلى القول أنه على الزوجة أن تتجهز بقدر ما قبضته من مهر⁸⁵⁴.

وأمام هذين الرأيين، سار المشرع المغربي نهج جمهور الفقهاء، فالمادة 29 من مدونة الأسرة اعتبرت الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف تشاء ومنعت بصريح العبارة الزوج أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقه إياها. لكن ولأنّ العادة جرت أن تساهم المرأة في إعداد المنزل الزوجي سارع المشرع المغربي إلى النص بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 34 من نفس المدونة على أن: "كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها".

صراحة المشرع المغربي قابلها صمت المشرع الجزائري، غير أنه في ظلّ غياب نص يلزم الزوجة على أن تتجهز بصداقها، وأمام حرّيتها في التصرف فيه كيفما تشاء المقررة بالمادة 14 من قانون الأسرة يمكن القول أنّ المشرع الجزائري تبني ضمينا رأي الجمهور.

وبهذا يبدو ولأوّل وهلة أنّ الزوجة تتمتع باستقلالية مالية مطلقة تحوّنها حرية التصرف في أموالها، إلا أنّ التطور الذي حصل في العلاقات المالية بين الزوجين أدّى إلى اختلاط أموالهما، فأصبح هناك وجود واقعي للملكية المشتركة بينهما، إذ أنّ الزوجة تدخل بيت الزوجية ومعها مبلغ الصداق ومصوغها وجهازها فالعرف جرى على أن تقوم هي الأخرى بإعداد المسكن الزوجي. وإذا كانت عاملة، فإنّها تساهم براتبها في الإنفاق خاصة مع غلاء المعيشة وعدم قدرة الزوج على توفير ضروريات الحياة، فقد أثبت الواقع أنّ هناك عدّة نساء عاملات ساهمن خلال الحياة الزوجية في تنمية وزيادة ثروة العائلة من منقولات وعقارات خاصة ببناء أو شراء المسكن الزوجي⁸⁵⁵. ومع ما تحمله العلاقة الزوجية من معاني التعاون والتشاور والثقة والمودة وغيرها وبوجود المانع الأدبي، فإنّ هذه المساهمة من قبل الزوجة حالت دون حصولها على دليل يثبت ملكيتها للأشياء.

⁸⁵⁴ - علاء الدين أبي مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 555-556؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 296.

⁸⁵⁵ - أنظر، محمد لاتي، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2001-2002، ص. 13-14؛ بلحاج العربي، أحكام الزواج... المرجع السابق، 2012، ص. 422.

والغريب أنّ هذا الواقع كان موجودا يوم تعديل مدونة الأسرة المغربية وقانون الأسرة الجزائري، وبالرغم من سعي المشرعين إلى تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وخلق روح التعاون والتشاور داخل الأسرة إلا أنّ ذلك لم يشجعهما على الخروج عن هذا الموروث الفقهي من خلال تبني مبدأ الشراكة في الإنفاق، بمعنى إقحام الزوجة في الإنفاق إن كان لها مال بموجب نص قانوني⁸⁵⁶.

فعدم الرقي بهذا الواجب -واجب المشاركة في الإنفاق- إلى مستوى الإلزام القانوني قد لا يخدم حتى مصالح الزوجة نفسها، فهي ملزمة بالإنفاق واقعا معفية قانونا، مما يجعل مساهمتها تتعرض للطمس من قبل القانون الذي لا يعترف لها بأي مجهود مادي تبذله في التأهيل الاقتصادي للأسرة، وإنفاقها يظل خاضعا للتلقائية دون نظام، من ثم لا يعبر حقيقة عن إحساس بالمشاركة الفعالة، لأنّها متدخلة في الإنفاق بصفة غير رسمية وغير مباشرة الشيء الذي يجرمها من كل فضل. وهذا ما دفع بالمشروع التونسي إلى إلزامها بالإنفاق قانونا.

ثانيا: إقحام الزوجة في الإنفاق قانونا

لأنّ الواقع يعكس مساهمة فعلية من الزوجة في تحمّل الأعباء المالية للأسرة، مما جعل حريتها في التصرف في مالها ذات طابع نظري فقط، حاول المشرع التونسي إتباع عصره فخبر نزعة الحدثة في الإنفاق بأن أزم الزوجة بالإنفاق إلى جانب زوجها. فهل نجح في إدخال هذه العصرية أم أنّ العادات والتقاليد الراسخة أدت إلى الحد من مكانة المساهمة؟ وكيف كان موقف فقه القضاء التونسي من هذه المسألة؟

1- نزعة الحدثة في مساهمة الزوجة في الإنفاق

ينص الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية على أنّه: "على الزوجة أن تساهم بالإنفاق على الأسرة إن كان لها مال". ووردت هذه الصياغة على صيغة الأمر على خلاف صياغته القديمة التي

⁸⁵⁶ - لم يتوان المشرعين المغربي والجزائري على سن قواعد قانونية تجسد مبدأ التعاون والتشاور والشراكة بين الزوجين كالنص على تحمّل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال (ف. 3 من م. 51 من م. أ. م. تقابلها ف. 3 من م. 36 من ق. أ. ج.)؛ التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل (ف. 4 من م. 51 من م. أ. م. تقابلها ف. 4 من م. 36 من ق. أ. ج.)، ولاية الأم على القاصر حال وفاة الأب أو غيابه أو فقدانه الأهلية (م. 238 من م. أ. م. توازيها م. 87 من ق. أ. ج.)؛ إلغاء واجب الطاعة (إلغاء المادة 39 من ق. أ. ج.)؛ فحبذا لو جعلنا الزوجة شريكة في الإنفاق أيضا إن توفر لديها المردود المالي لأنه لا يعقل أن يتم إشراك المرأة في كل ما يتعلّق بشؤون الأسرة والأبناء ومن تم تحميل الزوج لوحده عبء الإنفاق خاصة وأنّ الواقع يثبت وجود ملكية مشتركة بينهما.

كانت تنص على: "والزوجة تساهم في الإنفاق" فأدّت قراءتها إلى القول أنّ مساهمتها يغلب عليها الطابع الاختياري وقول آخر يرى فيها الإلزام⁸⁵⁷.

وبمقتضى تعديل الفصل 23 سلك المشرع سبيل الوضوح بأن أورد عبارة تفيد اللزوم وفرض خياره ونظرتة الجديدة للعلاقة المالية داخل الأسرة، وسار على هدي الملاءمة الملحة بين التطوّر الاقتصادي والاجتماعي والقواعد التشريعية، فما قام به يمثل تكريسا تشريعا لما سبقه إليه العرف، فمساهمة الزوجة في الإنفاق أصبحت أمرا طبيعيا وتلقائيا، ولهذا أراد المشرع حماية حقوقها المالية بصفة قانونية.

هذا وقد أراد المشرع إضفاء صبغة الإلزام على مساهمة الزوجة في الإنفاق ليعكس البعد التعاوني بين الزوجين الذي ترجمه الفصل 23 من المجلة بقوله أنّ الزوجين يتعاونان على تسيير شؤون الأسرة. والتعاون لا يقف عند الحدود المعنوية بل يشمل أيضا الأمور المالية فتتضافر جهودهما بغية تحقيق مصلحة الأسرة. وهكذا يدعم واجب التعاون إلزامية مساهمة الزوجة في الإنفاق لتحمل أعباء الأسرة وضمان استقرارها.

ولجعل النصوص القانونية متناسقة مع واجب الإنفاق عمد المشرع التونسي إلى إدخال تعديلات على مجلة الالتزامات والعقود من خلال إلغاء الفصل 831 منه الذي كان ينص على أنه: "ليس للزوجة أن تؤجر نفسها للخدمة أو الرضاع إلاّ برضاء زوجها وإلاّ فله فسخ الإجارة". إضافة إلى الفقرة الثانية من الفصل 1481 التي اقتضت سابقا أنه: "وكذلك الزوجة لا تتجاوز كفالتها ثلث مالها إلاّ إذا أذن زوجها في الأكثر وإذنه لا يعد كفالة إلاّ إذا صرح بذلك". وأيضاً الفقرة الثانية من الفصل 1524 التي كانت تتضمن: "والزوجة لا تكفل الوجه إلاّ بإذن زوجها وإذا فلا ضمان عليه إلاّ إذا صرح بخلاف ذلك".

وإذا كان المشرع قد ألغى هذه النصوص القانونية لتتماشى مع إلزامية إنفاق الزوجة مؤكداً بذلك على رغبته في مسايرة الواقع ومواكبة التطوّر، فإنّه لم يقطع الصلة بالماضي لاحتفاظه ببعض القواعد التشريعية منها وقوع الطلاق حال التوقف عن الإنفاق لعسر الزوج أو غيبته، واحتفاظ الزوج برئاسة العائلة. فبالرجوع إلى الفصول 39، 40 و 41 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية نجد بأنّ المشرع

⁸⁵⁷ - أنظر، سنية العش ملاك، مساهمة الزوجة في الإنفاق على الأسرة، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص. 20.

أعطى الحق والحرية للزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية في حال توقف الزوج عن الإنفاق بسبب عسره أو غيابه. كما يضيف الفصل 42 من ذات المجلة أنّ للزوجة حق الرجوع على زوجها لمطالبته بما أنفقته حيث يظل إنفاق الزوجة على زوجها دينا عالقا في ذمة الزوج ولا تسقط بمرور الزمن. هذا ويتضح من الفصل 53 من هذه المجلة تقدم الزوجة في استحقاق النفقة، فهي دائنة تتمتع بتفضيل في مرتبة الدائنين بالنفقة دون الالتفات إلى حالتها المادية.

إذن هي نصوص قانونية تتناقض مع إلزامية مساهمة الزوجة في الإنفاق، ما يدل على أنّ الموروث الحضاري ما زال له وقع على المشرع، فلئن كانت صياغة هذه النصوص زمن وضع مجلة الأحوال الشخصية متماشية مع تحميل الزوج وحده واجب الإنفاق، فإنّها أضحت متناقضة مع طبيعة الوجوب المصاحبة لإنفاق الزوجة. فطالما أنّ الزوجة مطالبة بالقيام بواجب مالي عند وجود الزوج، فمن باب أولى أن تتحمّل عبء الإنفاق حال غيابه تطبيقاً لمبدأ التعاون الزوجي وإلزامية مساهمة الزوجة⁸⁵⁸.

هذه النصوص المتضاربة والتي من شأنها أن تتسبّب في خلل يفقد التجديد جدواه ليست الوحيدة، فاحتفاظ المشرع برئاسة الزوج للعائلة هو الآخر ينعكس سلبا على السياسة الجديدة المنتهجة والتي تحمل في طياتها روح التعاون والمساواة بين الزوجين. فقد تضمن الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية عبارة: "...وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة...". والغريب أنّ المشرع احتفظ برئاسة الزوج للعائلة مع أنّ نفس الفصل خاطب الزوجين معا فأرسي واجب التعاون وأسند لكلاهما سلطة تسيير شؤون الأسرة وتربية الأولاد وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية. فالمحافظة على رئاسة الزوج للعائلة لا تتماشى مع الصياغة الحديثة للفصل أعلاه، كما لا تستقيم مع إلغاء واجب الطاعة الذي كان منصوصا عليه بالفصل 23 قبل التعديل ولا مع النصوص التشريعية التي كرسّت مبدأ التعاون بين الزوجين على غرار الفصل السادس الذي جعل زواج القاصر متوقفا على موافقة الولي والأم، والفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التي ساوت بين الزوجين في طلب الطلاق، وكذا الفصل 93 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على المسؤولية المشتركة للأم والأب عن الأفعال الضارة الصادرة عن أبنائهما القصر.

⁸⁵⁸ - سنية العش ملاك، المرجع السابق، ص. 30.

فما هو موقف فقه القضاء التونسي من إلزامية مساهمة الزوجة في الإنفاق؟

2- موقف فقه القضاء التونسي من إلزامية مساهمة الزوجة في الإنفاق

من يراجع القرارات التعقيبية الصادرة عن فقه القضاء التونسي قبل تعديل الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية يجد أنه عمد مبدأ تضييق مكانة مساهمة الزوجة في الإنفاق حيث قيده بشرط الحاجة، فاتسمت مساهمة الزوجة في الإنفاق بالصبغة الاختيارية كون الزوج المسؤول الأول عن النفقة ولا يلجؤ إلى الزوجة إلا عند الاحتياج إليها⁸⁵⁹. فما هو موقفه بعد التعديل؟

حتى في ظل الفصل 23 الجديد والذي ألزم الزوجة بالإنفاق إذا كان لها مال بقي فقه القضاء متمسكا بالموروث الحضاري والمذاهب الفقهية الإسلامية حيث جاء في القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 06 أكتوبر 2005 ما يلي: "المساهمة تقضي إعانة الزوج عند الاحتياج لها ويبقى هو المسؤول الأول عن نفقة العائلة"⁸⁶⁰.

وبهذا تكون المحكمة قد أكدت أنّ نزول الزوج عن قدر الحاجة وحده يحوّل مطالبة الزوجة بالمساهمة في الإنفاق، فيقيّد من حريتها في التصرف في مالها. والصرحة أنّ هذا الموقف لا يبرّره الفصل 23 المنقح من مجلة الأحوال الشخصية التونسية إذ لم يرد صلبه شرط الحاجة للمطالبة بمساهمة الزوجة في الإنفاق، فتبعاً له لا تقتضي المساهمة قيام الحاجة إليها إذ تقوم بصفة آلية بتوفر المال لدى الزوجة دون أن يكون الزوج في حاجة إلى الإعانة أو المساعدة لأنّ أساسها المشاركة والتعاون⁸⁶¹.

وإذا كانت صياغة الفصل واضحة من حيث إلزامية الزوجة بالمساهمة في الإنفاق حال توفرها على المال، فإنّه يعاب على المشرع التونسي سكوته بشأن تحديد نسبة هذه المساهمة، ممّا يجعلها نسبية حسب احتياجات كل عائلة ومدى استعداد الزوجة لبذلها من مداخلها لصالح الأسرة وحالة الزوج المادية. ما دفع بمحكمة التعقيب إلى القول أنّ مسؤولية الزوجة عن الإنفاق تابعة وليست رئيسية⁸⁶².

⁸⁵⁹ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 23 / 05 / 1989، ع. 22695، م. ق. ت.، 1993، ع. جوان، ص. 59.

⁸⁶⁰ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 06 / 10 / 2005، ع. 1716، ن. م. ت.، ج. 02. ص. 417.

⁸⁶¹ - سنية العش ملاك، المرجع السابق، ص. 38 - 39.

⁸⁶² - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 06 / 10 / 2005، ع. 1716، ن. م. ت.، ج. 02. ص. 417.

وحتى من خلال قراءة الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية يلاحظ الاختلاف بين واجب الإنفاق المحمول على الزوجة وتحمل الزوج لنفس الواجب. ففي حين أنّ نفس الفصل ينص على أنه: "على الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء"، اقتصرت الفقرة الأخيرة على تحميل الزوجة مجرد المساهمة في هذا الواجب. فعبارة المساهمة تسند لواجب الزوجة دورا ثانويا⁸⁶³.

وهذه النتيجة تدفع إلى التساؤل عن إمكانية مساءلة الزوجة عن عدم المساهمة في الإنفاق؟

لعبارة المساهمة دور كبير في إقصاء الإقرار بإمكانية تتبع الزوجة قضائيا في صورة عدم الوفاء بواجب النفقة، فاعتبر البعض أنه لا يمكن تتبع الزوجة من أجل جريمة إهمال العيال لأنّ جزاء هذه الجنحة المقرّر بالفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية والذي يقضي ب: "كل من حكم عليه بالنفقة أو بجرية الطلاق ففرضت عليها شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدّة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مئة دينار (100 د) إلى ألف دينار (1000 د). والأداء يوقف التبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب..."، جاء لحماية العائلة من الجوع والخصاصة والهلاك فهو موجه للزوج لكونه المتحمل أصالة لواجب الإنفاق وامتناعه عن ذلك يؤذي العائلة، في حين أنّ غياب مساهمة الزوجة لا تعرّض العائلة إلى الهلاك. فما تنفقه جزء يسير مقارنة بمجموع النفقة، فلا يترتب عن غيابه سوى انخفاض مستوى عيش العائلة⁸⁶⁴.

في مقابل ذلك اتخذ البعض الآخر موقفا مغايرا حيث رأوا ألاّ مانع من تتبع الزوجة بجريمة إهمال عيال إذا ما تم تحديد نسبة مساهمتها وامتنعت عن ذلك لأنّ القاعدة القانونية عامّة ومجرّدة تشمل كل من الزوج والزوجة⁸⁶⁵.

مردّ هذا الاختلاف راجع إلى الغموض الذي ميّز الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، فمن جهة أضفى الصبغة الإلزامية لمساهمة الزوجة في الإنفاق، ومن جهة أخرى أغفل تقرير جزاء في

⁸⁶³ - أنظر، صباح خليفة، إنفاق المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية الأساسية، جامعة 7 نوفمبر بقرطاج، تونس، 2009-2010، ص. 90.

⁸⁶⁴ - محمد المحجوب طريطر، المرجع السابق، ص. 10.

⁸⁶⁵ - صباح خليفة، المرجع السابق، ص. 92.

حال امتناعها عن ذلك، مع أنّ الحديث على الإلزامية يقتضي وجود جزاء تفرضه الدولة على كل من يخاف القانون.

فأمام التزام المشرع الصمت حيال متابعة الزوجة على أساس جنحة الإهمال وأمام اختلاف الآراء، يؤيد ما اتجهت إليه الأستاذة سنية العش ملاك والتي ذهبت إلى القول أنّه لا يمكن مؤاخذة الزوجة من أجل جنحة عدم دفع النفقة وهذا يعود إلى الصبغة التبعية والاحتياطية لمساهمة الزوجة فالزوج هو المتحمّل أصالة لواجب الإنفاق وهو المعرّض للتبّعات على معنى الفصل 53 مكرّر من مجلة الأحوال الشخصية إذا لم يلتزم بهذا الواجب⁸⁶⁶. فحتى فقه القضاء التونسي بقي متمسكا بالواجب الأصلي المحمول على الزوج في الإنفاق على أسرته باعتباره رئيس العائلة وأضفى على مساهمة الزوجة صبغة التبعية والاحتياطية. ولو أنّ هناك من يرى أنّه ونظرا لمرونة العبارات المعتمدة من قبل المشرع يمكن للقضاء تجاوز العراقيل والصعوبات أمام تحمّل المرأة لواجب الإنفاق بشكل لا يختلف في شيء عن الواجب المحمول على الرجل، وذلك من خلال تطويع عبارات فصول مجلة الأحوال الشخصية بشكل يتماشى مع واقع المرأة، فضلا عن أنّ التغيير الذي أدخل على العلاقات الزوجية والذي طبعها بطابع المساواة يوجب على فقه القضاء أن يتخذ موقفا مكرسا لهذا الاتجاه⁸⁶⁷.

إلى أن يتدخل المشرع لرفع اللبس الذي يعترى الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية لا يمكن القول بمتابعة الزوجة بجنحة الإهمال إذا امتنعت عن المساهمة في الإنفاق، غير أنّ الحال يختلف في صورة الفصل 47 من نفس المجلة والذي جاء فيه: "الأم حال عسر الأب مقدّمة على الجد في الإنفاق على ولدها". ففي هذه الحالة تكتسي النفقة الصبغة المعاشية حيث أنّ غيابها قد يعرّض الأبناء إلى الجوع والخصاصة ما يجعلها نفقة أصلية تسمح بتتبع الزوجة إذا امتنعت عن أدائها رغم امتلاكها المال⁸⁶⁸.

اكتسبت مسألة تكريس إنفاق المرأة أهمية بالغة على مستوى النص قبل الحديث عن تأثيرها في المجتمع، وذلك لما أحدثته من تغيير للمفاهيم الأساسية التي لطالما سار عليها المجتمع. فتكريس إنفاق

⁸⁶⁶ - سنية العش ملاك، المرجع السابق، ص. 41-42.

⁸⁶⁷ - عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين... المرجع السابق، ص. 479.

⁸⁶⁸ - صباح خليفة، المرجع السابق، ص. 94.

المرأة لم يكن اختيارا مسقطا من قبل المشرع وإنما أملاه عليه الوضع الاجتماعي الذي بلغته المرأة وأهميته سواء داخل الأسرة أو خارجها. فما حملة الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية من صبغة إلزامية على إنفاق الزوجة لم يكن هدفه الأساسي ضمان احترام الزوجة لهذا الواجب المحمول عليها بمقتضى القانون والتزامها به، وإنما جاء لتفعيل دورها داخل الأسرة وتحقيق الشراكة والتعاون بينها وبين الرجل وإقامة المساواة بينهما في الحقوق والواجبات⁸⁶⁹. فمساهمة الزوجة في الإنفاق على الأسرة حقيقة تؤكد الأعراف ويكرسها الواقع لذلك كان لا بد من التدخل لمواكبة واقع العلاقات الاجتماعية في حدودها الدنيا، وهذا حتى لا يبقى الحديث عن حرمتها في التصرف في مالها ذو طابع نظري مقيد واقعا⁸⁷⁰.

ولأنّ الواقع يثبت أنّ المرأة لطالما كانت ومازالت تلعب دورا هاما في الإنفاق وهو دور تطوّر مع تطوّر شكل العائلة ونمط حياتها، فإنّ الطابع الإلزامي المفروض قانونا له تأثير محدود على سلوك المرأة بل هو مجرد إسقاط أفتحة اجتماعية مفروضة عليها.

وبهذا يكون الواقع قد أثبت أنّ المرأة تنفق على قدر ما توفر لديها من إمكانيات ويعود ذلك إلى أمور نفسية وعاطفية بحثة بغض النظر عن وجود التزام قانوني على عكس إنفاق الرجل الذي يمليه عليه الواجب القانوني والاجتماعي. وهو ما يحدّ من تأثير القوّة الإلزامية للنص القانوني لأنّ تطبيقه يبقى محصورا في حالة عدم التزام المرأة بالإنفاق وهو أمر نادر الوقوع نظرا للالتزام التلقائي للمرأة بواجبها ما جعل موقف القضاء محدودا أيضا، فكما تم بيانه أعلاه بقي فقه القضاء متمسكا بالموروث الحضاري، فحذاء موقفه في الاتجاه الذي يحدّ من أهمية الصبغة الإلزامية لواجب المساهمة في الإنفاق لاعتباره أنّ الإنفاق المحمول على المرأة لا يعدو أن يكون مجرد مساهمة ومساعدة منها عند الاحتياج إليها وأنّ واجب الإنفاق يتحمّله الزوج أساسا بصفته رب العائلة.

⁸⁶⁹ - صباح خليفة، المرجع السابق، ص. 95.

⁸⁷⁰ - عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين... المرجع السابق، ص. 481.

فأضحت مساهمة الزوجة متلائمة مع الخيار التشريعي ومتناسقة مع التحوّلات الاقتصادية والاجتماعية رغم معارضة البعض الذي يرى أنّ الإجماع منعقد في الفقه الإسلامي على تكليف الزوج وحده بالإنفاق على الأسرة وأنّ مساهمتها اختيارية لا إلزامية⁸⁷¹.

ثالثاً: تكليف الزوجة أصالة بالإنفاق

إذا كان الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية قد جعل الزوجة شريكة في الإنفاق، فإنّ الفصل 47 من نفس المجلة اعتبرها مكلفة أصالة بالإنفاق فاقترضى بأنّ: "الأم حال عسر الأب مقدّمة على الجد في الإنفاق على ولدها". وهو نفس الحكم الذي أقرته مدونة الأسرة بمقتضى المادة 199 منها والتي جاء فيها: "إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب". كما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة بقولها: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"، علماً وأنّه حكم يجد أساساً له عند المذهب الشافعي⁸⁷².

والملاحظ من خلال هذه النصوص القانونية أنّها استثناء للمبدأ العام فبعد أن أقحم المشرع التونسي الزوجة في الإنفاق على الأسرة كونها شريكة جعلها في حال عجز زوجها مكلفة أصالة بالإنفاق. وبعد أن أقرّ كل من المشرعين المغربي والجزائري بأنّ عبء الإنفاق يتحمّله الزوج لوحده دون المساس بأموال زوجته، خرجا عنه في حالة استثنائية ألا وهي عجز الزوج على الإنفاق وهنا يقع هذا الواجب على الزوجة. ومهما يكن من أمر، فإنفاق الزوجة الموسرة على زوجها المعسر ليس بحق للزوج المعسر بقدر ما هو واجب على زوجته الموسرة، لأنّ رابطة الزوجية وما يفترض أن يكون بين الزوجين من الألفة والمودة لا تترك مجالاً لوصف أحدهما باليسر والآخر بالمعسر فيسر الزوجة يسر للزوج، وإنفاقها عليه عند إعساره لا يمثل إلّا حداً أدنى من الوفاء وحفاظاً على بيت الزوجية من التفكك والانهيار.

⁸⁷¹ - أنظر، بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، شباب الجامعة، الإسكندرية، 1967، ص. 234؛ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج... المرجع السابق، ص. 296.

⁸⁷² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي... المرجع السابق، ج. 07، ص. 826-827.

والملاحظ أنّ المشرعين التونسي والمغربي والجزائري على حد السواء أثناء صياغتهم للنصوص المنظمة للأسرة وقعوا في توفيق غير منسجم، فمن جهة أخذوا بإلزام الزوجة بالإنفاق حال عسر زوجها، ومن جهة أخرى قاموا بإعطائها حق طلب التطليق لعدم القدرة على الإنفاق⁸⁷³. فبم يقضي القاضي عند مطالبة الزوج زوجته بالنفقة الواجبة عليها لإعساره، إذا ردت هي بطلب التطليق لعدم قدرته على الإنفاق عليها؟

إنّ مساهمة الزوجة في الإنفاق، وتدخلها لتنمية أموال العائلة بطريقة عفوية ودون المطالبة بما يثبت ذلك صعد من حدّة النزاعات بينها وبين زوجها وصلت إلى أروقة المحاكم، فأمام حريتها في الإنفاق كيف يمكنها استرجاع حقها المالي حال الطلاق أو الوفاة؟

الفرع الثاني

المنازعات المالية بين الزوجين ومشكلة الإثبات

أفرز الواقع الأسري المعاش ظاهرتين، فإمّا أن تساهم الزوجة في الإنفاق وتنمية أموال العائلة عن طيب خاطر وإرادتها الحرة نظرا لما تتطلبه الحياة الزوجية من تشارك وتعاون وما يحمله عقد الزواج من معاني المودة والرحمة والتعاون والثقة، وإمّا أن يستولي الزوج على أموال زوجته فيدفعها تسلطه إلى الإنفاق رغما عنها. وفي كلتا الحالتين تشكو الزوجة عندما تسوء العلاقة الزوجية أو عند الطلاق من صعوبة استيفاء حقها المالي ما يدفعها إلى المطالبة به أمام القضاء (أولا). وأخذا بعين الاعتبار وجود الحائل المعنوي في العلاقات بين الزوجين، والذي بموجبه قد تساهم الزوجة بتنمية أموال الأسرة دون المطالبة بالدليل الكتابي، ثم تبّي مبدأ الكد والسعاية (ثانيا).

⁸⁷³ - ينص الفصل 39 من م. أ. ش. ت. على أنه: "لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أنّ الحاكم يتلوم له بشهرين فإذا عجز بعد إتمامهما عن الإنفاق طلقت عليه زوجته...". وجاء في الفصل 98 ف. 3 من م. أ. م ما يلي: "للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب التالية: 3- عدم الإنفاق...". كما ورد في المادة 53 ف. 1 من ق. أ. ج. "يجوز للزوجة طلب التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه...". لمزيد من التفاصيل يراجع، الباب الثاني من هذه الرسالة ص. 421 وما بعدها.

أولاً: حل النزاعات المالية بين الزوجين

من ينقلب النظر في التشريعين المغربي والجزائري يلاحظ وجود حكّمين لحل المنازعات المالية بين الزوجين، أحدهما يتعلّق بالنزاع حول الصداق، والآخر حول متاع البيت. فأما ما يخصّ الأوّل نجد أنّ المادة 33 من مدونة الأسرة المغربية تنص على أنّه: "إذا اختلف في قبض حال الصداق قبل البناء، فالقول قول الزوجة، أمّا بعده فالقول قول الزوج. إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق المؤجل، فعلى الزوج إثبات أدائه. لا يخضع الصداق لأي تقادم". وتقابلها المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنّه: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحد بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين. وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

وهكذا تمّ الاكتفاء بمادة واحدة للفصل في النزاع حول الصداق سواء تعلّق النزاع بتسمية الصداق أو بمقداره أو بقبضه فيكون الإثبات بالبينة وإلاّ فباليمين⁸⁷⁴، ولهذا المادة عدّة تطبيقات على الصعيد القضائي⁸⁷⁵، خاصّة وأنّه جرى في الواقع قيام النزاع عندما يلجئ الأهل إلى إظهار صداق بقيمة وإخفاء قيمته الحقيقية ممّا قد يصعب على الزوجة إثبات المهر الحقيقي المتفق عليه⁸⁷⁶.

وعلى الرغم من أنّ المشرع التونسي نظّم مسألة المهر في الفصلين 12 و13 من مجلة الأحوال الشخصية إلاّ أنّهما لا يشتملان على حكم النزاع حول الصداق، وحتى الفصول من 25 إلى 28 من ذات المجلة والتي وردت تحت عنوان "في النزاع بين الزوجين" لا تتضمن حلاً له.

وأمام هذا الفراغ التشريعي، نجد أنّ فقه القضاء التونسي طبّق أحكام الفصل 478 من مجلة الالتزامات والعقود، ففي هذا الصدد نذكر القرار التعقيبي الجزائري الصادر في 17 جانفي 1996 والذي جاء فيه: "النزاع المتعلّق بالعارفة التي استولى عليها الزوج أم يقع إثباته بجميع وسائل الإثبات في صورة تعذر إثبات ذلك كتابة عملاً بأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 478 من مجلة الالتزامات

⁸⁷⁴ - علماً أنّ الفقه الإسلامي وضع لكل حالة حكماً خاصّاً بها. يراجع في هذا الشأن، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي... المرجع السابق، ج. 07، ص. 259 وما بعدها.

⁸⁷⁵ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 19/11/1984، ملف رقم 34262، م. ق.، 1990، ع. 01، ص. 75؛ محكمة عليا، غ. أ. ش.، 18/06/1991، ملف رقم 73515، م. ق.، 1992، ع. 04، ص. 69؛ محكمة عليا، غ. أ. ش.، 17/10/2001، ملف رقم 264555، م. ق.، 2003، ع. 02، ص. 272.

⁸⁷⁶ - عيسى حداد، المرجع السابق، ص. 195-196.

والعقود، وبالتالي عملاً بأحكام الفصل 473 من م. إ. ع. يمكن للمحكمة اعتماد بيّنة المعقّب ضدّها وتعزيزها بأداء اليمين الإستيفائية وهي يمينا قانونية يمكن اللجوء إليها في صورة الخلاف بين الزوجين حول العارفة⁸⁷⁷. وفي قرار تعقيبي مدني صادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 05 فيفري 1997 ورد فيه: "إنّ دعوى استحقاق العارفة تستلزم إثبات ملكية فصول تلك العارفة في جانب القائم بها، كما أن الادعاء بحصول الاستيلاء عليها من قبل والدي الزوج يستوجب التأييد بأحد وسائل الإثبات كالبيّنة واليمين خاصة وأن فصول العارفة المطالب بها لم يقع العثور عليها بمحل الزوجية"⁸⁷⁸. ليتأكد اللجوء إلى اليمين في القرار الصادر في 07 جوان 2007 تضمن: "إنّ محضر تسليم العارفة المحرّر من طرف عدل تنفيذ لا تتوفر فيه حجية الحجة الرسمية باعتبار أنّ الحجة الرسمية هي التي يتلقاها المأمورون المنتصبون لذلك قانوناً في محل تحريرها على الصورة التي يقتضيها القانون في حين أنّ اليمين الحاسمة التي أدّتها المعقبة من شأنها أن تقطع كل نزاع وحجيتها قاطعة وملزمة للأطراف على حد السواء وكان على محكمة الموضوع أن تأخذ بالفوارق في القيمة القانونية لوسائل الإثبات المعروضة عليها"⁸⁷⁹.

وأما إذا تنازع الزوجان في شأن متاع البيت وادعى كل منهما أنّ الأثاث ملكه اعتبر كل منهما مدعياً، فأيهما أقام بيّنة على دعواه حكم له بمقتضاها. وإن لم يتقدّم أحد منهما بيّنة تثبت دعواه كان الحكم لمن يشهد له ظاهر الحال بيمينه، فما يصلح للرجال فهو للزوج بيمينه وما يصلح للنساء يكون للزوجة بيمينها، أمّا ما اشتركا فيه فيقتسمانه بالتساوي بعد حلفهما.

وهو موقف موحد من قبل المشرعين المغاربة، حيث ورد بالفصل 26 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنّه: "إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بيّنة لهما فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء وإن كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما بيمينه. أمّا في المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف فيه كل منهما ويقتسمانه". وأضاف في الفصل 27 من نفس المجلة: "إذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة

⁸⁷⁷ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي جزائي، 17 / 01 / 1996، ع. 39103، ن. م. ت.، 1996، ج. 02، ص. 222.

⁸⁷⁸ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 05 / 02 / 1997، ع. 56514، ن. م. ت.، 1997، ق. م. ج. 02، ص. 262.

⁸⁷⁹ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 07 / 06 / 2007، ع. 11882، مقتبس عن: عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص.

الميت كان حكم الوارث حكم المورث في الفصل المتقدم". وقد استقر عليه المشرع المغربي بالفقرتين الثانية والثالثة من المادة 34 من مدونة الأسرة بقولهما: "إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة، فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات. غير أنه إذا لم يكن لدى أيّ منهما بينة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء. أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له". ونجده كذلك صلب المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين"⁸⁸⁰.

الملاحظ من خلال ما اعتمده هذه النصوص التشريعية أنّها استنبطت فقراتها الأولى من الحل الفقهي المتفق عليه بين جمهور الفقهاء والذي أخذ بالبينّة وفي حالة عدم وجودها أخذ بظاهر الأشياء فتؤدّي الزوجة اليمين في المعتاد للنساء ويؤدّي الزوج اليمين في المعتاد للرجال⁸⁸¹. في حين أنّ فقراتها الثانية تبنتها ممّا قال به المذهب الشافعي من قسمة ما يصلح لهما معا بالتساوي بعد تأديتهما لليمين لأنّ كل منهما واضح يده على ما في البيت⁸⁸²، وهو خلاف ما ذهب إليه المذهب المالكي والحنفي الذين رجحوا القول للزوج بيمينه في المشتركات لأنّه صاحب اليد على البيت وما فيه⁸⁸³.

⁸⁸⁰ - المشرع لم يضع تعريفا لمتاع البيت وعرفه الدكتور عبد العزيز سعد على أنّه: "مجموعة من الأشياء الموجودة في منزل الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة مثل الأفرشة، الأغطية، جهاز التلفزيون الكراسي وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك". عبد العزيز سعد، قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 448، ولم يفرق بين المتاع والجهاز على خلاف المشرع المغربي الذي نص في المادة 34 ف. 01، من المدونة على أنّه: "كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها".

⁸⁸¹ - يقول ابن قدامة: "إذا تنازع الزوجان في متاع البيت حال الزوجية أو بعد الفرقة أو تنازع ورثتهما بعد موتهما أو أحدهما وورثة الآخر ولا بينة لهما، حكم بما يصلح للرجال من ثيابهم وعمائمهم وسلاحهم ونحو ذلك للرجل، وما يصلح للنساء من ثيابهن ومقانعهن وحليهن ومغازهن ونحو ذلك للمرأة". موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه... المرجع السابق، ج. 03، ص. 505؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط... المرجع السابق، ج. 05، ص. 213-214.

⁸⁸² - ورد في أحد أقوال الإمام الشافعي مايلي: "القياس الذي لا يعذر أحد عندي بالغفلة عنه، أنّ هذا المتاع في يديهما معا، فيحلف كل منهما لصاحبه على دعواه، فإن حلفا جميعا فهو بينهما نصفين، ولأنّه في يدهما فجعل بينهما، كما لو تدعى البيت الذي يسكنها فيها". أنظر، أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، -ضبط وتصحيح الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1995، ص. 317.

⁸⁸³ - شمس الدين السرخسي، المبسوط... المرجع السابق، ج. 05، ص. 214؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي... المرجع السابق، ج. 07، ص. 312-313.

وإنّ قرارات المحكمة العليا أسهمت في استخلاص عدّة ملاحظات من بينها أنّه يجب على القاضي أن يتأكد من الوجود الفعلي للأمتعة، فإذا كانت محل إنكار من الطرف الآخر تطبق قاعدة: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"⁸⁸⁴. فقد اقتضى القرار الصادر عنها بتاريخ 08 ديسمبر 2011 ما يلي: "إنّ تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة يستلزم أن يكون المتاع محل النزاع موجودا، بينما الطاعن تدعي أنّها تركته بيت الزوجية، في حين أنكر المطعون ضده ذلك، ولذلك فإنّ القاعدة العامة في الإثبات هي التي تطبق والتي تقضي بأنّ البينة على المدعي أي الطاعنة واليمين على من أنكر أي المطعون ضده وهذا ما قضى به القرار محل الطعن لما وجه اليمين القانونية للمطعون ضده، وعليه فإنّ هذا الوجه غير مؤسس ويتعيّن رفضه..."⁸⁸⁵. مع العلم أنّ هذا المبدأ سار عليه المجلس الأعلى المغربي في قراره الصادر بتاريخ 28 جويلية 2004 والذي قضى: "حقا، لقد صح مانعته الوسيلة على القرار المطعون فيه ذلك أنّ الطاعن يدعي بأنّ المطلوبة في النقض قد أخذت أمتعتها المذكورة برسم شوارها عدد... فهو مدع بأنّها أخذت حوائجها ولا بيّنة له على ذلك، وهي مدعي عليها إذا يمين الإنكار التي طلبها المدعي بأنّها لم تأخذ حوائجها مع إعمال قاعدة النكول لقول: (والمدعي عليه باليمين في عجز مدع عن التبيين)؛

وبما أنّ المحكمة مصدرة القرار لم تحكم بيمين الإنكار رغم طلب الطاعن لهذه اليمين واستمرار المطلوبة في إنكارها أخذها حوائجها فإنّها تكون أخطأت في تطبيق الفقه والقانون في هذا الشأن"⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ - أنظر، يوسف دلاندة، دليل المنقاضي في مادة شؤون الأسرة،- الزواج والطلاق،- دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 76؛ محكمة عليا، غ. أ. ش.، 1999/03/16، ملف رقم 16836، م. ق.، 2001، ع. خ.، ص. 245؛ محكمة عليا، غ. أ. ش.، 2001/05/23، ملف رقم 257741، م. ق.، 2003، ع. 01، ص. 364-365.

⁸⁸⁵ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 2011/12/08، ملف رقم 666627، م. م. ع.، 2012، ع. 01، ص. 250-251.

⁸⁸⁶ - مجلس أعلى، 2004/07/28، م. ق. م. أ.، ع. 62، ص. 119.

وإذا قدّم أحد الزوجين دليل على تملك الأمتعة حكم لصالحه حتى وإن كان المتاع من المعتاد للزوج الآخر، فلا توجه اليمين إلاّ عند انعدام الدليل وبعد التأكد من وجود المتاع المتنازع فيه وإلاّ عدّ ذلك خرقاً للقانون⁸⁸⁷.

ومسألة تقييم المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار ولا ترجع إلى القضاة خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة وهو ما تضمنه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18 ماي 1999 وفيه: "إنّ القرار المنتقد مشوب بانعدام الأساس القانوني لما أيّد الحكم المستأنف القاضي بدفع مبالغ مالية مقابل متاع المطعون ضدها، لأنّ تقدير حكم المتاع مسألة فنية يتولاها أهل الخبرة من صناع وتجار خاصّة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة وليس القضاة، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁸⁸⁸.

غير أنّ مسألة التفريق بين ما هو ملك للزوج عادة وعرفا، وبين ما هو ملك للزوجة عادة وعرفا مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يفصل فيها بناء على التقاليد المعروفة لدى إقليم المتقاضين فيؤدّي كل زوج يمينه حول ما هو معتاد له⁸⁸⁹. ويؤدّيها معا إذا تعذر عليه الفصل فيما بينها لكونها من الأمتعة المشتركة بينهما وهي صالحة للاستعمال للنساء والرجال معا دون مزية لأحدهما على الآخر فيقتسمانها سوية أو يفتسمان ثمنها⁸⁹⁰.

مع أنّ التشريعات المغاربية تضمنت حلاً للنزاع حول متاع البيت، إلاّ أنّ اليمين التي كانت تؤدّي ثمارها في السابق أصبحت في الوقت الحالي وأمام انخفاض الوازع الديني والأخلاقي وطغيان الماديات بدون فائدة، فمن السهل تأدية اليمين كذبا من أجل الحصول على ثمن أو منفعة دون وجه حق⁸⁹¹. ومن جهة أخرى، فإنّها لا تواكب التطورات والواقع الأسري المعاش، لأنّ مساهمة الزوجة لا تشمل

⁸⁸⁷ - أنظر، رشيد عمري، تنازع الزوجين في جهاز ومتاع البيت - دراسة مقارنة - مجلة الراشدية، جامعة معسكر، الجزائر، 2010، ع. 02، ص.

123، 124؛ محكمة عليا، غ. أ. ش.، 27 / 10 / 1992، ملف رقم 86097، م. ق، 2001، ع. خ.، ص. 233.

⁸⁸⁸ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 18 / 05 / 1999، ملف رقم 222651، م. إ. ق. غ. أ. ش.، 2001، ع. خ.، ص. 248.

⁸⁸⁹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 149.

⁸⁹⁰ - رشيد عمري، المرجع السابق، ص. 124؛ فقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13 مارس 2002 مايلي: "ينقسم الزوجان في

حالة النزاع، الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين"، محكمة عليا، غ. أ. ش.، 13 / 03 / 2002، ملف رقم 277411، م. ع.، 2004، ع.

02، ص. 359.

⁸⁹¹ - أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط. 03، 1996، ص. 313.

متاع البيت، وإتّما قد تتضمن منقولات أخرى كشراء سيارة مثلا، أو عقارات كبناء أو شراء المسكن الزوجي دون المطالبة بالدليل الكتابي، بل أكثر من ذلك قد تحرّر باسم الزوج.

ولهذا، فالمرجو هو إعادة صياغة هذه المواد حتى تتماشى والواقع الأسري المعاش ولحماية الحقوق المالية للزوجة، وذلك بالسماح بالإثبات بجميع الوسائل كل حسب مساهمته. وفي هذا الصدد كان حريا على المشرع الجزائري أن يبقى على الصياغة التي وردت في المادة 73 من مشروع قانون الأسرة حيث نصت الفقرة الثالثة على ما يلي: "وفي حالة النزاع بين الزوجين أو ورثتهما حول الممتلكات المنقولة الأخرى، والعقارات يتم اقتسامها حسب مساهمة كل من الزوجين، يتم الإثبات بكل الوسائل، ويقوم الحكم محل سند الملكية"⁸⁹².

وعموما في ظلّ حذف هذه الفقرة من المادة 73 من قانون الأسرة، يبقى أمام الزوجة في حالة اختلاط أموالها بأموال زوجها ومساهمتها في تنمية ثروة العائلة دون حصولها على الدليل الكتابي الإثبات بالشهود استنادا إلى الفقرة الأولى من المادة 336 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة: 1- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي"، ولا شك أنّ العلاقة الموجودة بين الزوجين تولد استحالة معنوية من الحصول على دليل كتابي"⁸⁹³.

وإنّ ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة 73 من مشروع قانون الأسرة يطلق عليه في بعض التشريعات بحق الكد والسعاية.

ثانيا: حق الكد والسعاية

تفطن كل من المشرعين التونسي والمغربي لمشكلة مساهمة الزوجة في تنمية الثروة العائلية دون حصولها على دليل كتابي، فمنحها لها حرية إثبات حقها في الملكية بجميع وسائل الإثبات، إذ بالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من الفصل 11 من القانون عدد 94 التونسي نجدها تنص على أنه: "ويمكن إثبات خلاف ذلك بجميع الوسائل". أمّا الفقرة الرابعة من المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية اقتضت بأنّه:

⁸⁹² - رشيد مسعودي، حماية التصرفات... المرجع السابق، ص. 49؛ رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين... المرجع السابق، ص. 280.

⁸⁹³ - لخضر بن عائشة، المرجع السابق، ص. 82-83.

"إذا لم يكن هناك اتفاق، فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدّمه من مجهودات وما تحمّله من أعباء لتنمية أموال الأسرة". وإنّ الصياغة المتبنّاة من المشرع المغربي كانت تعرف سابقا بحق الكد والسعاية فما معنى ذلك؟

للسعاية معنيان : معنى عام واسع، وآخر خاص ضيق. أمّا المعنى العام الواسع "فيدخل فيه كل من قدر على الاشتغال والتكسب من أفراد الأسرة، ولذلك نجد الفقهاء يميزون فيه بين سعاية اليتيم وسعاية الأخت وسعاية الأخ، وسعاية الولد، وسعاية الزوجة". وأمّا المعنى الخاص الضيق، فإنّما يأتيه التخصيص والتضييق من إرادة الفقيه تخصيص نوع من آحاد المعنى العام للسعاية بالبحث. فإذا ما تم الحديث عن السعاية بصفة عامة، وبغض النظر عن متعلّقاتها، فهو الأخ أو الأخت أو الزوجة أو اليتيم فإنّنا نكون بصدد المعنى العام لها، وأمّا إذا تم تخصيص الحديث عن السعاية بأن ربط بالأخ أو الأخت أو الزوجة مثلاً، فإنّنا نكون بصدد البحث في المعنى الخاص الضيق لها. وموضوعنا إنّما هو في هذا المعنى الأخير للسعاية، والمتعلّق أساساً بالزوجة، ولذلك فإنّنا عندما نطلق لفظ السعاية إطلاقاً ودونما تحديد لمتعلّقه، فإنّنا نقصد به سعاية الزوجة.

وأصل السعاية في اللغة، فعل سعى جاء في القاموس المحيط "سعى يسعى سعياً... وسعاية"⁸⁹⁴. وفي لسان العرب: "سعى.... إذا عمل.... والسعي : الكسب"⁸⁹⁵.

وقد يعبر عن السعاية أيضاً بلفظي "الكد والسعاية" بمعنى أنّ الزوجين إذا استفادا بسعيهما وكدهما يشتركان بقدر عملهما، فتختص الزوجة بسعيها وكدها⁸⁹⁶. كما قد يعبر عنها كذلك بـ "تامزالت باللغة الأمازيغية"⁸⁹⁷. هكذا إذا، فإنّ كلا من مصطلح "السعاية" أو "الكد" أو الكد والسعاية "أو الشقا" أو "تامازلت" أو "الجراية" أسماء لمسمى واحد، ولها نفس الدلالة وتفيد نفس المعنى. فمصطلح السعاية يدور حول معان منها: العمل والتصرّف في الشيء والاهتمام به. وباستحضارنا لهذه المعاني في موضوعنا، يكون معنى السعاية في اللغة، عمل الزوجة في أموال زوجها

⁸⁹⁴ - أنظر، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز، القاموس المحيط، دار الجيل بيروت، فصل السين باب الواو والياء، د. س. ن.، ص. 344.

⁸⁹⁵ - أنظر، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 14، دار صادر، بيروت، د. س. ن.، ص. 385.

⁸⁹⁶ - أنظر، محمد المنوني، المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط. 01، 1995، ص. 260-261.

⁸⁹⁷ - "تامزالت" كلمة أمازيغية مشتقة من فعل أزل بمعنى سعى وجرى ويقال في بعض مناطق سوس -أيلي. د. يوزل- أو -أيلي. د. تزل- ويعني مقابل سعيه أو مقابل سعيها، أنظر، الملكي الحسين بن عبد السلام، نظام الكد والسعاية، مكتبة دار السلام، الرباط، ط. 03، 2010، ص. 18.

وتصرّفها فيها واهتمامها بها. أو كدّ المرأة وعملها مع زوجها في أمواله، فإذا لم يكن لها سعي يترتب عنه إنماء وزيادة في أمواله وثروته فلا حق لها في تلك الأموال والثروة.

وإنّ تعريف "حق الكد والسعاية" عند فقهاء النوازل والذي يقترب من الواقع أكثر، هو التعريف القائل بأنّ: "كل شخص ساهم في تكوين الثروة الأسرية أو إنمائها - شرط أن يكون منتميا لهذه الأسرة- له الحق في أن يأخذ نصيبا من تلك الثروة على وجه الشركة، يوازي قدر مساهمته وسعيه فيها". وبصفة خاصة هو: "حق يسمح للمرأة في أخذ جزء من الثروة التي أنشئت أثناء الحياة الزوجية مقابل الجهود الذي بذلته أو ساهمت به في تكوين تلك الثروة"⁸⁹⁸.

فحتى القضاء المغربي عرّفه بالحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بأكادير بتاريخ 26 ديسمبر 2002 على النحو التالي: "وحيث إنّ الثابت فقها وقضاء أنّ الكد والسعاية هو مقابل الشغل وحق الجارية، ومعناه حق المرأة في الثروة التي ينشئها ويكوّنها الزوج خلال فترة الزواج بحيث تحصل على جريئتها مقابل ما بذلته من مجهودات مادية ومعنوية في تكوين هذه الثروة وسبق وأن طلبت السعاية في عهد الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهي ما يعرف بنازلة حبيبة بنت زريق زوجة عمر بن الحارث"⁸⁹⁹.

بعد هذا التوضيح لمفهوم الكد والسعاية، كيف كان موقف المشرع المغربي منهما؟

إنّ معالجة المشرع المغربي لحق مشاركة الزوجة زوجها في الممتلكات المكتسبة خلال الحياة الزوجية -خلافًا لما قد يبدو ومنذ الوهلة الأولى- فكرة ليست مستقاة من النموذج الغربي، ولا من نظام الأموال المنفصلة أو المشتركة المعتمدة في القوانين الغربية، بل تجد أساسها في مبادئ الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي والذي تبلور في عدّة فتاوى ونوازل حكم فيها القضاء عملا بقواعد الإنصاف والعدالة وأنّه لا يجوز لمسلم أن يأكل من مال الغير بالباطل⁹⁰⁰. وقد قضى به العديد من

⁸⁹⁸ - أنظر، عمر المزكلاوي، حق الكد والسعاية، -محاولة في التأصيل-، بحث في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمّقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال- الرباط، 2005- 2006، ص. 06.

⁸⁹⁹ - محكمة ابتدائية أكادير، 26 / 12 / 2002، ملف عدد 385 / 99، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 63- 64.

⁹⁰⁰ - أنظر، زهور الحر، حق الزوجة في الاستفادة من الثروة بين السند الشرعي والرأي الفقهي والعمل القضائي"، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، وزارة العدل، مطبعة دار السلام، ع. 05، ص. 101.

الفقهاء المسلمون في إطار النوازل التي عرضت عليهم، كما أنّهم لم يقصروه فقط على الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بل أجازوه في حق كل فرد من أفراد العائلة، إذ جعلوا ما ينتجه الزوج شيعا بين أفراد العائلة يقسم بينهم حسب كدّ واجتهاد كل واحد منهم.

وقد ارجع سند العمل به إلى القرآن الكريم، حيث يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى، وَأَنْ سَعْيُهُ سَوْفَ يُرَى﴾⁹⁰¹. ويقول أيضا عز وجل: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا، وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾⁹⁰². فإذا تم التأمل في هذه الآية الكريمة التي يعالج الله سبحانه وتعالى فيها حالة المرأة التي قطعت شوطا أو أشواطا مع زوجها في درب الحياة الزوجية، وشاركته فيها حلو الحياة ومرها، نجد فيها كثيرا من المعاني توصي بعدم حرمان الزوجة من كدها وشقاها والتي تستحق الوقوف عندها، فكلمة "استبدال" التي تعني طلاق المرأة السابقة وتزوج أخرى لا لسبب إلا إرادة استبدال زوجة بأخرى، وكلمة "قنطار" التي تعني كثرة المال المعطى للمرأة وتعني أيضا أنّ هذه الكثرة مباحة شرعا، لأنّ الله لا يمثل بما لا يرضي شرعه مثل الحرام، وأخيرا عبارة "أخذن منكم ميثاقا غليظا" التي قال المفسرون فيها إنّ المراد بالميثاق الغليظ قوله تعالى: "فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان"⁹⁰³.

وبالفعل كان يحق للزوجة الاستفادة من الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية قبل صدور مدونة الأسرة تحت مسمى "السعاية"، إذ جرى العرف والعادة في بعض المناطق المغربية كمنطقة سوس وغمارة على إعطاء الزوجة نصيبا معيّنًا من مال زوجها إذا أثبتت مساهمتها الفعلية في تنمية هذا المال. وهذه المناطق التي ساد فيها هذا العرف عبارة عن قبائل تقوم فيها المرأة بأعمال الفلاحة من حرث وحصاد، وجلب للحطب والحشائش، ورعاية المواشي وتربية الدواجن، كما تقوم بأعمال النسيج والغزل وصناعة الزرابي. ما يفسر انتشاره في بعض المناطق دون الأخرى⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ - سورة النجم، الآية رقم 39-40.

⁹⁰² - سورة النساء، الآية رقم 20-21.

⁹⁰³ - محمد أقاش، المرجع السابق، ص. 57.

⁹⁰⁴ - أنظر، حفيظة توتة، الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية بين النص القانوني والعمل القضائي، مجلة المعيار، 2008، ع. 39، ص. 68.

فحتى القضاء المغربي لم يتجاهل هذا العرف وطبقه في العديد من قراراته، فقد صدر حكم عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 15 ماي 1997 حيث جاء فيه: "إنّ حق الكد والسعاية يعتبر من بين الحقوق العرفية الإسلامية شأنه في ذلك شأن الجلسة والزينة والجزاء والهواء المنصوص عليها في الفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة، وأنّ الفصل 85 من ظهير 12 / 08 / 1913 بشأن التحفيظ العقاري قد جاء عامًا في صياغته، ومنح إمكانية طلب تقييد احتياطي أمام المحافظ على الأملاك العقارية والرهون لكل من يدعي أي حق في عقار محفظ دون تحديد، وإلاّ فيعتبر قرار المحافظ برفض طلب التقييد الاحتياطي ملتمسا بتجاوز السلطة، ليعب خرق القانون الموجب لإلغائه"⁹⁰⁵.

يستفاد من هذا الحكم أنّ المحكمة الإدارية اعتبرت حق الكد والسعاية من الحقوق العينية كجميع الحقوق العرفية الإسلامية، وأنّ ما يسري على الأصل يمتد ليطبق على النظير فيتقصد خصوصيته وينتج نفس آثاره القانونية، وبالتالي فهو يحوّل إمكانية اللجوء إلى طالب تقييد احتياطي على عقار متنازع فيه بين الزوجين، وأنّ قرار محافظ الأملاك العقارية برفض طلب التقييد الاحتياطي بحجة أنّ الكد والسعاية ليس حقا عينيا طبقا لمقتضيات الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري متسما بتجاوز السلطة ليعب خرق القانون"⁹⁰⁶.

ولكن خلافا لما ذهبت إليه المحكمة الإدارية، يمكن القول أنّ حق الكد والسعاية نسيج وحده لا علاقة له بالحقوق العرفية الإسلامية، لأنّ هذه الأخيرة المتمثلة في الجزاء، والاستئجار والزينة، والجلسة، هي حقوق عينية تتمخض عن علاقة كرائية. كما أنّ حق الكد والسعاية هو عمل تقوم به الزوجة لصالح زوجها وهو عمل من شأنه أن يقوي الجانب الإيجابي في ذمته المالية، فالمسألة تنطلق إذن من عقد زواج لا من علاقة كرائية. إضافة إلى هذا، فإنّ الزوجة التي تطالب بكدها وسعيها في أموال زوجها يجب أن ترفع دعواها على الزوج باعتبارها دائنة له وباعتباره مدينا لها بذلك الحق،

⁹⁰⁵ - محكمة إدارية بالرباط، 15 / 05 / 1997، ملف رقم 583 / 96، مجلة رسالة المحاماة، 2000، ع. 15، ص. 185.

⁹⁰⁶ - ينص الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري الصادر في 12 غشت 1913 على ما يلي: "يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق، وفي غير الحالات التي يطلب فيها التقييد الاحتياطي بمقتضى سند، يجب أن يؤيد طلب هذا التقييد = إما بنسخة من المقال الموضوع لدى القضاء قصد إثبات الحق وإما بأمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة الإقليمية التي يوجد العقار في دائرتها، هذا وان تاريخ التقييد الاحتياطي هو الذي يعتبر لتعيين رتبة التسجيل اللاحق للحق".

فالعلاقة إذن هي علاقة مديونية تجعلها أمام حق شخصي لا علاقة له بالحقوق العينية، يخرج منه حق الكد والسعاية، وهي الحقيقة التي لم ينتبه إليها قضاة المحكمة الإدارية بالرباط. لنخلص في الأخير إلى أنّ حق الكد والسعاية حق شخصي، وبذلك فهو لا يقبل التقييد الاحتياطي وفق الفصل 85 من الظهير الوارد أعلاه⁹⁰⁷.

وإذا كان القضاء متّفقا في عمومته على الاعتراف للزوجة بحق السعاية، فإنّه يضع عبء الإثبات على عاتقها إذ كانت مطالبة بإثبات مساهمتها الفعلية في تنمية أموال الأسرة وهذا ما يتضح من خلال القرار الصادر في 08 أبريل 1991 عن استئنافية الرباط، الذي جاء فيه: "وحيث يتبين للمحكمة من خلال دراستها للملف المتعلّق بموضوع الدعوى الرامية للحصول على الكد والسعاية في الشقة موضوع النزاع، أنّ المدعية لم تثبت دعواها بأية حجة تفيد السعاية في الشقة، ولأنّ السعاية المطلوبة مجرد أقوال خالية من أية حجة حتى يمكن للمحكمة الإشهاد للمدعية بحقها في السعاية"⁹⁰⁸.

فمن خلال صياغة هذا القرار يتضح أنّ هناك إمكانية الإشهاد للمطلقة بحقها في السعاية إذا استطاعت أن تقيم الحجة والدليل لإثبات حقها. ولأنّ السعاية من الأمور الواقعية التي يجوز إثباتها بكل الوسائل فإنّ المحاكم غالبا ما تلجأ إلى شهادة الشهود في شكل لفيفية عدلية أو عن طريق إحصائهم والاستماع إليهم⁹⁰⁹. فقد صدر عن محكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 04 جانفي 2000 قرار قضى: "وبعد دراسة المحكمة لوثائق الملف أثناء المداولة من طرف الهيئة التي شاركت في المناقشة وثبت لديها بأنّ المستأنف عليها قد طالبت ابتدائيا بكدها وسعيها دون تحديد ما إذا كان ذلك تصفية أو عينا، كما أنّ مقتضيات الكد والسعاية يرجع فيها إلى مبادئ القضاء وخاصة العمل السوسي في ظل هذه النوازل وكذلك مبادئ الفقه المالكي مما يجعل ما دفع به المستأنف غير جدي ويتعيّن ردّه؛

وحيث أنّ المستأنفة أدلت بلفيف يشهد شهوده بكدها وعملها إلى جانب زوجها إلى أن استفادا بما استفاداه خلال وأثناء ارتباطهما الشرعي؛

⁹⁰⁷ - محمد أقاش، المرجع السابق، ص. 64.

⁹⁰⁸ - محكمة الإستئناف الرباط، 08 / 04 / 1991، ملف 89 / 8746، مقتبس عن: عبد اللطيف الأنصاري، المرجع السابق، ص. 101.

⁹⁰⁹ - محمد أقاش، المرجع السابق، ص. 68.

وحيث إنّ المستأنف لم يدل بأية حجة معارضة لما أدلت به المدعية وكان عليه إثبات خلاف ذلك إن كان ما يدعيه صحيحا، وأنه باحجامه هذا تكون المستأنف عليها محقة في كدها ومنتوج جهدها وهو ما قضت به المحكمة الابتدائية ورضيت به المستأنفة، فكان حكمها هذا مصادفا للصواب ويتعيّن تأييده⁹¹⁰.

ومع ذلك يعتبر عبء الإثبات الملقى على عاتق الزوجة عبئا ثقيلا خاصّة وأنّ القضاء كان كثيرا ما يستبعد رسم السعاية المدلى به من طرف الزوجة إمّا لعدم تحديده لطبيعة العمل الذي ساهمت به المرأة، أو لعدم تحديده الدقيق للأشياء التي تطالب بها الزوجة بسعائتها، والمشكل الأكبر عندما يكون العقار الذي ساهمت فيه محفظا باسم الزوج⁹¹¹.

ولكون حق الكد والسعاية هو ابن بيئته القروي، فإنّ القضاء اختلف حول نطاق تطبيقه، بمعنى هل هو مقصور على المرأة البدوية أم تستفيد منه حتى المرأة القاطنة بالمدينة؟

وفي هذا الصدد صدر عن محكمة الاستئناف بأكادير في قرارها الصادر بتاريخ 02 أفريل 1996 ما يلي: "أن رسم السعاية غير كاف للبت في الطلب، وأنّ الاجتهادات المدلى بها من طرف المستأنفة تخص الزوجة العاملة مع زوجها في البوادي ولا تنطبق على الزوجة القاطنة بالمدينة، مما يجعل الحكم المستأنف مصادفا للصواب وينبغي تأييده"⁹¹². إلّا أنّ المجلس الأعلى قضى بنقض هذا القرار معترفا بذلك بشمول حق الكد والسعاية للمرأة في المدينة، فجاء في إحدى حثياته: "حيث أنّ العارضة وهي بصدد تعزيز طلبها الرامي إلى الحصول على بدل الكد والسعاية، أوردت السند الفقهي والقضائي لكن محكمة الاستئناف مصدره المطعون فيه عللت قرارها بكون الاجتهادات المدلى بها تخص الزوجة العاملة في البوادي ولا تنطبق على الزوجة القاطنة بالمدينة سواء كانت عاملة أو محتجة،

⁹¹⁰ - محكمة الإستئناف بأكادير، 04 / 01 / 2000، ملف عدد 289 / 99، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 60 - 61.

⁹¹¹ - فعلى سبيل المثال جاء في قرار للمجلس الأعلى تحت عدد 1520 الصادر بتاريخ 05 / 03 / 1998 ما يلي: "لكن حيث يتجلى من القرار المطعون فيه ومن بقية وثائق الملف أن العقار المدعى فيه محفظ وأن المطلوب هو المسجل برسمه العقاري كمالك وحيد وبذلك فلا أثر لما تدعيه الطالبة من حقوق عينية أي نصف العقار المدعى فيه، ما دامت غير مسجلة على الشيعاء في الرسم العقاري عملا بمقتضيات الفصل 67 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري، وما دامت المحكمة قد اعتبرت أن ما أدلت به الطالبة غير كاف لاستحقاقها لعقار محفظ باسم الغير الأمر الذي تكون معه الوسيلة في وجهها المذكورين غير مرتكزة على أساس...".

⁹¹² - محكمة الاستئناف بأكادير، 02 / 04 / 1996، ع. 1060 في القضية العقارية رقم 200 / 95، مقتبس عن: محمد أقاش، المرجع السابق، ص.

وهذا حكم مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية لأنّ الفقهاء لا يفرقون بين المرأة البدوية والحضرية في استحقاق ذلك البديل، بل يضعون العمل والكد والسعاية وهو المعيار لاستحقاق الزوجة لبديل الكد والسعاية بجانب الزوج... ولما قصرت محكمة الاستئناف حق الكد والسعاية في المرأة البدوية، فإنّها تكون قد خالفت قواعد الشريعة الإسلامية، والفقهاء المالكي، وتكون قد خرقت صراحة القانون، وأوردت استثناءً لأحكام الفقه الإسلامي دون سند ولا مرجع، فجعلت قرارها فاقد الأساس القانوني ومعرضاً للنقض⁹¹³.

ولاشك أنّ هذا الاتجاه الذي تبناه المجلس الأعلى هو توجه محمود، لما سيكون له من كبير الأثر في تحقيق الاستقرار داخل الأسرة، برفع الحيف عن النساء ذوات الكد والسعاية، ممّا سيسهّل لهنّ صمام أمان قد يكون دافعاً نحو بذل المزيد من العمل والعطاء في اتجاه الرقي بمستوى الأداء داخل الفضاء الأسري. بدليل أنّ محكمة الاستئناف بالرباط تبنت هذا الاتجاه في قرارها الصادر بتاريخ 04 أبريل 2000 بأن أقرت باستحقاق المرأة لحق السعاية سواء القاطنة بالمدينة أو البادية، إذ جاء فيه أنّ: "الكد والسعاية من لدن المرأة سواء في البادية أو الحاضرة المعتبر للتعويض عنه، هو المترتب من عمل مكتسب وافر على الحاجيات الشخصية يصب في ثروة مادية أنشئت أثناء الحياة الزوجية"⁹¹⁴. فلا يجب أن يكون معيار استحقاق الزوجة لبديل الكد والسعاية قائم على أساس التمييز بين المرأة البدوية والحضرية وإنّما على أساس العمل والمجهود المبذول والسعاية التي ساهمت بها في تنمية المال الأسري خلال الحياة الزوجية.

فأمّام الصعوبات التي كان يواجهها القضاء لتطبيق حق الكد والسعاية وحتى لا تبقى مجرد قاعدة عرفية ضيقة النطاق وجد المشرع نفسه مدعوا لإيجاد إطار تنظيمي للأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية، فحوّل هذه القاعدة العرفية إلى قاعدة قانونية ترجمتها الفقرة الرابعة من المادة 49 من مدونة الأسرة على النحو التالي: "إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامّة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدّمه من مجهودات وما تحمّله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

⁹¹³- قرار صادر عن المجلس الأعلى يقضي بنقض القرار رقم 1060 الصادر عن استئنافية أكادير في 02 / 04 / 1996 في القضية الشرعية ع. 95/200، مقتبس عن: محمد أقاش، المرجع السابق، ص. 76.

⁹¹⁴- محكمة الاستئناف بالرباط / 04 / 04 / 2000، ملف رقم 6323 / 99، مقتبس عن: محمد أقاش، المرجع السابق، ص. 74.

يتجلى من خلال قراءة هذه الفقرة أنّ الزوجة أصبحت شريكة في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية سواء حصل اتفاق بين الزوجين أو لم يحصل ما دام أنّه في هذه الحالة يرجع إلى القواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد منهما وما قدّمه من مجهودات وما تحمّله من أعباء لتنمية أموال الأسرة. ومع أنّ الخطاب المضمن في هذه المادة جاء عامًا ليشمل الزوجين معًا، إلاّ أنّه في الغالب موجه ضمناً لصالح الزوجة⁹¹⁵.

والظاهر أيضاً أنّ هذه الفقرة من المادة أعلاه جاءت غير مقيّدة بنشاط أو مجال معيّن، ولا ينحصر تطبيقها على المرأة القروية التي تشتغل خارج البيت كما جرى عليه العرف في السابق، بل تشمل كذلك الزوجة الموظفة فتستفيد من مقتضياتها، وبهذا يتم ضمان الحق المالي للمرأة متى تصرّفت بأموالها بحرية تامّة وساهمت في تنمية أموال العائلة. وقد أثير السؤال حول ربة البيت التي تتفرغ لتربية الأطفال وتسيير شؤون بيتها، فهل تستحق حصّة في أموال زوجها التي تراكمت أثناء الحياة الزوجية؟

إنّ استفادة المرأة الماكثة في المنزل من مقتضيات ما جاءت به الفقرة المومأ إليها كانت محل اهتمام رجال القانون في المغرب، فجاءت الإجابة من البعض منهم بالإيجاب أي أنّ المرأة المتزوجة التي لا تقوم بأي عمل خارج البيت أصبح لها نصيب مقدر من طرف القاضي عند فك الرابطة الزوجية في الثروة المكتسبة خلال الحياة الزوجية، وذلك في غياب اتفاق بين الزوجين على تدبير وتقسيم هذه الثروة⁹¹⁶.

إلاّ أنّ هذا الرأي لم يعتمد القضاة المغربي فقد قضت محكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 14 سبتمبر 2004 بما يلي: "حيث ثبت للمحكمة من خلال دراستها للملف أنّ مآخذ الطاعنة على الحكم المستأنف غير جديرة بالاعتبار، ذلك أنّ الأصل في النظام المالي للزوجين في الشريعة الإسلامية هو أنّ لكل منهما ذمة مالية مستقلة عن الآخر، وأنّ الطاعنة تفر في مقالها بأنّ الزوج عامل بالمهجر، وأنّ المال ماله ولم تدع أنّ لها مال مستقل ساهمت به في تكوين الثروة، وأنّ اللغيف المدلى به لم يبيّن مدى مساهمتها في تنمية مال الزوج، وأنّ مجرد إدارة الأصول لا يدخل ضمن الكد والسعاية، وإنّما

⁹¹⁵ - محمد الشافعي، قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 114.

⁹¹⁶ - محمد الشافعي، قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة، مدونة الأسرة بين النص والممارسة، منشورات كلية الحقوق بمراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، 2006، ع. 25، ص. 179.

يمكن إدماجه ضمن العمل العادي الواجب على الزوجة في إطار الإشراف على البيت وتنظيم شؤونه، وإلا كان عليها المطالبة بأجرة التسيير إذا كان لها محل، وليس المطالبة بنصف تلك الأموال، الشيء الذي يجعل ما قضى به الحكم المستأنف مصادفا للصواب ويتعيّن تأكيده⁹¹⁷.

وهو نفس المبدأ الذي سارت عليه أيضا محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 20 أبريل 2006 والذي تضمن: "حيث اتضح للمحكمة من خلال دراستها للملف أنّ مآخذ الطاعنة على الحكم الابتدائي غير مرتكزة على أساس، ذلك أنّ الطلب يرمي إلى استحقاق نصيب -نصف- الأملاك المدعى فيها بعلّة أنّها ناتجة عن كد الزوجة وسعايتها إلى جانب الزوج خلال فترة استمرار العلاقة الزوجية. وأنّ مثل هذا الطلب يقتضي إثبات كون الزوجة عاملة أي لها عمل محدّد ومعروف ومنتج وليس من ذوات الحجاب، وأنّها بعملها قد ساهمت بشكل غير مباشر في إنماء ثروة الزوج؛

وحيث إنّ البحث الجرى في نازلة الحال أثبت أنّ الطاعنة بدون مهنة، وأنّ عمل الزوج -التجارة- مستقل كلياً ولا تشاركه في أعماله خارج البيت، بل إنّ ما جاء في شهادة شهودها يتناقض حتى مع إدعاءاتها، الشيء الذي يجعل موجبات استحقاق النصيب في أملاك الزوج غير متوفرة، وبالتالي يبقى الحكم المستأنف مصادفا للصواب فيما قضى به ويتعيّن تأييده⁹¹⁸.

وعليه، ينبغي تأييد ما خلصت إليه محاكم الاستئناف مع الرفض في توسيع هذا المبدأ ليشمل العمل المنزلي لأنّ الاجتهاد الفقهي المتعلّق بحق المرأة في الكد والسعاية لم يكن يطبّق إلا على الزوجة التي تساعد زوجها في أشغال الحقل مثل الحرث والحصاد. فالماكنة في البيت إن لم يكن لها مردود مالي كيف لها أن تساهم في تنمية أموال الأسرة؟

وأياً كان الجهود الذي تبذله الزوجة فعليها لتطالب بحصّة في أموال الأسرة أن تثبت مساهمتها الفعلية في تنمية هذه الأموال طبقاً للقواعد العامّة في الإثبات وهي: إقرار الخصم، الحجة الكتابية، شهادة الشهود، القرائن، اليمين والنكول عنها. فهذا الشرط المقرّر قانوناً يجد تطبيقاً له قضاءً حيث صدر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 أكتوبر 2006 قرار مفاده: "الزواج والطلاق وحدهما لا يستتبعان

⁹¹⁷ - محكمة الاستئناف بأكادير، 14/09/2004، ملف ع. 03/534، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 56.

⁹¹⁸ - محكمة الاستئناف بطنجة، 20/04/2006، ملف ع. 7/05-523، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 56.

التملك على الشيعاء في مال الزوجين بشكل تلقائي لأن الأصل في الفقه الإسلامي هو استقلال الذمم المالية للزوجين؛

يكون موجب المساهمة المدلى به من طرف المطلقة غير معتبر إذا لم يثبت المشاركة المادية والفعالية لإنجاز المال المشترك مع توضيح الشهود للمستند الخاص في العلم؛

على المدعية إثبات مساهمتها المادية في الممتلكات المدعى بشأنها الكد والسعاية⁹¹⁹.

ولكن رغم تعدد هذه الوسائل إلا أن الإثبات يعدّ أمراً شاقاً بالنسبة لها خاصة في الحالة التي يكون فيها العقار محفظاً بعلّة انعدام الإثبات. بتاريخ 03 أبريل 2007 صدر عن المحكمة الابتدائية بمراكش حكم قضى بعدم قبول طلب الزوجة المعارض الرامي إلى الحكم لها بحصة في عقار محفظ بعلّة أنّها لم تثبت مساهمتها في تنمية العقار المسجل باسم زوجها في الصك العقاري⁹²⁰. فالملاحظ أنّ هذا الحكم جاء متماشياً مع ما جرى العمل به قبل صدور المدونة، فلم يساير روح الفقرة الرابعة من المادة 49 من مدونة الأسرة. بخلاف أحكام أخرى استعان فيها القضاة بسلطتهم التقديرية الواسعة وبتقرير الخبرة للبحث في عمل كل واحد من الزوجين ومدى مساهمته في إنماء المال العائلي، فقضت بتمكين المدعى الفرعي بحصته في العقار. نذكر على سبيل المثال ما حكمت به محكمة الاستئناف بالعيون بتاريخ 19 فيفري 2008 بقولها: "حيث إنّ المحكمة حين رجوعها إلى الليفي العدلي المضمون للملف وكذلك جلسة البحث الجراة بين الطرفين وتقرير الخبرة العقارية، تبين لها أنّ المستأنفة فعلاً قد ساهمت وشاركت الطرف المستأنف عليه في تنمية وإنشاء الثروة المتمثلة في العقارات المشار إليها أعلاه، كما أنّ هذا الأخير لم ينف كونه كان يستخلص راتب المستأنفة من البنك دون إثباته تسليمه لها، إضافة إلى أنّ الخبير لخص في تقرير خبرته على أنّ المستأنف لا يمكن أن ينشئ تلك الثروة اعتماداً فقط على مدخوله، بل إنّ نسبة المستأنفة في المساهمة في إنشائها تصل إلى 41 بالمائة من مجموع الثروة؛

⁹¹⁹ - الملكي الحسين بن عبد السلام، المرجع السابق، ص. 61.

⁹²⁰ - محكمة ابتدائية بمراكش، 03/04/2007، ملف عدد 1060/ش/06.

وحيث أنّ واقعة الكد والسعاية ثابتتين استنادا إلى الوثائق أعلاه وكذا ظروف النازلة، مما تبقى معه المستأنفة محقة في طلبها الرامي إلى تمكينها من نصيبها في العقارات أعلاه؛

وحيث إنّ المحكمة الابتدائية حينما ذهبت إلى جعل الدار الكائنة بشارع الفرسان في القدس رقم 10 العيون نصيبا لها استنادا إلى مبدأي الكد والسعاية كانت موضوعية، لكونها إنّما استندت في ذلك على خبرة عقارية وحسابية دقيقة لم تكن محل طعن وجيه من المستأنف عليه الذي وإن أكد على تملكه للدار موضوع النزاع بإدلائه بصك عقاري لها تحت عدد 17/11677، فإنّ ذلك لن يمنع من تمكين المستأنفة منها؛

وحيث إنّ بعد رد جميع ما ورد من أوجه الاستئناف للعلل أعلاه يكون ما قضى به الحكم قد جاء صوابيا ويتعيّن تأييده⁹²¹.

إنّ الحكم باستحقاق الزوجة نصيبا من العقارات المكتسبة أثناء الحياة الزوجية لمساهمتها الفعلية في تكوينها نتيجة كدها وسعايتها يعد وجها سديدا ومنصفا في حق الطرفين، ومسائرا لروح الشريعة وما اقتضت به المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية. إذ لا ينبغي على القضاة الوقوف عند الرسم العقاري المسجل باسم الزوج فقط وإنّما التحري وتعيين الخبرة والاستعانة بجميع وسائل الإثبات وبما لديهم من سلطة تقديرية لحماية الحق المالي للزوجة من الضياع.

وما يمكن قوله أيضا بشأن الإثبات أنّ القضاة بأنفسهم عبّروا عن استيائهم من هذا الشرط الذي قيّد من سلطة تدخلهم في هذا الميدان وأصبح يحول دون إمكانية إعمال حق الكد والسعاية، فهم يرون أنّه من المنطقي ومن المشروع منح الزوجة المطلقة التي كانت تمارس عملا مؤدى عنه حق المطالبة بجزء من الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج، لأنّه من الثابت أنّ الزوجة العاملة تساهم بدون شك في نفقات البيت رغم أنّها لا تفكر في الاحتفاظ بما يثبت مساهمتها تلك. وبهذا فإنّ الفقرة الرابعة من المادة 49 من مدونة الأسرة تشكل في نظر القضاة تراجعا مقارنة بالفقه الإسلامي، كما أنّها لا تفني بالغرض الذي توخاه المشرع من إقرار حماية الحقوق المادية للمرأة المطلقة ففي الوقت الذي

⁹²¹ - محكمة استئناف العيون، 19/02/2008، ملف عدد 07/1، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 59-60.

يقر لها بالحق في المطالبة بجزء من الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، يعود ويضع على عاتقها عبء الإثبات بشروط تعجيزية⁹²².

هذا ونشير إلى أنه في حالة عدم وجود اتفاق بشأن تدبير الأموال المكتسبة أثناء الزواج تكون قسمة المال المشترك حسب عمل كل واحد من الزوجين وما قدّمه من مجهودات وما تحمّله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، لا مناصفة عملاً بمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 49 من مدونة الأسرة⁹²³. وهو ما تمّ تطبيقه على الصعيد القضائي حيث صدر عن محكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 23 مارس 2004 ما يلي: "حيث اتضح للمحكمة من خلال دراستها للملف أنّ مآخذ الطاعنين على الحكم المستأنف غير مرتكزة على أساس، ذلك أنّ الطلب الأصلي يرمي إلى تمكين المدعية فرعياً من نصيبها في المنزل المدعى به الذي هو في اسم المستأنف أصلياً، رغم أنّه من إنتاج المجهود المادي المشترك بين الطرفين، وقد أدلت بما يثبت أنّها موظفة تتقاضى أجراً محترماً وبما يثبت وجود حساب مشترك بينهما، ولم يسفر البحث الجرحى مع الطرفين سواء في المرحلة الابتدائية أو في المرحلة الاستئنافية على ثبوت إنفراد المستأنفة فرعياً بملكية أي عقار أو أي منقول أو سندات بنكية، لإمكانية مساهمة المستأنف أصلياً في دفعاته المنصبة على استقلال الذمة المالية للطرفين وتصريف الزوجة لماهيتها الشهرية في مسائل خاصة بها غير مفيدة للأسرة ككل؛

وحيث إنّ ثبوت توفر الزوجة على دخل قار وثبوت وجود حساب مشترك وانعدام أي دليل على تخصيص الزوجة نفسها بأية منفعة مادية تحميها من تقلبات الزمن الذي لا يرحم كل ذلك يجعلها محقة في طلبها لنصيبها في الأملاك المستفاد في هذا الجانب؛

وحيث إنّ ثلث قيمة المنزل المحكوم به يعتبر مناسباً بالنظر إلى أنّ الأصل هو أنّ الزوج هو الذي يتحمل أعباء الأسرة، وأنّ كل مشاركة له في ذلك من طرف الزوجة يعتبر من قبيل التبرع من جانبها ما لم يتجاوز الحد المعقول؛

⁹²² - عائشة الحجامي، المرجع السابق، ص. 77.

⁹²³ - حسنا فعل المشرع المغربي لما أسند مهمة تقدير حظوظ السعادة ومنابهم من المستفاد للسلطة التقديرية للقاضي وذلك على قدر يوازي في قيمته قدر مساهمتهم وضربهم للكرد والسعي، فوضع له محددات موضوعية وذاتية يسترشد بها في تحديد مقابل السعاية.، عمر المرزوقي، المرجع السابق، ص. 203 وما بعدها.

وحيث أنّ مطالب المستأنفة فرعياً لربع المنزل لا يتركز على أساس لأهّما ليست مالكة على الشيعاء، كما أنّ البحث النجز مع الطرفين أكد أنّ الربع أنفق في تسديد نفقات بنائه، لذلك يبقى الحكم المستأنف مصادفاً للصواب في جميع مقتضياته ويتعيّن تأييده⁹²⁴.

إنّ ما ارتأته محكمة الاستئناف توجه صائب لأنّ حق السعاية لا يشترط فيه قسمة المستفاد مناصفة بين الزوجين فما نص عليه الفقهاء في فقه النوازل هو أنّ المرأة تستفيد من الثروة المحصلة بقدر يتناسب مع مساهمتها ومع كدها وسعيها فقد تكون تلك النسبة نصفاً أو أقل أو أكثر.

من خلال ما تقدّم تبين محاولة المشرعين التونسي والمغربي لوضع حل يحمي الحق المالي للزوجة عند عدم وجود اتفاق ينظم ملكية الأموال المشتركة بأن فتحا أمامها إمكانية اللجوء إلى جميع وسائل الإثبات. على خلاف المشرع الجزائري الذي يعاب عليه أنّه اكتفى بالكتابة كدليل لإثبات الأموال المشتركة بين الزوجين، وكان بإمكانه زيادة فقرة ثالثة للمادة 37 من قانون الأسرة تصاغ على الشكل التالي: "إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة". فبإضافة هذه الفقرة تصبح المادة 37 من قانون الأسرة من ناحية، متماشية مع الواقع الأسري المعاش الذي فرض اتحاد الذمم المالية للزوجين دون حصول الزوجة على دليل كتابي نظراً للحائل المعنوي، فتحمي حقوقها بتوسيع دائرة الإثبات ومنح السلطة التقديرية للقاضي في تحديد ما يؤول إليها حسب عملها ويقدر المجهود الذي بذلته وأثره على ما تحقق من كسب خلال مدة الزواج.

ومن ناحية ثانية، تكمل المادة 326 من القانون المدني التي تجيز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة عند وجود مانع أدبي، وتقيّد المادة 333 من نفس القانون التي تنص على أنّه: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

⁹²⁴ - محكمة الاستئناف بأكادير، 23 / 03 / 2004، ملف ع. 03/287، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 58-59.

ومن ناحية ثالثة، تضمن للزوجة حقها في المسكن الزوجي إذا ساهمت في بنائه أو شرائه، لأنّ حق الزوجة في المسكن يختلف إذا كان النظام المعمول به هو الفصل بين الأموال أو الاشتراك فيها، ففي الحالة الأولى لها الحق في السكن باعتبارها حاضنة بغض النظر عن مساهمتها في ملكيته لكن عند سقوط حق الحضانة عنها أو انتهائها يسقط معها حقها في السكن، في حين أنّه في الحالة الثانية يبقى حقها قائماً وتطبق قواعد الملكية الشائعة⁹²⁵. مع الإشارة إلى أن السكنات التساهمية التي تمنحها الدولة سواء في تونس أو في الجزائر تحرر باسم الزوج فقط، فعليها أن تسند ملكيتها المشتركة للزوجين⁹²⁶.

أمام صعوبة الإثبات وما ينجم عنها من مشاكل وضياع للحقوق المالية للمرأة، ارتأت التشريعات المغاربية للأسرة تبني نظام الاشتراك في الأموال كاستثناء لمبدأ استقلالية الذمة المالية.

المطلب الثالث

حرية الزوجة في اختيار نظام الاشتراك في الأموال

لأنّ خروج المرأة إلى العمل، رغم تأثيره الإيجابي على المستوى الاقتصادي للأسرة بحيث أصبحت تساهم في تنمية أموال العائلة، أحدثت مشاكل واضطرابات خطيرة، فكثيرة هي الزيجات اليوم التي تبني على أساس أنّ الزوجة ذات أجر فتقوم العلاقة الزوجية على أساسه ويصبح المحك الحقيقي لاستمرارها في صفاء أو حلها بعد نزاع، خاصة إذا رغبت الزوجة في إنفاقه على مزاجها واصطدمت بمعارضة الزوج الذي يرى له فيه حقاً باعتباره مقابل تخلي زوجته عن مسؤولياتها المنزلية وانصرافها عن الاهتمام به وتخصيص وقتها له، فيصبح بذلك أجر الزوجة دعامة لنزاعات الزوجين فلا هي حققت به استقلالها المادي ولا هي ساهمت به عن اقتناع ودون ضغط من زوجها.

وإزاء الاشتراك الواقعي والفعلي الذي تقتضيه الحياة الزوجية، أوضحت النصوص التقليدية غير قادرة على تأطير العلاقات المالية داخل الأسرة، وأضحت ضرورة ملحة لإيجاد أحكام خاصة تنظم

⁹²⁵ - المادة 467 ف. 02 من ق. م. ج؛ والمادة 72 من ق. أ. ج.

⁹²⁶ - أنظر، سامية دولة، حق الزوجة في الملكية المشتركة للسكن العائلي في ضوء قانون نظام الاشتراك في الأملاك، م. ق. ت.، شركة أوريسس، 2005، ع. 06، ص. 75.

الأموال العائلية في إطار نظام أموال متكامل يأخذ بعين الاعتبار التقاء مجهودات الزوجين لما فيه خير العائلة وتماسكها كخلفية فاعلة في تحقيق تطوّر المجتمع.

من هذا المنطلق تتجلى أهمية الحديث عن اعتماد العقد المالي في التنظيم المسبق للعلاقات المالية داخل الأسرة في الحد من النزاعات المثارة حول دخل المرأة العاملة بأجر، وكذلك في تحديد حقوق كل واحد من الزوجين في الاستفادة أثناء الحياة الزوجية وبالتالي تمكين الزوجة من الاستفادة من ثمار عملها إلى جانب الاعتراف لها بمساهمتها في مصاريف بيت الزوجية، مما سيكون معه العقد المالي أحد آليات رفع الحيف المسلط على المرأة البيئية التي تقضي عدّة سنوات تخدم الزوج وتنمي ثروته بما تتحمله في سبيل الادخار وتكوين التراكم لرأسماله، ثم لا تنال من تلك الأموال المكتسبة غير ما يقضى لها به من حقوق الطلاق رغم أنّها ساهمت مساهمة أكيدة في كل ذلك.

ولأنّ العقد المالي أصبح يعتبر أحد الوسائل الوقائية لتوخي النزاعات الأسرية، أو على الأقل الحد منها، على اعتبار أنّ دوره لا يقتصر على الفصل في ملكية الأموال بعد حدوث الطلاق، بل إنّ أثره يبدأ بالسريان منذ لحظة إبرامه بتنظيم كل الأمور ذات الطابع المالي التي قد تكون محل جدال أثناء قيام الزوجية، فهو يسعى إلى تحقيق مصلحة المتعاقدين ودرء المفسد عنهم. فإنّ التشريعات المغاربية تبنته، وبقدر ما كان موقفها جريئاً وذلك بالنظر لطبيعة المجتمعات العربية كمجتمعات إسلامية ولأنّ فكرة الاشتراك لا تزال غريبة على مجتمع تعود أفراد نظام التفرقة الذي ترسخ في تقاليد الأسرة، بقدر ما برزت عديد النقائص والثغرات بتشريعاتها والتي جعلت من تطبيقاته تتسم بالحدودية بما يجعل تدخلها مرّة أخرى ضروريا لتدارك النقائص وسدّ الثغرات تطويراً لهذه المؤسسة القانونية.

فكان المشرع التونسي سابقاً بإصداره القانون عدد 94 لسنة 1998 المتعلّق بنظام الاشتراك في الأملاك، وهو قانون خاص يحتوي على 26 فصلاً موزعة على ستة عناوين تناولت الأحكام العامّة لنظام الاشتراك منذ نشأته إلى حين انقضائه، دون إدراجه بمجلة الأحوال الشخصية رغبة منه في إبراز هذا التشريع كمؤسسة قانونية مستقلة عن المجلة⁹²⁷. فهل فصوله كافية لاستيعاب جميع الإشكالات

⁹²⁷- القانون عدد 94 لسنة 98 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 والمتعلّق بنظام الاشتراك في الأملاك، وقد جاء هذا القانون تحت عدد 91 في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 13 نوفمبر 1998، ثمّ تمّ بالرائد الرسمي عدد 15 المؤرخ في 21 نوفمبر 1998، لإصلاح غلط متعلّق بعدد القانون ليبدل إلى 94.

التطبيقية التي يفرزها الواقع؟ وما مدى انسجامها مع بقية النصوص القانونية الأخرى؟ وما مدى نجاعة الحماية التي توفرها للزوجين والغير؟ وما مدى حرية الزوجة تجاهه؟

هي أسئلة تطرح رغم الأهمية التي أولاها المشرع التونسي لهذا النظام، فماذا عن المشرعين المغربي والجزائري الذين جاء تدخلهما محتشما جدًا فلم يخصّصا له إطار دقيقا باستثناء توضيح الشكل الذي يفرغ فيه، واعتباره نظاما اختياريًا (الفرع الأول)، ما أثار عدّة تساؤلات انصبت حول كيفية إدارة واستغلال المال المشترك والتصرّف فيه وما ينجم عنه من ديون من جهة (الفرع الثاني)، ومن جهة ثانية عن طرق انتهائه (الفرع الثالث).

فأمام قصور المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية وعجز الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري سنحاول سدّ هذه الثغرات بالرجوع إلى الأحكام العامّة في القانون المدني وتقريب النصوص الأسرية بعضها ببعض، وبالاستفادة من التجربة التونسية.

الفرع الأول

الصبغة الاختيارية لنظام الاشتراك في الأموال

عمدت التشريعات المغاربية إلى التخفيف من حدّة الفصل الجامد لأموال الزوجين إذ بعدما أكدت على الأصل وهو استقلال كل زوج بذمته المالية أقرّت إمكانية دمج أموالهما عن طريق الاتفاق على استثمارها وتوزيعها، هذا العقد المالي طرح تساؤلا حول طبيعته. فبالرجوع إلى الفصول الثاني، 16 و 17 من القانون عدد 94، والمادة 49 من مدونة الأسرة، والمادة 37 من قانون الأسرة نجد أنّ نظام الاشتراك في الأملاك لا يشمل أي نوع من أنواع الشركات سواء كانت مدنية أو تجارية. ذلك أنّ الشركة عرّفها الفصل 1249 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أنّها: "تعاقداً اثنين أو أكثر على خلط أموالهم وأعمالهم أو أحدهما فقط بقصد الاشتراك فيما يتحصّل من ربحها". وعرّفها المادة 982 من قانون الالتزامات والعقود المغربي بأنّها: "عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا لتكون مشتركة بينهم بقصد تقسيم الربح الذي ينشأ عنها"، والمادة 416 من القانون المدني الجزائري بقولها: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريين أو أكثر

على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة".

فالشركة تهدف إلى تحقيق الأرباح وتوزيعها على الشركاء أثناء قيام الشركة في حين أنّ نظام الاشتراك لا يهدف إلى تحقيق الثراء بين الزوجين وإثما غايته اجتماعية تتمثل في تسهيل إدارة أموال الزوجين من طرف كل واحد منهما وانتفاع الأسرة برمتها وضمن استقرارها، فلا وجود لنية الحصول على الربح تماما. فضلا عن ذلك، فإنّ الشركة تكتسب الشخصية القانونية بمجرد إنشائها، فتصبح شخصا معنويا تتمتع بذمة مالية مستقلة، بينما لا وجود لرأس المال في نظام الاشتراك. فقد يتفق الطرفان عليه رغم أنّ أحدهما له أملاك والثاني لا أملاك له وقت إبرام عقد الزواج، ويعدّ اتفاقهما صحيحا ولا يعتبر من قبيل الشرط الأسدي الذي هو موجب لإبطال عقد الشركة. وعليه، لا يمكن اعتبار الاشتراك في الأملاك من قبيل الشركة لاختلافه عنها من حيث قيامه وتسييره وانحلاله فهو نظام خاص يستمد جذوره نوعا ما من نظام الشيوع فليس له ذمة مالية مستقلة عن صاحبيه الزوج والزوجة ولا يبقى له وجود بانتهاء علاقتهما الزوجية⁹²⁸.

فأصبح للمرأة الحرية في اختيار نظام الاشتراك في الأموال يوم إبرام عقد الزواج، أو حتى أثناء قيام الرابطة الزوجية (أولا)، وهو ما يدفع إلى البحث عن نطاق الاشتراك (ثانيا).

أولا: حرية اختيار نظام الاشتراك أثناء إبرام العقد أو أثناء قيام العلاقة الزوجية

لقد أسند الفصل الأول من القانون عدد 94 التونسي وكذا الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري إلى الزوجين حرية اختيار نظام الاشتراك في الأملاك بينهما عند إبرام عقد الزواج أو أثناء قيام العلاقة الزوجية. ومن هذا المنطلق، فإنّ الزوجة عند إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية إذا لم تصرح بكل حرية عن رغبتها في الانضواء تحت نظام الاشتراك في الأملاك، فإنّ ذلك يؤدّي إلى اعتماد نظام التفرقة في الأملاك بينها وبين زوجها وفق ما نص على ذلك الفصل 07 من القانون عدد 94. والهدف المنشود من المشرع هو حرصه على إنجاح هذا النظام من خلال عدم

⁹²⁸ - أنظر، الطيب اللومي، دراسة حول القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 1999، ص. 24.

اعتباره نظاما إجباريا، وذلك لأنه قد يترتب عن إخضاع الزوجة لهذا النظام دون اختيار صادر عن إرادة واعية منها إلى فشل هذا النظام وما في ذلك من أثر سلبي على الزوجين وعلى مسار الأسرة بصفة عامة.

وإن حرية الزوجة في عدم اختيار نظام الاشتراك في الأملاك عند إبرام عقد الزواج لا تؤدي إلى استحالة اختيارها له لاحقا، فرغبة من المشرع في منح فرصة ومزيد من الحرية للزوجة اتبع منهجا يتسم بالمرونة في خصوص تاريخ الانضمام من خلال عدم ضبط آجال محدّدة كشرط لذلك وإنما جعل تاريخ الانضمام مفتوحا طالما لازالت العلاقة الزوجية قائمة⁹²⁹. وبهذا فتح مجال الانضمام إلى نظام الاشتراك في الأملاك لكل زوجة لم تختاره عند إبرام عقد زواجها أو تلك التي أبرمته قبل صدور القانون عدد 94 بشرط إبرام حجة رسمية وفق ما نص عليه الفصل 08 من هذا القانون.

هذه الحرية في الاختيار التي كرّسها المشرعان التونسي والجزائري تعرف نوعا من التقييد لدى المشرع المغربي الذي وبموجب الفقرة الثانية من المادة 49 من مدونة الأسرة ارتأى ضرورة فصل المشاركات المالية عن عقد الزواج وبذلك تضمن اختيار نظام الاشتراك في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج. علما أنه لم يبيّن طبيعة الوثيقة التي يصب فيها الاتفاق، فهل يشترط أن تكون رسمية أم أنّ مجرد ورقة عرفية كافية للإثبات؟ وأمام غياب تحديد من طرف المشرع يمكن تضمين الاتفاق في ورقة رسمية أو عرفية تحرّر في نفس الوقت الذي يبرم فيه عقد الزواج أو في تاريخ لاحق⁹³⁰.

على الرغم من تأييد الطابع الكتابي للاشتراك في الأموال لكونه يوفر الدليل الكتابي للزوجة فتضمن من خلاله حقوقها المالية وتحميها من الهذر والضياع⁹³¹، إلا أنه يستحسن موقف المشرع

⁹²⁹ - أنظر، جلال الدين بوكثيف، نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين، م. ق. ت.، شركة أوربيس، تونس، ع. 08، 1999، ص. 71.

⁹³⁰ - حفيظة توتة، الأموال المكتسبة... المرجع السابق، ص. 76-77.

⁹³¹ - يجب أن يفرغ هذا الاتفاق وجوبا في محرر مكتوب، لأنّ الاتفاق غير المكتوب لا يحقّ دائما الحماية المنشودة منه، على اعتبار أنّ الاطمئنان إلى نوايا الزوج الحسنة يعد تقاعسا له نتائج وخيمة تتحملها المرأة في مستقبل أيامها، خاصة بعد انحلال زواجها بطلاق أو وفاة. كما أنّ العمل بشكلية الكتابة لا حرج فيه ما دام يعبر عن تطبيق سليم لقاعدة شرعية جلييلة في مجال الإثبات لقوله تعالى: "ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا". سورة البقرة، الآية رقم 282، لذلك فهذه الوسيلة سوف تعزز باقي وسائل الإثبات، خاصة وأنّ الورقة الرسمية تعتبر حجة في الاتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين،، يراجع الفصلين 444، 445 من م. ق. ت.؛ والفصل 420 ق. إ. ع. م؛ والمواد 324 مكرر5، 324 مكرر 6، 324 مكرر 7 ف. 01 من ق. م. ج. بهذا لا نكون مغالين إذا قلنا أنّ إعداد وثيقة مكتوبة تتضمن اتفاقات الزوجين أصبح في وقتنا الراهن أمرا ضروريا، حيث أصبحنا نعيش في ظل تغيرات كثيرة لم يعرفها الأوتلون من السلف، لعل أهمّها ضعف الوانع الديني في=

المغربي وذلك بهدف إبعاد الأمور المادية عن عقد الزواج الذي يبقى ذو طابع خاص قائم على اعتبارات شخصية تسودها المودة والرحمة والتعاون والاحترام وليس على الأخذ والرد والمساومة. فقد قال ابن عاصم من المالكية في التحفة: "وجمع بيع مع شركة ومع صرف وجعل ونكاح امتنع"⁹³². ناهيك عن أنه من الصعب اتخاذ هذه الخطوة يوم إبرام عقد الزواج لاعتبارات اجتماعية، وأخلاقية ونفسية، ولمساسها بعنصر الثقة المفترضة بين الزوجين وإثارة الحرج بينهما فلا بد من منح الطرفين فرصة لمعرفة ما له وما عليه وما إذا كان هذا النظام مناسباً له أم لا⁹³³.

وفوق هذا، فإن اختيار هذا النظام يوم إبرام عقد الزواج يطرح إشكالا هاما يتمثل في أن سرعان العمل به يبدأ بمجرد تحرير العقد أم بالدخول؟ فماذا لو وقع الطلاق قبل البناء وكانت هناك أملاك مشتركة بين الزوجين؟

لم يتعرض المشرع التونسي لهذه المسألة كما لم يشترط الدخول لتفعيل نظام الاشتراك وجعله نافذا منذ التاريخ الذي يصرح فيه الزوجان باختيارهما له ولكنه لم يربط بصورة آلية بين التصريح بالاختيار وبداية العمل به. فبقراءة أحكام الفصلين الأول والثاني من القانون عدد 94، نجد أن المشرع لم يجزم في تحديد البداية الفعلية للعمل بنظام الاشتراك، إذ لا يتضح إذا كان سريلانه من تاريخ اختياره أو بمجرد الدخول، وهو ما يمكنهما من الاتفاق على تأجيل العمل به لوقت لاحق خاصة وأنه طبقا للفصل 139 من مجلة الالتزامات والعقود فإنّ الأجل يبتدئ من تاريخ العقد ما لم يعيّن له العاقدان أو القانون تاريخا آخر⁹³⁴.

=العلاقة الزوجية، وتدهور وضعية المرأة المتزوجة. وما إقرار المشرعين لهذه الإمكانية إلا إدراكا منهم لخطورة هذا الواقع المتغير المستعصي على الضبط بمقتضى نصوص قانونية محدّدة سلفا.

⁹³² - أنظر، أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار الآفاق العربية، القاهرة، مصر، ط. 01، 2011، ص.

59.

⁹³³ - اتضح جليا من خلال الإحصائيات الرسمية الصادرة عن وزارة العدل سنة 2005 قلة حالات الاتفاق على استثمار الأموال خلال الحياة الزوجية بالمقارنة مع عدد الزيجات المبرمة فمن 21 دائرة استثنائية تم تسجيل 312 حالة معظمهم من الدار البيضاء ب 171 حالة، في حين لم تسجل أي حالة في كل من ورزازات، أكادير، العيون، طنجة، تطوان، خريبكة، الحسيمة. وهو رقم بسيط إذا ما قورن بعدد عقود الزواج المبرمة في كل سنة والمتروحة = بين 250000 و300000 عقد زواج.، أنظر، وزارة العدل، مجلة قضاء الأسرة، مجلة متخصصة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، المغرب 2005، ع. 01، ص. 128.

⁹³⁴ - أنظر، بديع بن عباس، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين بين الواقع والقانون، م. ق. ت.، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2009، ع.

08، ص. 58.

هذا الإشكال تمّ رفعه بالإجابة عنه من قبل فقه القضاء التونسي وذلك من خلال قرار تعقيبي صادر في 16 سبتمبر 2010 والذي جاء فيه: "إنّ نظام الاشتراك في الملكية ينطلق بعد إتمام البناء بين الزوجين، وإنّ عبارة الزواج الواردة في القانون المذكور إنّما يراد منها الزواج التام باعتبار أنّ النص القانوني أصر على القول إنّ العقار يكون مخصّصا لاستعمال العائلة أو لمصلحتها، والعائلة والأسرة لا تتكوّن إلّا بعد إتمام البناء؛

أ- لا جدال في أنّ الزواج ينطلق في تكوينه عقدا وينتهي مؤسّسة وينشؤ عن تكوين هذه المؤسّسة التزامات مالية ومادية متبادلة منها دخول الأملاك المكتسبة في نطاق الاشتراك إذا اختار الزوجان ذلك النظام؛

ب- طالما تبين أنّ طرفي القضية قد انفصلا بموجب الطلاق قبل البناء فإنّه لا مجال للقول بأنّ ما اكتسبه أحدهما من عقارات أثناء الرابطة الزوجية ملكا مشتركا بينهما ممّا يجعل الطعن في غير طريقه وتعيّن لذلك ردّه⁹³⁵.

وبهذا يكون فحوى القرار واضح وصريح، وبتفسيره للفصل الأوّل من القانون عدد 94 يمكن القول أنّ اختيار نظام الاشتراك في الأملاك يكون يوم إبرام العقد لكن سريان العمل به يبتدئ بالدخول، ولهذا إذا ما وقع طلاق قبل البناء فلا مجال للحديث عن الأموال المشتركة ولا تقسيمها إذ يحتفظ كل طرف بما جمعه من مال. وإنّ ما توصل إليه فقه القضاء يعتبر وجها سديدا إذ أنّ الغاية من تنظيم الاشتراك هو حسن إدارة أموال الزوجين وحفظ مجهودهما وحقهما المالي ولا يتأتى ذلك إلّا إذا جمعتهما منزل واحد.

مّمّا لا شك فيه أنّ إرادة الزوجة ينبغي أن تكون موجودة وحرّة وسليمة عند التصريح باختيار نظام الاشتراك في الأملاك سواء بمناسبة إبرام عقد الزواج أو بموجب اتفاق لاحق. فإذا كانت إرادتها منعدمة، فإنّ الاتفاق يكون باطلا. أمّا إذا كانت معيبة، فيكون قابلا للإبطال. غير أنّ الرضا لوحده غير كاف إذ لا بد من توفر الأهلية، فماذا بشأن الزوجة القاصرة ما مدى حريتها في اختيار نظام الاشتراك في الأموال؟

⁹³⁵ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 16 / 09 / 2010، ع. 41051، مقتبس عن: عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص.

عملا بمقتضيات الفصل السادس من القانون عدد 94، فإنّ الزوجة القاصرة لا يمكنها بمفردها أن تعبّر عن اختيارها لنظام الاشتراك في الأملاك دون موافقة وليّها وأمّها ودون موافقة القاضي إن كانت دون السن القانونية للزواج أو امتنع وليّها وأمّها عن الموافقة. والملاحظ هنا أنّ أحكام هذا الفصل تتماشى تماما مع أحكام الفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية الذي اقتضى أنّ زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم وفي حالة رفضهما يرفع الأمر للقاضي. غير أنّه ورغم هذا الانسجام في الصياغة إلّا أنّه كان جديرا عدم تدخل القاضي لمنح الإذن بالاشتراك لأنّه إذا كان تدخله في زواج القاصر له مبرراته وأسبابه التي تلتقي بمصلحة القاصر، فإنّه لمنح الإذن بالاشتراك قد لا تتوافر لديه المعطيات لاختيار هذا النظام من عدمه، فمن الأجدى لو ترك الاختيار للقاصر بعد الزواج خاصّة وأنّ هذا الإذن تحتاجه الزوجة القاصر إذا رغبت في الانضمام لنظام الاشتراك يوم إبرام عقد الزواج، في حين هي في غنى عنه إذا جاء اختيارها له بعد الزواج لترشيدها به إذ اقتضى الفصل 153 من مجلة الأحوال الشخصية: "... وزواج القاصر يرشده إذا تجاوز السابعة عشر من عمره، فيما يتعلّق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية"⁹³⁶.

ولم يخصّ المشرع المغربي ولا المشرع الجزائري القاصرة بأية حماية بهذا الخصوص، الأمر الذي يدعو إلى التساؤل هل يتوقف اتفاق القاصرة مع الزوج على تدبير وتوزيع الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية على موافقة الولي؟ وإذا امتنع هذا الأخير هل يحق للزوجة القاصرة عرض الأمر على القضاء؟ وهل ينظر فيه قاضي الأسرة لكونه المختص بمنح الإذن بالزواج؟ أم أنّ النظر فيه يرجع للقسم المدني باعتبار أنّ الاتفاق يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين؟ وما مصير الاتفاق إذا تم دون ولي هل يحق المطالبة بإبطاله؟

من خلال هذه الأسئلة يمكن القول أنّ إغفال المشرعين لهذه المسألة لا يتماشى مع مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة والمادة 37 من قانون الأسرة، لهذا عليهما أن يتدخلا لجعل موافقة الولي على اختيار القاصرة لإطار لتنظيم الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية لازمة، وإذا امتنع الولي عن الموافقة لزم رفع الأمر إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج للبت فيه وفق ما تقتضيه مصلحة القاصر⁹³⁷.

⁹³⁶ - جلال الدين بوكثيف، المرجع السابق، ص. 78.

⁹³⁷ - حفيفة توتة، الأموال المكتسبة... المرجع السابق، ص. 77 - 78.

فكما تمّ بيانه سالفاً، فإنّ المشرعين المغربي والجزائري رشدا الزوجة القاصرة في المسائل الخاصّة بأهلية التقاضي بكل ما يتعلّق بآثار الزواج من حقوق والتزامات ولم يشمل الترشيد أهلية القيام بالتصرّفات القانونية، ولأنّ الزوجة القاصرة لا سلطات لديها على مالها الخاص، فمن المنطقي عدم السماح لها بالانفراد في اختيار نظام الاشتراك في الأملاك⁹³⁸.

على صعيد آخر، ونظراً لأهمية هذا النظام فرض المشرع التونسي على المأمور العمومي أن يسأل الزوجين عند تحرير عقد الزواج عما اختاره من نظام مالي لأملاكهما وتضمنين جوابهما بعقد الزواج، وإن سكتا عن بيان ذلك فإنّه يعمل بنظام التفرقة في الأملاك. وسواء وقع اختيارهما لأحد النظامين يوم إبرام عقد الزواج أو جاء اتفاقهما بعد الزواج بالدخول في نظام الاشتراك، فعلى المأمور العمومي أن يقيّد ذلك بدفاتره وبجميع النسخ والمضامين المستخرجة منه، وأن يتولى توجيه مضمون من ذلك إلى ضابط الحالة المدنية بمكان ولادة كل من الزوجين في أجل 10 أيام من تحريره لعقد الزواج أو الحجة الرسمية للاتفاق. ولا يعلم فقط بالاختيار الذي وقع عليه الزوجين بل بكل الشروط الأخرى التي أوردتها ولها علاقة بالنظام المالي. وفي حالة عدم اتخاذه لهذه الإجراءات يتعرّض لدفع خطية قدرها مائة دينار يقع تتبع استخلاصها من طرف وكيل الجمهورية استناداً للفصل 09 من القانون عدد 94. في حين يطبق على الزوجين مبدأ التفرقة في الأملاك حسب ما ورد بالفقرة الأخيرة من الفصل 07 من نفس قانون⁹³⁹.

ووجب التنويه إلى أنّ مدّة 10 أيام التي حدّدتها الفقرة الثانية من الفصل 07 من القانون المذكور تتعارض مع ما جاء بالفصل 33 من قانون الحالة المدنية الذي أوجب على العدول توجيه عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية في ظرف شهر من تاريخ تحريره، ولا يخفى أنّه عادة ما يصاغ الاشتراك صلب عقد الزواج ما يخلق تعارضاً في الأجلين المحدّدين بالفصلين السابقين ولهذا وجب التنسيق بينهما بتنقيح أحدهما⁹⁴⁰.

⁹³⁸ - حول سلطات الزوجة القاصرة على مالها يراجع، ص. 172-174 من هذه الرسالة.

⁹³⁹ - الطيب اللومي، المرجع السابق، ص. 32-33.

⁹⁴⁰ - بديع بن عباس، المرجع السابق، ص. 69.

ورغبة منه لحماية الزوجين أنفسهما وحماية الغير المتعامل معهما أو مع أحدهما، فرض إشهار النظام المالي الذي اختاره الزوجان يوم زواجهما أو إشهار الاتفاق الحاصل بينهما إثر الزواج بعقد لاحق مستقل أو تعديلهما لاتفاق سابق في الموضوع، حيث يقوم المأمور العمومي أو ضابط الحالة لعقد الزواج بتضمين ما وقع عليه الاختيار من الزوجين لنظام أموال الزوجية وما له من أهمية وما يترتب عليه من نتائج قانونية منها معارضة الغير بدخول العقار في النظام المذكور والاحتجاج به وفق مقتضيات الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية. فقد أوجب بمقتضى الفصل 15 من قانون 94 لسنة 98 على من اكتسب حقا عينيا على عقار مسجل أن يدلي لحافظ الملكية العقارية بمضمون ولادته للتأكد من النظام المالي الذي اختاره في حياته الزوجية. وإذا اتضح لحافظ الملكية العقارية من مضمون الولادة أو العقد المتعلق بذلك الحق العيني أنّ الزوجين اختارا نظام الاشتراك في الأملاك، فعلى هذا الشخص الإدلاء بنسخة قانونية من عقد الزواج أو الاتفاق على الاشتراك ومتى وقف حافظ الملكية العقارية على ما ذكر فعليه التنصيص على مضمون ذلك بدفاتره وبشهاد الملكية التي يسلمها، وكذلك الحال إذا تبين أنّ العقار وقع اقتناؤه للاستعمال العائلي⁹⁴¹.

من خلال هذه الإجراءات نجد أنّ المشرع التونسي كان أكثر حرصا ودقة من نظيره المغربي والجزائري، حيث اكتفى المشرع المغربي بالزام العدلين بإشعار الطرفين عند زواجهما بالمقتضى الجديد الذي جاءت به المادة 49 من مدونة الأسرة دون أن يبيّن كيف يثبت هؤلاء قيامهم بإشعار الزوجين. في حين لم يتطرق إليها المشرع الجزائري.

على الرغم من إيجابيات تبني هذا المبدأ والدور الذي يلعبه في حماية أموال الزوجة الخاصة، ولتوفيره الدليل الكتابي في مواجهة زوجها أو ورثته، إلا أنّ اللجوء إليه في مجتمعنا لا يزال غير مألوف من الزوجين سواء عند إبرام الزواج أو بعده وذلك لعدّة اعتبارات سواء كانت اجتماعية أو أخلاقية أو نفسية، ولكونها خطوة من شأنها عند البعض أن تمسّ الثقة المفترضة بين الزوجين وتخلق الحرج بينهما⁹⁴².

⁹⁴¹ - الطيب اللومي، المرجع السابق، ص. 33-34.

⁹⁴² - أنظر، محمد الشافعي، قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق - الحصيلة والمعوقات -، سلسلة الندوات 02، مطبعة الجسور، وجدة، المغرب، ط. 01، 2008، ص. 266.

ثانيا: حرية توسيع نطاق الاشتراك في الأملاك

بقدر رغبة المشرع التونسي وطموحه في إرساء نظام الاشتراك في الأملاك بقدر ما تولى تضيق نطاقه بأن جعله مقتصرًا على العقارات المكتسبة أثناء الحياة الزوجية إذا كان اختياره متزامنا مع إبرام العقد، أمّا إذا كان اختياره بعد الزواج وبعقد مستقل، فإنّ النظام يشمل العقارات المكتسبة بعد تاريخ الاتفاق عليه إعمالًا للفصل 10 من القانون عدد 94 على أنّ ذلك يعدّ قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس حسب الفصل 11 من نفس القانون. هذا وليست كل العقارات معتبرة، فحسب ما جاء بالفصل 10 من القانون أعلاه، فإنّ هذا المبدأ يقتصر على العقار المخصّص للاستعمال العائلي كأن يكون مخصّصًا للسكن أو للاستراحة أو الترفيه أو غير ذلك من قبل العائلة، وعلى العقار المعدّ لمصلحتها كأن يستعمله غير أفراد العائلة في حين يستفيد مالكة من دخله لتحسين المستوى المعيشي أو على سبيل الاحتياط للمستقبل. وبذلك يستثنى العقار المعدّ للاستعمال المهني البحث وكذا العقار المكتسب بموجب الإرث أو الهبة أو الوصية ولو كان مخصّصًا للاستعمال العائلي.

وإنّ حرص المشرع التونسي على جعل هذه العقارات ذات ملكية مشتركة بين الزوجين جاء نتيجة للمشاكل والنزاعات السائدة في الواقع والمتمثلة في المساهمة المالية للزوجة في اكتساب السكن العائلي إلاّ أنّه كثيرًا ما يتم تحرير حجة الملكية باسم الزوج فقط ممّا ينجر عن ذلك من نزاعات حول ملكية محل الزوجية بعد انفصام الرابطة بالطلاق أو الوفاة، خاصّة وأنّ الزوجة كثيرًا ما لا توفّق في إثبات مساهمتها في هذه الملكية. وبهذا يكون المشرع قد سدّ فراغًا تشريعيًا كانت الزوجة في أشدّ الحاجة إليه لضمان حقّها في الملكية المشتركة للسكن العائلي خصوصًا عند مساهمتها المادية والفعلية في تشييده أو شرائه⁹⁴³.

هذا التضيق لا يعني رغبة المشرع في تقييد حرية الزوجة طالما أنّه خوّّل لها حرية توسيع نطاق الاشتراك في الأملاك ليشمل جميع العقارات سواء اكتسبت قبل الزواج أو بعده وبقطع النظر عن مصدرها سواء كانت متأنية من مجهودها أو بطريق التبرع متى اشترطت ذلك في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق⁹⁴⁴. ومع ذلك يبقى الانتقاد موجهًا إليه فتضيق هذا النظام من شأنه أن يضعف الذمة

⁹⁴³ - بديع بن عباس، المرجع السابق، ص. 61.

⁹⁴⁴ - الفقرة الأخيرة من الفصل 10 من القانون عدد 94.

المالية للأسرة ويجعلها قاصرة على العقار المعد لسكنى العائلة، فلماذا قانون بأكمله خصّص للسكن العائلي؟ ولماذا يوصف بكونه اشتراك في الأملاك والحال أنّه ملك واحد؟

لهذه التساؤلات كان حريا على المشرع التونسي أن يجعل هذا النظام شاملا لجميع أموال الزوجين سواء كانت عقارات أو منقولات خاصة وأنّ هذه الأخيرة أصبحت تضاهي أو تفوق قيمة العقارات. علما وأنّ تضييق نطاق هذا النظام وسكوت المشرع عن بيان موقفه من المنقولات تشريعيًا خلق جدلا واسعا بين مؤيد للتوسيع ومعارض له. غير أنّه بالرجوع إلى الفصل 02 من القانون عدد 94 والذي اقتضى أنّه: "إذا صرح الزوجان بأثهما يختاران نظام الاشتراك في الأملاك فإنّهما يخضعان إلى هذا القانون، إلّا أنّه يحقّ لهما الاتفاق على توسيع نطاق الاشتراك بشرط التنصيص على ذلك صراحة بالعقد". ولأنّه لم يمنع صلب هذا القانون إدراج المنقولات عدا المهر الذي وقعت تسميته للزوجة حسب ما جاء به الفصل 04 من نفس القانون، ونظرا للطابع الاختياري لهذا النظام، وتقريراً للقواعد العامّة التي تجعل الأصل في الأشياء الإباحة عدا ما هو ممنوع بنص خاص، فإنّه لا يوجد ما يمنع الزوجين من إدراج شرط ضمن عقد الزواج أو عقد رسمي آخر مفاده توسيع نطاق الاشتراك ليشمل المنقولات أيضا وهو شرط لا يتنافى مع مقتضيات العقد وفيه مصلحة للطرفين خاصة إذا كانت قيمة المنقول تضاهي أو تفوق قيمة العقار⁹⁴⁵.

إنّ فكرة التضييق تارة والتوسيع تارة أخرى لم يتبنّاها المشرعان المغربي والجزائري لكونهما وسّعا من نطاق الاشتراك ليشمل العقارات والمنقولات على حدّ السواء، فبالعودة إلى الفقرة الأولى من المادة 49 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: "لكل واحد... غير أنّه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها". وتقابلها الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة والتي نصت على أنّه: "غير أنّه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤوّل إلى كل واحد منهما". يتضح أنّ الاتفاق يتعلّق بالأموال المكتسبة أثناء الزواج سواء تعلّق الأمر

⁹⁴⁵ - سامية دولة، حق الزوجة... المرجع السابق، ص. 63.

بالمنقولات أو العقارات لكونها وردت في صيغة عامّة⁹⁴⁶. وهذا يعني استبعاد ما كان مملوكا قبل الزواج، وأيضا الأموال المكتسبة عن طريق التبرعات كالهبة أو الميراث أو الوصية باعتبارها لم تكتسب بفعل جهد وسعاية ومساهمة الزوجين، اللهم إلا إذا وجد اتفاق يقضي بإدراج جميع الأموال سواء اكتسبت قبل أو أثناء الحياة الزوجية وأيا كان مصدرها وجعلها من المشتركات⁹⁴⁷. ومع ذلك يعاب عليهما عدم وضع حدود لهذا الاتفاق بحيث يمنع أي اتفاق يؤدي إلى تغيير نظام النفقة أو نظام الإرث أو حقوق المطلقة والأولاد المحضونين باعتبارها من الأحكام المرتبطة بالنظام العام ولا يجوز المساس بها⁹⁴⁸. علما وأنها حالات استثنائها المشرع التونسي بصريح العبارة ضمن الفصول 02 و03 من القانون عدد 94.

رغم أنّ النصوص المغاربية للأسرة أجمعت على ضرورة إفراغ الاتفاق في قالب مكتوب، إلا أنّها اختلفت بشأن تضمينه في عقد الزواج أو في وثيقة مستقلة، ففي الوقت الذي حوّل فيه المشرعين التونسي والجزائري للزوجين حق وحرية اختيار هذا النظام أثناء إبرامهما عقد الزواج ومنحوهما فرصة التدارك والانضمام له بمقتضى عقد لاحق. ارتأى المشرع المغربي فصل هذا الاتفاق عن عقد الزواج وتضمينه في وثيقة مستقلة. وسواء أدرج بالعقد يوم إبرامه أو بعد ذلك فإنه تترتب عليه آثار قانونية.

الفرع الثاني

آثار قيام نظام الاشتراك

إذا ما استوفى نظام الاشتراك شروط قيامه فإنه يصبح قائما ويظل كذلك بقيام الحياة العائلية. وإذا كان النظام خاضعا لمطلق إرادة الطرفين من حيث الاختيار أو النطاق فإنّ المسائل المتعلقة بتسيير المشترك وإدارته وانقضائه تحتاج إلى تنظيم تشريعي خاص وواضح، وهو بالفعل ما عمد إليه المشرع

⁹⁴⁶ - حسنا فعل المشرعين المغربي والجزائري بذلك لأنه أحيانا تفوق المنقولات قيمة العقارات وإدراجها ضمن الاتفاق يوفر حماية أوسع للحقوق المالية خاصة للزوجة.

⁹⁴⁷ - أنظر، سعيد الروبيو، تدبير الأموال المكتسبة أثناء الزواج، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق - الحصيلة والمعوقات -، سلسلة الندوات 02، مطبعة الجسور، وجدة، المغرب، ط. 01، 2008، ص. 274؛ تنص المادة 106 من ق. م. ج على أنه: "العقد شرعية المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون".

⁹⁴⁸ - بلحاج العربي، أحكام الزواج... المرجع السابق، ص. 433.

التونسي بالقانون عدد 94 لسنة 98. في حين يؤخذ على المادة 49 من مدونة الأسرة والمادة 37 من قانون الأسرة بعض الغموض والالتباس حيث لم يتطرق المشرعان المغربي والجزائري إلى مسألة التصرف بالأموال المكتسبة من طرف أحد الزوجين خلال الحياة الزوجية، ولا إلى مشكل استعمال أحدهما أموالا لتحسين عقار خاص به (أولا)، وكذلك مسألة الديون والأعباء المترتبة عن استغلال أو إدارة المال المشترك، ولم يشير إلى وضعية الدائنين في حالة تفويت الأموال المشتركة أو رهنها (ثانيا).

أولا: حرية الزوجة في إدارة المال المشترك

إن إدارة الأملاك موضوع نظام الاشتراك تكون مشتركة بين الزوجين فكل منهما الحق في القيام بجميع الأعمال الرامية لحفظ تلك الأملاك وإدارتها والانتفاع بها والقيام بجميع الأعمال النافعة لحمايتها أو المحافظة عليها أو تحسينها مهما كان نوع هذه الأعمال مادية أو قانونية طبقا للفصل 16 من قانون 94 لسنة 98. وهي صياغة تنسجم وتساير وتتم وتوضح مقتضيات الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية الذي جعل الزوجة والزوج على قدم المساواة من حيث التصرف في شؤون العائلة وبات من واجبهما التعاون على إدارة شؤونها ومن بينها إدارة أملاكهما المشتركة.

فمفهوم إدارة الأملاك المشتركة هي تلك الإدارة العادية التي يمكن لكل واحد من الزوجين القيام بها وقد أعطى المشرع أمثلة لها من أعمال تحسين تلك الأملاك أو حفظها أو إدارتها بما يجعل مردودها أحسن أو على الأقل الاستمرار في الانتفاع بها على حسب طبيعتها. ونظرا لوجود حد أدنى من الثقة بين الزوجين، فإنه لا يمكن لأي منهما محاسبة الآخر عن إدارته لتلك الأملاك، اللهم إلا إذا أساء أحدهما التصرف في إدارة هذه الأملاك أو قام بتبديدها فلآخر اللجوء للقضاء الإستعجالي للمطالبة برفع يده عنها، مع أنّ ما سيقضي به يكون مؤقتا يهدف إلى حماية الملك المشترك لا إلى تسليط جزاء على الذي أساء التصرف بناء على ما اقتضته الفقرة الثانية من الفصل 16 المذكور. وإنّ هذا الفصل الأخير لا يمكن أن يفهم بمعزل عن الفصل 20 الذي ينص على أنّه: "إذا ما تصرف أحد الزوجين في الأملاك المشتركة أو أدارها بشكل من شأنه أن يعرض مصالح قرينه أو مصالح العائلة إلى التلف فللزوج الآخر أن يطلب من المحكمة الحكم بإنهاء حالة الاشتراك".

أمّا أعمال التصرف التي قد تكون من قبيل التفويت في تلك الأموال أو إنشاء حقوق عينية عليها أو كرائها للغير لمدة تفوق الثلاثة أعوام أو تجديد كرائها بما يجعل مجمل مدتها تتجاوز الثلاث سنوات، أو التبرع به جزئياً أو كلياً، فإنّها تتطلب رضا الزوجين معا وهو ما جاءت به الفقرة الأولى من الفصل 17 من القانون 94. إلا أنّ المشرع لم يتعرّض إلى جزاء مخالفة أحكام هذا الفصل فإذا ما تولى أحد الزوجين التفويت في المشترك دون رضا قرينه فما هو مآل هذا التفويت؟

لا يمكن تطبيق نظرية البطلان المطلق على هذه الحالة لأنّه جزاء يتسلّط على العقد كلّما خلى من أحد أركانه الجوهرية التي لا يقوم بدونها. أمّا نظرية البطلان النسبي فتعدّ الحل الأنسب لأنّها تجعل العقد قابلاً للإبطال كلّما خلى من إحدى الشروط التي أعدت لحماية أحد أطرافه أو الغير، فاشتراط المشرع رضا الزوجين لصحة التصرفات الواردة صلب الفصل 17 يكتسي طابعاً حمائياً لكليهما، فإذا ما تولى أحدهما التفويت في الملك المشترك دون رضا الطرف الآخر كان هذا التصرف قابلاً للإبطال بحيث يكون نافذاً متى أجازته المتضرر ويبطل الجزء المشاع الخاص به متى رفضه⁹⁴⁹.

وفي حالة عدم إعطاء الزوج موافقته بشأن أعمال التصرف لعجزه عن التصريح بإرادته أو عن سوء نية تعطيلاً لمصالحها فهنا أيضاً يمكنها اللجوء إلى القاضي الإستعجالي الذي من شأنه منحها الإذن للقيام بها متى رأى أنّ ذلك يحقق المصلحة المرجوة للعائلة. وقد قيّد المشرع حرية التصرف الفردي باشتراطه رضا الطرفين نظراً لخطورة هذه التصرفات ورغبة منه في المحافظة على المكاسب المشتركة للعائلة، وضمان عدم تعرضها للخطر أو الزوال⁹⁵⁰. ويرجع اختياره للقضاء الإستعجالي قصد حماية الأملاك المشتركة إلى بساطة الإجراءات التي يمتاز بها وسرعة اتخاذ الإجراءات الملائم لفظ الحق المتنازع في شأنه، وهي خاصيات تقتضيها ضرورة الحفاظ على الأملاك المشتركة من التلف أو الضياع⁹⁵¹.

⁹⁴⁹- أنظر، نبيل القن وجمال الزرلي، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين في القانون التونسي على ضوء القانون عدد 94 لسنة 1998، م. ق. ت.،

شركة أوريبس، تونس، 1999، ع. 06، ص. 95-96.

⁹⁵⁰- بديع بن عباس، المرجع السابق، ص. 65-66.

⁹⁵¹- سامية دولة، حق الزوجة... المرجع السابق، ص. 66.

أمّا المشرعين المغربي والجزائري فلم يحدّدا طبيعة هذا العقد ولم يضعوا له أية شروط، حيث يمكن للزوجين الاتفاق حسب ما تمليه وتقتضيه مصلحتهما، بإرادتهما حرة في تحديد مضمون العقد حرية كاملة لا يحدّ منها إلاّ النظام العام والأخلاق الحميدة إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في العلاقة المالية الأسرية. وهنا وجب تنفيذ بنود العقد. ومع هذا كان من الأفضل أن ينظما طريقة لإدارة الأموال المشتركة كما فعل المشرع التونسي لرفع أي غموض أو لبس خاصة وأنّ الإشكال يثار عندما لا يتفق الطرفان على كيفية إدارة المال المشترك يوم إبرام العقد.

أمام هذا الفراغ، ولأنّ الملكية المشتركة للمال هنا تقترب من الملكية الشائعة لا بد من الاستناد إلى الأحكام المنظمة لهذه الأخيرة. فبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي نجد أن المصلحة الشائعة ضمن المواد من 960 إلى 981 منه، وبالمقابل عاجلها المشرع الجزائري بالمواد من 713 إلى 742 من القانون المدني. وقياساً عليها يمكن القول أنّ لكل من الزوجين السلطة في الإدارة الفردية للأموال المشتركة، فالزوجة يمكنها إدارة المال المشترك والانتفاع به واستغلاله واستعماله⁹⁵². كما يحق لها بصفة منفردة القيام بجميع الأعمال الرامية إلى حفظه وصيانته وبجميع الأعمال التحسينية النافعة له، وباتخاذ الإجراءات الرامية إلى جرد وتدقيق حقيقة الأموال المشتركة وما هو موجود منها فعلياً، ومباشرة الدعاوي القانونية المتعلقة به، والقيام بجميع أعمال الإدارة المعتادة للمال بما فيها استيفاء المبالغ، فإذا ثبتت سوء إدارتها يمكن اللجوء إلى القضاء الإستعجالي لطلب رفع اليد عنه⁹⁵³.

أمّا ما لا يحق لها أن تقوم به بصفة فردية فهي أعمال التصرف في المال المشترك سواء كانت بعوض أو بدون عوض إلاّ بعد الحصول على موافقة زوجها، فلا يمكنها بيعه أو رهنه أو هبته إلاّ إذا

⁹⁵² - ينص الفصل 962 من م. إل. ع. م. على أن: "لكل مالك على الشياخ أن يستعمل الشياخ بنسبة حصته فيه على شرط ألا يستعمله استعمالاً يتنافى مع طبيعته أو مع الغرض الذي أعد له، وألا يستعمله استعمالاً يتعارض مع مصلحة بقية المالكين، أو على وجه يترتب عليه حرمانهم من أن يستعملوه بدورهم وفق ما تقتضيه حقوقهم"؛ تقابلها ف. 01 من المادة 714 من ق. م. ج. التي تنص على أنّ: "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرّف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"، والمادة 715 منه التي تنص على أنّه: "تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك".

⁹⁵³ - باعتبارها شريكة في المال المشترك يمكنها أن تنفرد بالأعمال الخاصة بالإدارة والحفظ والصيانة مادية أم قانونية وهي نفس الأحكام الواردة في التشريع الفرنسي، يراجع في هذا الصدد، مراد بن عودة حسكر، الحماية الجنائية للأسرة في القانون الوضعي - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص. 280 وما بعدها؛ تؤكد المادة من 718 ق. م. ج. على أنّ: "لكل شريك في الشيوخ الحق في أن يأخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشياخ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء".

رضي زوجها بذلك حفاظا على المال من الضياع ولشבות حقه فيه أيضا. وإذا ما تصرفت في المال المشترك دون موافقة زوجها فإنه يمكنه المطالبة باسترداده إن كان منقولاً أو ممارسة الشفعة إن كان عقاراً⁹⁵⁴.

وبما أنّ مبدأ الاشتراك في الأموال مبدأ اختياري اتفاقي، فإنّ الزوجة يمكنها رفع يدها عن إدارة المال المشترك وإسناد ذلك إلى زوجها عن طريق الوكالة⁹⁵⁵. كما نشير إلى أنّ سلطة الزوجة على المال المشترك أثناء الحياة الزوجية حق مقررّ للراشدة، أمّا القاصرة فتتطبق عليها أحكام الولاية على المال لكون الزواج لا يرشدها⁹⁵⁶.

إنّ الحق في إدارة المال المشترك مثبت لكلا الزوجين، لكنّ المشكل يطرح إذا قام الزوج بسرقة هذا المال أو بتبديده، فهل يمكن مسألتته؟

قرّر كل من المشرعين المغربي والجزائري إعفاء الزوج من العقاب في حالة أخذه مال زوجته واكتفيا بتقرير تعويض مدني لها جبرا للضرر اللاحق بها بحسب مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 534 من القانون الجنائي المغربي التي نصت على أنّه: "يعفى من العقاب مع التزامه بالتعويضات المدنية السارق في الأحوال التالية: 1- إذا كان المال المسروق مملوكا لزوجته". وتقابلها الفقرة الثالثة من المادة 368 من قانون العقوبات الجزائري والتي اقتضت: "لا يعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص المبينين فيما بعد ولا تحوّل إلّا الحق في التعويض المدني: 3- أحد الزوجين إضراراً بالزوج الآخر".

⁹⁵⁴ - جاء في الفصل 972 فقرتين أ- ب ما يلي: "قرارات الأغلبية لا تلزم الأقلية: أ- فيما يتعلّق بأعمال التصرف وحتى أعمال الإدارة التي تمس الملكية مباشرة؛ ب- فيما يتعلّق بإجراء تغيير في الاشتراك أو في الشيء المشاع نفسه؛ المادة 714 وف. 01 من المادة 721 من ق. م. ج. والتي جاء فيها: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصّة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ علمه بإعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويجل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه".

⁹⁵⁵ - تنص المادة 742 من ق. م. ج على أنّه: "فيما عدا الأحكام السابقة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة؛ وبخصوص الوكالة يرجع للمواد من 879 إلى 942 من م. إل. ع. م؛ تقابلها المواد من 571 إلى 589 من ق. م. ج.

⁹⁵⁶ - فكما لا تثبت سلطتها على مالها في مبدأ استقلالية الذمة المالية، لا يثبت لها أيضا في ظل الاشتراك في الأموال.

وإلى جانب مطالبتها بالتعويض المدني طبقا لما هو مذكور أعلاه، لها الحق أيضا بالمطالبة بالتطبيق على أساس الضرر طبقا للفقرة الثانية من المادة 99 من مدونة الأسرة، موازاة مع الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة⁹⁵⁷.

علما وأنّ هذا الإعفاء من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه إذا لم يطلبه الأطراف ويكون الحكم بالإعفاء من العقوبة وليس بالبراءة، فعدم العقاب يمس الجريمة ولا يخص مرتكب الجريمة⁹⁵⁸. وإن كان هذا الإعفاء راجع للحصانة العائلية، إلا أنّنا لا نؤيد الموقف المتخذ من قبل المشرعين المغربي والجزائري لما فيه من ضياع للحقوق المالية فكان أنسب لو علّق المتابعة على شكوى الزوج المضروب بدلا من تقرير عدم العقاب⁹⁵⁹.

فالمشرع التونسي لم يتخذ موقفهما، بحيث أعفى الأصول فقط من العقاب دون أن يمتد الحكم إلى الزوج وهو ما اقتضاه الفصل 266 من المجلة الجزائية الذي نص بموجبه: "لا تعد من السرقة الاختلاسات الواقعة من الأصول وإن علوا لأمتعة آبائهم إلا إذا كان بعض المسروق ملكا للغير أو معرقلا. وهذا النص لا ينطبق على غير الوالدين الفاعلين أو المشاركين".

وبهذا يحق للزوجة إدارة المال المشترك بكل حرية طالما هي حريصة عليه وتبذل عناية الرجل العادي، باستثناء ما يتعلّق بأعمال التصرف فهي مقيدة بإذن وموافقة زوجها، وهذا الحق الممارس من قبلها يفرض عليها التزام تحمل الديون المترتبة عن المال المشترك.

ثانيا: تحمّل الزوجة الديون المترتبة على الأملاك المشتركة

لقد أتت الفقرة الأولى من الفصل 13 من القانون 94 لسنة 98 بأحكام واضحة من خلال وضعها لمعيار محدّد للقول أنّ هذا الدين أو ذاك من الديون التي تحمل على العقار موضوع الاشتراك،

⁹⁵⁷ - اعتبرت الفقرة الثانية من المادة 99 من م. أ. م. أنّ كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخلّ بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية، يعتبر ضررا مبررا لطلب التظليق؛ وبالمقابل تجيز الفقرة 10 من المادة 53 من ق. أ. ج. للزوجة بطلب التظليق للضرر المعتبر شرعا وقد وردت هذه العبارة في صيغة عامة ما يعني الأخذ بالضرر المادي و الضرر المعنوي، ولأنّ الضرر المادي هو كل أذى يصيب الإنسان في جسمه أو ماله، فإنّ تبديد أموال الزوجة يلحق بها ضررا ماديا وجب رفعه بالتظليق.

⁹⁵⁸ - مراد بن عودة حسكر، المرجع السابق، ص. 310.

⁹⁵⁹ - أنظر، أحسن بوسقيعة، أثر القراية المباشرة على الدعوى العمومية في بعض الجرائم ضدّ الأموال - تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر في 15/01/2008 عن غرفة الجناح والمخالفات، القسم الأول، ملف رقم 420105، م. م. ع.، 2009، ع. 02، ص. 47-48.

فاعتبرت الدين مشتركا إذا نشأ في الفترة التي قام فيها نظام الاشتراك إلى غاية يوم قسمته. فمثلا تعدّ ديونا مشتركة الأموال التي صرفت لتجديد وترميم العقار، والمصاريف التي أوجبتها إدارة العقار من حراسة أو تنظيف أو أجرة حارس العمارة، وتكاليف المحامي إذا قام بقضية لحماية المشترك، والمصاريف التي تمّ تحمّلها لإتمام إجراءات التفويت فيه. وبصفة عامّة، تعدّ ديونا مشتركة الأموال التي صرفت لفائدة المشترك والتي لها صلة به من يوم قيام نظام الاشتراك فيتحمّلها الزوجين معا إذ لا يتصوّر إلقاؤها على عاتق أحدهما دون الآخر لأنّ ذلك سيؤدّي إلى إثراء ذمته دون سبب. وبهذا لا تعتبر الأملاك المشتركة ضمانا لخلاص الديون الخاصّة بأحد الزوجين.

ولم يقتصر المشرع التونسي على المال الذي صرف لاكتساب ملكية العقار المشترك أو استغلاله أو إدارته أو الانتفاع به أو التفويت فيه وإنما أعطى بالفقرة الثانية من نفس الفصل حكما أوسع بإدخاله صورا عديدة قد تكون من الديون التي يتجه حملها على المشترك لحصولها بحكم التعامل اليومي. وهذا نتصوره في صورة شراء أحد الزوجين لعقار بقرض أثناء قيام الحياة الزوجية لكن لم يكن بينه وزوجته اتفاق على نظام الاشتراك في الأملاك تمّ حصل بينهما هذا الاتفاق لاحقا وجعله شاملا للعقارات المكتسبة في تاريخ زواجهما فمن الوجيه أن يحمل دين هذا القرض⁹⁶⁰.

هذا وقد استثنى من الإطلاق الذي ذكرناه تصرّفات معيّنة تحمل المشترك عبئا ثقيلا وربما تؤدّي إلى خطر تلاشيه وهو ما يتعلّق بالديون الموثقة برهن، فهذه الديون ولو أنّ منشأها المال المشترك، فإنّها لا تعدّ من الديون المشتركة إلّا إذا كانت هذه الرهون قد حصلت برضا وموافقة الزوجين معا وهذا حماية لهما من كل احتيال أو سوء نية أحدهما بإغراق المشترك بديون لا مبرر لها أو ديون صورية لحرمان الآخر من حقه في المشترك خاصّة إذا توترت العلاقة الزوجية⁹⁶¹.

وإلى جانب سكوت المشرعين المغربي والجزائري عن تنظيم إدارة الأموال المشتركة، فقد أغفلا الحديث عن الديون المترتبة عنها، لهذا سنحاول إجراء قياس مع نصوص أخرى تضمنت الديون المشتركة. نذكر على سبيل المثال من التشريع المغربي، الفصل 969 من قانون الالتزامات والعقود الذي فرض على كل واحد من المالكين على الشيعاء تحمّل التزامات المال الشائع.

⁹⁶⁰ - الطيب اللومي، المرجع السابق، ص. 37.

⁹⁶¹ - الطيب اللومي، المرجع السابق، ص. 38.

ومن التشريع الجزائري نستشهد بالمادة 377 من قانون المالية لسنة 1991 التي أجازت المتابعة والتنفيذ على أموال الزوجين المكتسبة أثناء الزواج لتحصيل الديون الضريبة في ذمة الزوج المدين إلا إذا قام الزوج المقدم بإثبات العكس، وأيضا المادة 719 من القانون المدني تحمل الشركاء في الملكية الشائعة مسؤولية الديون المتعلقة بالمال الشائع.

قياسا على هذه الأحكام ولأنّ المجموع المالي يتكوّن من جانب إيجابي وهي الأموال المشتركة، وجانب سلبي وهي الديون المشتركة، فإنّ الزوجين يعتبران متضامنين لسداد الديون الناتجة عن تنمية أموال العائلة كالديون المترتبة عن شراء عقار أو تلك المتعلقة بمتاع البيت، فتسدّد بالطرق العادية من المال المشترك وفي حالة الامتناع عن الوفاء بها يتحمل كلا الزوجين تبعه التنفيذ الجبري⁹⁶². أمّا الديون الناتجة لتحقيق مصلحة شخصية لأحدهما أو دفع تعويضات عن مسؤوليته التقصيرية، فلا تسدّد من المال المشترك وإثما من الأموال الخاصّة للمدين، وفي حالة سدادها بالمال المشترك يمكن للزوج الآخر الرجوع عليه⁹⁶³. وفي ظلّ غياب تنظيم خاص، يعوّل على القضاء سواء المغربي أو الجزائري في سدّ هذا الفراغ التشريعي.

هذا عن إدارة المال المشترك، فما هي أسباب انتهائه وكيف تتم قسمته؟

الفرع الثالث

انتهاء نظام الاشتراك

حاول المشرع التونسي تنظيم المال المشترك قدر الإمكان، فسوّ قواعد قانونية تبين طرق انتهائه، وأخرى تعالج ما ينجم عن ذلك من آثار وهذا ضمن الفصول من 18 إلى 24 من القانون عدد 94. أمّا المشرعين المغربي والجزائري فانتقاد آخر يضاف إلى جملة الانتقادات المذكورة سابقا، يتمثل في عدم النص على أسباب انتهاء الاشتراك الاتفاقي، ولا بيان كيفية تصفية وتقسيم الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية ما يحيلنا إلى تطبيق أحكام القانون المدني مرّة أخرى، ولو أنّه كان لزاما على المشرعين

⁹⁶² - رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين... المرجع السابق، ص. 348.

⁹⁶³ - عمر صلاح حافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص. 286.

تخصيص نصوص تشمل مثل هذه الحالات لرفع الغموض والالتباس الذي يكتنف المادة 49 من مدونة الأسرة والمادة 37 من قانون الأسرة.

وعليه، لأنّ نظام الاشتراك في الأموال وضع لتمكين الزوجين من الاتفاق على إدارة وتسيير مكتسباتهما أثناء الحياة الزوجية، فمادامت هذه الأخيرة قائمة فإنّ هذا النظام يبقى قائماً، وبانتهائها ينتهي الغرض الذي جعل من أجله فينحل معه نظام الاشتراك المالي (أولاً)، وبانتهاء هذا النظام تترتب عنه آثار قانونية إذ يحتاج المال المشترك إلى تصفية وبعدها إلى قسمة (ثانياً).

أولاً: طرق انتهاء نظام الاشتراك في الأموال

لم يكتف المشرع التونسي ببيان كيفية إدارة المال المشترك وما يترتب عنه من ديون وإتّما حدّد بالفصل 18 من قانون 94 لسنة 98 الحالات التي من شأنها أن تضع حداً لنظام الاشتراك، على خلاف المشرعين المغربي والجزائري الذين اتخذوا موقفاً سلبياً حيال هذه المسألة بسكوتهما.

1- انتهاء الاشتراك أثناء قيام العلاقة الزوجية

الطابع الاختياري لنظام الاشتراك في الأموال يجعل سبب انتهائه ناتج عن إرادة الطرفين وذلك باتفاقهما عن العدول عنه، كما يسمح بوضع حدّ له بطلب أحد الزوجين قضائياً، فهما حالتين لا تستدعيان انتهاء العلاقة الزوجية وإتّما تتمان في وجودها. وقد نص عليهما القانون التونسي عدد 94 لسنة 98 في الفصل 18 منه بقوله: "ينتهي الاشتراك... بتفريق أملاكهما قضائياً، بالاتفاق".

أ- إنهاء الاشتراك في الأملاك بالاتفاق بين الزوجين

هي حالة من المتوقّع حصولها في الحياة العائلية لأسباب مختلفة كأن يتضح للزوجين أنّ إدارة المال المشترك منهما معاً ستأتي بمشاكل تمس استقرار العائلة أو لرغبة أحدهما في التصرف بانفراد في ماله حتى يتمكن من اتخاذ قرارات فردية غير مقيّدة برضا الطرف الآخر حال رهن العقار أو التفويت فيه، أو ببساطة لا يلقي هذا النظام استحسانهما فيشعران أن اختيارهما له لم يكن موفقاً. أمام هذه الاحتمالات المتوقعة أعطى المشرع لهما حرية إنجائهما باتفاقهما.

غير أنّ هذه الحرية مقيدة بشرطين أتى بهما الفصل 21 من نفس القانون، فالاتفاق على إنهاء نظام الاشتراك من جهة لا يمكن حصوله إلا بعد مضي سنتين على الأقل من إقامته، ولعلّ السبب الذي دفع بالمشروع التونسي إلى جعل هذه المدة راجع إلى رغبته في منح الزوجين الوقت الكافي لاتضاح الرؤيا لهما جيدا من كون النظام الذي اختاراه لم يكن مناسباً لهما لعدم تحقيقه النتيجة المرجوة منه. ومن جهة أخرى، يجب أن يجزّر صلب حجة رسمية من طرف مأمور عمومي⁹⁶⁴.

ونظرا لما لإنهاء نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين بالاتفاق من تأثير على حقوق الغير، فقد نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 21 من القانون أعلاه على وجوب مصادقة رئيس المحكمة الابتدائية التي بها مقر إقامة الزوجين على اتفاق إنهاء الاشتراك، وعلى إدراج هذا الأخير بدفاتر الحالة المدنية للزوجين بنفس الطريقة التي وقع بها تضمين الاتفاق على الاشتراك وذلك بقيام المأمور العمومي بالإعلام بإنهائه وترسيم ذلك بدفاتر الملكية العقارية.

سكوت المشرعين المغربي والجزائري عن هذه الحالة يميل إلى تطبيق القواعد العامة، فطالما أنّ الاشتراك المالي بين الزوجين هو عقد اتفاقي اختياري، فإنّه يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها بالفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي والذي اقتضى: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشيئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون". وتقابله المادة 106 من القانون المدني الجزائري وجاء فيها: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون". ولأنّ هذه القاعدة عامة تسمح لطرفي العقد بالاتفاق على إنهائه، فإنّه يمكن القول أنّ للزوجين الحرية في إنهاء هذا الاشتراك متى كان ذلك بإرادتهما واتفاقهما.

كما أنّه لا يجبر أحد على البقاء في حالة الشيوخ رغما عنه وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة 27 من مدونة الحقوق العينية بقولها: "لا يجبر أحد على البقاء في الشيع، ويسوغ لكل شريك أن يطلب القسمة، وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر". موازاة مع الفقرة الأولى

⁹⁶⁴ - الطيب اللومي، المرجع السابق، ص. 40.

من المادة 722 من القانون المدني وفيها: "لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشروع بمقتضى نص أو اتفاق".

غير أنه إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يحوّل للزوجين حق وحرية إنهاء الاشتراك، فإنّ التساؤل الذي يثار هو: ما هي الفترة الواجب انتظارها بعد إبرام عقد الاشتراك المالي للمطالبة بإنهائه؟

في الحقيقة أثير هذا التساؤل لأنه بالرجوع إلى التجريبتين الفرنسية والتونسية نجد أنّهما أجازتا للزوجين تغيير نظام الاشتراك في الأموال ولكن قيدهما بمرور عامين على الأقل من تاريخ إقامته⁹⁶⁵. فسكوت المشرعين يفتح الباب للتأويل والتساؤل عمّا إذا كان بإمكانهما فسخه في أي وقت، أم أنّ تطبيق المادة 739 من القانون المدني يعدّ الحلّ الأنسب لكونها تنص على أنه: "يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية لمدة لا تزيد عن خمسة عشرة سنة، غير أنّه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوي لذلك.

وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد 06 أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء الآخرين عن رغبته في ذلك". ويبدو أنّ هذا النص يعتبر الأنسب خاصة الفقرة الثانية منه.

ب- إنهاء الاشتراك في الأملاك قضائيا

إذا نشب نزاع بين الزوجين حول كيفية إدارة الأملاك وتبين سوء إدارتها وتبيدها يمكن اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ الاتفاق لأنّها الجهة المخوّلة للفصل في النزاعات وإعطاء كل ذي حق حقه، وإنّ هذه الصورة ترمي بالأساس إلى تفريق الأموال المشتركة قضائيا دون أن تمسّ بمؤسسة الزواج التي تبقى قائمة.

ولقد نص المشرع التونسي بموجب الفصل 20 المذكور سابقا أنّ هذا الإنهاء لا يكون من المحكمة بصفة آلية وبمجرد طلبه فعلى الزوجة مقدّمة الطلب أن تثبت أنّ زوجها قد تصرف في الأملاك المشتركة أو أدارها بشكل من شأنه الإضرار بها أو بمصالح العائلة بما يعرّض مكاسبها تلك

⁹⁶⁵ - الفصل 21 من القانون رقم 94-98؛ خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي... المرجع السابق، ص. 206.

للضياع والتلف. فمجرد الخلاف على إدارة المال المشترك لا يعدّ سببا لإنهاء الاتفاق، بل لا بدّ من وجود ضرر حقيقي وجدي يرجع تقديره لمحكمة الموضوع والذي على أساسه تنهي الاشتراك بعد تعليل موقفها بما يتماشى مع أوراق ملف القضية. وقد قصر المشرع هذه الصورة على الزوجين ومنع ذلك على الدائنين بصريح أحكام الفصل 23 في فقرته الأولى التي نصت على أنّه: "ليس لدائني أحد الزوجين القيام بطلب إنهاء الاشتراك".

ومع أنّ المشرعين المغربي والجزائري لم ينصا على ذلك إلاّ أنّه قياسا على جواز طلب انتهاء الملكية الشائعة قضاء طبقا للمادة 26 من مدونة الحقوق العينية المغربية نصت على أنّه: "إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة كان لمن يريد منهم الخروج من الشيع أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة فيما بينهم طبقا للقانون". وكذا الفقرة الأخيرة من المادة 27 من نفس المدونة التي تنص على أنّه: "للمحكمة أن تحكم - بناء على طلب أحد الشركاء - بفسخ الاتفاق وإجراء قسمة حتى قبل انصرام المدّة المتفق عليها إن كان لذلك مبرر مشروع". وتقابلهما الفقرة الأولى من المادة 724 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنّه: "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة". إضافة إلى الفقرة الأولى من المادة 739 من ذات القانون لكونها تنص على أنّه: "يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية مدّة لا تزيد عن خمسة عشرة سنة، غير أنّه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوي لذلك".

قياسا تطبّق هذه النصوص فيما يتعلّق بنظام الأملاك المشتركة، خاصّة وأنّ كثرة الخلافات بين الزوجين وسوء الإدارة ستؤدّي لا محال إلى ضياع وإهدار الحقوق المالية للعائلة ككل.

2- إنهاء الاشتراك بسبب فك الرابطة الزوجية

إنّ نظام الاشتراك في الأموال وضع لتمكين الزوجين من الاتفاق على إدارة وتسيير مكتسباتهما أثناء الحياة الزوجية، فطالما أنّ هذه الأخيرة قائمة فإنّ هذا النظام يبقى قائما، وبانتهائها ينتهي الغرض

الذي جعل من أجله فينحل معه نظام الاشتراك المالي، وتنحل الرابطة الزوجية إمّا بالوفاة أو بالطلاق⁹⁶⁶.

أ- انتهاء الاشتراك في الأملاك بالوفاة

تنتهي الذمة المالية للشخص بوفاته فيحل ورثته محلّه في تركته وليس من المقبول قانوناً دخول هؤلاء الورثة محل مورثهم في نظام الاشتراك في الأملاك الذي كان قائماً لأنّه نظام يهّم الزوجين دون غيرهما من الأقارب الذين سيكون لهم وجود إلى جانب الزوج الباقي على قيد الحياة. فعلى إثر وفاة الزوج يحق للزوجة أن تطالب أولاً بتصفية المال المشترك فتأخذ نصيبها من المال منفصلاً، وبعدها نصيبها من تركة زوجها⁹⁶⁷.

كما تجدر الإشارة إلى أنّ نظام الاشتراك في الأملاك في حالة الوفاة لا يحتاج لإعلان إنهاء من أي جهة كانت ولا يخضع وجوباً لأي إجراء من إجراءات الإشهار خلافاً لحالتي الاتفاق والطلاق لأنّ واقعة الوفاة سيتم بالضرورة إدراجها بدفاتر الحالة المدنية وبدفتر الملكية العقارية، ولأنّ نظام الاشتراك يبقى قائماً لحين الانتهاء من تصفيته.

وينتهي الاشتراك سواء كانت الوفاة حقيقية أو حكمية، علماً أنّ المشرع التونسي نص صراحة على انتهاء الاشتراك لفقدان أحد الزوجين ما يعني أنّ صدور حكم بفقدان الزوج كفيل لوحده بإنهاء حالة الاشتراك دون حاجة إلى انتظار صدور حكم بوفاته.

والمفقود هو: "من انقطعت أخباره عن أهله، وخفي عليهم أثره، ويجهل مكان وجوده، ولا يدري موضعه وحياته أو موته"⁹⁶⁸. وهذا المفهوم ترجمته التشريعات المغاربية من خلال نصوصها فعرفه

⁹⁶⁶ - نصت المادة 71 من م. أ. م. على أنّه: "ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطلق أو الخلع"؛ بالمقابل نصت المادة 47 من ق. أ. ج. على أنّه: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

⁹⁶⁷ - إذ يجب الفصل فيما هو مال مشترك بين الزوجين وما هو خاص بكل واحد منهما، وهذا ما يستشف صراحة من الفصل 3 من قانون 94 الذي اقتضى أن اختيار نظام الاشتراك في الأملاك لا يمس بحال قواعد الإرث لهذا تطبق قاعدة عدم تدخل قواعد الإرث مع أحكام نظام الاشتراك فيأخذ الزوج الباقي على قيد الحياة منابه في المشترك إلى جانب منابه في الإرث من تركة المتوفى. من القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 05/11/1984 جاء فيه: "يجوز للزوجة مطالبة ورثة زوجها المتوفى بالأمّعة والأشياء التي كانت لها بيتت الزوجية وكذا حقها من زوجها..، مجلس أعلى، غ. أ. ش، 05/11/1984، ملف رقم 32131، م. ق.، 1990، ع. 02، ص. 79.

⁹⁶⁸ - أنظر، شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج. 11، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ن.، ص. 34-38.

المشروع التونسي في الفصل 81 من مجلة الأحوال الشخصية، والمشروع المغربي في المادة 325 من مدونة الأسرة، والمشروع الجزائري في المادة 109 من قانون الأسرة⁹⁶⁹. ولا يعتبر مفقوداً إلاّ بناء على حكم قضائي⁹⁷⁰. هذا ويجوز للقاضي أن يحكم بموته بعد التحري عنه⁹⁷¹.

فما هي علاقة المفقود بنظام الاشتراك في الأموال؟

بناء على الفصل 18 من القانون عدد 94 ينتهي الاشتراك بفقدان أحد الزوجين فتبدأ نهاية هذا النظام من صيرورة الحكم القاضي بالفقدان باتاً. أمّا بالنسبة للغير، فإنّه لا يعتدّ بانتهاء الاشتراك في مواجته إلاّ من تاريخ ترسيم الحكم الصادر بالفقدان بدفاتر الحالة المدنية. هذا الموقف لا نجدّه عند المشرعين المغربي والجزائري وفي اعتقادنا أنّه لا بد من إنهاء الاشتراك عند صدور الحكم بفقده لما قد يسببه غياب الزوج المفقود من ضرر على المال المشترك خاصّة إذا طالت فترة غيابه. كما أنّه وبالرجوع إلى المادة 111 من قانون الأسرة نجدّها تقتضي وجوب حصر أموال المفقود واستلام ما استحقّه من ميراث أو تبرع من قبل القاضي عندما يحكم بفقده. وبهذا فإنّ هذا الحصر لا يتم إلاّ إذا تم إنهاء الاشتراك وتصفية المال المشترك لتحديد مقدار ما يستحقّه.

مشكل آخر يطرح في هذا الصدد يتمثل في حالة عودة المفقود بعد صدور الحكم القضائي

بفقده وتصفية المال المشترك، فما هو الحل؟

⁹⁶⁹- ينص الفصل 81 من م. أ. ش. ت. على أنّه: "يعتبر مفقوداً من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حياً؛ وتنص المادة 325 من م. أ. م. على أنّ: "الميت حكماً من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتاً؛" تنص المادة 109 من ق. أ. ج. على أنّ: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقوداً إلاّ بحكم".

⁹⁷⁰- حسب ما جاء في الفصل 83 من م. أ. ش. ت. فإنّه: "إذا فقد الإنسان ولم يكن له وكيل فإنّ الحاكم يحصر ماله ويقدم من قرابة المفقود أو غيرهم من ينظر فيه تحت إذنه إلى ظهور موته من حياته أو يصدر الحكم بفقدانه؛" وتقابله المادة 109 من ق. أ. ج. المبينة أعلاه.

⁹⁷¹- يقضي الفصل 82 من م. أ. ش. ت. بأنّه: "إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت فإنّ الحاكم يضرب أجلاً لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدّة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة على معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً"، وجاء في وطبقا الفقرة الثانية من المادة 74 من م. أ. م.: "تحكم المحكمة = بوفاة المفقود طبقاً للمادة 327 وما بعدها". المادة 327 من م. أ. م. "يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته. أمّا في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمد المدّة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين"، وتنص المادة 113 من ق. أ. ج. على أنّه: "يجوز الحكم = بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدّة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

مع أنّ الفصل 18 من القانون عدد 94 التونسي نص على أنّ الفقدان يضع حدًا لحالة الاشتراك إلاّ أنّه أغفل حالة عودة المفقود، ولكن من ينقلب النظر في الفصل 151 من مجلة الأحوال الشخصية يجده اقتضى: "يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة". فتعيّن تبعاً لذلك القياس على هذه الصورة في ظل نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين في صورة ظهور المفقود بعد الحكم بفقدانه فيسترجع ما بقي من المال بعد تصفيته⁹⁷². وحبذا لو يتدخل المشرعان المغربي والجزائري لبيان موقفهما وإلى ذلك الوقت يبقى أمامنا إجراء قياس على غرار التشريع التونسي، فنجد المادة 115 من قانون الأسرة التي تنص على أنّه: "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلاّ بعد صدور الحكم بموته وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله، أو قيمة ما بيع منها". فإذا ظهر المفقود بعد إنهاء حالة الاشتراك وتصفية المال المشترك، يأخذ ما تبقى من المال.

ما أقرّه الفصل 151 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والمادة 115 من قانون الأسرة الجزائري بشأن عودة المفقود لا نجد عند التشريع المغربي حيث ورد بالفقرة الأولى من المادة 75 من مدونة الأسرة: "إذا ظهر أنّ المفقود المحكوم بوفاته ما زال حيا، تعيّن على النيابة العامة أو من يعنيه الأمر، أن يطلب من المحكمة إصدار قرار بإثبات كونه باقيا على قيد الحياة". وكذلك المادة 326 من نفس المدونة بنصها أنّ: "المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم بين ورثته، إلاّ بعد الحكم بتمويته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبيت في أمره". فالمادتين لم تتضمننا مصير أموال المفقود بعد ظهوره حيا وعودته. وفي هذا الشأن وجب الاستناد أولاً إلى المادة 400 من مدونة الأسرة والتي تحيل إلى الفقه المالكي الذي يرى أنّ المفقود حال عودته بعد الحكم بموته وتوزيع أمواله يسترد ما له من أموال وما استحق من ارث من أيدي الورثة أمّا ما استهلكه هؤلاء فلا يسترد⁹⁷³. وثانيا قياسا على الفصل 66 من قانون الالتزامات

⁹⁷² - جلال الدين بوكتيف، المرجع السابق، ص. 104-105.

⁹⁷³ - أنظر، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج. 11، دار عالم الكتب، الرياض، ط. 03، 1997، ص.

والعقود لنصه على أنه: "من تسلّم أو حاز شيئاً أو أي قيمة أخرى ممّا هو مملوك للغير بدون سبب يبرر هذا الإثراء التزم برده لمن أثرى على حسابه".

ب- انتهاء الاشتراك في الأملاك بالطلاق

الطلاق كما عرّفه الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والمادة 78 من مدونة الأسرة المغربية، والمادة 48 من قانون الأسرة الجزائري هو حل عقدة الزواج⁹⁷⁴. فمن الطبيعي أن يؤدي الحكم بالطلاق إلى إنهاء حالة الاشتراك في الأملاك بين الزوجين مهما كان نوع الطلاق، ذلك أن مؤسّسة الاشتراك بالأملاك بين الزوجين أساسها عقد الزواج وطالما وقع إنهاؤه فلا يمكن الإبقاء على هذه المؤسّسة.

وإذا كان المشرع التونسي نص صراحة على هذه الحالة صلب الفصل 18 من القانون عدد 94 بقوله: "ينتهي الاشتراك... بالطلاق..."، فإنّ المشرعين المغربي والجزائري سكتا عن بيانها، مع ذلك نقول لأنّ نظام الاشتراك في الأموال شرّع لتنظيم العلاقات المالية بين الزوجين فلا يمكن تصوّره خارج نطاق الزواج ممّا يجعل الطلاق سبباً من أسباب وضع حدّ لهذا النظام.

إنّ المشرع التونسي ولئن عدّد حالات انتهاء الاشتراك في الأموال وحدّدها بالفصل 18 من القانون عدد 94 بالاتفاق والوفاء والفقدان والطلاق والتفريق القضائي، فإنّه استبعد حالة إنهاء الاشتراك بإرادة أحد الزوجين وذلك تأكيداً منه على حماية الأسرة في مصالحها المادية وجعل التصرف في تلك المصالح متوقفاً على إرادة الطرفين دون تحويل أحدهما لحق الانفراد باتخاذ قرار من جانب واحد.

هذا وأغفلت التشريعات الثلاث حالة إبرام الزوجين عقد اشتراك في الأملاك وزواجهما باطل، خاصّة وأنّ الزواج الذي يتم إبرامه على خلاف الصيغ القانونية يعدّ باطلاً ولا ينجر عنه بعد الدخول

⁹⁷⁴- ينص الفصل 29 من م. أ. ش. ت. على أنّ: "الطلاق هو حل عقدة الزواج"، وتنص المادة 78 من م. أ. م. على أنّ: "الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقاً لأحكام هذه المدونة"، وتنص المادة 48 من ق. أ. ج. على أنّ: "الطلاق هو حل عقدة الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

إلاّ استحقاق المرأة المهر، ثبوت النسب، وجوب العدة، وموانع الزواج الناتجة عن المصاهرة⁹⁷⁵. فما هو مصير نظام الاشتراك في الأملاك والزواج باطل؟

طبقا للمبدأ القائل بأنّ ما بني على باطل فهو باطل، فإنّ اختيار الزوجين لنظام الاشتراك في الأملاك والحال أنّ زواجهما باطل يعدّ هو الآخر باطل⁹⁷⁶.

ثانيا: الآثار المترتبة على انتهاء نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين

يترتب على الانتهاء من نظام الاشتراك في الأملاك آثار قانونية تبرز خلال مرحلتين الأولى أثناء تصفية المال المشترك والثانية عند قسمته. ومّا يلاحظ على النصوص المنظمة لمسألة الاشتراك في الأموال أنّ المشرع التونسي نظم هذه الآثار بالقانون عدد 94 لسنة 98، في حين أنّ المشرعين المغربي والجزائري لم يحدّدا طبيعة هذا العقد من حيث اعتباره شركة أو غيره. كما أنّهما لم يضعوا شروطا ولا آثارا لهذا التصرف، بل تركا للزوجين الحرية المطلقة في إجراء الاتفاق، وتحديد كافة شروطه وآثاره، طبقا لنظرية سلطان الإرادة. وهذا التوجه في الواقع، يبرّره كون المشرعين عمدا إلى التنصيص على قاعدة مباحة في الأصل، ولا تحتاج إلى تدخل لإقرارها، لعدم تعلّقها بالنظام العام من جهة، ولوقوعها خارج شروط صحة عقد الزواج وآثاره المباشرة من جهة أخرى. فإذا كان تنظيم المشرع التونسي لا يثير إشكالا لوضوحه ومعالجته المسبقة للموضوع، فإنّ التشريعين المغربي والجزائري اتسما بنوع من

⁹⁷⁵ - لم يضع المشرع التونسي فرقا بين الزواج الفاسد والزواج الباطل إذ نص الفصل 21 من م. أ. ش. ت. على أنّ: "الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتناقض مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث والفقرة الأولى من الفصل الخامس والفصول 15 و16 و17 و18 و19 و20 من هذه المجلة. وإذا وقعت تبعات جزائية تطبيقا لأحكام الفصل 18 أعلاه فإنه يقع البت بحكم واحد في الجريمة وفساد الزواج. ويعاقب بالسجن مدّة ستة أشهر الزوجان اللذان يستأنفان أو يستمران على المعاشرة رغم التصريح بفساد زواجهما. ولا ينطبق الفصل 53 من القانون الجنائي على الجرائم المقررة بهذا الفصل". ليقترّر بعدها البطلان على الزواج الفاسد ويرتب الآثار الناجمة عنه بعد الدخول عملا بالفصل 22 من نفس المجلة ونص على أنّ: "يبطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلاق ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر ويترتب على الدخول الآثار التالية: أ- استحقاق المرأة الصداق المسمى أو تعيين مهر لها من طرف الحاكم؛ ب- ثبوت النسب؛ ت- وجوب العدة على الزوجة وتبتدئ هذه العدة من يوم التفريق؛ ث- حرمة المصاهرة". خلافا لذلك كان المشرع المغربي أكثر دقة فنظم الزواج الباطل بالمادتين 57-58، أما الزواج الفاسد ففي المواد من 59 إلى 64 من م. أ. م.، وطبقا للمادة 57 من م. أ. م.: "يكون الزواج باطلا: 1- إذا اختل أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه؛ 2- إذا وجد بين الزوجين موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه؛ 3- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول". ويترتب عنه حسب الفقرة الثانية من المادة 58 من نفس المدونة الصداق، والإستبراء، وعند حسن النية لحق النسب وحرمة المصاهرة؛ وجاء في المادة 32 من ق. أ. ج. ما يلي: يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتناقض ومقتضيات العقد". وتضيف الفقرة الأولى من المادة 33 من نفس القانون: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".⁹⁷⁶ - ينص الفصل 539 من م. إل. ع. ت. على أنّه: "إذا صرح القانون بالنيهي عن شيء معين كان إتيانه باطلا لا يبني عليه شيء".

الغموض والفراغ لأنّ المشكل يطرح عند عدم الاتفاق على هذه الآثار من قبل الزوجين خاصة وأنّ نظام الاشتراك في الأموال جديد على مجتمعنا وعاداتنا وتقاليدينا.

1- تصفية المال المشترك

إنّ تصفية المال المشترك هي مرحلة ضرورية للتوصل إلى إنهاء نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين وترمي بالأساس إلى حصر الممتلكات وضبط قائمة لها وتحديد الديون المتعلقة بالمال المشترك، علماً وأنّ حالة الاشتراك تبقى قائمة بين الزوجين لحين انتهاء أعمال التصفية.

ولقد أتى المشرع التونسي بأحكام خاصة لتصفية المشترك حيث نص الفصل 22 من القانون عدد 94 على أنه: "متى وقع ما من شأنه أن ينهي حالة الاشتراك، عدا صورة الاتفاق، فعلى الزوج الباقي على قيد الحياة أو الساعي في إنهاء حالة الاشتراك أن يطلب من المحكمة تكليف مصرف للمشارك ويتولى المصرفي ضبط قائمة في الأملاك المشتركة وفي الديون المتعلقة بها". يفهم من هذا الفصل أنّه في حالة إنهاء الاشتراك بالاتفاق فإنّ الزوجين ينتقلان مباشرة من نظام الاشتراك إلى نظام الملكية المشاعة التي تحكمها الفصول من 56 إلى 71 من مجلة الحقوق العينية، ويبقى الخيار للطرفين في الإبقاء على ما ترتب من نظام الاشتراك مشاعاً بينهما أو الاتفاق على قسمته رضائياً. أمّا في حالة إنتهائه بإحدى الصور الأخرى المبينة سابقاً فلا بد من اللجوء إلى المحكمة لتعيين مصرفي حتى لا يعتمد الزوج الباقي على قيد الحياة أو الزوج الذي بيده التصرف إلى تبديد أو الاستحواذ على ما أنتجه الاشتراك⁹⁷⁷.

هذا ويتولى المصرفي القيام بهذه الأعمال ويخضع في ممارسة مهامه لأحكام القانون عدد 71 لسنة 1997 المتعلق بالمصرفين والمؤمنين العدليين وأمناء الفلسفة والمتصرفين القضائيين، ويقوم بمهامه بتكليف من المحكمة وبطلب من أحد الزوجين، فيخضع بالتالي لرقابة المحكمة حيث يتولى تقديم كشف لها يتضمن جرداً كاملاً للأموال المشتركة وجملة الديون والرهون والالتزامات المتعلقة بالمكاسب

⁹⁷⁷ - نبيل القن وجمال الزلي، المرجع السابق، ص. 106؛ ولقد أتى في قرار تعقيبي مدني ما يلي: "...لا جدال أنّ لكل واحد من الزوجين أن يطلب تصفية الأملاك المشتركة باعتبار أنّ الاشتراك ينتهي بالطلاق؛

إنّ طلب تصفية الأملاك هي دعوى تشمل فرعين يتعلّق الأول بتحديد الأملاك المشتركة والثاني في إنهاء حالة الشيوخ وهي بالأثر دعوى استحقاقية صرفة تخرج عن مناط الدعوى المعارضة التي بيّنها الفصل 28 من م. م. م. ت.، محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 26 / 11 / 2009، ع. 38226. مقتبس عن: عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 149.

المراد تصفيتهما. واقتضاء لأحكام الفصل 21، فإنّ عمل المصفي لا يتعدّى ليصل إلى إعداد مشروع قسمة المشترك مثلما اقتضاه الفصل 11 من قانون 71 اللهم إلاّ إذا ارتضى الزوجان ذلك وطلبا منه إعداد مشروع قسمة عندها يسترجع جملة صلاحياته المخوّلة له بموجب القانون عدد 71⁹⁷⁸.

غير أنّ أعمال التصفية لم يحدّد لها المشرع التونسي صلب القانون عدد 94 لسنة 98 آجلا للائتهاء منها لذلك وجب تطبيق أحكام المادة 11 من القانون عدد 71 المذكور أعلاه والتي تمهل المصفي أجلا أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ تعيينه. زيادة على ذلك لم يرتب جزاء على عدم امتثال الزوج للالتزام المشار إليه بالفصل 22 من القانون عدد 94.

هذه الدقة التي توخاها المشرع التونسي لا نجدّها عند المشرعين المغربي والجزائري، حيث خلت المادة 49 من مدونة الأسرة والمادة 37 من قانون الأسرة من بيان طريقة تصفية المال المشترك. وعليه، إذا اتفق الزوجين يوم إبرام عقد الاشتراك على طريقة معيّنة لتصفية الأموال المشتركة، فإنّ التصفية تتم بالطريقة المبينة في العقد⁹⁷⁹. أمّا في حالة عدم وجود اتفاق خاص ولأنّ المسألة شبيهة من جهة بتصفية أموال الشركة التي عاجلها المشرع المغربي في المواد من 1065 إلى 1082 من قانون الالتزامات والعقود، ونظّمها المشرع الجزائري في المواد من 443 إلى 446 من القانون المدني. ومن جهة أخرى، بتصفية التركة التي تطرّق لها المشرع المغربي من خلال المواد من 375 إلى 392 من مدونة الأسرة.

فإنّ بالاستناد إلى هذه الأحكام فإنّ تصفية الشراكة المالية للزوجين ترمي إلى استيفاء مالها من دائنية وأداء ما عليها من مديونية للوصول إلى رصيد صاف يتسنى قسمته بين الزوجين، كما يمكن للمحكمة أن تعيّن أحد الزوجين أو كليهما للقيام بهذه العملية⁹⁸⁰، وعلى الشخص المعيّن لتصفيتها أن يقوم بمجرد تعيينه بمجرد وإحصاء جميع ما تتكوّن منه ذمة المشترك من أصول وخصوم، والناجحة أساسا عن حركة القيم التي تكونت طيلة مدّة قيام الاشتراك، سواء لإغناء الكتلة المشتركة على حساب الأموال الخاصة للزوجين أو الأغيار، أو افتقارها لفائدة هذه الأموال⁹⁸¹. والتفويض الممنوح للمصفي يخوّله تمثيل أموال الزوجين المشتركة والقيام بجميع أعمال الإدارة اللازمة وعلى الأخص

⁹⁷⁸ - نبيل القن وجمال الزرّي، المرجع السابق، ص. 107 - 108.

⁹⁷⁹ - قياسا على المادة 443 من ق. م. ج.

⁹⁸⁰ - قياسا على المادة 1065 من ق. إل. ع. م؛ تقابلها المادة 445 من ق. م. ج.

⁹⁸¹ - قياسا على المادة 1069 من ق. إل. ع. م؛ والمادة 377 من م. أ. م.

استنضاف الأموال المشتركة، ودفع ديونها، واستيفاء الحقوق، وإنجاز الأعمال المعلقة، واتخاذ كل الإجراءات التحفظية التي يقتضيها الصالح المشترك، ونشر كل ما يلزم من إعلانات لاستدعاء الدائنين للتقدم بحقوقهم عليها، ودفع ديون المشتركة الخالية من النزاع⁹⁸²، وبإمكانه أن يستعين في أعماله هذه وفي تقدير الأموال المشتركة بالخبراء وذوي الاختصاص⁹⁸³.

وعلى المصفي أن يمكن الدائنين من كافة ديونهم التي حلّ أجلها، أمّا بالنسبة للديون والالتزامات التي لم يحلّ أجلها بعد أو التي وقع نزاع بشأنها فعلى المصفي أن يحتفظ بالمبالغ الكافية لمواجهتها، إلاّ أنه إذا لم يتقدم دائن معروف ليستوفي حقه فعليه في هذه الحالة أن يودع المبالغ المستحقة له في محل أمين⁹⁸⁴.

ومراعاة لمصلحة الزوجين والأسرة، فمن الأنسب في حالة عدم كفاية الأموال لتسديد الديون المستحقة، أن يوقف المصفي تسوية أي دين ولو لم يتم بشأنه أي نزاع حتى يفصل نهائياً في جميع المنازعات المتعلقة بالديون المشتركة⁹⁸⁵، وفي حالة عدم كفاية المال لاستفاء الديون تباع المنقولات والعقارات بالمزاد العلني إلاّ إذا اتفق الزوجان على أن يتوليا ذلك بنفسهما وفق الثمن المحدد من قبل الخبراء وذوي الاختصاص⁹⁸⁶، وفي جميع الحالات على المصفي أن يأخذ بعين الاعتبار القرارات التي يتخذها الزوجان بشأن تصفية الأموال المشتركة، حرصاً على ألاّ تمتد تصفية الشركة إلى تصفية العلاقة الزوجية.

بعد تصفية ديون الشركة واستخلاص مالها من دائنيه، على المصفي تسليم الزوجين ما تبقى من الأموال الصافية لتسويتها وتوزيعها إمّا بشكل اتفاقي أو قضائي.

⁹⁸² - قياساً على المادة 1070 من ق. إ. ع. م.

⁹⁸³ - قياساً على المادة 388 من م. أ. م.

⁹⁸⁴ - الفصل 1071 من ق. إ. ع. م.

⁹⁸⁵ - قياساً على المادة 390 من م. أ. م.

⁹⁸⁶ - قياساً على المادة 391 من م. أ. م؛ تقابلها المادة 446 من ق. م. ج.

2- قسمة المال المشترك

أوجب المشرع التونسي أن تكون قسمة المال المشترك عن طريق رفع دعوى قضائية أمام المحكمة وهذا بهدف إبعاد الإجحاف أو المس بحقوق الطرف الآخر، وحماية للغير خاصة الدائنين الذين لديهم حق التداخل في الدعوى لطلب حفظ حقوقهم إضافة إلى حقهم في الاعتراض على الحكم الصادر في خصوص تلك القسمة حسب ما اقتضته الفقرة الثانية من الفصل 23 من قانون نظام الاشتراك في الأملاك علماً وأن فقرته الأولى نصت بصريح العبارة على عدم حقهم في المطالبة بإنهاء الاشتراك بين الزوجين.

ولقد أشار الفصل 24 من قانون الاشتراك في الأملاك إلى كيفية إجراء هذه القسمة جاعلاً أحكام الفصول من 116 إلى 130 من مجلة الحقوق العينية تنطبق عليها باعتبارها إنهاء لحالة الشيوع، ولأنّ الفصل 119 من هذه الأخيرة نص على أنّ القسمة يجب أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المشترك والشركاء وإمكانية استغلال كل مناب مفرز بأكثر منفعة، وحتى لا تفهم رغبة المشرع خطأ جاء الفصل 25 من القانون عدد 94 ونص على أنّه: "تقع قسمة المشترك مناصفة بين الزوجين وذلك بعد خلاص الديون أو تأمين ما يلزم خلاصها وإذا تعذرت قسمته عينا اجتهدت المحكمة في إسناده لأحد الزوجين أو لورثته مراعاة لوضعه أو وضعهم على أن يدفع من أسند له المشترك فيه تعويضات نقدية وإلا التجأت إلى تصفيقه بالبيع".

ومن هذا الفصل يتضح أنّ المحكمة تراعي عند قسمة المشترك ما عليه من ديون، ولها سلطة إسناد ما لا يمكن قسمته لأحد الطرفين مع تعديل القسمة بمبلغ من النقود، وإذا تعذر عليها القسمة تأذن بتصفيقه للبيع. كل هذا مع مراعاة النصوص الخاصة التي قد تفرض بقاء المشترك بيد أحد الزوجين أو ورثته مراعاة لمصلحة المشترك مثل أن تكون بعض الأملاك في شكل المستغل الصناعي أو التجاري ممّا يعتبر معه وحدة اقتصادية قائمة بذاتها مثلما أشار له الفصل 140 من مجلة الحقوق العينية فيسند لأحدهما دون قسمته للمحافظة على الجدوى المرجوة منه ومردوده الاقتصادي⁹⁸⁷.

وإنّ ما يلفت الانتباه في الفصل 25 المذكور أعلاه استعمال المشرع عبارة "مناصفة" تم استعمال عبارة "نسبة الاستحقاق" في الفصل 26 من نفس القانون حيث ورد على الشكل التالي: "إذا

⁹⁸⁷- الطيب اللومي، المرجع السابق، ص. 47.

تجاوزت الديون قيمة المشترك فعلى كل واحد من الزوجين أن يساهم في خلاص ما بقي غير خالص منها على نسبة استحقاقه في المشترك". وكان عليه توحيد الصيغ اعتباراً وأن مفهوم المناصفة يختلف عن مفهوم نسبة الاستحقاق⁹⁸⁸.

ولجعل تناسق بين الفصلين وجب اعتبار أن المقصود بنسبة الاستحقاق هي نسبة الاستحقاق في كامل المشترك الناتج عن نظام الاشتراك في الأملاك وهذه النسبة هي النصف فكما جعل الفصل 25 قسمة المشترك أنصافاً بين الزوجين، فإنه يقع توزيع الديون المترتبة عليه مناصفة بينهما أيضاً. علماً وأن الفقرة الثانية من الفصل 26 من قانون الاشتراك في الأملاك أعطت الحق لمن سدد من الزوجين ديونه أن يرجع على الزوج الآخر الذي تسبب فيه نتيجة سوء تصرفه أو تدليس ولا يكون ذلك إلا بعد تسديد الدين للدائن وفي هذا حماية أكثر لحقوق الدائنين ورغبة من المشرع لعدم قسمة المشترك إلا بعد خلاصه من الديون المترتبة عليه.

هذه الأحكام الخاصة بتصفية المال المشترك لم يتناولها المشرعين المغربي والجزائري، غير أنه بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 49 من مدونة الأسرة نجد أن المشرع المغربي أعطى الحرية للزوجين في توزيع الأموال المشتركة، وبالمقابل سمحت الفقرة 02 من المادة 37 من قانون الأسرة للزوجين بتحديد النسب التي تقول إلى كل واحد منهما. فتم في هذه الحالة القسمة بالتراضي وذلك بتحديد نصيب كل واحد منهما إما مناصفة على غرار ما يقضي به القانون الفرنسي والتونسي⁹⁸⁹، أو حسب حصة كل واحد في رأس المال المشترك ومدى المساهمات والمجهودات التي قدمها في سبيل تنميتها وتطويرها.

وفي حالة حصول خلاف بين الزوجين يمكن لأي منهما أن يلجأ إلى القضاء لطلب قسمة المشترك قسمة قضائية قياساً على ما نص عليه الفصل 1084 من مجلة الالتزامات والعقود المغربي: "إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة، أو إذا كان أحدهم غير متمتع بأهلية التصرف في حقوقه، أو كان غائباً كان لمن يريد منهم الخروج من الشيع أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة طبقاً

⁹⁸⁸ - جلال الدين بوكنيف، المرجع السابق، ص. 112.

⁹⁸⁹ - ينص الفصل 25 من م. أ. ش. ت على أنه تقع قسمة المشترك مناصفة بين الزوجين وذلك بعد خلاص الديون أو تأمين ما يلزم لخلاصها، وإذا تعذرت قسمته عينا اجتهدت المحكمة في إسناده لأحد الزوجين أو لورثته، مراعاة لوضعه أو وضعهم، على أن يدفع من أسند له المشترك فيه تعويضاً نقدياً وإلا التجأت إلى تصفيته للبيع.

للقانون". وتوازيه المادة 724 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشروع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة. وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته". فهل تكون القسمة مناصفة أم على حسب مساهمة كل واحد منهما؟

عملا بالفصل 961 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على أنه: "عند الشك، يفترض أن أنصاء المالكين على الشيع متساوية". ووفقا للمادة 742 من القانون المدني الجزائري وتنص على أنه: "فيما عدا الأحكام السابقة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة"، وكذا المادة 713 من نفس القانون التي جاء فيها: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يتم دليل على غير ذلك". فإنه إذا لم تحدّد النسب التي تقول إلى كل واحد من الزوجين يوم إبرام الاتفاق فإنّ قسمة المال المشترك تكون مناصفة بينهما، وهو الحكم المعمول به أيضا في التشريعين التونسي والفرنسي. علما وأنه لاقى انقسامًا في الآراء، فهناك من يرى أنّ القسمة بالتساوي هي الأنسب لأنه لولا تعاون الزوجين لما وجد المال المشترك، فكل ساهم في المال المشترك الذي توفر عن طريق الاقتصاد في النفقات⁹⁹⁰، في حين يرفض طرف آخر المناصفة لكونها تشكل إجحافًا في حق زوج على حساب الزوج الآخر، فالمساهمة أثناء الحياة الزوجية لا تكون بنفس القدر عند كليهما لذا وجب إعطاء كل زوج حقه حسب مساهمته و ما بذله من مجهود ليتحقق العدل والإنصاف في الحقوق بين الزوجين وحفظ مصالحهما⁹⁹¹.

أمام هذين الرأيين، يرجح الرأي الثاني الذي يأخذ بقسمة المال المشترك في حالة عدم تحديد النسب حسب مساهمة كل من الزوجين وذلك بإعطاء القاضي السلطة التقديرية لتحديدتها بعد مراعاة المجهودات المبذولة وسعي وعمل كل واحد من الزوجين وما قدّمه من وسائل الإثبات، وهنا

⁹⁹⁰ - عمر صلاح المحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص. 290 - 291.

⁹⁹¹ - خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي... المرجع السابق، ص. 225 وما بعدها. وهو موقف تبناه المشرع المغربي في المادة 49 من مدونة الأسرة.

أيضا يستحسن من المشرع أن يتدخل وينظم هذا النظام تنظيما خاصا ودقيقا وواضحا حتى لا يدع مجالاً للشك.

فهذه المساواة مطلوبة مرغوبة في مجتمعنا، وكل ما في الأمر أنه لا ينبغي تبني تلك المساواة التي ترسيها الثقافة الغربية، والتي أصبحت تنادي بها بعض الجمعيات النسائية والقائمة على تقاسم المسؤوليات والأعباء الزوجية تقسيما رقميا مطلقا، وإنما المقصود هو تلك المساواة التي يؤدي فيها كل من الزوجين ما يكمل به دور الآخر، والذي يراعي الطبيعة الفطرية لكلا الزوجين وما هو أهل لتحمله، بحيث لا يكون ضروريا توزيع لكل الالتزامات بين اثنين، لأن الهدف من الرابطة الزوجية هو التكامل لا التقسيم العيني وأداء كل زوج نصيبه من عين ما يؤدي الطرف الآخر⁹⁹².

ختاما، نتوصل إلى أنّ التشريعات المغاربية للأسرة جعلت مبدأ الانفصال في أموال الزوجين هو الأصل ما يعني أنّ الزوجة تتمتع باستقلالية مالية تحوّنها حق التصرف في أموالها بكل حرية دون تدخل أو إذن من زوجها، إلا ما قيده القانون، وبالمقابل تفرض عليها تحمّل الالتزامات فتكون أموالها ضامنة للوفاء بديونها.

إلا أنّ من الناحية الواقعية تبقى هذه الاستقلالية نظرية نتيجة لطبيعة العلاقة والحياة المشتركة بين الزوجين وولوج المرأة عالم الشغل فاختلطت أموال الزوجين وواجهت الأسرة تحديات ومخاطر هدّدت استقرارها ممّا دفع بالمشرعين إلى وضع استثناء تمثّل في مبدأ الاشتراك في الأموال.

ومهما يكن من أمر، فإنّ العلاقات المالية بين الزوجين جاءت منظمة في القانون التونسي بخلاف ما عليه الأمر في كل من القانونين المغربي والجزائري فلا يمكن الحديث من خلالهما عن نظام مالي واضح المعالم لكثرة الثغرات التشريعية الواردة فيهما. فاكتفيا ببيان الشكل الذي يفرغ فيه الاتفاق وأغفلا بقية الجوانب الأخرى كبيان كيفية إدارة المال المشترك وما ينجم عنه من ديون، وأسباب انتهائه وكيفية تصفيته وتقسيمه. وهي نقائص من شأنها أن تخلق مشاكل بين الزوجين. ناهيك عن أنّ هذا النظام لا يزال غير مألوف في مجتمعنا لأسباب أخلاقية ونفسية واجتماعية. ولهذا عليهما إعادة تنظيم

⁹⁹² - أنظر، أحمد الخليلي، وجهة نظر، ج. 02، دار نشر المعرفة، المغرب، 1988، ص. 28.

النظام المالي للزوجين تنظيماً دقيقاً وواضحاً يزيل من خلاله اللبس والغموض الذي يعتري النصوص القانونية، فلحد الساعة لا تزال الزوجة تحظى بحرية نظرية وتقييد واقعي أدى إلى ضياع حقوقها المالية.

وكخلاصة لما جاء في الباب الأول من هذه الدراسة، فإنّ حرية المرأة في الزواج حتى وإن لم يتم تنظيمها من قبل التشريعات المغاربية للأسرة تنظيماً واضحاً وصريحاً إلا أنّها تتضح ضمناً بالرجوع إلى النصوص القانونية. وذلك من خلال جعل الخطبة تواعد بالزواج غير ملزم، وكذلك يجعل الرضا ركناً أساسياً لإبرام عقد الزواج، وفي هذا ضمان لحرية المرأة في الزواج من عدمه. هذا وإنّ حماية حرية المرأة وضمانها لا يكون فقط عند إبرام عقد الزواج وإنما يمتد أيضاً أثناء الحياة الزوجية، وذلك بالاعتراف لها بحرية الاشتراط، وكذا بتنظيم العلاقات المالية بينها وبين زوجها.

والتشريعات المغاربية للأسرة أخذت بعين الاعتبار حساسية وأهمية المسائل المتعلقة بالأسرة، ففرضت قيوداً ووضعت حدوداً باسم النظام العام العائلي حماية للمرأة والأسرة بكاملها. فالحديث عن حرية المرأة في إبرام عقد الزواج وحريتها في اختيار شريك حياتها لا يمكن أن يكون على إطلاقه، كون هذه الحرية مقيدة بقيود بيولوجية تمنع المرأة من إبرام عقد الزواج دون سن الأهلية ما عدا في حالات استثنائية وبعد الحصول على إذن بالزواج، وحماية لحرية المرأة في الزواج بما لا يشكّل خطراً على صحتها أو صحة القرين وتفادياً لانتقال الأمراض الخطيرة والوراثية للأبناء فرضت الشهادة الطبية قبل الزواج كإجراء وقائي، إضافة إلى التشديد على تحقق الركن البيولوجي للزواج منعا للعلاقات غير السوية كالزواج المثلي، والتغيير الجنسي، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فهي مقيدة بقيود اجتماعية ودينية كاشتراط الولي في زواج المرأة القاصرة، ومنع زواج المسلمة بغير المسلم⁹⁹³.

وحتى فيما يتعلّق بحريتها في المشاركات في عقد الزواج فهي مقيدة، إذ لها حرية الاشتراط على أن يكون الشرط صحيحاً لا يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج، وبخصوص حرّيتها في التصرف في مالها فهي مقيدة بسبب الواقع، ولهذا لها حرية اختيار نظام الاشتراك المالي.

هذا عن حرية المرأة في الزواج، فهل لها الحرية في طلب فك الرابطة الزوجية؟ وهل هذه الحرية مطلقة أم مقيدة؟

⁹⁹³ - وقد تمّ التطرّق إلى الثغرات التشريعية التي تخلّلت النصوص القانونية المغاربية وكذا أوجه التشابه والاختلاف القائمة بينها.

الباب الثاني

حرية المرأة في فك الرابطة الزوجية

لا يكفي أن تحاط الأسرة بالرعاية والتأطير عند بداية تكوينها وأثناء استقرار الألفة والانسجام، بل يجب أن تلقى الأسرة الإحاطة والرعاية أيضا عندما تتوتر العلاقة بين أفرادها ويطرأ عليها ما يعكر صفوها، ويصبح تماسك الأسرة مهددا بالانهيار.

فتفاديا لاستفحال الخلافات بين الزوجين لما قد ينشأ عن اختلاف طباعهما من استقرار الجفوة والنفور بينهما بما ينشئ عنه جو من التشنج والعصبية بينهما يكون له أسوأ الآثار على نفسيتهما وعلى نفسية الأبناء وتربيتهم التريية السليمة. اقتضت حكمة الشريعة الإسلامية أن يكون الطلاق بيد الزوج، وبالمقابل فقد اقتضت عدالتها أن تراعي جانب الزوجة، فمنحتها الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها لأسباب تثبتتها أمام القاضي، ولهذا يطلق عليه التفريق القضائي. وفي حالة عدم تمكنها من إثبات الضرر حوّلت لها مكنة أخرى للتحرّر من هذه العلاقة على أن تفتدي نفسها بمال وهو ما يعرف بالخلع.

وأیضا فتحت التشريعات المغاربية للأسرة أكثر من طريق للمطالبة بفك عصمة الزوجية، آخذة بالاعتبار اختلاف الأسباب المؤدية إلى التفريق بينهما، ومسؤولية جبر الضرر الذي تسبب فيه أحد الطرفين للطرف الآخر. فعلى نهج الشريعة الإسلامية جعلت الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، غير أنّها قيّدت بحكم القاضي، ومنحت الزوجة سبلا أخرى لفك الرابطة الزوجية.

وعند الحديث عن مطالبة الزوجة بإنهاء الرابطة الزوجية، فإنّ ذلك يعني أنّ طلبها إمّا أن يقابل بالرفض أو القبول، وهذا نجد في صورة التطلق لأنّه بمثابة رخصة استثنائية ممنوحة للقاضي، وممارسة هذه الرخصة مقيّدة بطلب الزوجة ذلك أمامه، وبتوافر الشروط المحددة قانونا لإيقاع الطلاق، وإثبات تحقّق الضرر. ولهذا فكل فرقة يجب أن يقتصر فيها على ما يحقّق المصلحة ويدفع الضرر، وهو ما يقيّد من حرية الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية (الفصل الأوّل).

وبعدما كان الخلع يندرج تحت مسمّى طلب الزوجة إنهاء الرابطة الزوجية لكونه متوقف على شرط موافقة الزوج، أضحي بفعل تغيير الظروف الاجتماعية، وأمام تعسّف بعض الأزواج، حقا خالصا وأساسيا تمارسه وقتما تشاء في ظل تحرّرها من شرط موافقة زوجها عند التشريعين المغربي والجزائري.

وبالإضافة إلى ذلك، فإنّ تنظيمهما لمسألة التطلاق للشقاق، على نحو رفعا من خلالها عبء الإثبات، فتح باب التطلاق على مصرعيه، وأطلق العنان للزوجات في اللجوء إلى هذه الوسيلة مع احتفاظهنّ بكامل حقوقهن.

وإلى جانب الخلع، والتطلاق للشقاق، فإنّ تفويض الزوج الطلاق للزوجة يجعله في يدها تمارسه حسب إرادتها الحرة.

وأما المشرع التونسي فلم يكن بحاجة إلى الاعتراف بالخلع، ولا إلى إقرار طلاق التفويض، لكونه أعطى للمرأة حق الطلاق أصالة فكان سباقا في إقرار المساواة بين الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق.

ولهذا، فالحديث هنا يكون عن تمتّع الزوجة بحرية مطلقة في وضع حدّ لعلاقتها مع زوجها، والتي بموجبها أصبح لها الحق في وضع حدّ للعلاقة الزوجية دون شرط ولا قيد، ممّا يجعل القاضي مضطرا للاستجابة لطلبها. فترتب عنه إطلاق حرية المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

تقييد حرية المرأة في طلب فك الرابطة الزوجية

ممّا لا ينبغي أن يغفل عنه، أنّ عقد الزواج عقد مقدّس تضىف عليه كل مظاهر التقدير والإجلال، وأنّ كل دواعي الفرقة التي تؤدّي إلى إنهاء الحياة الزوجية ممقوتة، والسبيل إليها يستصاغ عند الحاجة فقط. ولهذا أقرّ الشرع والقانون التطلاق كوسيلة لفك الرابطة الزوجية بيد الزوجة، متى كان في استدامة هاته العلاقة ضررا محضا بها، وإخلالا بأهداف الزواج.

فقد عدّد المشرع الجزائري الأسباب التي يمكن للزوجة الاستناد إليها في طلب التطلاق أمام القاضي ضمن المادة 53 من قانون الأسرة، فرفعهها من سبعة أسباب إلى عشرة أسباب، في محاولة منه إلى توسيع دائرة التطلاق، ومنح المزيد من الحرية للمرأة للتحرّر من الرابطة الزوجية. وهذه الأسباب هي على النحو التالي: عدم الإنفاق، العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، سجن الزوج، الغيبة، مخالفة أحكام التعدّد، ارتكاب فاحشة مبيّنة، الشقاق المستمر، مخالفة الشروط الاتفاقية، الضرر.

ومن جهته، قسّم المشرع المغربي في القسم الرابع من مدونة الأسرة أسباب التطليق إلى قسمين، فجعل التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق أوّلهما تحكّمه المواد من 94 إلى 97 منها. وثانيهما التطليق لأسباب أخرى، ذكرها في المادة 98 كما يلي: إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج؛ الضرر؛ عدم الإنفاق؛ الغيبة؛ العيب؛ الإيلاء والهجر. وبعدها فصل كل سبب في المواد من 99 إلى 112 من نفس المدونة.

ولم يتحدّث المشرع التونسي عن التطليق، وإتّما أجاز للزوجة طلب الطلاق للضرر على أساس الفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، وفي نصوص أخرى متفرقة ضمن نفس المجلة لها طلب الطلاق بناء على الفصل 11 الذي يثبت لها حق الطلاق للإخلال بخيار الشرط، والفصل 39 المشتمل على الطلاق للإعسار بالنفقة، والفصل 40 المرتّب للطلاق للغيبة.

فبالرجوع إلى هذه النصوص القانونية، نجد أنّ كل الأسباب المذكورة تحمل في طياتها الإضرار بالزوجة سواء كان ذلك عن قصد أو بدون قصد، وأنّ الضرر اللاحق بها قد يكون ضررا ماديا كما قد يكون معنويا. ولهذا يمكننا القول أنّ التطليق يكون بطلب من الزوجة، كون هذه الوسيلة مقيدة شرعا وقانونا بشروط محدّدة تخضع في مجملها لسلطة القاضي التقديرية، بحيث يكون هذا الأخير مطالبا بتفحص أوراق القضية ومشروعية الأسباب وموازنتها، حتى يقدر مدى صحة وتأسيس طلب الزوجة من عدمه، والحكم بالتطليق لا يجوز إلاّ إذا كان قائما على أحد الأسباب الموجبة لذلك¹. وأنّ حرّيتها في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق تكون مقيدة بإثبات الضرر المادي (المبحث الأوّل)، أو بإثبات الضرر المعنوي (المبحث الثاني).

¹ - أنظر، عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11، م. ج. ع. ق. إق. س.، ج. 41، 2003، ع. 02، ص. 90.

المبحث الأول

تقييد حرية المرأة في طلب التطليق بإثبات الضرر المادي

إنّ الغاية من الزواج هي إنشاء رابطة تقوم على التودّد وحسن المعاشرة، ولكن قد تتوفر أحيانا ظروف تجعل أحد الزوجين عرضة للإضرار من قبل الطرف الآخر، ممّا يجعل الطلاق لا محيد عنه لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾².

فأجازت الشريعة الإسلامية للزوجة التفريق القضائي متى أثبتت الضرر اللاحق بها، وعلى غرارها سارت التشريعات المغاربية للأسرة، وهذا الضرر يكون ماديا، إذا أدى إلى انتقاص حق الإنسان من ماله أو جسمه، فإذا كان محل الضرر مالا يسمى ضررا ماليا، ويتحقّق عندما يخلّ الزوج بالتزاماته الزوجية (المطلب الأول). وأمّا إذا كان محلّه جسم الإنسان فيسمّى ضررا جسمانيا³، ونظرا لتعدد صور الضرر وعدم إمكانية حصرها نكتفي ببيان بعض حالاته (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى حرية المرأة في طلب التطليق للإخلال بالتزامات الزوجية

كنتيجة لإبرام عقد الزواج، فإنّه تترتب التزامات وحقوق على عاتق الزوجين. فإنّ أخلّ أحدهما بها تبث للآخر الحق في إنهاء الرابطة الزوجية. وعلى هذا، إذا أخلّ الزوج بالتزاماته تجاه زوجته، فسيلحق بها ضررا ماديا وجب رفعه. والإضرار بالزوجة للإخلال بالتزامات الزوجية يتأتى من عدم الإنفاق، لحاجتها إلى المأكل والملبس والسكن والعلاج وغيرها من متطلّبات الحياة الضرورية، كون أنّ البدن لا يقوم بدون كفايته، فلرفع هذا الضرر يمكنها طلب التطليق لعدم الإنفاق، غير أنّ حرّيتها هنا مقيدة بإثبات توقف الزوج عن الإنفاق (الفرع الأول).

² - سورة البقرة، الآية رقم 231.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الالتزام... المرجع السابق، ص. 764.

فحاجة الزوجة إلى الجانب المادي ضروري لضمان استقرار الأسرة، والذي لا يتحقق إلا بتواجد الزوج داخل البيت الأسري لإضفاء جو المحبة والألفة من خلال التعاون، والتشارك والتشاور في كل ما يخص الأبناء ومستقبل العائلة، وتلبية حاجاتهم ومتطلباتهم. وإنه بعد الزوج وغيابه، سواء كانت غيبته بعذر أو بدونه، ستتأثر الزوجة والأطفال فيتزعزع كيان الأسرة، وهذا التأثير سيكون لا محال ماديا ومعنويا فارتأينا تغليب الجانب المادي وإدراج حالات غياب الزوج ضمن التطبيق للضرر المادي لاشتراط المشرع الجزائري على الزوج ترك النفقة، فهل هنا أيضا تتقيد الزوجة بشروط معينة للتحرر من العلاقة الزوجية بسبب بعد الزوج عنها؟ (الفرع الثاني)

الفرع الأول

عدم إطلاق حرية المرأة في طلب التطلاق للتوقف عن الإنفاق

المراد بالنفقة: "الشيء الذي يبذله الإنسان فيما يحتاجه هو أو غيره من الطعام والشراب وغيرها"⁴. وقد عرّفها الفقيه المالكي ابن عرفة بقوله: "النفقة ما به قوام معتاد حال آدمي دون سرف"⁵. أمّا الفقه المعاصر فعرّفها على أنّها: "ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وشراب ومسكن وخدمة ونحو ذلك، ممّا يلزم توفره لها حسبما اعتاده الناس، وجرى به العرف الصحيح، وهي حق ثابت للزوجة على زوجها باعتبارها من الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح، مقابل احتباسها وتفرغها للزوج، وعدم انشغالها بأي أمر آخر إلاّ برضاه وموافقته باستثناء التكاليف والواجبات الشرعية"⁶.

واتفق الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁷. وقوله عز وجل: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾⁸. وقوله جل

⁴ - أنظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج. 03، مكتبة المعارف، الرياض، ط. 01، 2006، ص. 595.

⁵ - أنظر، أبي الحسن علي بن عبد السلام التوسلي، البهجة في شرح التحفة، ج. 01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1998، ص. 608.

⁶ - أنظر، عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص. 251.

⁷ - سورة البقرة، الآية رقم 233.

⁸ - سورة الطلاق، الآية رقم 06.

وعلا: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾⁹.

وعلى غرار إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية، أجمع مشرعوا القوانين المغاربية للأسرة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، وهو ما يتجلى بالفصلين 23 و38 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والمادة 194 من مدونة الأسرة المغربية، والمادة 74 من قانون الأسرة الجزائري. فالنفقة واجبة على الزوج تجاه زوجته بمجرد العقد عليها ويتأكد هذا الواجب بالدخول أو بانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية، ويستمر ما دامت الحياة الزوجية قائمة وما لم تكن الزوجة ناشزا، فلا يجوز للزوج أن يمتنع عن الإنفاق.

هذا وقد اتفق الفقهاء على أصناف النفقة الواجبة وهي: الطعام والكسوة، السكنى، الخدمة إن كانت تحتاج إليها أو ممن تخدم، واختلفوا في نفقة العلاج¹⁰. ولم يتوان المشرعين المغربي والجزائري عن تحديد مشتملات النفقة من خلال الفقرة الأولى من المادة 189 من مدونة الأسرة فاقتضت بأن: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه". تقابلها المادة 78 من قانون الأسرة الناصية على أن: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". في حين اقتصر المشرع التونسي على ذكر مصطلح مشمولات النفقة دون تبيانها في الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية كالتالي: "...وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة".

ومن الناحية الشرعية، يراعى في تقدير النفقة حال الزوجين جميعا، فإن كانا موسرين فعليه لها نفقة الموسرين، وإن كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين، وإن كانا متوسطين فلها عليه نفقة المتوسطين¹¹. والمعيار ذاته يعتمد من الناحية القانونية حسبما ورد بالفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، والمادة 189 من مدونة الأسرة، إلى جانب المادة 79 من قانون الأسرة.

⁹ - سورة الطلاق، الآية رقم 07.

¹⁰ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 11، ص. 353-355.

¹¹ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 11، ص. 348-349.

فقد يؤدّي الزوج النفقة الواجبة عليه فتراً ذمته، كما قد يخلّ بها بالامتناع أو التوقف، فما يكون أمام الزوجة إلا خيارين: إمّا أن ترضى بوضعيتها وتعفو عنه بالإبراء، وإمّا أن تطالبه بالأداء بطيب خاطر وإلاّ أخذت منه جبراً عن طريق القضاء، وعند الاقتضاء تمارس حقها في طلب التطليق منه. وبعدّ الحل الأخير الأكثر إتباعاً، خاصّة في ظلّ الظروف المعيشية والاقتصادية الصعبة والتي تجعل أمر الإبراء مستبعداً من الناحية الواقعية، فلا يبقى أمام الزوجة إلاّ اللجوء إلى القضاء للتحرّر من زيجاتها. فما مدى مشروعية التطليق لعدم الإنفاق؟ وهل للزوجة الحرية في طلب التطليق بمجرد التوقف عن الإنفاق؟

أولاً: مكانة حرية المرأة في طلب التطليق لعدم الإنفاق شرعاً وقانوناً

الحقيقة أنّ طلب التطليق لعدم الإنفاق موضوع تصدّي لمعالجته الفقه الإسلامي فجاء في حكمه مختلفاً، لانقسام المذاهب إلى ثلاث مواقف، الأول يضم الحنفية¹² والظاهرية¹³، الذين أقرّوا بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق، فليس للزوجة الحرية في اللجوء إلى طلب التطليق حتى وإن كان التوقف عن الإنفاق بقصد الاضرار بها.

وقد استدلوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾¹⁴. ودليل الآية أنّه من لم يقدر على النفقة لا يكلف بها وبما أنّ المعسر لا يقدر على الإنفاق فلا يكلف به، ولهذا السبب لا يجوز التفريق بينه وبين زوجته. وقوله عزّ وجل أيضاً: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾¹⁵. وهنا يدلّ قوله تعالى على مطالبة الزوجة بإنظار زوجها إلى أن يصبح موسراً.

أمّا دليلهم من السنة النبوية الشريفة، فعن جابر بن عبد الله قال: "دخل أبو بكر يستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجد النَّاسَ جُلُوسًا ببابه لم يأذن لأحد منهم، قال: فأذن لأبي بكر،

¹²- أنظر، أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدّين النسفي، البحر الرائق، -شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية-، ج. 04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1997، ص. 306.

¹³- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن خرم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلّي في شرح... المرجع السابق، ص. 1929-1930.

¹⁴- سورة الطلاق، الآية رقم 07.

¹⁵- سورة البقرة، الآية رقم 280.

فدخل تم أقبل عمر، فاستأذن فأذن له، فوجد النبي صلى الله عليه وسلم جالسا حوله نساؤه، واجما، ساكتا، فقال أبو بكر: لأقولن شيئا أضحكُ النبي صلى الله عليه وسلم. فقال: يا رسول الله، لو رأيت بنتَ خارحة سألتني النفقة فقلت إليها فوجأت عنقها. فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: هنّ حولي كما ترى يسألني النفقة، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله ما ليس عنده، فقلن والله لا نسأل رسول الله شيئا أبدا ليس عنده، ثم اعتزلهن شهرا أو تسعا وعشرين¹⁶.

وأما حجتهم من المعقول فيرون أنّ إلزام الفسخ للإعسار بالنفقة هو إبطال حق الزوج تماما، أمّا إلزام الزوجة بالإنظار والاستدانة عليه هو تأخير لحقها لأنّه دين عليه، وإذا خيّرنا بين إبطال الحق وتأخيره فالأولى تأخيره. إذ لا بد من تطبيق قاعدة "الأخذ بأقل الضررين"، لأنّ الضرر الذي يقع على المرأة بسبب التطبيق أشدّ من الضرر الذي يلحقها جراء العجز عن النفقة، وإنّ واجب الإنفاق على الزوج يؤجل إلى حين يسره ولا يبطل، وهنا يمكن للمرأة أن تنفق من مالها إن كان لها مال، أو تستدين لتغطية نفقاتها وفي كلتا الحالتين تعدّ في ذمة الزوج وهذا حال الزوج إذا توقف عن الإنفاق لعجزه، أمّا إذا توقف إضرارا بها مع قدرته على ذلك أجبره القاضي على الإنفاق وإلا أمر ببيع ماله أو بحبسه إلى حين تراجعته عن قراره¹⁷.

فمادام هناك وسائل أخرى لرفع الظلم عن الزوجة، فلا حاجة للجوء إلى التفريق خاصّة وأنّه أبغض الحلال إلى الله، وبوقوعه تضيع فرصة تحصيل النسل التي تعدّ أسمى أهداف الزواج على خلاف عدم الإنفاق الذي تفوت معه فرصة المال وهذا يمكن تعويضه¹⁸.

أجيب على الحنفية بأنّ الآية إنّما دلّت على سقوط الوجوب عن الزوج، أمّا الفسخ فهو حق للمرأة تطالب به، وأنّ قصة أزواجه صلى الله عليه وسلم وضرب عمر وأبا بكر هي أيضا دلّت على عدم الوجوب وليس فيه أنّهنّ سألن الطلاق أو الفسخ، ومعلوم أنّهنّ لا يسمحن بفراقه فالله سبحانه وتعالى خيّرهن فاخترن رسول الله صلى الله عليه وسلم والدار الآخرة. وأمّا الثابت أنّ من الصحابة من

¹⁶- أبي الحسين مسلم ابن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم...المرجع السابق، المجلد الثاني، ص. 680.

¹⁷- أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق...المرجع السابق، ج. 04، ص. 312.

¹⁸- السيد سابق، المرجع السابق، ص. 288.

كان معسرا ولم يثبت طلب الفسخ من أزواجهن فيقول مالك: "إن نساء الصحابة كنَّ يردن الآخرة وما عند الله تعالى، ولم يكن مرادهن الدنيا، فلم يكن يباليين بعسر أزواجهن. وأمّا نساء اليوم، فإنّما يتزوّجن رجاء الدنيا من الأزواج، والنفقة والكسوة"¹⁹.

فحتى وإن كانت الأدلة التي استند بها الأحناف تفيد سقوط الوجوب على الزوج لعدم الإنفاق، فهذا لا يعني بالمقابل سقوط حق المرأة في دفع الضرر عنها ولا توجد أي إشارة إلى عدم جواز طلبها التفريق، وإنّ عدم إرهاق الزوج بالنفقة عند إعساره بإسقاط الوجوب عليه لا يقابله إرهاق الزوجة بإجبارها على العيش دون إنفاق، وحرمانها من حريتها في الخيار بين البقاء أو الترك.

ولهذا، فإنّه خلافا للرأي الأوّل، ذهب الثاني المكوّن من الأئمة الثلاث مالك، الشافعي وابن حنبل إلى جواز التفريق بين الزوجين لعدم إنفاق الزوج على زوجته²⁰، فمنحوا لها حرية الخيار بين الصبر والإحتساب، أو طلب التفريق لرفع الضرر اللاحق بها.

وسندهم في ذلك من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾²¹، وكذلك قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾²²، فليس من الإمساك بالمعروف أن يمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته لأنّ ذلك يلحق بها أضرارا بالغة تبرّر تطليقها منه²³.

ومن السنة النبوية الشريفة استدلوا بما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه عن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، فقيل من أعول يا رسول الله، قال امرأتك ممن تعول، تقول أطعمني وإلا فارقي"²⁴. كما ورد عن عمر رضي الله عنه أنّه كتب إلى أمراء الأجناد أن ادع -فلانا وفلانا ناسا قد انقطعوا من المدينة

¹⁹- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، سبل السلام... المرجع السابق، ص. 611-612.

²⁰- أنظر، محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج. 05، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط. خ.، 2003، ص. 306؛ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 258.

²¹- سورة البقرة، الآية رقم 229.

²²- سورة البقرة، الآية رقم 231.

²³- أنظر، محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط. 01، 2010، ص. 125.

²⁴- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري... المرجع السابق، ج. 09، ص. 410.

وغابوا عن نسائهم - فإمّا أن يرجعوا إلى نسائهم، وإمّا أن يبعثوا إليهن بنفقة، وإمّا أن يطلقوا ويبعثوا بنفقة ما مضى²⁵.

وقياسا على التفريق بين الزوجين بسبب العيوب المانعة من المباشرة الجنسية للظلم في بقائها معه على هذا الحال، فإنّه وجب التفريق بينهما أيضا عند عدم الإنفاق إذ لا يوجد ظلم أشدّ من ظلم عدم الإنفاق، فالنفقة من ضروريات الحياة والامتناع عن تأديتها يلحق ضرا كبيرا وجب رفعه من قبل القاضي²⁶. وكذلك النفقة تجب مقابل الاستمتاع ودليل ذلك سقوطها في حالة النشوز، وبالتالي إذا لم ينفق الزوج على زوجته سقط حقه في الاستمتاع بما ووجب لها حق الخيار بين القرار معه أو طلب التفريق عنه²⁷.

فإن أعسر الزوج بنفقتها الواجبة أو أعسر ببعض النفقة، بأن أعسر عن نفقة المعسر فلها الحرية في طلب الفسخ، ولا تفسخ إن أعسر بما زاد عنها وهذا قول عمر وعلي وأبو هريرة لقوله تعالى: "فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان"، فليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكا بمعروف فيتعيّن التسريح²⁸.

ومن لم يجد إلاّ قوت يوم بيوم فليس معسر بالنفقة لأنّ ذلك هو الواجب عليه وهو قادر عليه، فلا فسخ لها إذا حصلت الكفاية من غير ضرر يلحقها، أمّا إذا كان الزوج لا يجد من النفقة إلاّ يوما دون يوم فلها الفسخ لما يلحقها من الضرر الغالب بذلك لأنّ البدن لا يقوم بدون كفايته²⁹.

وإذا اختارت المقام فلها تمكينه وتكون النفقة والكسوة والمسكن دينا في ذمته ما لم تمنع نفسها لأنّ ذلك واجب على الزوج، فإذا رضيت بتأخير حقها فهو دين في ذمته. ولها المقام على النكاح ومنعه من نفسها فلا يلزمها تمكينه ولا الإقامة في منزله، وعليه ألاّ يجبسها بل يدعها تكتسب ولو كانت موسرة لأنّه لم يسلم لها عوض الاستمتاع³⁰.

²⁵- البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 469.

²⁶- السيد سابق، فقه السنة... المرجع السابق، ج. 02، ص. 88.

²⁷- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، سبل السلام... المرجع السابق، ج. 03، ص. 609 - 610.

²⁸- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشّاف القناع... المرجع السابق، ج. 08، ص. 2828.

²⁹- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشّاف القناع... المرجع السابق، ج. 08، ص. 2829.

³⁰- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشّاف القناع... المرجع السابق، ج. 08، ص. 2829.

وبين معارض ومؤيد للتفريق لعدم الإنفاق، والذي تنعدم معه حرية المرأة أو تتقرّر تباعا، اتخذ الإمام ابن القيم الجوزية موقفا وسطا، فأخذ برأي المذهب الحنفي في عدم جواز التفريق إذا كان الزوج معسرا، وهو ما يعني غياب حرية المرأة في ممارسة حقها في طلب التطلق، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، اتبع موقف الجمهور في حق المرأة طلب التطلق لعدم الإنفاق بشرط أن يكون الزوج قادرا على ذلك وامتنع إضرارا بها، أو في حالة تغير الزوج بالزوجة أثناء عقد الزواج على أنه غني والحال أنه فقير، فتكون حرّيتها هنا في طلب التطلق مقيّدة بتوفر أحد الشرطين المذكورين³¹.

وبعد عرض هذه الآراء، يتبيّن أنّ ترجيح رأي جمهور الفقهاء هو الأنسب لقوّة دلالتهم، ولأنّ التوقف عن الإنفاق يلحق ضررا بالزوجة والأبناء سواء كان الزوج موسرا أو معسرا، خاصّة إذا طالّت المدّة، فما يبقى أمامها سوى خيار التفريق، إذ لا يمكن إجبارها على الصبر والاحتساب.

وهذا ما اتجهت إليه القوانين المغاربية للأسرة، إذ نعتقد في أوّل وهلة، بالرجوع إلى أحكام الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والتي حدّد خلالها المشرع صور الطلاق، أنّه لم ينظم صراحة التطلق للإعسار بالنفقة، وأنّ حكمها يستمد من الفقرة الثانية من ذات الفصل والتي تسمح للزوجة طلب الطلاق في حالة حصول ضرر لها، ولكون التوقف عن الإنفاق يسبّب ضررا للزوجة فإنّه يمكنها الاستناد على أحكام هذه الفقرة. غير أنّه لا يمكن التسليم بهذا القول لأنّ طلب الزوجة الطلاق للضرر يتطلّب سلوكا خاطئا من الزوج، ولكن في حالة الإعسار الأمر خارج عن إرادته.

فهل يمكن القول أنّه ليس للزوجة حرية طلب التطلق للإعسار؟ وهل المشرع التونسي ساير المذهب الحنفي؟

الإجابة تكون بالنفي، لأنّه لا ينبغي الوقوف عند الفصل 31 من المجلة، وإنّما بتفحصها نجد أنّ التطلق للإعسار بالنفقة مستمد من الفصل 39 منها، والذي جاء فيه: "لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلاّ أنّ الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز بعد إتمامها عن الإنفاق طلّقت عليه زوجته، وإذا كانت الزوجة عاملة بعسره حين العقد فلا يحق لها في طلب الطلاق".

³¹ - أنظر، شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، مجلد 01، ج. 04، دار الكتاب العربي، بيروت، د. س. ن. ص. 25.

وبهذا الفصل الذي خصّصه المشرع التونسي للطلاق المؤسّس على إعسار الزوج بالنفقة يكون حاول الملاءمة بين وضعية الزوج الذي يعاني الإعسار ولم يرتكب ذنبا في حق زوجته باختياره من جهة، وبين حق الزوجة في النفقة حتى لا تضرّ من جهة أخرى. وهذا هو السبب الذي دفعه إلى تنظيمه بموجب فصل خاص وعدم إدراجه ضمن مقتضيات الطلاق للضرر المنصوص عليه بالفصل 31 من نفس المجلة.

كما وتظهر أهمية هذا التمييز بين الطلاق للإعسار والطلاق للضرر من ناحيتين، الأولى تتمثل في كون الضرر في الطلاق المؤسّس على أحكام الفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية منشأه الخطأ المنسوب لإرادة الطرف المطلوب، في حين الضرر اللاحق بالزوجة في الطلاق المؤسّس على أحكام الفصل 39 منها ناشئ عن إعسار الزوج الذي لا ذنب له فيه، ويتربّب عن ذلك إمكانية حصولها على التعويض في الصورة الأولى، وحرمانها منه في الصورة الثانية، إذ لا مجال لمساءلة الزوج عنه وهو الذي عجز بحكم إعساره حتى عن تسديد مال النفقة. وأمّا الناحية الثانية، فخلافاً للطلاق المؤسّس على الضرر الذي يتساوى فيه الزوجان من حيث إمكانية اللجوء إلى المحكمة للمطالبة بإيقاعه، فإنّ إمكانية المطالبة بالطلاق المؤسّس على الإعسار بالنفقة تختص به الزوجة دون الزوج.³²

وبدوره المشرع المغربي نص صراحة بموجب الفقرة الثالثة من المادة 98 والفقرة الأولى من المادة 102 من مدونة الأسرة على أنّه: "يجوز للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الواجبة عليه..."، محاولا التمييز بين التوقف عن الإنفاق بسبب عسر الزوج أو بنية الإضرار بالزوجة وإعطاء حكم خاص عن كل حالة.

كما جاء موقف المشرع الجزائري صريحا من خلال الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة بقولها: "عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه، ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من قانون الأسرة". ولكن يعاب عليه أنّه أعطى للنفقة نصيبا معتبرا من الاهتمام، ويظهر ذلك جليا من خلال عدّة مواد، فعالجها بالمواد من 74 إلى 80 من قانون الأسرة

³² - محمد اللحمي، المرجع السابق، ص. 433 - 434.

حيث بيّن وجوبها، ومشملاؤها وكذا تقديرها واستحقاقها. في حين خصّص فقرة وحيدة لمسألة التطلاق لعدم الإنفاق.

ولئن منحت القوانين المغاربية للمرأة حق طلب التطلاق لعدم الإنفاق، فإنّها قيّدت به شروط تحدّ من حريتها في طلب فك الرابطة الزوجية لهذا السبب.

ثانيا: الشروط المقيّدة لحرية المرأة في طلب التطلاق لعدم الإنفاق

إنّ طلب التطلاق لعدم الإنفاق حق مقرّر للمرأة شرعا باتفاق جمهور الفقهاء، والمشرعين المغاربة، ومع ذلك فإنّه لا يمكن للمرأة أن تمارس هذا الحق بحرية مطلقة لتعلّق بعض الشروط به ووجب توافرها، نوجزها فيما يلي:

1- أن لا تكون عالمة بإعسار زوجها وقت إبرام العقد

يجب أن لا تكون الزوجة على علم بإعسار زوجها وقت إبرام عقد الزواج، حيث لا بد من التمييز بين فرضيتين، الأولى تكون في حالة الإعسار قائما في تاريخ العقد وتكون الزوجة فيها عالمة به ومع ذلك رضيت به كزوج، وفي هذه الفرضية لا يمكنها أن تتطلّم من تلك الحالة، وتكون غير محقّة في أن تطالب بالتطلاق على أساسها، فتغيب معها حريتها. والفرضية الثانية تكون حالة الإعسار طارئة بعد العقد بما تصبح معه الزوجة محقّة في المطالبة بتطليقها على أساسها، فتمتّع بالحرية في الخيار بين البقاء أو الترك.

وهذا هو اتجاه الفقه المالكي القائل بعدم حقها في الفسخ لعلمها بإعساره قبل العقد، فالزوجة إذا تزوّجت وهي عالمة بعجز زوجها عن النفقة فهذا دليل على رضاها بتلك الحال، والرضا بإعساره يقابله عدم تمتّعها بحرية إنهاء الرابطة الزوجية³³. على خلاف الفقه الشافعي الذي وسّع من حرّيتها بأن أعطاهها حق الفسخ سواء كانت عالمة بعسره قبل العقد أم لم تكن تعلم ذلك، فإن اختارت المقام ثم اختارت الفسخ فلها ذلك، أو رضيت بعسره ثم اختارت الفسخ فلها ذلك، وحتى وإن تزوّجته

³³- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 518-519.

عامة بعسره ثم اختارت الفسخ فلها ذلك لأنّ النفقة يتجدّد وجوبها كل يوم فيتجدّد لها الفسخ كذلك³⁴.

والمشرعين التونسي والجزائري سارا على نهج المذهب المالكي، فيسقط حق المرأة في طلب التطلاق إذا كانت على علم بإعسار زوجها وقت إبرام العقد ورضيت بذلك³⁵. حسب مقتضيات الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية الناص على أنّه: "...وإذا كانت الزوجة عاملة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق". وتقابله الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة وفيها: "...ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج...". وأمّا المشرع المغربي فقد سكت عنه، لذا وجب الرجوع إلى تطبيق ما جاء به المذهب المالكي على أساس المادة 400 من مدونة الأسرة، وبهذا يتساوى موقفه مع نظيره التونسي والجزائري.

ورغم وضوح النصوص التي أوردت هذا الشرط إلا أنّ تطبيقه من قبل القاضي يجب أن يتّصف بنوع من المرونة وحسب الحالة المعروضة أمامه، فمثلا قد يتقاعس الزوج بعد الزواج عن البحث على وظيفة ممّا يستحيل معه الإنفاق على زوجته وهنا لا بد على القاضي أن يتعامل مع النص بمرونة ويتجاوز حرفيته، فيصبح لها الحق في طلب التطلاق³⁶.

وتبعاً لما ورد، فإنّ حرية المرأة في طلب التطلاق لعدم الإنفاق مقيّدة بشرط عدم علمها بإعساره وقت إبرام العقد، فإن كانت عاملة بذلك إنعدمت حريتها في المطالبة بإنهاء الرابطة الزوجية، وإن كانت تجهله، ثبت لها حق المطالبة بالتطلاق إن رغبت في ذلك، على أن تقدّم دليل توقف زوجها عن الإنفاق.

³⁴- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشّاف القناع... المرجع السابق، ج. 08، ص. 2829؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن

قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 11، ص. 366.

³⁵- أنظر، باديس الديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص. 31-32.

³⁶- أنظر، بن شويخ الرشيد، أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، مجلة المعيار، 2004، ع. 09، ص. 236.

2- التوقف عن الإنفاق

يقصد بالإعسار بالنفقة: "إمساك الزوج عن الوفاء بواجب النفقة للضيق والعسر الذي يعاني منه أو امتناعه عن الإنفاق مع عدم وجود مال ظاهر له يمكن للزوجة أن تستوفي مال النفقة منه"³⁷. ويخرج عن مفهوم المعسر بالنفقة الشخص الموسر الذي رغم يسره يمتنع عن بخل أو بنية الإضرار بالزوجة، عن الإنفاق عنها.

فعدم الإنفاق يكون في حالتين: إما أن يكون الزوج معسرا، أو أن يكون موسرا ويمتنع عمدا. فهل في كلتا الحالتين تتمتع الزوجة بحرية اللجوء إلى طلب التطلاق؟

حسب ما جاء في الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فإنّ الزوجة يمكنها أن تستند على هذا الفصل لطلب التطلاق إذا توقف الزوج عن الإنفاق نتيجة إعساره بعد منحه مهلة الشهرين لتدبرّ أموره، أمّا عن حالة الامتناع عن الإنفاق عمدا فلم يورد هذا الفصل حكما بشأنه، لذا على الزوجة هنا أن تستعين بتطبيق أحكام الفقرة الثانية من الفصل 31 من نفس المجلة. والسبب راجع إلى أنّ عدم الإنفاق بالرغم من يسار الزوج يجعله مرتكبا سلوكا خاطئا مضرا بالزوجة، فهذه الحالة تندرج ضمن المفهوم العام للضرر، على خلاف عدم الإنفاق للعسر الذي لا ذنب للزوج فيه. وعليه، فللزوجة الحرية في طلب التطلاق في حالة عدم الإنفاق للإعسار، وكذلك في حالة التوقف عن الإنفاق بقصد الإضرار بها.

أمّا عن المشرع المغربي فكان أكثر وضوحا ودقة، إذ عالج حالات عدم الإنفاق متّخذا الإجراءات حسب كل حالة والمتمثلة في:

- الحالة الأولى: طبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية، إذا قدّمت الزوجة طلب التطلاق بسبب امتناع الزوج عن الإنفاق وكان له مال ظاهر يمكنه الإنفاق منه، فإنّ القاضي يحدّد تلقائيا طريقة تنفيذ النفقة لها، دون أن يستجيب لطلب التطلاق.

³⁷- محمد اللحمي، المرجع السابق، ص. 432.

والسبب راجع إلى أنّ الضرر الواقع للزوجة من جراء عدم الإنفاق يمكن رفعه بوسيلة إجبار الزوج قضائياً، فلا حاجة لهدم الأسرة خاصّة وأنّ سبب المطالبة بالتطليق يزول مع استيفاء الزوجة مبلغ النفقة. وهو ما سارت عليه محكمة الاستئناف بطنجة في القرار الصادر عنها بتاريخ 08 جوان 2006 والذي جاء فيه ما يلي: "حيث تهدف المستأنفة إلى إلغاء الحكم المستأنف والحكم بعد التصدي بتطليقها من زوجها المستأنف عليه لعدم إنفاقه عليها، وبناء على الأسباب المؤثرة في عريضة استئنافها؛

وحيث إنّ بالرجوع للمادة 102 من مدونة الأسرة، فإنّ هذه المادة حدّدت حالات الحكم بالتطليق لعدم الإنفاق، من بينها أنّ الزوج إذا كان له مال يمكن أخذ النفقة منه فإنّ المحكمة تقرر طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطليق؛

وحيث إنّ بالرجوع لمحضر التنفيذ عدد 29-04/04، ثبت أنّ العون مأمور بالإجراءات اكتفى بتبليغ الإعدار إلى الزوج بتاريخ 08/10/2004 وأمهله للوفاء بما حكم به عليه من نفقة، وانتهى الأجل القانوني، إلّا أنّ المنفذ عليه لم يحضر عند العون للوفاء بما هو مطالب به فاعتبره ممتنعاً حسب رأيه دون أن يسلك مسطرة الحجز المنصوص عليها في الفصل 440 من ق. م. م.، وحرّر محضراً بعدم وجود ما يحجز دون القيام بهذا الإجراء؛

وحيث إنّ لم يثبت للمحكمة ثبوتاً قطعياً أنّ المنفذ عليه امتنع من التنفيذ، والمستأنفة كان عليها أن تسلك مساطر أخرى تتعلّق بالموضوع قصد الوصول إلى حقها، ذلك أنّ التنفيذ لم يعرف مساره الصحيح، وبالتالي فالحكم المستأنف لما قضى بعدم قبول الدعوى يكون قد صادف الصواب ويتعيّن تأييده³⁸.

ويعتبر هذا توجه سليم، لما فيه من تطبيق صحيح لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 102 من مدونة الأسرة، ولأنّّه يعكس نيّة المشرع في المحافظة قدر الإمكان على الأسرة، وجعل سبيل التطليق الحل الأخير. وهكذا، فحسناً فعل المشرع وعلى نهجه القضاء بعدم الاستجابة لطلب الزوجة للتطليق إذا كان للزوج مال ظاهر، لأنّّه وإن كان في موقفيهما كبت لحرية المرأة، إلّا أنّ ذلك يصب في مصلحتها ومصلحة أبنائها.

³⁸- محكمة الاستئناف بطنجة، 08/06/2006، ملف ع. 647-05/07، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 154-155.

- الحالة الثانية: حسبما جاء في الفقرة الثانية من المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية، إذا توقف الزوج عن الإنفاق نتيجة لعسره وأثبت ذلك، تمهله المحكمة مدّة 30 يوما للحصول على مال ينفق به على زوجته، فإن لم يف بذلك حكمت بتطليقها، اللهم إلا إذا وجد ظرف قاهر أو استثنائي، فإنّ المحكمة تمدّد المدّة حسب تقديرها. فإذا مضت وزال الاستثناء وأثبت قدرته على الإنفاق سقط حق الزوجة في التطلاق. أمّا إذا بقي عاجزا عن الإنفاق وتمسكت الزوجة بطلبها أمره القاضي بطلاقها أو يطلقها عليه. وفي هذه الحالة تعود للزوجة حريتها في الخيار بين البقاء مع زوجها والرضا بحاله، وبين طلبها التطلاق، مع أنّ هذه الحرية مقيّدة بانتظار المهلة التي تمنح للزوج لتدبر أموره.

- الحالة الثالثة: اقتضت الفقرة الثالثة من المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية بأنّه إذا امتنع الزوج عن الإنفاق دون أن يثبت عجزه، طلّقت المحكمة الزوجة حالا ودون منحه مهلة، درءا للضرر اللاحق بها. وهذه الحالة الأخيرة كانت قد ترجمتها عدّة أحكام وقرارات نذكر منها:

القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 05 نوفمبر 1991، والذي جاء فيه: "حيث أنّ المستأنفة أدلت بمحضر عدم وجود ما يحجز لدى المستأنف عليه وبأحكام ابتدائية لم تقبل دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية التي تقدّم بها المستأنف عليه لعدم توفره على مسكن؛ وحيث أنّ تفضيله الدخول إلى السجن على الإنفاق على زوجته وأولاده منها لا يمكن أن يفسر إلاّ في إطار إصراره على عدم الإنفاق على المدعية وأبنائها؛ وحيث أنّه لم يدل للمحكمة بأية حجة قطعية تثبت عسره، ممّا يتعيّن معه بناء على ما ذكر أعلاه التصريح بتطلاق زوجته منه لعدم الإنفاق تطليقا رجعيا"³⁹.

وهو أيضا ما أكّده المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بتاريخ 22 جوان 1999، اقتضى بأن: "امتناع الطاعن من أداء النفقة لزوجته وإصراره على ذلك رغم إرغامه جزريا يجعل دعوى المدعية الرامية إلى تطليقها منه لعدم الإنفاق مؤسّسة طبقا للفصل 53 من مدونة الأحوال الشخصية. تكون المحكمة على صواب لما رفضت إمهال الزوج المصر على الامتناع عن أداء النفقة لأدائها"⁴⁰.

³⁹- محكمة الاستئناف بمراكش، 1991/11/05، ملف رقم 91/1124، مجلة المحامي، ع. 25-26، ص. 158 وما بعدها.

⁴⁰- مجلس أعلى، 1999/06/22، ع. 560، مقتبس عن: عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار، من 1957 إلى 2002، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002، ص. 331 وما بعدها.

وفي قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 01 فيفري 2000 ورد فيه: "إنّ المحكمة اعتمدت على الحكم 97 / 971 الصادر بتاريخ 97 / 07 / 21 والقاضي على الطاعن بأداء النفقة والصدّاق المطلوبة في النقض، وعلى محضر التحري المنجز في ملف التنفيذ عدد 98 / 638 بتاريخ 17 / 04 / 1998 بعد ثلاثة أيام من تاريخ إعلانه استعداده لأداء نفقتها بجلسة البحث ليغادر المغرب إلى ألمانيا تاركا المطلوبة في النقض بدون نفقة، واستخلصت من ذلك إصراره على عدم الإنفاق وقضت بالتطبيق دونما حاجة إلى بحث ملائمة ذمة الطاعن أو عسره، وجاء بذلك قرارها مؤسسا ومعلّلا بما فيه الكفاية"⁴¹.

وأیضا اقتضى القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 أكتوبر 2000 ما يلي: "توصل المدعى عليه في دعوى التطلاق لعدم الإنفاق بصفة قانونية، وتخلّفه عن الحضور لا يستوجب معه إنذاره بأن ينفق أو يطلق عليه، لأنّ عدم إنفاقه في الماضي وعدم حضوره رغم توصله، قرينة على إصراره على عدم الإنفاق على زوجته"⁴².

إذا من خلال هذه القرارات يتبيّن توجه القضاء بتطبيق نية المشرع والتعامل بصرامة مع حالة التوقف للإنفاق بالرغم من يسار الزوج، فلأنّ هذا الأخير لديه الإصرار على إلحاق الضرر بزوجه كان لزاما معاقبته من خلال عدم إنظاره مهلة لجبره على التراجع عن موقفه، فتحكم المحكمة بالتطبيق حالا، ممّا يسمح بالقول أنّ حرية الزوجة هنا مطلقة غير مقيدة.

فاستنادا للحالات التي قرّرها المشرع المغربي، فإنّ حرية الزوجة في طلب التطلاق تتسع وتضيق حسب كل حالة، إذ تنعدم في الحلة الأولى، وهي مقيدة في الحالة الثانية، ولكنها مطلقة في الحالة الأخيرة.

وبعد، إذا كان المشرع التونسي عالج عدم الإنفاق للإعسار صراحة ضمن الفصل 39 من المجلة وسكت عن عدم الإنفاق بالرغم من اليسار ما يدفع إلى إسقاط أحكام الفقرة الثانية من الفصل 31 من المجلة على هذه الحالة، وإذا كان المشرع المغربي فضّل كل حالة على حدى متّخذا لها ما يناسبها من إجراء، فإنّ موقف المشرع الجزائري جاء غير واضح، إذ اقتصر على مصطلح "عدم الإنفاق" دون

⁴¹- مجلس أعلى، 01 / 02 / 2000، ملف رقم 98 / 407، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 123.

⁴²- مجلس أعلى، 18 / 10 / 2000، ملف رقم 98 / 12 / 475، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 123.

أن يوضح إذا كان هذا الأخير نتيجة إعسار أو بقصد الإضرار مع المقدرة. وأمام هذا الموقف يتعيّن اللجوء إلى الشريعة الإسلامية، والاعتداد بموقف الجمهور الذي يساوي بين عدم الإنفاق للإعسار وعدم الإنفاق للإضرار، بمنح الحق للزوجة بحرية المطالبة بالتفريق في كلتا الحالتين وذلك بعد اتخاذ الإجراءات التالية:

- في حالة عجز الزوج عن الإنفاق، لا يجبسه القاضي إذا علم عجزه وعسرته لأنّ الحبس إنّما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون جازراً له عن الظلم وقد ظهر هنا عذره لا ظلمه فلا يجبسه ولكن ينظر لها بأن يأمرها بالاستدانة، فإن استدانّت بأمر القاضي كان كاستدانّتها بأمر الزوج فترجع عليه بذلك إذا أيسر. وإن كان القاضي لا يعلم من عسرته فسألّت المرأة حبسه بالنفقة لم يجبسه القاضي في أوّل مرة ولكن يأمره بأن ينفق عليها ويخبره بحبسه إن لم يفعل، فإن عادت إليه مرتين حبسه لظهور ظلمه بالامتناع من إيفاء ما هو مستحق عليه، وإلاّ طلق القاضي عليه⁴³.

- وفي حالة ما إذا كان الزوج موسراً وامتنع عن الإنفاق، تأخذ الزوجة من ماله كفايتها وكفاية ولدها بالمعروف حتى وإن كان ذلك بغير إذنه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة حين قالت له إنّ أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي: "خذني ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁴⁴. وإن لم تقدر على أخذ نفقتها من ماله يمكنها رفع أمرها للحاكم الذي يتولى إخباره على كفايتها وكفاية ولدها ونحوه بالمعروف، فإن أبي الزوج حبسه، فإن صبر الزوج على الحبس، نفذ الحاكم من ماله، فإن لم يقدر له الحاكم على مال يأخذه ولم يجد إلاّ عروضاً أو عقار باعه وأنفق إليها نفقة يوم بيوم، فإن تعذر له الإنفاق عليها إن لم يجد نقداً ولا عرضاً ولا عقار فلها الفسخ لرفع الضرر عنها⁴⁵.

وإلى جانب الأخذ بموقف الجمهور، فإنّ الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة اشترطت أن لا تكون الزوجة عاملة بإعسار الزوج قبل العقد وإلاّ سقط حقها في طلب التطليق، ما يعني أنّه إذا أعسر بعد العقد يكون حقها في طلب التفريق قائماً. مع العلم أنّ من الفقه القانوني

⁴³- شمس الدين السرخسي، المبسوط... المرجع السابق، ج. 05، ص. 187-188.

⁴⁴- أبي الحسين مسلم ابن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم... المرجع السابق، المجلد الثاني، ص. 819.

⁴⁵- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشّاف القناع... المرجع السابق، ج. 08، ص. 2831.

من يشترط أن لا يكون امتناع الزوج عن الإنفاق بسبب عسره لأنّ الزوج هنا ليس ظالما حتى يطلّق عليه القاضي ويرفع ظلمه على زوجته⁴⁶.

ولا يمكن مسايرة هذا الموقف لأنّه حقيقة إذا تمّ البحث عن عنصر الظلم ونية الإضرار بالزوجة فلا وجود لهما في حالة إعسار الزوج لأنّ إعساره غالبا ما يكون لأسباب لا إرادية. ولكن رغم ذلك على القاضي التفريق بينهما إذا طالبت الزوجة بذلك لأنّ هذا الإعسار من شأنه إلحاق الضرر بها وبالأولاد، فلا يمكن إجبار الزوجة على الصبر إذا كانت لا تقدر على ذلك أو لا تريده، وما جعل التطبيق إلّا لرفع الضرر عنها حتى وإن كان سببه خارج عن إرادة الزوج⁴⁷.

وتبعاً لذلك، حرية الزوجة في طلب التطلاق تتقرّر في الحالتين لكونهما يلحقان ضرراً بها لا يمكن إجبارها على تحمّله، غير أنّه في حالة الإعسار لا ينبغي منحها تعويضاً لأنّ لا ذنب للزوج في إعساره ولا يعدّ ظالماً لها، أمّا في حالة عدم الإنفاق بالرغم من اليسار فيمكن زيادة على طلب التطلاق الحكم لها بالتعويض لظلم الزوج وما لحقها من ضرر.

وإذا قارنا المواقف الأسرية الثلاث نجد أنّ الحلّ الذي وضعها المشرع المغربي تعتبر الأنسب من حيث التطبيق والأكثر تماشياً مع الواقع. لهذا من المستحسن على مشرعنا أن يتدارك هذا الفراغ التشريعي بصياغة مواد خاصة بالتطبيق لعدم الإنفاق في حالة الإعسار واليسار باتخاذ الإجراءات التي تتناسب مع كل حالة.

على صعيد آخر ونظراً لتغير الظروف وولوج المرأة عالم الشغل وحصولها على موارد مالية، يعاب على التشريعات المغاربية للأسرة أنّها تعاملت مع جميع الحالات بدون استثناء، فأغفلت حالة الزوجة العاملة وهل تسقط نفقتها إذا اتفقت مع زوجها على تحمّل بعض الأعباء المالية⁴⁸؟

فأضحت هذه النصوص تطرح جدلاً عند التطبيق، خاصّة في ظل عمل المرأة والتي أصبحت أحيانا تكتسب أجراً يساوي أو يفوق أجر الزوج، وفي هذه الحالة إذا تزوجت المرأة من رجل موسر ثم

⁴⁶- أنظر، فضيل سعد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص. 272؛ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 276.

⁴⁷- أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 137-138.

⁴⁸- أنظر، جيلالي تشوار، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص القانونية والتطور الاجتماعي، قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2007، ص. 77.

جدّت ظروف أدّت إلى إفلاسه، هل يستجاب لطلبها التّطليق؟ وهل يكفي إهمال الزوج مدّة محدّدة حتى يستعيد نشاطه وقدرته على الإنفاق؟ أم يكون من الأحرى إلزام الزوجة بأن تتولى الإنفاق على العائلة ريثما يرجع الزوج إلى حالة يساره بدل هدم الأسرة وضياع الأبناء⁴⁹؟

وحول هذه المسألة يقول مالك: "إن كانت الزوجة موسرة وأنفقت على نفسها من مالها وعلى زوجها تم جاءت تطلب النفقة قال لا شيء لها فيما أنفقت على نفسها إذا كان الزوج في حال ما أنفقت معسرا، وإن كان موسرا فذلك دين عليه، أمّا ما أنفقته على زوجها فذلك دين عليه سواء كان معسرا أو موسرا"⁵⁰.

غير أنّ فقه القضاء التونسي لم يقحم الزوجة في الإنفاق حتى وإن كان لها مال وأعسر زوجها الذي يبقى المتحمّل الرئيسي لواجب الإنفاق، فقد جاء بالقرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 14 أبريل 1981 أنّه: "لا يعفى الزوج من الإنفاق على زوجته إلاّ إذا أخلت بواجباتها الزوجية، أو كان الزوج معسرا حتى وإن كانت الزوجة تتقاضى مرتبا شهريا والحكم الذي قضى بخلاف ذلك يكون مستهدفا للنقض لأنّه قد خالف النصوص التي جاءت بها م.أ.ش. إذ أنّ وجوب مشاركة الزوجة في الإنفاق على العائلة إن كان لها مال لا يعف الزوج من واجب النفقة"⁵¹.

وعليه، إذا توقف الزوج عن الإنفاق بسبب عسره لا بنية الإضرار بالزوجة، فمن الأولى عدم التسرّع بالاستجابة لطلب التّطليق بل إلزامها بالإنفاق إذا كان لها مالا حفاظا على الكيان الأسري ولعدم تأثر الأبناء من جراء الطلاق سواء على الصعيد النفسي أو التربوي أو المعيشي. فلو فرضنا حصول الطلاق ألن تنفق الزوجة من مالها على نفسها وعلى أبنائها؟ المؤكّد نعم. فإذا لماذا ترفض الإنفاق في ظلّ الحياة الزوجية؟

⁴⁹- أنظر، ثريا بن سعد، آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي، -تونس نموذجًا-، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2009، ص. 57.

⁵⁰- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 259.

⁵¹- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 14 / 04 / 1981، ع. 4701، ن. م. ت.، 1981، ص. 195، مقتبس عن: ثريا بن سعد، المرجع السابق، ص. 57.

فلهذا من الأجدى أولاً أن لا تتسرع الزوجة إن كان لها مال لطلب التفريق لعسر زوجها، خاصة وإن كانت الحياة الزوجية مستقرة خلال فترة يساره، وثانياً نلتمس تعديل النصوص القانونية حتى تواكب المستجدات والتطورات المستحدثة لا سرد نصوص عامة يلفها الإبهام وتعريضها الثغرات.

فهل للزوجة الحرة في طلب التطلاق بعد توقف الزوج عن الإنفاق مباشرة؟

3- صدور حكم بوجوب النفقة

بمراجعة القوانين المغاربية للأسرة نجد أن كل من المشرعين التونسي والمغربي وفي حالة إعسار الزوج منحاه مدّة معيّنة لتدبير أمره قبل الحكم بالتطلاق، حيث حدّدها الأول بشهرين استناداً للفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية، في حين قدرها الثاني بثلاثين يوماً لمن تبث إعساره وليس له مال ظاهر وفقاً للفقرة الثانية من المادة 102 من مدونة الأسرة. والملاحظ أنّهما لم يشترطا صدور حكم بوجوب النفقة، إنّما اكتفيا بتقرير مدّة معينة.

ورغم عدم اشتراطهما لهذا الشرط، إلاّ أنّه وبالرجوع لما جرى عليه عمل المحاكم نجد أنّ الزوجة تلجؤ إلى استصدار حكم بعدم النفقة حتى يكون لها دليل وإثبات مادي على إخلاله بهذا الواجب. فنذكر مثلاً ما جاء في القرار الصادر عن محكمة التعقيب من أنّه: "إنّ عدم معاشرة الزوجة والإصرار على عدم الإنفاق عليها رغم صدور حكم بالنفقة والإعلام به يعدّ إخلالاً كاف وحده كسند مبرر للطلاق للضرر بصرف النظر عن مآل الحكم الجزائي والذي يعوّل عليه وفقاً للفصل 443 من المجلة"⁵².

وكذلك، نستشهد بالحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 24 ماي 2005، والذي ورد فيه: "حيث تهدف المدعية من دعواها الحكم بتطليقها من زوجها المدعى عليه لعدم الإنفاق عليها؛

وحيث أرجعت المدعية سبب طلب التطلاق إلى امتناع المدعى عليه من تنفيذ الحكم الابتدائي القاضي عليه بالإنفاق عليها؛

⁵²- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 04 / 02 / 1998، ع. 52422، ن. م. ت.، 1998، ج. 02، ص. 507.

ولكن حيث إنّه بالرجوع إلى محاضر التنفيذ المدلى بها من قبل المدعى عليه والمشار إلى مراجعها أعلاه يتبيّن أنّ هذا الأخير قام بأداء النفقة الواجب عليه بمقتضى الحكم المحتج به من قبل المدعية، وذلك من الفترة الممتدة من 08 / 03 / 2004 إلى متم مارس 2005 وهي المدّة التي تغطي الفترة السابقة عن تقديم طلب التطليق لعدم الإنفاق وكذا الفترة اللاحقة عليه؛

وحيث إنّ ما دام قد تبت للمحكمة أنّ المدعى عليه يقوم بأداء النفقة الحالة الواجبة عليه، فإنّ طلب التطليق لعدم الإنفاق المقدم من قبل المدعية يبقى دون أساس قانوني استنادا لمقتضيات المادة 102 من مدونة الأسرة، ممّا يتعيّن معه رفضه⁵³.

وأیضا ما اقتضاه القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالحسيمة بتاريخ 22 ماي 2007 من أنّ: "حيث إنّ المستأنفة عزّزت طلب تطليقها من زوجها لعدم الإنفاق عليها على امتناعه من أداء نفقتها حسب محضر الامتناع وعدم وجود ما يحجز المؤرخ بتاريخ 16 / 03 / 1998 في ملف التنفيذ عدد 97 / 836، كما أدلت بالحكم عدد 1512 الصادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة بتاريخ 03 / 06 / 1998 في الملف الجنحي عدد 98 / 1195 القاضي بمؤاخذة الزوج المدعى عليه من أجل إهمال الأسرة؛

وحيث إنّّه على خلاف ما علّل به الحكم المستأنف من كون امتناع المستأنف عليه غير ثابت لأنّه وقع استنتاجه من قبل عون التنفيذ من امتناعه من توقيع الاستدعاء الموجه إليه، والذي لا يمكن اعتباره امتناعا عن أداء النفقة، فإنّه فضلا عن أنّ أسباب الاستئناف بقيت غير مجادل فيها من طرف المستأنف، وبالتالي فهي تحمل محمل الجد، فإنّ الحكم الجنحي المدلى به صدر في حضور المستأنف عليه وسجل امتناعه من أداء نفقة زوجته (جنحة إهمال الأسرة)، ممّا يكون معه السبب المبرّر لطلب التطليق لعدم الإنفاق قائم وكانت الدعوى مؤسّسة وتعيّن لذلك الاستجابة لها وبالتالي إلغاء الحكم المستأنف لمجانبته للصواب⁵⁴.

⁵³- المحكمة الابتدائية بالحسيمة، 24 / 05 / 2005، ملف ع. 424- / 04 / 5، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 155-156.

⁵⁴- محكمة الاستئناف بالحسيمة، 22 / 05 / 2007، ملف ع. 62 / 07، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 154.

فمن خلال هذه الأحكام والقرارات القضائية، يلاحظ أنّ اتجاه الزوجة إلى استصدار حكم بعدم الإنفاق هو بهدف حصولها على إثبات ضد الزوج يدعم موقفها، ولتأكد المحكمة من صحة إدعائها في مقابل أقوال زوجها.

وأما المشرع الجزائري، فقد انفرد باشتراط صدور حكم قضائي بوجوب النفقة صراحة، وبمعنى أدق على الزوجة أن ترفع دعوى نفقة، ويصدر حكم بإدانة الزوج، ثم تنتظر حتى يصبح الحكم نهائياً وبعدها تسعى إلى تنفيذه، فإن رفض الزوج تنفيذ الحكم واستمر في عدم الإنفاق، حرّر المحضر القضائي محضر امتناع عن التنفيذ، فيصبح بإمكانها رفع دعوى التطلق.

وهنا يعاب على المشرع عدم تحديده للمدة التي يجب على الزوجة أن تنتظرها بعد صدور الحكم بإلزام الزوج بالإنفاق على زوجته. فهل ترفع دعوى التطلق فور استصدار الحكم بالنفقة؟ أم تنتظر مدة معينة بعد إلزامها بالإنفاق؟

فأمام هذا الفراغ التشريعي، وجب الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة، والتي بدورها تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فمتى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق، للمرأة المطالبة بالفسخ من غير إنظار وهذا أحد قولي الشافعي، وفي قول آخر يؤجل ثلاثاً لأنه قريب، وقال مالك الشهر ونحوه، وقال ابن عاصم يضرب له أجل شهرين فإن أنفق وإلا طلق عليه. وقال عمر بن عبد العزيز اضربوا له شهراً أو شهرين. وقال ابن قدامة يثبت الفسخ في الحال كالعيب، ولأنّ سبب الفسخ الإعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير، ولا مجال لذكر الموقف الحنفي باعتباره لم يعترف أساساً بمبدأ التطلق لعدم الإنفاق⁵⁵.

هذا الاختلاف الفقهي لا يسهّل الإجابة عن التساؤل، لكن يلفت الانتباه الموقف الذي تبناه المجلس الأعلى في قرار صادر عنه بتاريخ 19 نوفمبر 1984 حيث جاء فيه: "من المقرّر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أنّ عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبرراً

⁵⁵ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 11، ص. 362؛ أبي الحسن علي بن عبد السلام التوسلي، البهجة... المرجع السابق، ص. 632.

لطلبها التطلاق عن زوجها⁵⁶. ومن الملاحظ أنّ المجلس الأعلى حدّد مدّة الشهرين التي لا تجد أساسا لها في الشريعة الإسلامية إلاّ عند ابن عاصم فقيه من المالكية⁵⁷.

ومع ذلك هناك قرارات أخرى صادرة عن المحكمة العليا لم تبيّن إذا منحت للزوج مهلة للإنفاق على زوجته، فاكثفت بالحكم لها بالتطلاق لما لحقها من ضرر جراء الضرب وعدم الإنفاق، منها القرار الصادر عنها بتاريخ 21 جويلية 1998 ورد فيه: "من المقرّر قانونا أنّه يجوز تطلاق الزوجة عند تضرّرها، ومن المقرّر أيضا أنّه إذا تعسّف الزوج في الطلاق حكم للمطلّقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها؛

ومتى تبيّن - في قضية الحال - أنّ الزوجة طلبت التطلاق لتضرّرها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي جعلها محقة في طلب التطلاق والتعويض معا لثبوت تضرّرها وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطلاق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون⁵⁸.

وهو نفس الحكم الذي جاء به القرار الصادر عنها في 18 ماي 1999 حيث حكم القاضي بالتطلاق لأنّ الزوجة متضرّرة من عدم الإنفاق والضرب دون أن يوضح القرار إذا تم منح الزوج مهلة الإنفاق⁵⁹.

ومع أنّ القرارين جاءا خاليين من تحديد المدّة الواجب على الزوجة انتظارها لرفع دعوى التطلاق إلاّ أنّه من الناحية العملية جرى العمل على منح الزوج مهلة شهرين من تاريخ التبليغ قياسا على ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة 331 من قانون العقوبات فنصت على أنّه: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم".

⁵⁶- المجلس الأعلى، 19/ 11 / 1984، ملف رقم 34791، م. ق.، 1989631، ع. 03، ص. 76.

⁵⁷- جيلالي تشوار، حق الزوجة في الطلاق... المرجع السابق، ص. 80.

⁵⁸- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 21 / 07 / 1998، ملف رقم 192665، م. ق.، 2001، ع. خ.، ص. 116.

⁵⁹- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 18 / 05 / 1999، ملف رقم 222134، م. ق.، 2001، ع. خ.، ص. 126.

غير أنّ هذه المهلة تعتبر كافية إذا توقف الزوج عن الإنفاق لإعساره، لكن ما فائدة منحه إياها إذا كان موسراً؟ أو توقف عن الإنفاق عمدا وإضراراً بالزوجة؟

إنّ قيد صدور حكم بعدم الإنفاق يصعب من حق الزوجة وقيّد من حريتها في طلب التطلق، إذ عليها أن تثبت أولاً واقعة عدم الإنفاق، ثم يصدر حكم بإدانة الزوج، وتنتظر إلى أن يصبح حكماً نهائياً، ثم تمنحه مهلة شهرين ليوفر لها النفقة وهو طريق شاق.

إذن، يتعلّق حق الزوجة في طلب التطلق لعدم الإنفاق بتوافر الشروط المذكورة أعلاه، فليس لها حرية اللجوء إلى القضاء مباشرة بل عليها إثبات ما تدّعيه. والحكم لها بالتطلق لعدم الإنفاق يثير التساؤل عن نوع هذه الفرقة؟

ثالثاً: نوع الفرقة في التطلق لعدم الإنفاق

من باب الاختلاف نجد أنّ المشرع المغربي جعل التطلق للعجز عن الإنفاق هو طلاق رجعي، يخوّل للمطلّق حق إرجاع مطلقته خلال العدة إذا ما ثبت يساره، وهو ما جاءت به المادة 122 من مدونة الأسرة بقولها: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلاّ في حالي التطلق للإيلاء وعدم الإنفاق". وهذا أيضاً ما قضت به محكمة فاس في حكمها الصادر بتاريخ 23 ماي 2005، إذ جاء فيه: "إخلال الزوج بواجب الإنفاق يعتبر إخلالاً بمضمون عقد الزواج ويلحق ضرراً مادياً وأدبياً بالزوجة يتعيّن معه الاستجابة لطلبها التطلق لعدم الإنفاق الذي يقع رجعياً"⁶⁰.

وبهذا يكون قد تبوّى الموقف المالكي بقوله أنّ التفريق للإعسار بالنفقة هو تطلق رجعية والزوج أحق بزوجه إن أسر في عدتها⁶¹. ممّا يجعل حريتها في رفض العودة إليه منعدمة، لأنّ الأمر لا يحتاج إلى عقد جديد ولا يتطلّب الحصول على رضاها.

على خلاف المشرع الجزائري الذي اعتبر جميع حالات التطلق طلاقاً بائناً وفقاً لمقتضيات المادة 50 من قانون الأسرة. ولأنّ عودة الزوجة إلى زوجها هنا تحتاج إلى عقد جديد، فهذا يعني ضرورة

⁶⁰ - محكمة ابتدائية بفاس، 23 / 05 / 2005، ملف رقم 04/738، مجلة المعيار، ع. 34، ص. 292 وما بعدها.

⁶¹ - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 258؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 11، ص. 365.

الحصول على رضاها كاملا، فتكون لها الحرية المطلقة في قبول إعادة الزواج مع مطلقها، كما لها كامل الحرية في رفض العودة إليه مجددا.

فمن خلال معالجة القوانين المغاربية للأسرة لمسألة التطليق لعدم الإنفاق نجد أنّ الحلول التي جاء بها المشرع المغربي تعدّ الأحسن من الناحية المنهجية والموضوعية مقارنة بنظيره التونسي والجزائري.

ولا يشكّل التوقّف عن الإنفاق الإخلال الوحيد بالواجبات الزوجية، فهناك صور أخرى تتضمن إخلالا بالواجبات الزوجية بسبب بعد الزوج عن زوجته، توجب للزوجة طلب التطليق، فما هي حدود حريتها في هذا المجال؟

الفرع الثاني

الحد من حرية المرأة في طلب التطليق لبعده الزوج

لقد توجّ الله سبحانه وتعالى عقد الزواج بأسمى معاني الرحمة والسكينة والمودّة لقوله جلّ وعلا: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁶². ولهذا على كل من الزوجين الوقوف إلى جانب شريكه لمؤانسته ومقاسمته أعباء الحياة اليومية. وهذا لا يتأتى إلاّ إذا جمعهما المسكن الزوجي، فغياب الزوج يحدث فراغا ويلحق ضررا بالزوجة والأبناء، وفي هذه الحالة تكون أمام خيارين اثنين، فإمّا أن تنتظر عودة زوجها، وإمّا أن تسعى إلى رفعه عن طريق التطليق لعدم قدرتها على التحمّل (أولا). كما قد يرتكب أفعالا خارجة عن القانون، يدخل على إثرها إلى السجن فيلحق بالأسرة ضررا لبعده عنها، وهو ما يثير التساؤل حول امكانيتها في طلب التطليق لهذا السبب (ثانيا).

⁶² - سورة الروم الآية رقم 21.

أولاً: تقييد حرية المرأة في طلب التطليق لغيبه الزوج بتحقيق شروط الغيبة

معنى الغيب: "الشك وجمعه غياب وغيوب، وهو غاب عن العيون وإن كان محصلاً في القلوب، وغاب الرجل غيباً وتغيّب سافر أو بان، والمغيبة المرأة التي غاب عنها زوجها أو أحد من أهلها"⁶³. ولأنّ الحياة الزوجية تعني الدفء والاستقرار وتعني رب الأسرة ورعايتها. فإنّ غياب الزوج عن محل الزوجية إلى وجهة غير معلومة، أو غيابه عنه دون ترك لزوجته ما تواجهه به تكاليف الإنفاق على مستلزماتها وأبنائها، يؤدّي إلى تلاشي الاستقرار واهتزاز كيان الأسرة. فهل للزوجة إتباع الطرق القانونية لتحرّر من علاقة زوجية غاب عنها عمودها الفقري؟

للغيبه مكان في القوانين المغاربية للأسرة التي منحت الزوجة حق طلب التطليق لغياب الزوج عنها، مستنبطة من أحكام الفقه الإسلامي، فقال المالكية والحنابلة بجواز التفريق للغيبه إذا طالت وتضرّرت الزوجة من جراء ذلك⁶⁴، على خلاف الحنفية الذين يرون عدم وجود الدليل الشرعي على حق التفريق للغيبه مهما طالت المدّة⁶⁵. وأمّا عند الشافعية، فإذا تغيّب الزوج وكان معسراً فلها الفسخ، وأمّا إن كان موسراً وانقطع خبره فلا فسخ لها⁶⁶.

ومن ثمة يرجّح الرأي القائل بجواز التفريق للغيبه، نظراً أولاً، لأنّ غيبه الزوج عن زوجته لمدة طويلة تلحق بها ضرراً محتمماً لمساسه بالدرجة الأولى بواجب المساكنة، وهذا الضرر لا بد أن يزال طبقاً للقواعد الفقهية والقانونية. وثانياً، لأنّ الحياة الزوجية تعني وجود الزوج والزوجة يضيفان على البيت المودة والرحمة ويتعاونان ويشتركان في الواجبات المنزلية وفي تربية الأبناء، وغياب الزوج يلغي جميع هذه المعاني.

والقوانين المغاربية للأسرة كمبدأ عام تبنت الرأي القائل بجواز التفريق لغيبه الزوج وإن اختلفت في بعض الجزئيات، إذ عاجله المشرع التونسي بموجب أحكام الفصل 40 من المجلة كما يلي: "إذا

⁶³- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب... المرجع السابق، المجلد 01، ص. 654-655.

⁶⁴- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 519؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ص. 364-365.

⁶⁵- أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق... المرجع السابق، ج. 04، ص. 312.

⁶⁶- شمس الدين محمد بن الخطيب الشريفي، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 03، ص. 575؛ محمد بن ادريس الشافعي، الأم... المرجع السابق، ص.

غاب الزوج عن زوجته ولم يكن لها مال ولم يترك لها نفقة ولم يقيم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه، ضرب له الحاكم مدّة شهر عسى أن يظهر ثم طلقها عليه بعد ثبوت ما سلف وحلّف المرأة على ذلك". ومن جهته، المشرع المغربي نظم أحكام التطليق للغيبة ضمن المواد من 103 إلى 106 من مدونة الأسرة والتي يظهر من خلالها أنّ المشرع فرّق بين الحالة التي تتضرّر فيها الزوجة من غياب زوجها لعدم الإنفاق، والحالة التي تتضرّر فيها لعدم المعاشرة الزوجية، وقد أدخل ضمن هذه الأخيرة الزوج المسجون فاعتبره غائبا. في حين أكتفى المشرع الجزائري بفقرة واحدة لمعالجة هذه الحالة وهي الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة التي نصت على: "...الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

هذه النصوص القانونية تدل على وجود عدّة اختلافات بين وجهات نظر المشرعين المغاربة، حتى وإن اتفق المشرع الجزائري مع التونسي في أنّ التطليق للغياب يجب أن يكون بلا نفقة، ومع المشرع المغربي في الغيبة لمدة سنة. ومرة أخرى نقول أنّه وعلى غرار التطليق لعدم الإنفاق، كان المشرع المغربي أكثر دقة وتفصيلا حين تنظيمه للغيبة مقارنة مع المشرعين التونسي والجزائري.

وإن تحرّر المرأة من الرابطة الزوجية لغياب الزوج مقيّد بتحقيق شروط معيّنة نوجزها فيما يلي:

1- الغيبة لمدة سنة

اكتفى المشرع التونسي صلب الفصل 40 من مجلة الأحوال الشخصية بشرط عدم وجود مال تنفق به الزوجة على نفسها لتطالب بالتطليق للغيبة، دون اشتراط العذر ولا تحديد المدّة الواجب انتظارها لرفع الدعوى، فمتى تضررت من عسرها يمكنها أن تطالب بالتطليق، لتبقى مهمة التقدير خاضعة لاجتهاد القاضي، فإن اقتنع ضرب للزوج مهلة شهر فقط ليظهر وإلا طلق عنه زوجته، وهي مهلة تتعارض مع مفهوم الضرر ولا تتماشى مع الواقع، فهل يعقل أن تطلق المرأة بمجرد مرور شهر على غياب زوجها، فهي مدّة لا يخاف على المرأة أن تقع فيها في الفاحشة.

في حين ارتأى كل من المشرعين المغربي والجزائري تحديد مهلة سنة من الغياب لطلب التطليق وفقا لما جاء في المادة 104 من مدونة الأسرة، بالموازاة مع الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة، وهي المدّة التي قرّرها الفقه المالكي، حيث يقول البرزلي: "طلاق امرأة الغائب عليه أي المعلوم

موضعه ليس بمجرد شهوتها للجماع بل حتى تطول غيبته - سنة فأكثر-، فيكتب له إن كانت تبلغه المكاتبه إما قدم أو ترحل امرأته إليه أو تطلق عليه كما كتب عمر لقوم غابوا بخرسان إما أن يقدموا أو يرحلوا نساءهم إليهم أو يطلقوا، فإن لم يطلقوا طلق عليهم، إلا أن ترضى النساء بعدمه⁶⁷. غير أنه من خلال مقارنة المادة 104 من مدونة الأسرة المغربية مع الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري تتضح لنا نقائص الأخيرة، فقد أوجب المشرع الجزائري على أن تكون الغيبة لمدة سنة دون أن يوضح متى يبدأ حسابها ولا كيفية إثباتها. وهل لابد من صدور حكم قضائي بشأن الشخص الغائب قياسا على حالة المفقود⁶⁸.

هذه النقائص تثير إشكالات خاصة أن المشرع الجزائري عندما أعطى مفهوم الغائب استعمال مصطلح "محل الإقامة" دون أن يوضح إذا كان يقصد بها نفس البلد أو بلد أجنبي ضمن المادة 110 من قانون الأسرة بقولها: "الغائب هو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة الغير مدة سنة على أن يسبب غيابه ضررا للغير".

زيادة على ذلك، فقد شبه المفقود بالغائب، حيث نصت المادة 109 من قانون الأسرة على أن: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم"⁶⁹. ومع ذلك، فإن الغائب لا يحتاج إلى صدور حكم قضائي بشأنه لأننا نعلم حياته على خلاف المفقود الذي يصدر حكم قضائي لترجيح وفاته، وإن التشابه الوارد في المادة 109 من قانون الأسرة يرد على الأموال ولا يمتد إلى الحالة الشخصية⁷⁰.

وبهذا يكون المشرع المغربي أكثر وضوحا وذلك لسببين: الأول، راجع إلى أن الفقرة الثانية من المادة 104 من المدونة نصت على أن المحكمة هي التي تتأكد من الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل. والثاني، لكونه يميز بين حالة الغائب المعلوم العنوان والغائب المجهول عنوانه. فبالنسبة للحالة

⁶⁷- عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني... المرجع السابق، ج. 04، ص. 273.

⁶⁸- أنظر، زكية تشوار حميدو، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلق، -عدالة القانون أم القاضي-، م. ق. إد. س.، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ع. 10، ص. 127.

⁶⁹- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 298-299.

⁷⁰- زكية تشوار حميدو، مدى حماية الأسرة... المرجع السابق، ص. 127.

الأولى ووفقا للفقرة الثالثة من المادة 104 من المدونة، فإن المحكمة تبلغه مقال الدعوى وتقوم بإنذاره بضرورة الحضور للإقامة مع الزوجة أو نقلها إلى المكان الذي يقوم فيه، وإلا حكمت بالتطليق.

وفي هذا السياق قرر المجلس الأعلى بتاريخ 18 أكتوبر 2000 ما يلي: "تعليل المحكمة حكمها القاضي بتطليق المدعية من المدعى عليه طليقة بائنة ورفض طلب الدخول لعدم حضور الزوج جلسة البحث رغم إعلامه بواسطة دفاعه ولتقديمه مقالا مضادا بمناسبة دعوى التطليق بعد مرور أزيد من سنتين من تاريخ انعقاد الزواج، وأداء المطلوبة اليمين القانونية تأكيدا لواقعة ما تضمنه موجب إثبات الغيبة وتقديم ذلك في إطار السلطة التقديرية للمحكمة يجعل ما نعه الطاعن غير مؤسس والقرار معلل بما فيه الكفاية"⁷¹.

وأما الحالة الثانية، وهي حالة الغائب المجهول العنوان، فقد نظمتها المادة 105 من المدونة وتطبيقا لها فإن المحكمة بمساعدة النيابة العامة تتخذ جميع الإجراءات التي تراها مناسبة لتبليغ دعوة الزوجة إليه، إذ يمكنها أن تستعين بالضبطية القضائية والسلطة المحلية للبحث عنه في كل مكان يتوقع وجوده فيه، أو تقوم بإعلانه عبر أمواج الإذاعة أو التلفزة، أو شبكة الإنترنت، أو الجريدة اليومية، كما يمكنها تعيين قيما نيابة عنه، فإن لم تؤت هذه الوسائل أكلها قضت المحكمة بالتطليق⁷².

وهذا ما سارت عليه محكمة بايمنتانوت في حكمها الصادر بتاريخ 24 جويلية 2007، والذي جاء فيه: "حيث تهدف المدعية إلى تطليقها من زوجها لغيبته عنها؛

وحيث استظهرت المدعية برسم النكاح المشار إليه أعلاه يفيد أنها تزوجت بالمدعى عليه منذ سنة 1994؛

وحيث أدلت كذلك رفقة صحيفة دعواها برسم غيبة يشهد شهوده أنهم يعرفون الزوجين أعلاه، معرفة تامة كافية شرعا، وبذلك يشهدون باتصال الزوجية بينهما إلى أن غاب الزوج المذكور عن زوجته المذكورة بعد البناء بها غيبة اتصال وانقطاع بحيث لا يعلم له قرار، ولا يعلمون أنه ترك لها

⁷¹ - مجلس الأعلى، 2000/10/18، ملف رقم 99/231، م. ق. م. أ. ع. 57-58، ص. 153 وما بعدها.

⁷² - أنظر، عبد الله ابن الطاهر السوسي التناي، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، -دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، الكتاب الثاني، الطلاق-، مطبعة فنون القرن 21، الدار البيضاء، المغرب، ط. 01، 2007، ص. 178.

شيئا تمون نفسها ولا رجوع من مغييه سرا ولا جهرا، ولا قام أحد عنه بنفقتها، ولا أحالها على أحد فأنحالت، ولا ترك لها بذلك كفيلا ولا حميلا، ولا أن عصمة الزوجية انفصمت حتى الآن، ومستند علمهم المجاورة والإطلاع على الأحوال؛

وحيث تمت إذاعة خبر رفع هذه الدعوى بالإذاعة الوطنية ثلاث مرات حسب كتاب السيّد مدير الإذاعة ألقى بالملف؛

وحيث أنّ إجراءات القيم هي الأخرى لم تأت بنتيجة؛

وحيث إنّ غيبة الزوج المدعى عليه عن زوجته المدعية منذ أكثر من 12 سنة إلى الآن، يتنافى والغايات الشرعية التي توخاها الشارع الحكيم من عقد الزواج، ومنها الإنفاق والإحصان والمساكنة الشرعية؛

وحيث لم يثبت من خلال وثائق الملف والتحريات التي قام بها القيم وجود المدعى عليه في المكان المعلوم قصد إعداره وفق المسطرة الشرعية المحسّدة في المادة 104 من المدونة الأسرة؛

وحيث تبعا لما تقدّم لا مندوحة من الحكم وفق طلب المدعية على الصيغة الواردة بمنطوق هذا الحكم⁷³.

وبهذا يتفق المشرع المغربي مع المالكية في اشتراطه الغياب لمدة سنة، وحتى في اشتراطه اتخاذ إجراءات الإعدار، فيفترّق القاضي عندهم في الحال بمجرد طلب الزوجة إن كان مكان الزوج مجهولا، وينذرهما إتما بالحضور أو ترحيل زوجته إليه، أو يطلق، فإن لم يفعل طلق عليه بعد التلوم له، فيحدّد له مدّة بحسب ما يرى إن كان مكان الزوج معلوما⁷⁴.

ولهذا كان على المشرع الجزائري، أن ينص على أنّه إذا كان للزوج مكان معلوم ينذر القاضي ويطلب منه بالحضور أو يأخذ زوجته وإلا طلقها عنه، أما إذا كان مجهول المكان فيطلق عنه مباشرة.

⁷³ - المحكمة الابتدائية بامتنانوت، 24/07/2007، الملف ع. 305/2006، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 165-166.

⁷⁴ - أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، -أحكام الأسرة-، ج. 03، دار الكلم الطيب، دمشق، 2010، ص. 212-213؛ أبي الحسن علي بن عبد السلام التوسلي، البهجة... المرجع السابق، ج. 01، ص. 521.

وما يستخلص أنّه ليس للزوجة الحرية في طلب التطليق مباشرة بعد غيبة زوجها، فهذه الحرية مقيدة بمرور سنة على غيابه، حسب ما جاء به المشرعين المغربي والجزائري، وإنّ هذا التقييد يصب في مصلحة الأسرة تفاديا لهدمها بمجرد غيبة الزوج، فقد تمّ مراعاة جميع الأطراف بتحديد هذه المدّة. على خلاف المشرع التونسي الذي قيدها بمهلة شهر واحد فقط، وفي الواقع هذا لا يعدّ تقييدا لحرّيتها لأنّه لا يتصور أن تطالب الزوجة بالتطليق بسبب هذه المهلة القصيرة جدًا.

فهل يشترط أن تتقيّد الزوجة بمهلة السنة سواء كانت غيبة الزوج بعذر أو بغير عذر؟

2- الاختلاف حول الغيبة بعذر أو دون عذر

يحدث أن يغيب الزوج عن زوجته لمدة طويلة أو قصيرة، وقد يكون ذلك بعذر، مثل حالة الهجرة لغرض الدراسة أو العمل، أو لتأدية واجب الخدمة العسكرية. كما قد يكون بغير عذر وحتى بدون مشاورة الزوجة ورضاها بقصد الإضرار بها والهرب من تحمّل مسؤولية البيت والأولاد، فنتيجة لما يلحقها من ضرر جراء ذلك بغض النظر إن ترك لها مالا تنفق به على نفسها أو لم يترك، هل يحق لها طلب التطليق على أساس هذه الغيبة؟

إنّ هذا الشرط محل اختلاف في الفقه الإسلامي وعند المشرعين المغاربة للأسرة، إذ يكفي من منظور حكم الفصل 40 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أن يتوفر شرط عدم الإنفاق لينعقد حق الزوجة في المطالبة بتطليقها، ولا يهم إن كانت الغيبة لعذر مقبول أو غير مقبول⁷⁵.

ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 104 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنّه: "إذا غاب الزوج عن زوجته مدّة تزيد عن سنة أمكن للزوجة طلب التطليق"، يتضح أنّ المشرع المغربي هو الآخر كنظيره التونسي لم يشترط أن تكون الغيبة بدون عذر حتى تطالب على أساسه الزوجة بالتطليق، وبتطبيق المادة 400 من مدونة الأسرة والرجوع إلى المذهب المالكي نجد أنّه أجاز التطليق للغيب مطلقا سواء كانت بعذر أو بغير عذر⁷⁶، وذلك لتضرّر الزوجة من طول غياب زوجها وخشية وقوعها في الفاحشة لعدم وجود المساكنة، فالغيبة تلحق ضررا بالزوجة في الحالتين.

⁷⁵ - محمد اللحمي، المرجع السابق، ص. 438.

⁷⁶ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 519.

وهو المبدأ الذي سارت عليه المحاكم المغربية، فجاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بطنجة بتاريخ 05 ماي 1993 ما يلي: "حيث أنّه وإن كان الفصل 57 من مدونة الأحوال الشخصية ينص على أنّه من أسباب الطلاق غيبة الزوج عن زوجته لأكثر من سنة بدون عذر، فإنّ الفقه المالكي قال: الغيبة ولو لعذر توجب التطليق"⁷⁷. ما يعني أنّ المحكمة أخذت بالتطليق للغيبة سواء كانت بعذر أو بغير عذر.

وفي قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25 أفريل 2000 اقتضى: "إنّ لإقرار الطاعن بأنّه أصبح من المحظور عليه دخول البلد الذي توجد به زوجته وبيت الزوجية بعد طرده من سلطاته، تعتبر غيبة ولو بغير إرادته، تبرّر التطليق، وإنّ المحكمة حين قضت بتطليق زوجته منه لهذا السبب تكون قد طبقت الفصل 57 من مدونة الأحوال الشخصية تطبيقاً سليماً"⁷⁸.

وعلى خلاف ما اتجه إليه المشرعين التونسي والمغربي، نص المشرع الجزائري صراحة وبموجب الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة على أنّ: "...للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر...". وهذا التعبير الصريح يسقط حق الزوجة في طلب التطليق للغيبة إذا كانت بعذر، والموقف المتخذ من قبل المشرع الجزائري يجد أساساً له عند المذهب الحنبلي الذي منع طلب التطليق في الغيبة لعذر وأجازه لغير عذر⁷⁹.

إذا، يلاحظ أنّ المشرعين المغربي والتونسي لم يتعرّضا إلى ما إذا كانت الغيبة بعذر أم لا ويكونان بذلك قد وافقا المذهب المالكي في عدم اشتراطه عدم توفر العذر للغياب، فلا فرق عند المالكية في نوع الغيبة بين أن تكون بعذر، كطلب العلم والجهاد والتجارة، أو بغير عذر. وعليه، يجوز للزوجة طلب التفريق إن تضررت من ترك الوطء وخشيت على نفسها الزنا، ولو ترك لها مال تنفق به أثناء الغياب، لأنّ الزوجة تتضرّر من الغيبة ضرراً بالغاً، والضرر يدفع بقدر الإمكان⁸⁰. وفي هذا

⁷⁷- محكمة ابتدائية طنجة، 05/05/1993، ملف رقم 596/92، مجلة الندوة، ع. 11، ص. 89 وما بعدها.

⁷⁸- المجلس الأعلى، 25/04/2000، ملف رقم 558/96، مقتبس عن: عبد العزيز توفيق، المرجع السابق، ص. 355 وما بعدها.

⁷⁹- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 11، ص. 364-364.

⁸⁰- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي... المرجع السابق، ج. 03، ص. 212-213.

التوجه منح الحرية للزوجة في المطالبة بالتطليق للغيبة سواء كانت بعذر أو بدونه، وهو توجه محمود لأنّ العبرة بما يلحق الزوجة من ضرر وجب رفعه بالتطليق.

على خلاف المشرع الجزائري، الذي اشترط أن يكون الغياب بدون عذر، فبمفهوم المخالفة إذا كان بعذر يسقط حقها في طلب التطليق، وهو ما يجعل حرّيتها قائمة في حالة الغياب بدون عذر، ومنعدمة في حالة الغياب بعذر. فالغيبة قد تكون بعذر كالسفر للعمل أو لطلب العلم، كما قد تكون بدون عذر تهرباً من المسؤولية الأسرية أو بقصد الإضرار بالزوجة وإن كانت الحالة الثانية ضررها أكيد وأشد، إلا أنّ هذا لا يعني أنّ الحالة الأولى لا تلحق بالمرأة ضرراً خاصة إذا زادت المدّة عن السنة. والمالكية أجازوا التفريق في كلتا الحالتين آخذين بعين الاعتبار ما تحقّقه الثنائية الزوجية من دفء ومودة وأمان من جهة، ومراعاة واجب المعاشرة التي تفتقد في الحالتين، فالعبرة ليست بأن تكون الغيبة بعذر أو بدون عذر ولكن في تضرر الزوجة من غياب زوجها في حدّ ذاته، وهذا هو السبب الرئيسي في عدم تقييد حرية الزوجة في طلب التطليق بغيبة الزوج بدون عذر.

فهل لها الحرية في التمسك بطلب التطليق للغيبة إذا ترك لها ما تنفق به على نفسها وأبنائها؟

3- شرط النفقة في الغيبة

إنّ شرط عدم الإنفاق لطلب التطليق للغيبة نص عليه المشرعين التونسي والجزائري، في حين أنّ المشرع المغربي جعل الغيبة بدون نفقة من أسباب التطليق لعدم الإنفاق وليس طلب التطليق للغيبة الذي جاءت النصوص المقرّرة له خالية من شرط عدم ترك النفقة.

فبمراجعة الفصل 40 من مجلة الأحوال الشخصية نجد أنّه يشترط عسر الزوجة، وعدم ترك زوجها الغائب مالا تنفق على نفسها منه، وعدم تكليف من يتولى الإنفاق عليها بدلا عنه طيلة فترة غيابه، لينعقد الحق للزوجة في المطالبة بتطليقها على أساس الفصل المذكور. تقابلها الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت صراحة على شرطي عدم العذر ولا النفقة، وبالتالي إذا ترك الزوج الغائب لزوجته ما تنفق به على نفسها وأولادها سقط حقها في طلب التطليق للغيبة.

على خلاف ذلك، فإنّ النصوص القانونية المنظمة للتطليق للغيبة وفقا لمدونة الأسرة المغربية وهي المادة 104، 105 و 106 منها لم تشترط الغيبة بدون نفقة، وإنما نظمتها المادة 103 منها، فالغائب الذي يخل بالنفقة يعطي الحق لزوجته برفع دعوى التطليق لعدم الإنفاق وليس لسبب الغيبة، فنصت على: "تطبيق الأحكام نفسها على الزوج الغائب في مكان معلوم بعد توصله بمقال الدعوى؛ إذا كان محل غيبة الزوج مجهولا، تأكدت المحكمة بمساعدة النيابة العامة من ذلك ومن صحة دعوى الزوجة، ثم تبث في الدعوى على ضوء نتيجة البحث ومستندات الملف".

فيعاب على المشرعين التونسي والجزائري تعليقهما حق المرأة في طلب التطليق للغيبة بعدم ترك مال لها آخذين بعين الاعتبار حاجة الزوجة المادية ومغفلين حاجتها المعنوية، فكان عليهما الاستغناء عن هذا الشرط، خاصّة وأنهما نظما التطليق لعدم الإنفاق هذا من جهة، ومن جهة أخرى لأنّ الشرط يوحي أنّ الزوجة لا تتضرّر من غياب زوجها إلّا إذا لم يترك لها مال متجاهلين بذلك واجب المساكنة. فالمرأة لا تتضرّر عادة من الغياب لعدم النفقة إذ قد تدبر أمورها أو تكون عاملة، أو تجد مالا من أحد أقاربها أو أقارب زوجها، بل تتضرّر من الغياب لعدم الوطاء وخشية العنت⁸¹.

فالمرأة التي يترك لها زوجها الغائب مالا لا يمكنها أن تطالب بالتطليق للغيبة حتى وإن كانت هذه الأخيرة تمس بواجب المساكنة، فلا يبقى أمام التي تضررت من الإخلال بهذا الالتزام سوى أن تؤسس دعوى التطليق على أساس الفقرة الثانية من الفصل 31 المتصلة بالطلاق للضرر طبقا لمجلة الأحوال الشخصية التونسية، وتقابلها الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

ويبدو واضحا تأثر المشرعين التونسي والجزائري بما قاله الشافعي من عدم جواز التفريق للغيبة إذا كان للزوج الغائب مالا يمكن للزوجة أن تنفق منه⁸². وهو قول يتعارض مع ما قاله الإمامان مالك وأحمد بن حنبل من جواز التفريق للغيبة حتى وإن ترك لها الزوج مالا⁸³، ومن هنا استمد المشرع المغربي

⁸¹- زكية تشوار حميدو، مدى حماية الأسرة... المرجع السابق، ص. 127.

⁸²- شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 03، ص. 575؛ محمد بن ادريس الشافعي، الأم... المرجع السابق، ج. 06، ص. 236.

⁸³- أبي الحسن علي بن عبد السلام التوسلي، البهجة... المرجع السابق، ج. 01، ص. 521.

نصه، فحتى وإن ترك لها مال، فإنّه يحق لها أن تطالب بالتطليق للغيبية على أساس المادة 104 من مدونة الأسرة، أمّا إن لم يترك لها مال، فتطلب التطليق لعدم الإنفاق استناداً للمادة 103 منها.

وقد جسّد المجلس الأعلى المغربي جواز التطليق للغيبية حتى لو ترك الزوج مالا لزوجته تنفق منه من خلال القرار الصادر عنه بتاريخ 18 أكتوبر 2000 والذي جاء فيه: "يمكن للزوجة أن تطلب التطليق لغيبية الزوج إذا تضرّرت من بُعدهِ عنها، ولو كان له ما يستطيع الإنفاق منه، وذلك بعد ثبوت الغيبة، واتصال الزوجية وكونه غائبا قبل البناء أو بعده، بموضع معيّن أو غير معيّن"⁸⁴.

وهذا توجه سليم، لأنّه بالفعل يعدّ من الإخلال بالالتزامات الزوجية غياب الزوج عن زوجته، حتى وإن ترك لها مالا تنفق به على نفسها وأولادها، فالحياة الزوجية لا تعني فقط المسكن والمأكل والملبس وإنما هي إحصان للزوجين وإفراغ لرغباتهما الجنسية في إطار شرعي، وغياب الزوج من شأنه أن يلحق ضررا بالزوجة على هذا الصعيد، خاصة إن طال غيابه، ناهيك أنّ رب الأسرة ومن شأن هيئته وسلطته توجيه الأبناء لأنّ الزوجة قد تعجز عن ذلك بمفردها.

وبهذا، ليس للزوجة الحرية في طلب التطليق للغيبية إذا ترك لها زوجها مالا تنفق به على نفسها وأولادها طبقاً لأحكام التشريعين الأسريين التونسي والجزائري، ولكن هذه الحرية غير مقيدة بهذا الشرط عملاً بنصوص التشريع المغربي.

ولأنّ الغيبة واقعة مادية فيمكن إثباتها بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، بعد اقتناع القاضي بها، فقد اقتضى الحكم الصادر عن محكمة العرائش بتاريخ 17 أكتوبر 2006 بأنّه: "وحيث إنّّه وبالإطلاع على هذه الوثيقة من طرف المحكمة ومقارنتها بما ورد في مقال المدعية وبقية الوثائق الأخرى، لاحظت أنّ الشهود الذين يؤكّدون معرفتهم "التامة والكافية شرعا" بأحوال المتداعيين الشخصية (بما في ذلك حضور زوج وغياب الآخر)، يستندون في علمهم بهذه الأمور على المخالطة والمجاورة و الإطلاع على الأحوال كلّها وشدة الاتصال، مع العلم أنّ جميع الشهود يقيمون بمدشر بني مرعاز جماعة كرمة بن سالم قيادة ويلي دائرة زرهون، والزوجة وبحسب ما أدلت به هي نفسها من شهادة سكنى تقيم بمدينة العرائش وقت إقامتها بالمغرب (بمعنى أنّها تقيم أيضا خارج المغرب)، والزوج

⁸⁴- مجلس أعلى، 18/10/2000، ع. 979، ملف ع. 96/1/2/852، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 129.

يقيم بمدينة الدار البيضاء حسبما هو وارد في مقال المدعية وعقد الزواج أبرم بمدينة الخميسات. وعلى هذا الأساس فما هي هذه المخالطة ومتى وكيف تمت؟ وكيف تمكن هؤلاء الشهود من الإطلاع على أحوال الزوجين كلّها رغم البعد الجغرافي بين محل إقامتهم والأمكنة التي يتواجد بها الزوجان أو يمكن أن يتواجدا بها (العرائش، الدار البيضاء، الخميسات، أو خارج المغرب)؟ وكيف تأتي للشهود شدة الاتصال بالزوجين ليعرفوا أحوالهم، مع الإشارة إلى أنّ هؤلاء الشهود أنفسهم يؤكدون أنّ الزوج غاب عن زوجته منذ تاريخ إبرام العقد في 28/07/1996 الذي تم في مدينة الخميسات؟

وحيث إنّه من المعلوم قانوناً أنّ الحجج التي يعرضها الأطراف تخضع لتقدير المحكمة وتقييمها ويشترط للأخذ بها واعتبار ما ورد فيها أن تكون متوافقة ومنسجمة مع أقوال مقدّمها وأن لا تتناقض مع باقي حججه؛

وحيث إنّه وكنتيحة منطقية لما تم توضيحه فقد تبث للمحكمة أنّ شهادة الليف المثبت للغيبة غير منسجمة مع ما جاء في مقال المدعية وتفتقد إلى المصدقية ولا تسائر واقع الحال ومنطق الأشياء وغير متوافقة مع ما أدلت به المدعية من أقوال وحجج أخرى (شهادة السكنى، عنوان المدعى عليه، رسم الزواج)، ممّا يجعل منها شهادة غير كاملة ويتعيّن استبعادها، وتأسيساً على ذلك يبقى الطلب غير مرتكز على أساس قانوني وواقعي سليمين ويتعيّن بالتالي القول برفضه⁸⁵.

وعليه، من خلال إجراء هذه المقارنة يتبيّن أنّ حرية الزوجة في طلب التطلاق للغيبة مقيدة بشروط، غير أنّ الاختلاف يكمن في درجة التشديد والصرامة في وضع هذه الشروط، بمعنى آخر نجد أنّ المشرع الجزائري شدد في شروط التطلاق للغيبة وضيّق من حرية الزوجة في وضع حد للعلاقة الزوجية لهذا السبب وذلك لوضعه ثلاث شروط وهي مدّة السنة، الغيبة بدون عذر، وعدم ترك النفقة. في حين أنّ المشرع المغربي كان أقل حدة وصرامة منه، فاكتفى بتقييد حرية الزوجة في طلب التطلاق للغيبة بمرور سنة، ولم يقيّد هذه الحرية بشروط الغيبة لعذر أو لغير عذر، وأيضا لم يشترط شرط الإنفاق. وأمّا المشرع التونسي، فقد قيّد حريتها في هذا المجال بترك النفقة، ولم يقيدها بمهلة السنة ولا بشروط الغيبة بدون عذر.

⁸⁵- المحكمة الابتدائية بالعرائش، 17/10/2006، ملف ع. 298-05/05، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 161-162.

فأمام هذه المواقف المختلفة، تتسع حرية الزوجة في طلب التطليق لغيبه زوجها وتضيق حسب عدد الشروط المفروضة قانوناً، ولو أنّ ما اعتمده المشرع المغربي يعتبر الأحسن والأنسب، لأنّ تقييده لحرية الزوجة جاء مرناً، بما يتماشى ومصلحة الأسرة وكذلك ما لا يلحق الضرر بالزوجة خاصّة لمراعاته واجب المساكنة.

فماذا لو كانت غيبة الزوج بسبب سجنه، هل يحق لها طلب التطليق، وهل حرّيتها في المطالبة بهذا الحق مطلقة أم مقيدة؟

ثانياً: حرية المرأة في طلب التطليق في مواجهة سجن الزوج وارتكابه فاحشة مبيّنة

التطليق بسبب حبس الزوج أو سجنه مكنة متاحة للزوجة، فلها الحرية المطلقة إن شاءت استعملتها وإن شاءت عدلت عنها. فقد يرتكب الزوج جريمة يعاقب عليها، فتتضرر زوجته، خاصّة وأنّ من العقوبات ما يرغمها على انتظاره السنين الطوال، وهو ما يتنافى مع حقها في الإنفاق والمعاشرة ويلحق بها ضرراً، فهل لها التطليق لسجنه؟

لا يختلف موقف الفقه الإسلامي في التفريق لحبس الزوج عن التفريق للغيبه، فكلاهما يتحقّق بهما الضرر والحكمة في شرعه واحدة. ولهذا نجد أنّ فقهاء الحنفية لا يعتبرون الحبس سبباً للتطليق مهما طالّت المدّة، لأنّهم لا يرون الغيبة بعذر أو بدونه سبباً للتطليق⁸⁶. والحنابلة أيضاً لا يجيزون التطليق لسجن الزوج قياساً على الغيبة بعذر، فهم يجيزون التطليق للغيبه إذا كانت بدون عذر، أمّا إذا كانت بعذر فلا يجوز، ولأنّ المسجون يعتبر غائباً بعذر، وإن كان سبب العذر في ذاته غير مشروع، فلا يجوز طلب التطليق لسجنه⁸⁷. في حين أنّ المالكية، حتى وإن لم يصرّحوا بجواز التطليق لسجن الزوج، فإنّه قياساً على جواز التطليق للغيبه بعذر أو بدون عذر ولأنّ الزوج في سجنه بمثابة الغائب في سفره من جهة، وقياساً على جواز تطليق زوجة الأسير سواء باختياره أو قهراً منه لبعد

⁸⁶- أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدّين النسفي، البحر الرائق... المرجع السابق، ج. 04، ص. 312.

⁸⁷- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 11، ص. 364-365.

الزوج عن زوجته من جهة أخرى، يجوز تطليق الزوجة لسجن زوجها. فمناطق التفريق هنا ما يلحقها من ضرر⁸⁸.

وقد برّر ابن تيمية جواز التفريق للحبس بالقول: "وحصول الضرر للزوجة بترك الوطاء مقتضى للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه على النفقة، فهو أولى للفسخ، وعلى هذا فالقول في امرأة الأسير، والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طالت فرقتها، كالقول في امرأة المفقود"⁸⁹.

فوفقاً لهذه المذاهب الفقهية، تتسع حرية المرأة في طلب التطليق لسجن زوجها وتضييق تبعاً لجواز التفريق لهذا السبب من عدمه.

وعلى الصعيد التشريعي، لا تتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية سواء قبل أو بعد تعديلها سجن الزوج كسبب يجيز للزوجة طلب الطلاق، إلا أنّ فقه قضاء تونس أدرج هذه الحالة ضمن الطلاق بموجب الضرر والمنصوص عليه حالياً في الفقرة الثانية من الفصل 31 منها.

حيث جاء في القرار التعقيبي الصادر عن محكمة التعقيب في 07 أفريل 1981 ما يلي: "إنّ كلمة الضرر الواردة بالفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية قد وردت على إطلاقها والمقصود منها عموم الضرر الحسي والأدبي ومخالفة الزوج لمقتضيات الفصل 23 المذكور، ينتج عنه الطلاق للضرر المنصوص عليه بالفصل 31 من المجلة المذكورة باعتبار أنّ إدانة الزوج بجريمة الخيانة الموصوفة ودخوله السجن تبعاً لذلك، قد ألحقت بالولدين وبالزوجة وصمة عار لا تمحى وضرراً مادياً يتمثل في حرمانهم حتى من الضروريات بعد أن كانوا في أرغد العيش حين كان الزوج المحكوم عليه مباشرة لمهنة المحاماة"⁹⁰.

وفي قرار تعقيبي آخر صادر عن محكمة استئناف صفاقص بتاريخ 09 مارس 1994 اعتبرت بموجبه بأنّ: "العقاب السجني للقرين يبيح لقرينه طلب الطلاق بموجب الضرر، وحيث أنّ الزوج دخل

⁸⁸- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي... المرجع السابق، ج. 03، ص. 213.

⁸⁹- أنظر، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلبي الدمشقي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1950، ص. 247.

⁹⁰- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 07/04/1981، ع. 3346، ن. م. ت.، 1981، ج. 01، ص. 189.

السجن عدّة مرات لارتكابه جريمة السرقة، فإنّ ذلك يحول دون مساكنة زوجته ممّا يلحق بها ضرراً، كما أنّ سجنه يمس كافة أفراد العائلة بما في ذلك الزوجة التي تصبح محط أنظار الناس ما يحط من اعتبارها ويمس سمعتها، يلحق بها ضرراً أدبياً، وحتى وإن برّر الزوج فعله لتلبية متطلبات الزوجة الكثيرة فإنّ ذلك لا يبرّر ارتكابه الجريمة ودخوله السجن، وعليه يحق للزوجة طلب الطلاق على أساس الفقرة 02 من الفصل 31 من المجلة⁹¹.

وبهذا يكون فقه القضاء قد سدّ الفراغ التشريعي الذي يعتري مجلة الأحوال الشخصية، بأن منح الحرية للزوجة في طلب التطلق لسجن زوجها لما يلحقها من ضرر مادي ومعنوي، قد لا تستطيع تحمّله والصبر عليه.

والتطبيق بسبب سجن الزوج من المسائل التي أثارت اهتمام الاجتهاد القضائي المغربي فلعب بشأها دوراً هاماً خاصّة في ظلّ غياب النص في مدونة الأحوال الشخصية السابقة، إذ لم يتعرّض من خلالها المشرع لهذا السبب من أسباب التطلق. وهو الأمر الذي قيّد من سلطة القاضي وجعله يرفض الحكم بهذا النوع من التطلق تارة، واعتباره من أسباب التطلق تارة أخرى.

فقد صدر حكم عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 24 ماي 1993 والذي جاء فيه: "حيث أنّ المدعية تهدف من وراء رفع دعواها إلى استصدار حكم يقضي على المدعى عليه بتطبيقها منه للضرر اللاحق بها، من خلال تعاطيه للتجار في المخدرات، وذلك طبقاً للفصل 56 من قانون الأحوال الشخصية. وحيث أرفقت المدعية مقالها بقرارين استئنافيين...الأول قضى بإدانة المدعى عليه بشهرين نافذين من أجل الاتجار في المخدرات، والثاني قضى بإدانة من أجل نفس الأفعال وحكم عليه بسنة ونصف حبس نافذا؛

وحيث إنّ السجن لم يرد في المدونة، ولا في الفقه كسبب من أسباب التطلق وأنّه يعتبر عذراً قاهراً لا يجعل الزوج مهملاً لواجباته كما في الغيبة خصوصاً"⁹².

⁹¹ - أنظر، محمد التريكي، الضرر في دعوى الطلاق، م. ق. ت.، ماي 1998، ع. 05، ص. 104 وما بعدها.

⁹² - محكمة ابتدائية مراكش، 24 / 05 / 1993، ع. 1348، ملف ع. 92 / 2302، مجلة المحامي، 1994، ع. مزدوج 25-26، ص. 185.

ولكن في المقابل نجد أحكاماً أخرى قضت بالتطليق لنفس السبب، في محاولة من القضاء لملء الفراغ التشريعي الذي عرفته المجلة سابقاً معللاً ذلك بأنّ سجن الزوج يلحق ضرراً بالزوجة يجيز لها طلب التطليق للضرر حسب مقتضيات الفصل 56 من المجلة. كالحكم الصادر عن ابتدائية مراكش بتاريخ 12 أبريل 1993 تضمن ما يلي: "حيث أنّ المدعية تهدف من رفع دعواها إلى استصدار حكم يقضي بتطليقها من زوجها للضرر الذي لحقها من خلال تواجده بالسجن لمدة ثلاث سنوات، وحيث أرفقت مقالها بنسخة من قرار جنائي قضى بإدانة المدعى عليه من أجل جريمة هتك عرض قاصر عنفاً وحكمت عليه بثلاثة سنوات حبساً؛

وحيث إنّ تواجده المدعى عليه بالسجن من أجل الجريمة المذكورة ولمدة ثلاث يلحق بالمدعية ضرراً لا يمكن معه دوام العشرة، خاصّة وأنّ الأفعال المدان من أجلها تمس بالأخلاق ممّا يكون معه الطلب مبنياً على أساس صحيح ويتعيّن الاستجابة إليه"⁹³.

وهو نفس الاتجاه الذي ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بطنججة في حكم لها بتاريخ 05 ماي 1993 فقد جاء في تعليقه ما نصه: "حيث إنّ مدونة الأحوال الشخصية وإن كانت لم تتعرض لحالة السجن ولم تجعل السجن من الأسباب الواردة في باب التطليق، فإنّه اعتباراً للمدّة المحكوم بها ونوع الجريمة التي أدين المحكوم عليه من أجلها والتي هي جريمة عمدية تسبّب فيها المحكوم عليه بفعله عمداً وعن اختيار، وحفاظاً على مصلحة المرأة، ولما هي مصابة به من ضرر ثابت محقق مادياً ومعنوياً، فإنّ المحكمة ولما لها من سلطة تقديرية ترى تطليقها عليه للضرر"⁹⁴.

ولم يجد المجلس الأعلى عن هذا الموقف، فاستجاب لطلب التطليق لسجن الزوج كنوع من الضرر اللاحق بالزوجة يجيز لها طلب التطليق طبقاً لمقتضيات الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية، وهكذا جاء في قرار له بتاريخ 23 جانفي 2002 ما نصه: "حيث يعيب الطالب القرار المذكور بوسيلة متخذة من نقصان التعليل ذلك أنّ المطلوبة لم يلحقها أي ضرر حسبما ثبت من إجراءات البحث وأنّ الطالب متمسك بها وترك لها موارد مالية تعيش منها كما أنّ الطالب على

⁹³- محكمة ابتدائية مراكش، 12 / 04 / 1993، ع. 896، ملف ع. 92 / 2217، مجلة المحامي، 1994، ع. مزدوج 25-26، ص. 183.

⁹⁴- محكمة ابتدائية طنجة، 05 / 05 / 1993، ع. 500، مجلة الندوة، ع. 11، ص. 89.

وشك الخروج من السجن، وعليه فإنّ الضرر غير ثابت وأنّ سوء نية المطلوبة يتجلى في كونها تحاول التخلص منه؛

لكن حيث أنّ حبس الزوج لمدة ثلاث سنوات يشكّل ضرراً للزوجة بحرمانها من حقوقها الشرعية، ومنها حق المعاشرة والمساكنة الشرعية، وأنّ مقتضيات الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية متوفرة في النازلة مما يتعيّن معه الاستجابة للطلب⁹⁵.

بناء على الأحكام القضائية السابقة الذكر، يمكن القول أنّ الاجتهاد القضائي كان له دور في التمهيد لبلورة وشرعنة الاجتهاد الذي سار عليه بخصوص التطليق لسجن الزوج ضمن مدونة الأسرة والتي أتاحت للزوجة التي صدر حكم على زوجها لأكثر من ثلاث سنوات سجناً أن تتقدم إلى المحكمة لطلب تطليقها عملاً بالمادة 106 من المدونة النّاصة على ما يلي: "إذا حكم الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجناً أو حبساً، جاز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقاله".

والملاحظ من خلال هذه المادة أنّه لا يمكن ممارسة دعوى التطليق إذا حكم على الزوج بثلاث سنوات سجناً أو حبساً أو أقل من ذلك⁹⁶. وبهذا يكون المشرع المغربي قد حدّد من حرية المرأة في طلب التطليق لسجن زوجها، إذ يشترط أن تكون العقوبة لأكثر من ثلاث سنوات، كما أنّه حدّد المدّة المعتبرة لطلب الزوجة التطليق من زوجها المسجون بسنة بعد اعتقاله قياساً على مرور سنة في غيبة الزوج غير المسجون، فاعتبر غيبة الزوج المسجون غيبة حكمية على الرغم من كونه حاضراً بالبلد الذي تقطنه الزوجة لما يلحقه بها من ضرر وهو ما يبرّر وجود هذه المادة ضمن الفرع الثالث تحت عنوان الغيبة، وفي هذا تأثر واضح بما ذهب إليه المالكي من حيث جواز التطليق لسجن الزوج قياساً على جوازه للغيبة لاشتراكهما في علّة الضرر اللاحق بالزوجة.

أضف إلى ذلك، فإنّ صياغة المادة 106 من المدونة أعلاه تثير نوعاً من الغموض، حيث أجازت للزوجة طلب التطليق لسجن زوجها بعد مرور سنة من اعتقاله، ومن جهة ثانية أجازت لها في

⁹⁵- مجلس أعلى، 23 / 01 / 2002، الملف الشرعي ع. 475، م. ق. م. أ.، جانفي 2003، ع. 61، ص. 90.

⁹⁶- أنظر، عز الدين الماحي، التطليق بسبب حبس الزوج أو سجنه من خلال مدونة الأسرة، مجلة المنتدى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005، ع. 05، ص. 160.

جميع الأحوال طلب التطلاق بعد مرور سنتين من اعتقاله. فماذا كان يقصد المشرع بمصطلح "جميع الأحوال"؟ هل هذا يعني أنه إذا تقدّمت بطلب بعد مرور سنة من اعتقاله يمكن أن يرفض الطلب أمّا إذا تقدمت به بعد مرور سنتين وجب قبوله؟

هناك من يرى أنّ المشرع قد حدّد أجلين لممارسة دعوى التطلاق لحبس الزوج أو سجنه، إذ حدّدت بسنة من تاريخ الاعتقال متى صدر الحكم بحبسه وسنتين حتى ولو لم يصدر الحكم ضد الزوج، وأنّ هذه الازدواجية تتّسم بالمرونة وللزوجة تقدير الضرر اللاحق بها⁹⁷.

هذا وكان حريا بالمشرع ولتفادي أي غموض أن يجيز للزوجة رفع دعوى التطلاق بعد أن يصبح الحكم القاضي بسجن الزوج حكما نهائيا مستنفذا لجميع طرق الطعن، فقد جاء في الدليل العملي لمدونة الأسرة أنّ الزوجة لا يجوز لها أن تطلب من المحكمة التطلاق إلّا إذا صار الحكم القاضي بسجن أو حبس زوجها لمدة ثلاث سنوات نهائيا، لكن يمكنها تقديم الطلب بعد مرور سنتين من تاريخ اعتقاله سواء صدر حكم أو لا⁹⁸.

وبعد، فقد أصبحت المادة 106 من مدونة الأسرة الأساس القانوني لحق الزوجة في طلب التطلاق بسبب سجن الزوج، بعدما كان خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي. وهو ما يتضح من القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 08 نوفمبر 2006، فقد اقتضى: "إنّ حبس الزوج لمدة ثلاث سنوات من أجل جريمة ما، يجرم الزوجة من حقوقها الشرعية، منها حق المعاشرة والمساكنة، ويسيء إليها، ويشكّل ضررا يعطيها حق التطلاق لهذا السبب"⁹⁹.

وأیضا سارت على هذا النحو محكمة مراكش، فجاء في حكمها الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 2007 ما يلي: "حيث تهدف المدعية من دعواها إلى الحكم بتطليقها من زوجها المدعى عليه لكونه سجن بعد الحكم عليه بعشرين سنة سجنا نافذا وقضى منها ما يناهز (3) ثلاث سنوات، مؤسّسة طلبها على مقتضيات المادة 106 من مدونة الأسرة، ملتزمة في نفس الوقت الحكم لها بمستحققاتها ومستحققات الأبناء الثلاث مع النفاذ المعجل وتحميله الصائر؛

⁹⁷ - عز الدين الماحي، المرجع السابق، ص. 160 - 161.

⁹⁸ - أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة... المرجع السابق، ص. 299.

⁹⁹ - مجلس أعلى، 08 / 11 / 2006، الملف ع. 555 / 2 / 1 / 2005، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 160.

وحيث تعذر إجراء الصلح بين الطرفين لتخلف المدعى عليه عن الحضور بعد توصله باستدعائين، الأول بتاريخ 27 / 10 / 2006 والثاني بتاريخ 10 / 11 / 2006، وإفادة الاستدعاء الأول أنه يتعذر كون المعني بالأمر سجين:

وحيث يتبين من اطلاع المحكمة على قرار غرفة الجنايات وقرار المجلس الأعلى المشار إلى تواريخهما ومراجعتهما أعلاه، أنّ المدعى عليه أدين من أجل جناية الاختطاف والاحتجاز مع التعذيب، وكذا من أجل الاتجار في الخمر بدون رخصة وإهانة الضابطة القضائية عن طريق التهديد والسكر العلني، وحكم عليه بعشرين (20) سنة سجنًا؛

وحيث تنص مقتضيات المادة 106 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجنًا أو حبسًا، جاز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقاله؛

وحيث يتبين من القرار الجنائي أعلاه وقرار المجلس الأعلى الذي رفض نقضه، أنّ المدعي محكوم عليه بعشرين سنة سجنًا نافذا وذلك منذ 10 / 06 / 2003، مما يكون معه قد قضى من عقوبته أكثر من سنتين وهو ما يتعين معه تطبيقًا لمقتضيات المادة أعلاه الاستجابة لطلب زوجته التطليق منه للسجن...¹⁰⁰.

وإذا كان التطليق لسجن الزوج من المستجدات التشريعية التي حاول المشرع المغربي من خلالها إيجاد حل لطلبات التطليق التي كانت تتقدم بها زوجات السجناء، فإنه عولج من قبل المشرع الجزائري منذ قانون 84-11، حيث اعتبره سببا من أسباب التطليق ونص عليه بالفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: الحكم بعقوبة شائنة مقيّدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية".

وإذا كانت هذه المادة قد أقرت بجرية الزوجة في ممارسة حقها في طلب التطليق لسجن زوجها، فإنّها قيّدتها بالشروط التالية:

¹⁰⁰ - المحكمة الابتدائية براكش، 12 / 12 / 2007، الملف ع. 06 / 8 / 775، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 166-167.

- أن تكون العقوبة مقيّدة للحرية تتضمن عقوبة بدنية بالحبس أو السجن والحكم نهائيا.
- أن تكون العقوبة أكثر من سنة؛
- أن تكون العقوبة شائنة؛
- أن تكون تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية.

غير أنّه نظرا للانتقادات التي وجهت إليه خاصّة فيما يتعلّق بمصطلح "عقوبة شائنة"، أدخل تعديلا بسيطا على هذه الفقرة، حيث أصبحت الفقرة بعد تعديلها تنص: "الحكم عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية". وبهذا يكون قد ألغى مصطلح "عقوبة شائنة"، كما ألغى مدّة السنة، لتصبح الشروط المقيّدة لحرية الزوجة في طلب التظليق لسجن الزوج على النحو التالي:

1- يجب أن يصدر ضدّ الزوج حكم في جريمة معيّنة، حائز لقوة الشيء المقضي فيه، بحيث يصبح غير قابل للطعن فيه لا بالطرق العادية ولا بالطرق غير العادية. ولا يهم ما نوع العقوبة المحكوم بها على الزوج، إذ قد تكون عقوبة سالبة للحرية كالسجن أو الحبس، كما قد تكون عقوبة غير سالبة للحرية مثل الغرامة، فالمشرع لم يحدّد نوع العقوبة إن كانت سالبة للحرية أم لا، مثل ما كان منصوصا عليه في الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة قبل التعديل الأخير، التي كانت توجب كشرط للحكم بالتظليق أن يصدر ضدّ الزوج حكم بجريمة معيّنة بالحبس لمدة أكثر من سنة، فالمشرع حدّد مدّة العقوبة بسنة فأكثر، فإن كانت مدّة العقوبة أقل من سنة، لا يجوز الحكم بالتظليق في هذه الحالة. وبموجب التعديل الأخير لم يشترط المشرع نوع العقوبة إن كانت سالبة للحرية أم لا كما لم يحدّد مدتها، لأنّ العبرة في طلب التظليق هنا ليست بمدّة العقوبة وإنما بما يسببه الفعل المرتكب من صاحبه من أذى للزوجة والأبناء¹⁰¹. فرغم أنّه قيّد من حرية الزوجة في طلب التظليق لصدور حكم ضدّ الزوج، إلّا أنّه وسّع من نطاق هذه حرية فيما يتعلّق بنوع الجريمة المرتكبة، وكذلك بإلغاء مدتها.

¹⁰¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 266.

2- أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، أي أن تكون الأفعال التي ارتكبتها الزوج من تلك التي تمس شرف الأسرة وسمعتها. والإشكال الذي يثور هنا ما هي الجرائم الماسة بشرف الأسرة؟ فعبارة "شرف الأسرة" واسعة المدلول، والأرجح أن يكون الفعل المرتكب منافيا للأخلاق والآداب العامة وأن تكون الإدانة متصلة بشرف العائلة وكرامتها وسمعتها كعقوبة الاعتداء على العرض والاعتصاب واختلاس أموال الدولة وغيرها¹⁰²، وإنّ الأفعال يجب أن تكون أخلاقية لا سياسية¹⁰³.

وهنا لا يرجع الأمر لحرية الزوجة وإنما يبقى للقاضي السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان الفعل المرتكب فيه مساس بشرف الأسرة يستدعي التطبيق بغض النظر عن أجل العقوبة، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 16 جانفي 1996 حيث جاء فيه: "الحكم بتطبيق الزوجة على مسؤولية الزوج وفقا للمادة 53 من قانون الأسرة - طعن بنقض - لأنّ الحكم الجزائي المحتج به كان بسبب ضرب الزوجة ولم تكن العقوبة بسبب تهمّة المساس بشرف الأسرة كما تنص المادة 53 فقرتين 04 و06 من قانون الأسرة إن إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضررا حسب الفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة ومن ثم يجوز تطبيق الزوجة لهذا السبب"¹⁰⁴.

ولقد أحسن المشرع حين تدارك الوضع وعدّل هذه الفقرة بإزالة وحذف عبارة "عقوبة شائنة"، حيث أنّه كان قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري يصف العقوبة التي يحكم بها القاضي على الزوج بالشائنة، تاركا الفعل المرتكب من قبل الزوج، وكان الأجدر به أن يصف الفعل المرتكب من الزوج لا العقوبة التي يحكم بها القاضي، فالأفعال التي تعرّض صاحبها للعقوبة هي التي تكون شائنة لا العقوبة في حدّ ذاتها.

ولا يعدّ المشرع الوحيد الذي أخطأ في استعمال هذه العبارة في قانون الأسرة قبل التعديل، فقد وردت أيضا من قبل ضمن القرار الذي صدر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 مارس 1971 كالتالي: "حيث يتضح من القرار المطعون فيه، أنّ المجلس لما قضى بالطلاق بين الزوجين استند إلى حالة الزوجة المتضرّرة التي أثبتت شكواها بالشهادات الطبية وتأكّد من سوء سيرة الزوج فحكم عليه من

¹⁰² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون... المرجع السابق، ص. 199.

¹⁰³ - جيلالي تشوار، حق الزوجة في الطلاق... المرجع السابق، ص. 88-89.

¹⁰⁴ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 16 / 01 / 1996، ملف رقم 127948، ن. ق.، ع. 54، ص. 100.

المحكمة الجنائية بعقوبة شائنة، فاستنتج في نطاق اجتهاده المطلق أنّ ذلك ضرر لحق بالزوجة، ولها طلب الطلاق بالضرر الأمر الذي قضى به لها المجلس؛

وحيث أنّ الزوجة استشهدت بثلاث شهادات طبية، تثبت أنّ زوجها ضربها وجرحها أمام المجلس ولم تقدمها للقاضي الأوّل، فإنّ هذا لا يعتبر دعوى جديدة لم تسبق إثارتها أمام المحكمة الابتدائية، وإنّما الاستدلال بها من قبل التوسع الممكن القبول، لا من قبل الطلب الجديد، ومن ثمّ فإنّ القرار جاء معللاً تعليلاً كافياً والوجه مردود على صاحبه¹⁰⁵.

3- أن تستحيل مع هذه الجريمة مواصلة العشرة والحياة الزوجية، فتتغيّر العلاقة بين الزوجين وتتوتر بسبب هذا الحكم، ويتحوّل الحب والمودة إلى بغض وكراهية، وتستحكم الخلافات الحادّة بينهما، فيستحيل استمرار الحياة بينهما.

علماً وأنّ المحكمة العليا أجازت للزوجة طلب التخليق بسبب الحكم على الزوج من أجل جريمة ماسة بشرف الأسرة، حتّى وإن كان ذلك قبل الدخول. فقد اقتضى الحكم الصادر عنها بتاريخ 10 جويلية 2014 مايلي: "يحق للزوجة طلب التخليق، قبل الدخول، بسبب الحكم على الزوج من أجل جريمة ماسة بشرف الأسرة، واستحالة تحقيق الهدف من الزواج". معتبرة أنّ: "الحكمة والغرض من الزواج، إنّما هو دوام الألفة والمحبة والإخلاص وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون و إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب وفقاً للأهداف المقرّرة في المادة 4 من قانون الأسرة، وأنّ المطعون ضدها بتراجعها عن الزواج بالطاعن وإصرارها على الطلاق قبل الدخول للأسباب التي برّرت بها طلب الطلاق فإنّ أهداف الزواج صارت منتفية وبخاصّة المعاشرة بالمعروف وتبادل الإحترام والمودة والرحمة وفقاً لنص المادة 2/36 من قانون الأسرة، وأنّ المحكمة باستجابتها للطلب وقضائها بالتخليق قبل الدخول قد استعملت سلطتها التقديرية المخوّلة لها قانوناً بما لها من ولاية فحص النزاع وتقدير مدى تحقق أهداف الزواج مستدلّة في ذلك بأسباب كافية وسائغة"¹⁰⁶.

¹⁰⁵- مجلس أعلى، غ. ق. خ.، 10 / 03 / 1971، ن. ق.، 1972، ع. 02، ص. 48، مقتبس عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات، ومعلّقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط. 04، 2012، ص. 246.

¹⁰⁶- محكمة عليا، غ. ش. أ. م.، 10 / 07 / 2014، ملف رقم 0952658، م. م. ع.، 2014، ع. 02، ص. 282-284.

وهذا توجه سليم، لأنّه طبّق أحكام الفقرة الرابعة من المادة 54 من قانون الأسرة، ولأنّه لا يمكن إجبار المرأة على إتمام عقد الزواج وهي غير راضية بذلك لتنافيه مع مبدأ الرضائية في إبرام عقد الزواج، ومع حرية اختيار القرين. فإذا كان النفور والكرهية قائمان بين الرجل والمرأة قبل أن يجمعهما البيت الزوجي، فلا شك أنّ مآل العلاقة بعد ذلك هو الفشل.

فارتكاب الزوج لجريمة فيها مساس بشرف الأسرة يعطي للزوجة حرية الخيار بين الاستمرار في علاقتها الزوجية أو طلب التطلاق، فإذا ما اتجهت إرادتها نحو الخيار الثاني، فإنّها تكون مقيدة بتوافر الشروط المنصوص عليها قانونا، وأيضا بالسلطة التقديرية للقاضي الذي يرجع إليه النظر في الأفعال المرتكبة من قبل الزوج إن كانت تسبّب وتلحق الضرر لزوجته سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، فيهتز لها كيان الأسرة وتؤدي إلى خلق جو من التوتر والتنافر وعدم الانسجام وبالتالي تؤثر على استقرار الحياة الأسرية.

وبالإضافة إلى ما قد يرتكبه الزوج من جرائم معاقب عليها، قد يرتكب أفعالا توصف شرعا بأنّها فاحشة مبيّنة لا تقتضي دخوله السجن، فهل للزوجة الحرية في طلب التطلاق على أساسها؟

نجد أنّ المشرع الجزائري إلى جانب التطلاق لسجن الزوج نص على جواز التطلاق لارتكاب فاحشة مبيّنة بموجب الفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة. وهي الحالة التي لم يتناولها المشرع المغربي ولا المشرع التونسي ولعلّ السبب راجع إلى أنّ مثل هذه الأفعال تلحق ضررا بالزوجة فتدخل في نطاق التطلاق للضرر.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أراد توسيع دائرة التطلاق للزوجة سواء عن الأفعال المعاقب عليها قانونا، أو عن تلك الأفعال التي لا تشكّل جريمة، والاختلاف ظاهر بين الفقرة الرابعة والفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة، والمتمثل في ضرورة إدانة الزوج بحكم قضائي في الحالة الأولى، دون الحاجة إلى ذلك في الحالة الثانية. وهو ما يؤدي إلى منحها مزيدا من الحرية في طلب فك الرابطة الزوجية.

فالمقصود بالفاحشة المبيّنة لغة: "القبیح من الأفعال والأقوال"¹⁰⁷. وهي: "الخطأ المحلّ بالآداب بصفة خطيرة وحسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف والضمير الاجتماعي". وقد وردت آيات قرآنية تصوّر الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك والأنظمة إخلالا كبيرا كالزنا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾¹⁰⁸. غير أنّ الفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط عند الزنا، وإمّا تتعدّها إلى كل فعل مخالف، إذ يمكن أن يدخل في طياتها بالإضافة إلى الزنا، شرب الخمر، المخدرات، عقوق الوالدين، الشرك بالله وغيرها¹⁰⁹.

فقد اقتضى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12 أبريل 2012 ما يلي: "يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق، في حالة ارتداد الزوج عن دين الإسلام؛

يحكم القاضي، فوراً، بالفرقة بين الطرفين، مراعاة للنظام العام"¹¹⁰.

وفوق هذا، نجد أنّ المشرع الجزائري اعتبر العلاقات الجنسية القائمة بين ذوي الأرحام فاحشة، بمقتضى المادة 337 مكرّر معدّلة من قانون العقوبات¹¹¹ النّاصة على أنّه: "تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

- 1- الأقارب من الفروع أو الأصول،
- 2- الإخوة والأخوات الأشقاء، أو من الأب أو من الأم،
- 3- شخص وابن أحد إخوته أو أخواته الأشقاء أو من الأب أو من الأم أو من أحد فروع،
- 4- الأم أو الأب والزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروع،
- 5- والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر،
- 6- أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت.

¹⁰⁷- أنظر، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 06، دار صادر، بيروت، د. س. ن.، ص. 325.

¹⁰⁸- سورة الإسراء، الآية رقم 32.

¹⁰⁹- باديس الديابي، المرجع السابق، ص. 48.

¹¹⁰- محكمة عليا، غ. ش. أ. م.، 12/04/2012، ملف رقم 699785، م. م. ع.، 2012، ع. 02، ص. 274.

¹¹¹- عدّلت هذه المادة بمقتضى القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04/02/2014، ج. ر. ع. 07، مؤرخة في 16 فبراير 2014، ص. 07.

تكون العقوبة السجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة في الحالتين 1 و 2 والحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات في الحالات 3 و 4 و 5 والحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات في الحالة 6 أعلاه.

وتطبق على العلاقات الجنسية بين الكافل والمكفول العقوبة المقررة للفاحشة المرتكبة بين الأقارب من الفروع أو الأصول.

ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم أو الكافل سقوط الولاية و/أو الكفالة".

ومع أنّ المشرع الجزائري انفرد بتحويل الزوجة حق المطالبة بالتطليق لارتكاب زوجها فاحشة مبيّنة، إلاّ أنّه يعاب عليه استعماله كلمة ذات معنى واسع، يحتوي مدلولها على عدّة معاني ومفاهيم، فكان عليه أن يكون أكثر دقة ويقتصر على فعل الزنا، لأنّ بقية الأفعال الأخرى تدخل في قبيل التطليق للضرر المنصوص عليه في الفقرة العاشرة من المادة 53 من القانون الأسري¹¹².

وانتقاد آخر يوجه إليه يتعلّق بعدم تبيان وسائل الإثبات الواجب الإقتداء بها، فحتى وإن ارتكب الزوج أفعالا تندرج ضمن الفاحشة المبيّنة، فإنّ ذلك لا يعني الحكم بالتطليق لمجرد الادعاء، فعلى الزوجة إثبات صحة ما تدّعيه إن أرادت التحرّر من علاقتها الزوجية معه، وهو الأمر الذي قد يقف حائلا دون الحصول على مبتغاهما نظرا للصعوبة في الإثبات. وفي هذا السياق، اتّجهت المحكمة العليا إذ جاء في القرار الصادر عنها بتاريخ 15 سبتمبر 2011 ما يلي: "حيث إنّّه يتبيّن بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، أنّ المطعون ضدها أسست طلب التطليق على أساس أنّ الطاعن يتعاطى الخمر والسهرات الليلية، وله علاقة غير شرعية مع إحدى الفتيات وأنّه تحلّى عن كل واجباته الزوجية، وهجرها في المضجع. بينما أنكر الطاعن ذلك، إلاّ أنّ المحكمة قدّرت أنّ المطعون ضدها تضرّرت من العشرة الزوجية، استنادا إلى كون الطاعن لم يحضر جلسة الصلح لتنفيذ مزاعمها وتأكيد دفوعه، وأنّه لذلك يتعيّن الاستجابة لطلبها والتصريح بالتطليق للضرر المعتبر شرعا؛

وحيث أنّ هذا التسبب فيه خرق لقواعد الإثبات التي تقضي من المطعون ضدها -بصفتها مدعية- تقديم الدليل على ما نسبته للطاعن، وخصوصا وأنّ النزاع يدور حول إنهاء علاقة زواج

¹¹² - جيلالي تشوار، حق الزوجة في الطلاق... المرجع السابق، ص. 98-99.

شرعية نتج عنها ولدان، ولذلك كان على المحكمة التقيّد بقواعد الإثبات وعدم اعتبار تغيّب الطاعن عن جلسة الصلح دليلاً على ما نسب بقواعد الإثبات، ويقتصر دورها على ما تصالح عليه الطرفان، وما اختلفا بشأنه أو أقر به، وعليه فإنّ هذين الوجهين مؤسسين وينجر عنهما نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة بقية الوجهين¹¹³.

فعلى الرغم من أنّ المحكمة اعتبرت بأنّ الأفعال التي ارتكبتها الزوج ألحقت ضراراً بالزوجة، إلّا أنّها لم تقض بالتطليق لقصور في الإثبات، إذ ينبغي على الزوجة باعتبارها مدعية إثبات صحة أقوالها للحصول على التطليق، وإنّ توجه المحكمة من حيث عدم الأخذ بتغيّب الزوج عن جلسة الصلح كدليل على ما نسب ضدّه توجه سليم.

هذه الأفعال التي تندرج تحت مسمى الفاحشة المبيّنة، والتي أجاز المشرع الجزائري بموجبها للمرأة طلب التطليق، نجدتها تندرج عند المشرعين التونسي والمغربي تحت مفهوم الضرر، وهو ما يمكن استنتاجه من القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 23 جانفي 2002 والذي اعتبر أنّ فعل الزنا يعتبر ضرراً، حيث اقتضى بأنّ: "...في حين أنّ عمل المجلس الأعلى مستقر على أنّ ارتكاب الزوج الخيانة الزوجية يعتبر ضرراً بمفهوم الفصل 56 المذكور، يحق معه لزوجته طلب تطليقها منه..."¹¹⁴.

وأيضاً اعتبرت المحكمة الابتدائية بأسفي في قرارها الصادر بتاريخ 29 ماي 2006 أنّ أفعال الفساد والسكر والاتجار بالمخدرات أفعال مخلّة، تلحق ضرراً بالزوجة وجب رفعه بالتطليق، إذ جاء فيه ما يلي: "وحيث أنّه استناداً إلى مقتضيات المادة 99 من مدونة الأسرة فإنّ كل تصرّف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة ألحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية، يعتبر ضرراً مبرراً لطلب التطليق؛

وحيث إنّ إتيان الزوج أفعال الفساد والسكر العلني والاتجار في المخدرات يعدّ سلوكاً مخلّاً بالأخلاق ألحق بالزوجة محل نازلة الحال ضرراً مادياً ومعنوياً، وذلك حسب ما سار عليه المجلس الأعلى في أحد قراراته عدد 988 بتاريخ 18 / 10 / 2000 قضية عدد 1 / 12 / 482 والذي جاء

¹¹³ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 15 / 09 / 2011، ملف رقم 654972، م. م. ع.، 2011، ع. 02، ص. 296.

¹¹⁴ - مجلس أعلى، 23 / 01 / 2002، الملف ع. 37 / 2 / 1 / 00، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 137.

فيه: "إدانة الزوج بسنتين حبسا نافذا من أجل الاتجار في المخدرات يشكل ضررا للزوجة في مفهوم المادة 56 من المدونة، استنادا على أنّ الأفعال المدان من أجلها تمسّ الأخلاق؛"

وحيث إنّ تبعا لذلك يكون طلب المدعية مبنيا على أساس ويتعيّن الاستجابة إليه¹¹⁵.

وفي الأخير، فعلى الرغم من أنّ الزوجة يثبت لها الحق في طلب التطلاق لعدم الإنفاق ولبعد الزوج بسبب غيبته أو سجنه، إلاّ أنّه لا يمكنها ممارسة هذا الحق بحرية مطلقة، فهي مقيدة بالشروط القانونية المتطلّبة في كل شرط، وبإثبات تحقّق الضرر، لهذا فإنّ طلبها يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فإنّما أن يقبله أو يرفضه. ولأنّ عدم الإنفاق يلحق بها ضررا محضا، فقد تم إدراجه تحت عنوان تقييد حرية المرأة في التطلاق بإثبات الضرر المادي. أمّا عن التطلاق للغيبة ولسجن الزوج فيلحقان بها ضررا ماديا ومعنويا معا ولكن تم إدراجهما تحت هذا العنوان لكون المشرعين التونسي والجزائري قيّدا التطلاق للغيبة بعدم ترك النفقة، فكان الضرر المادي هو الغالب.

وإلى جانب الضرر اللاحق بالزوجة من جرّاء إخلال الزوج بالتزاماته الزوجية، هناك صورا أخرى تندرج ضمن المفهوم العام للضرر، إذا ما أثبتت الزوجة صحة وقوعها تبث لها الحق في طلب التطلاق. فهل المعنى الواسع للضرر سيمنحها حرية أكبر في إنهاء الرابطة الزوجية؟

المطلب الثاني

توسيع نطاق حرية المرأة في طلب التطلاق للمفهوم العام للضرر

لا تجبر المرأة على البقاء في زوجية تسبّب لها ضررا لا يمتثل وليس من مشاق الحياة ومتاعبها العادية، وأيّا كان نوع الضرر، ففي حالة ثبوته وجب رفعه، عملا بالقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار"، إذ أنّ الشريعة الإسلامية تقرّ للزوجة بالتفريق للضرر (الفرع الأوّل)، ولم تحذ التشريعات المغاربية للأسرة عن هذا الموقف كونها تجيزه أيضا (الفرع الثاني).

¹¹⁵ - المحكمة الابتدائية بأسفي، 29 / 05 / 2006، الملف ع. 05 / 899، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 142 - 143.

وعلى الرغم من أنّ هذا المطلب يشتمل على صورا للضرر المادي والمعنوي، إلاّ أنّه تم إدراجه تحت هذا المبحث لأنّ الغالب في هذه الأمثلة هو الضرر المادي، وخاصة تعرّض الزوجة للضرب والجرح، أو عدم توفير لها سكنا منفردا، وأيضا لأنّ الضرر المادي يسهل إثباته مقارنة مع الضرر المعنوي.

الفرع الأوّل

التطبيق للضرر من منظور الفقه الإسلامي

حقيقة أنّ الإسلام جعل القوامة للرجل على المرأة وأنّ الشارع أجاز له ضررها لتأديبها إلاّ أنّه نهى عن الضرب المبرح والتعسف والجور في المعاملة، وفي حالة ما إذا تجاوز الزوج حدود الولاية في تأديبها أو ألحق بها أي نوع من أنواع الأضرار سواء أساء معاملتها أو جرح شعورها وكرامتها عن طريق السب أو الشتم أو آذاها بدنيا بالضرب وغير ذلك، فإنّه يحق لها رفع أمرها للقاضي للحدّ من الظلم الواقع عليها، مصداقا لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾¹¹⁶.

وقد ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلّم عدّة أحاديث نبوية شريفة تفيد التوصية بالنساء خيرا وعدم إيذائهن، فعن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال: قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه، قال: "أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تمجر إلاّ في البيت"¹¹⁷. وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنّ المرأة كالضلع إن ذهب تقيمها كسرتهما، وإن تركتها استمتعت بها على عوج"¹¹⁸، وفي حديث آخر قوله عليه الصلاة والسلام: "استوصوا بالنساء، فإنّ المرأة خلقت من ضلع، وإنّ أعوج شيء في الضلع أعلاه، فإن ذهب تقيمه كسرته، وإن تركته لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء"¹¹⁹.

¹¹⁶ - سورة البقرة، الآية رقم 229.

¹¹⁷ - أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 05.

¹¹⁸ - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار... المرجع السابق، ص. 1247.

¹¹⁹ - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري... المرجع السابق، ص. 1321.

وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن ضرب النساء ضرباً مبرحاً، فعن عائشة رضي الله عنها قالت: "ما ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة له قط، ولا جلد خادماً له قط، ولا ضرب بيده شيئاً قط، إلا في سبيل الله، أو تنتهك محارم الله، فينتقم الله"¹²⁰. وعن عبد الله بن زمعة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر اليوم"¹²¹. وفي حديث آخر قوله صلى الله عليه وسلم: "إنّ لكم عليهن أن لا يوطئن فُرُشَكُم أحداً تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح"¹²².

فالأحاديث النبوية الشريفة فيها الإرشاد إلى ملاطفة النساء والصبر على ما لا يستقيم من أخلاقهن، والتنبيه على أنّ خلقن على تلك الصفة التي لا يفيد التأديب أو ينجح عندها النصح فلم يبق إلا الصبر وترك التأنيب والمخاشنة¹²³. وفيها أيضاً جواز ضرب المرأة في حالة نشوزها إن لم ترتدع بالوعظ والهجر، ضرباً خفيفاً، لا يبلغ ضرب المماليك، فمعنى غير مبرح أي غير شديد، وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخوفة لأنّ المقصود التأديب لا الإتلاف¹²⁴.

ولهذا يرى المالكية، أنّه لا يحق للزوج أن يلحق بزوجه ضرراً مادياً أو معنوياً. فإذا أثبتت ضرر زوجها بما رفعت أمرها للحاكم، وبعد أن يجزره القاضي بما يقتضيه اجتهاده من ضرب أو سجن أو توبيخ أو نحو ذلك، ولم يرجع عن إضرارها طلقها القاضي عنه¹²⁵. ويثبت الإضرار من الزوج لزوجته بأحد الأمرين، بشهادة شهود عدلين فأكثر، بمعاينتهم إياه لمجاورتهم للزوجين أو لقرابتهم منهما. وإما بالسمع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران من النساء والخدم وغيرهما بأنّ فلاناً يضر بزوجه فلانة

¹²⁰ - أنظر، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، ج. 08، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط. 01، 2001، ص. 262-263.

¹²¹ - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري... المرجع السابق، ص. 1327.

¹²² - أبي الحسين مسلم ابن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم... المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 585.

¹²³ - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار... المرجع السابق، باب إحسان العشرة وبيان حق الزوجين، ص. 1248.

¹²⁴ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 10، ص. 260-261؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 03، ص. 343.

¹²⁵ - أبي الحسن علي بن عبد السلام التوسلي، البهجة... المرجع السابق، ج. 01، ص. 485؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية

الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 343.

بضرب أو شتم في غير حق أو تجويع أو عدم كلام أو تحويل وجهه عنها في فراشه، حيث قال مالك ليس عندنا في قلة الضرر وكثرته شيء معروف¹²⁶.

إنّ الرأي المالكي المؤيد للتفريق للضرر، والمناح لها حرية فك الرابطة الزوجية متى أثبتت تضررها، يصطدم مع رأي جمهور الفقهاء الذين يرون أنه ليس للمرأة حق طلب التفريق للضرر، وإنّ رفع أمرها للقاضي لا يحوّل له تطبيقها بل له فقط طلب نهي الزوج عن تصرفاته وتعزيره بما يراه ردعا له حتى يمسكها بالمعروف، وإذا اشتد الخصاص بينهما يتم تعيين حكّامين للإصلاح بينهما، فإن لم يتيسر لهما الإصلاح فليس لهما التفريق الذي يبقى للزوج وحده¹²⁷. ولهذا لا تتمتع الزوجة بحرية اللجوء إلى طلب فك الرابطة الزوجية حتّى وإن ثبت لحقوق الضرر بها.

وأمام هذا الاختلاف الفقهي، هل يحق للزوجة طلب التطلاق للضرر قانونا، وما هي حدود حريتها في ممارسة هذا الحق؟

الفرع الثاني

التطبيق للضرر من الناحية القانونية

أجازت كل التشريعات المغاربية للأسرة للزوجة طلب التطلاق للضرر، إلا أنّها لم تضع مفهوما له ولم تبين شكله ولا المعيار المتخذ لتحديد ما إذا كان مبرّرا للتطلاق أم لا، تاركة الأمر للسلطة التقديرية للقاضي (أولا). ولأنّ مصطلح الضرر فضفاضا وعامّا، فإنّ كل ما من شأنه أن يلحق الأذى بالزوجة سواء ماديا أو معنويا وجب رفعه بالتطبيق، ولهذا لا يمكن حصر جميع الحالات المبرّرة له (ثانيا)، وعملا بقاعدة البيئة على من ادّعى، فإنّ الحكم بالتطبيق لا يكون بمجرد ادعاء الزوجة بتضررها من أفعال وسلوك زوجها، بل عليها أن تثبت صحة ما تدّعيه بوسائل الإثبات بعدما تتحقّق في الضرر شروط تجعله مبرّرا لفك الرابطة الزوجية (ثالثا).

¹²⁶- أبي الحسن علي بن عبد السلام التوسلي، البهجة... المرجع السابق، ج. 01، ص. 480.

¹²⁷- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 03، ص. 260.

أولاً: المعنى الواسع للضرر

بعدما كان ينص الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن: "المحكمة تقضي بالطلاق بناء على طلب من الزوج أو من الزوجة للأضرار التي يدعي أحد الزوجين لحاقها به من الجانب الآخر للأسباب المبينة بفصول هذه المجلة". أصبح بعد التعديل ينص في فقرته الثانية على أنه: "يحكم بالطلاق...2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر".

فالمشرع التونسي أراد أن يعطي للضرر معنى واسع، فبعد أن كان يتوقف على صورة معينة تتمثل في خرق أحد الزوجين لأحد الواجبات المحمولة عليه بمقتضى عقد الزواج تطبيقاً لمقتضيات الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، صار مفهوم الضرر واسعاً متروكاً لاجتهاد المحكمة¹²⁸.

وفي هذا الصدد، ورد في القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 12 ديسمبر 1989 ما يلي: "الضرر الموجب للطلاق والصادر عن أحد الزوجين هو أمر موكول لاجتهاد قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك ما دام اجتهاده معللاً تعليلاً سائغاً ومؤدياً للنتيجة التي انتهى إليها"¹²⁹. وفي قرار آخر صادر عنها بتاريخ 22 جانفي 1991 والذي جاء فيه: "أورد الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية ضمن أحكامه الضرر كعنصر من العناصر التي تبيح المطالبة بالطلاق دون أن يحدّد ماهيته ولا مداه وترك ذلك لمحكمة الأساس"¹³⁰.

وبهذا يكون المشرع التونسي قد اكتفى بقاعدة عامّة دون تحديد شكل معين للضرر ولا شروطه، ودون وضع معيار لمعرفة إن كان الضرر المتمسك به من شأنه أن يؤدي إلى الحكم بالطلاق، تاركاً الأمر إلى المحاكم تجتهد في تقدير الأضرار حسب معطيات كل قضية وملاساتها، ماعدا الثلاث حالات المنصوص عليها بالفصل 11، 39 و40 من المجلة والمتعلّقة بالطلاق لخيار الشرط، ولعدم الإنفاق، وللغيبية.

¹²⁸- أنظر، علي صبيح النعماني، حق المرأة في طلب الطلاق، -دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والتونسي-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2007-2008، ص. 55-56.

¹²⁹- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 12/12/1989، ع. 23643، ن. م. ت.، 1989، ص. 475.

¹³⁰- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 22/01/1991، ع. 24453، ن. م. ت.، 1991، ص. 145.

وكما نظيره التونسي، أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق للضرر بناء على الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة بقولها: "كل ضرر معتبر شرعا"، علما وأنّ التطليق للضرر جاء به المشرع قبل التعديل في الفقرة السادسة من نفس المادة من قانون الأسرة التي كانت تنص: "كل ضرر معتبر شرعا، لاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08 و37 أعلاه".

فاستغنى عن هذه الصياغة بعد ما وسع من حالات التطليق بعد التعديل، إذ خصّص الفقرة السادسة من المادة 53 من نفس القانون للتطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من القانون المذكور، ولم يكن بحاجة إلى ذكر المادة 37 لتفادي التكرار كون أنّ الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة أجازت التطليق لعدم الإنفاق خاصة بعدما وجهت إليه انتقادات بخصوص هذا الأمر¹³¹.

ورغم الصياغة الحالية، إلاّ أنّه لم يسلم من الانتقادات كون الفقرة 10 من المادة 53 من القانون أعلاه جاءت بصيغة عامّة واسعة، فلم يتقيّد بضرر معيّن، ولم يحدّد شروطا له. هذا ويعاب عليه أنّه اقتصر على الأفعال التي تسبّب ضررا للزوجة وفقا للأحكام الشرعية دون الشريعة، في حين يكفي أن يذكر مصطلح الضرر دون تحديد حتى يجمع الشرع والشريعة معا¹³².

كما أنّ هذه الصياغة تدفع بالتساؤل عن الأسباب التسع التي وردت بنفس المادة إذا ما كانت تلحق ضررا بالزوجة. والحقيقة أنّه لا يمكن إنكار ذلك، فعدم الإنفاق والغيبية والسجن مثلا تلحق بها ضررا ماديا، أمّا العيوب وارتكاب الفاحشة المبينة كذلك تلحق بها ضررا معنويا. فما كان على المشرع إلاّ أن يتقيّد بضرر معيّن كسوء المعاملة أو أن يكتفي بالفقرة 10 دون سرد الأسباب الأخرى¹³³.

فالعبرة الواردة بالفقرة 10 من المادة 53 أعلاه مرنة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي حسب ظروف الحالة وملابساتها، مادام أنّ المشرع لم يذكر تعريفا أو معيارا أو شروطا لتقسيم وتحديد الضرر، وترك الأمر كلّه للقاضي، شأنه في ذلك شأن المشرع التونسي.

¹³¹- جيلالي تشوار، حق الزوجة في الطلاق... المرجع السابق، ص. 94.

¹³²- جيلالي تشوار، حق الزوجة في الطلاق... المرجع السابق، ص. 39.

¹³³- زكية تشوار حميدو، مدى حماية الأسرة... المرجع السابق، ص. 128.

وهذان الموقفان للمشرعين التونسي والجزائري، حتى وإن تعرّضا للانتقادات المذكورة أعلاه، إلا أنّهما يسمحان بالقول أنّهما وسّعا من نطاق حرية الزوجة في طلب التطلاق للضرر، لورود السبب في صياغة عامّة وعدم حصر الضرر في نوع معيّن.

وإذا كان المفهوم الواسع للضرر عند المشرعين التونسي والجزائري متروكا للسلطة التقديرية للقاضي بحيث يدخل في مدلوله كل فعل مخل بالتزامات الزوجية، وكل فعل يلحق بأحد الزوجين ضررا ماديا أو معنويا، فإنّ المشرع المغربي كان أكثر دقة ووضوح مقارنة بهما، إذ اعتبر بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 99 من مدونة الأسرة أنّ الضرر المبرّر لطلب التطلاق هو كلّ تصرّف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية.

ولئن ضيّق المشرع المغربي من نطاق حرية الزوجة في طلب التطلاق للضرر مقارنة بالمشرعين التونسي والجزائري، إلا أنّ معنى الضرر الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة 99 من المدونة يحمل في طياته عدّة صور، فتطبيقا لهذه الفقرة، كل ما يلحقه الزوج بزوجه من أنواع الأذى سواء كان ماديا أو معنويا، والتي لا تستقيم معها العشرة الزوجية كالعنف والجرح والألم الجسدي والقذف والإهانة وإكراهها على فعل ما حرم الله، وأخذ مالها وغيرها من صور الأذى، وكل سلوك مشين كالسكر والقمار والخيانة الزوجية، أو مخل بالأخلاق الحميدة والآداب العامّة أو الأعراف ممّا يسيء إليها، يمنحها حرية طلب التطلاق¹³⁴.

ونظرا لتعدّد صور الضرر ولصعوبة حصرها نضرب بعض الأمثلة عن الحالات التي اعتبرها فقه القضاء التونسي، والقضاء المغربي، والقضاء الجزائري، مبرّرة لطلب التطلاق.

¹³⁴ - أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة... المرجع السابق، ص. 289 وما بعدها.

ثانيا: بعض الحالات التي تمنح المرأة حرية طلب التطلق للضرر

إنّ الأضرار لا يمكن حصرها، فقد تكون بالقول أو بالفعل، وقد تكون خارجة عن حدود إرادة أحد الطرفين. هذا إلى جانب أنّ النظرة إلى الضرر تختلف باختلاف البيئات والطبقات، فما تراه فئة من الناس ضرا قد تراه الأخرى من مظاهر الحياة العامة¹³⁵.

وطبقا للفقرة الثانية من الفصل 31 من المجلة التونسية فهي تشمل كل ضرر مادي أو معنوي، فزيادة على الحالات التي تم توضيحها من خلال هذه الرسالة والتي اعتبرتها محكمة التعقيب موجبة للطلاق للضرر، نذكر على سبيل المثال حالات أخرى توصل إليها فقه القضاء التونسي منها:

- الاعتداء بالعنف من الزوج على زوجته: إنّ الاعتداء بالعنف من الزوج على زوجته يبرّر لها الطلاق للضرر، غير أنّه ليس كل عنف يؤدّي إلى الحكم بالطلاق للضرر فالعنف المعتبر هو الذي يبلغ درجة من الخطورة تجعل الإبقاء على الرابطة الزوجية أمرا مستحيلا، أمّا العنف الخفيف الذي يندرج ضمن التجاوزات البسيطة فلا تنحل به الرابطة الزوجية. وهو ما يظهر من خلال القرارات التالية:

فقد جاء في القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 19 أبريل 1966 ما يلي: "يكون قائما على أساس من القانون ومعلّلا تعليلا كافيا الحكم الصادر بالطلاق بناء على شهادات حرّرت بصفة قانونية وأفادت أنّ الزوج كثيرا ما يعتدي على زوجته بالعنف والشتم الخطير بصفة صيّرت علاقتهما الزوجية أمرا مستحيلا"¹³⁶.

هذا وقد اقتضى القرار الصادر عنها بتاريخ 24 ماي 1966 بأن: "يكون قائما على أساس من القانون الحكم الذي قضى بالطلاق بناء على الضرر الحاصل للزوجة من اعتداء زوجها عليها بالضرب وامتناعه من القيام بنفقاتها؛

¹³⁵- ثريا بن سعد، المرجع السابق، ص. 50 - 51.

¹³⁶- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 19/04/1966، ع. 4141، م. ق. ت.، ع. 05، 1966، ص. 42.

للزوجة القائمة بطلب الطلاق أن تثبت بسائر الطرق القانونية القذف الذي تنسبه لزوجها دون أن تكون ملزمة بالإدلاء بحكم جناحي صادر عليه في هذا الموضوع¹³⁷.

إضافة إلى ما ورد في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 16 ديسمبر 1998 من أن: "...وحيث لا ترى المحكمة في صدور عنف خفيف من أحد الزوجين على الآخر خرقاً خطيراً وجدّياً للرابطة الزوجية ومكوّناً لضرر حقيقي يبرّر إيقاع الطلاق، بل هو يتم عن خلاف من الخلافات العادية للعلاقة الزوجية خاصة وأنّ تلك العلاقة يشترط فيها التسامح والتغاضي عن بعض التجاوزات البسيطة وهو المنحى الذي انتهجه المشرع نفسه عندما نص صراحة صلب الفصل 319 من م. ج. على إسقاط الزوج المعتدي عليه بالعنف الخفيف حقه بوقف التبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب ضد زوجه المبادر بالاعتداء..."¹³⁸.

فيستحسن موقف فقه القضاء التونسي، والذي من جانب منح للزوجة حرية طلب التطلق بسبب عنف الزوج تجاهها، وعلى الجانب الآخر لاعتباره كل فعل ضار لا يمثل بالضرورة سبباً للطلاق للضرر، إذ لا بد أن يكون قد بلغ درجة من الخطورة تجعل الإبقاء على الرابطة الزوجية أمراً مستحيلاً، ولو كان العكس لأفرطت الزوجة في استعمال هذه الحرية ولكانت الأحكام الصادرة بالطلاق تصدر لأتفه الأسباب، تلك الأسباب التي قد تتوفر في كثير من العائلات، ومن الحكمة ألاّ يستجيب القاضي لطلب الطلاق حال أنّ السبب المتمسك به تافه، حفاظاً على استقرار الأسرة.

- تعوّد الزوج التخلّف عن بيت الزوجية: تعوّد الزوج التخلّف عن البيت الزوجية وقضاء ليلته بالملاهي، يعدّ إخلالاً بالالتزامات الزوجية وخرقاً لمقتضيات الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فيسمح للزوجة بأن تتمسك بحريتها في طلب التطلق للضرر، وهي حالة وردت في الحكم الاستثنائي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 14 جويلية 1966 على النحو التالي: "الزوج الذي يتصل بعائلة أجنبية عنه في اجتماعاتها وتنزهاتها بمختلف الأماكن وعديد الأوقات مع عدم اصطحابه لزوجته في تلك الاتصالات والاجتماعات والانتقالات إلى أماكن النزهة والتسلية يعتبر

¹³⁷ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 24 / 05 / 1966، ع. 4546، م. ق. ت.، ع. 05، 1966، ص. 55.

¹³⁸ - محكمة الاستئناف بسوسة، قرار مدني، 16 / 12 / 1998، ع. 3387، مقتبس عن: ساسي بن حليلة، مجموعة تعاليق... المرجع السابق، ص.

معرضاً عن زوجته وغير محسن معاشرتها ويكون بذلك قد خالف واجبا من واجبات الزوجية المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية ومن حق الزوجة أن تعتبر ذلك سببا من السباب التي تحوّل لها المطالبة بالطلاق طبقاً للفقرة الأولى من الفصل 31 من المجلة المذكورة¹³⁹.

وأيضاً تم التأكيد عليها من خلال الحكم الاستثنائي الصادر عنها بتاريخ 22 جويلية 1971 الذي قضى بأنّ: "...تعودّ الزوج التخلّف عن بيت الزوجية وقضاء ليلاليه بالملاهي دون مصاحبة الزوجة يشكل إخلالاً بحسن معاملتها ويحوّلها الاستناد إليه للمطالبة بالطلاق عملاً بالفقرة 01 من الفصل 31 من المجلة المذكورة"¹⁴⁰.

وإلى جانب حالي الاعتداء بالعنف من الزوج على زوجته وتعودّ الزوج التخلّف عن بيت الزوجية، اعتبر فقهاء القضاء سجن الزوج، وعجزه، وإخلاله بواجب المساكنة، حالات مبرّرة للتطبيق للضرر¹⁴¹.

وبعد، يظهر من خلال هذه الأحكام والقرارات القضائية أنّ فقهاء القضاء التونسي لعب دوراً هاماً في تحديد الحالات التي تندرج ضمن المفهوم العام للضرر، ولم يقف حائلاً أمام تمسك الزوجة بحريتها في إنهاء العلاقة الزوجية، متى تبين له أنّها تضررت من أفعال وسلوك زوجها.

وأما من الحالات التي اعتبرها القضاء المغربي مبرّرة لطلب التطبيق للضرر نذكر أولاً ما صدر عن المجلس الأعلى:

القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 21 جويلية 1987 والذي جاء فيه: "اتهام الزوج لزوجته بالزنى يعدّ إضراراً بها يحق لها أن تطلب الطلاق منه لهذا السبب لقول خليل: "إن قذفها بزنى في نكاحها"¹⁴².

وقضى المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بتاريخ 09 نوفمبر 1999 بأنّ: "افتراق الزوجين لمُدّة تفوق تسع سنوات فيه ضرر كبير على الزوجة ولو كان راجع لسبب لا يد للزوج فيه؛

¹³⁹ - محكمة الاستئناف بتونس، حكم مدني استثنائي، 14 / 07 / 1966، ع. 59009، م. ق. ت.، 1966، ع. 09، ص. 79.

¹⁴⁰ - محكمة الاستئناف بتونس، حكم مدني استثنائي، 22 / 07 / 1971، ع. 30676، م. ق. ت.، 1972، ع. 04 - 05، ص. 54.

¹⁴¹ - يراجع، ص. 456، 457 - 494 وما بعدها - 578 من هذه الرسالة.

¹⁴² - مجلس أعلى، 21 / 07 / 1987، ملف رقم 875097، مقتبس عن: عبد العزيز توفيق، المرجع السابق، ص. 198 وما بعدها.

عجز الزوج عن إعداد بيت الزوجية وزيارته لزوجته التي توجد خارج المغرب والتي لا تستطيع تهيئ أوراق الإقامة له معها في ألمانيا لسبب خارج عن إرادتها يجعل ما قضت به المحكمة من تطليق الزوجة للضرر مرتكزا على أساس¹⁴³.

وتضمن القرار الصادر عنه بتاريخ 18 أكتوبر 2000 مايلي: "بقاء الزوجة بكرا لمدة سنوات وهي في بيت الزوجية مع زوجها في فراش واحد يعتبر من قبيل الضرر المبرر للتطليق والذي أدى إلى خلاف مستحکم بين الزوجين وإقامة عدّة دعاوى وشكاوى ضدّ بعضهما البعض"¹⁴⁴.

كما جاء في القرار الصادر عنه بتاريخ 23 فيفري 2005 مايلي: "تكون المحكمة على صواب عندما قضت بالتطليق للضرر، بناء على ما ثبت لديها من الحكم الجنحي القاضي بإدانة الطالب من أجل الضرب والجرح، وعدم الالتفات إلى دعوى الزور الفرعي في موجب إثبات الضرر"¹⁴⁵.

هذا عن بعض ما صدر عن المجلس الأعلى بشأن التطليق للضرر، أمّا ما صدر عن محاكم الاستئناف، فنذكر:

ما جاء في القرار الصادر عن محكمة استئناف مراكش بتاريخ 25 أفريل 1995 من أنّه: "إنّ لإقرار الزوج بعدم معاشرته لزوجته منذ 07 سنوات وعدم رؤيتها لأولادها الموجودين عنده وعدم رغبته في رجوعها إليه واستعداده لطلاقها بشروط وحرمانها من المسكن ومساكنة الأبناء هو ضرر لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين؛

وإنّ الضرر هو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها أو سبها أو سب أبيها عند الخرشى، ولو كان الضرر مرّة واحدة فإنّ الزوجة يثبت لها إن شاءت أن تطلق طليقة واحدة بئنة، ومن الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه عنها..."¹⁴⁶.

وكذلك قضى القرار الصادر عن استئنافية القنيطرة بتاريخ 07 فيفري 2001 بأنّه: "إذا كانت العلاقة الزوجية يعود تاريخها إلى سنة 1996 والزوجة غير مدخول بها وغير راضية بزواجها، فإنّ

¹⁴³- مجلس أعلى، 09 / 11 / 1999، ملف رقم 98161، مقتبس عن: عبد العزيز توفيق، المرجع السابق، ص. 342 وما بعدها.

¹⁴⁴- مجلس أعلى، 18 / 10 / 2000، ملف رقم 99396، مجلة قضاء المجلس الأعلى، 2001، ع. 57-58، ص. 161.

¹⁴⁵- مجلس أعلى، 23 / 02 / 2005، ملف ع. 542 / 2 / 1 / 2004، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 139.

¹⁴⁶- محكمة استئنافية مراكش، 25 / 04 / 1995، ملف عدد 933362، مجلة المحامي، ع. 28، ص. 261 وما بعدها.

الإبقاء على هذه الحالة يشكّل ضررا على الطاعنة لأنها محرومة من المباشرة الشرعية مع زوج ترتضيه. والحال أنّها مقيمة بإيطاليا كعامله وتملك سكن هناك في حين أنّ الزوج مقيم بالمغرب ولا يملك حق الإقامة بإيطاليا، وحيث أنّه تأسيسا على ذلك وعملا بقوله تعالى: فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان"، وقوله تعالى: "ولا تذرهما كالمعلقة". وبقاعدة لا ضرر ولا ضرار وأنّ الضرر يزال، فإنّه من العدالة القول بأنّ المعاشرة الزوجية مستحيلة بين الطرفين"¹⁴⁷.

وعن المحاكم الابتدائية صدر:

الحكم الابتدائي عن محكمة ميدلت بتاريخ 31 أكتوبر 2000 وجاء فيه: "دخول الزوج على إثر حادثة سير في غيبوبة دائمة يشكّل ضررا بالنسبة للزوجة ويسمح لها بالمطالبة بالتطليق"¹⁴⁸. كما الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة فاس بتاريخ 23 ماي 2005 وقضى بأنّ: "إقدام الزوج على ضرب وجرح زوجته يعتبر سلوكا مشينا يلحق الضرر المادي والمعنوي بها؛ طلب الزوجة التطليق بناء على ذلك يبقى مؤسّسا ويتعيّن الاستجابة له"¹⁴⁹. بالإضافة إلى الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة تازة بتاريخ 19 جانفي 2006 وقد اقتضى: "وحيث إنّّه وحسب الثابت من وثائق الملف، وخاصة الموجب العدلي عدد 9 وتاريخ 1/11/2004، والذي شهد شهوده بكون المدعى عليه مريضا ومختلا عقليا ولا يعرف ما يضرّه وما يصلحه وأنّه يعيش تائها في كل مكان، وأنّ زوجته المدعية في ضرر، وسند علمهم في ذلك المجاورة والقربة والمخالطة وشدة الإطلاع على الأحوال؛

وحيث قامت المحكمة بالاستماع إلى مجموعة من شهود الموجب المذكور الذين أكّدوا بعد أدائهم اليمين القانونية، ما ورد على لسانهم بالموجب، وبمعاينة أحد الشهود للزوج المدعى عليه وهو يعرض زوجته للضرب بواسطة عصا، كما أضافوا بكون المدعية تعيش هذه الحالة مدّة ثلاث سنوات تحت كفالة ونفقة والدها وأنّ المدعى عليه لم يسأل عنها طيلة هذه المدّة؛

¹⁴⁷ - محكمة الاستئناف بالقنيطرة، 07 / 02 / 2001، مقتبس عن: بفقير محمد، المرجع السابق، ص. 89.

¹⁴⁸ - محكمة ابتدائية ميدلت 31 / 10 / 2000، ملف رقم 2000/347، مجلة الإشعاع، ع. 25، ص. 247 وما بعدها.

¹⁴⁹ - المحكمة الابتدائية بفاس، 23 / 05 / 2005، ملف رقم 2589، مجلة المعيار، ع. 34، 295 وما يليها.

وحيث خلص السيد الخبير في تقريره إلى أنّ المدعى عليه يعاني اضطرابات نفسية ومرض عقلي يستلزم مساعدة الغير في قيامه بشؤونه، وعلاج مدى الحياة وهو ما يدفع به بالقيام بالأشغال المشار إليها أعلاه؛

وحيث إنّه وإعمالاً للمادة 99 من مدونة الأسرة، فإنّ ما أتاه المدعى عليه في حق زوجته المدعية، ألحق بها إساءة مادية ومعنوية جعلتها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية معه نظراً لرفضها للصلح المعروض عليها من طرف المحكمة؛

وحيث أنّه واستناداً لما ورد أعلاه فإنّ طلب المدعية يبقى مؤسساً ويتعيّن الاستجابة له، وبالتالي الحكم بتطليقها من عصمة زوجها المدعى عليه للضرر¹⁵⁰.

- الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة الناظر بتاريخ 19 جوان 2006 وقد ورد فيه: "حيث التمسّت المدعية تطليقها من المدعى عليه طليقة واحدة بآئنة للضرر الناتج عن اتهام الزوج لها بكون البنت... ليست من صلبه؛

وحيث أنّه وفقاً لمقتضيات المادة 99 من مدونة الأسرة في فقرتها الثانية، فإنّه يعتبر ضرراً مبرراً لطلب التطليق كل تصرّف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية؛

وحيث ثبت للمحكمة من خلال وثائق الملف وما تضمنته جلسات البحث والصلح أنّ ادعاء الزوج بأنّ البنت... ليست من صلبه دون إدلائه بدلائل قوية على ادعائه أو سلوك مسطرة اللعان، ألحق بالزوجة إساءة معنوية جعلتها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية، مادام أنّه اتهمها بموجب ادعائه بأنّها أتت بالبنت من الزنا، وبالتالي فإنّ الادعاء المكرّر يشكل وعاءاً للضرر المبرر للتطليق المنصوص عليه في المادة 99 من مدونة الأسرة، خاصّة وأنّ المدعية أصرت على طلبها الرامي إلى التطليق والمدعى عليه رفض الصلح معها بجلسة الصلح المنعقدة لهذه الغاية، وبذلك يكون هذا الطلب مؤسساً ويتعيّن الاستجابة له¹⁵¹.

¹⁵⁰ - المحكمة الابتدائية بنّازة، 19 / 01 / 2006، ملف رقم 04 / 393، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 143.

¹⁵¹ - المحكمة الابتدائية بالناظور، 19 / 06 / 2006، ملف رقم 2004 / 595، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 150 - 151.

- الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة الحسيمة بتاريخ 22 مارس 2007 والذي جاء فيه: "وحيث إنّه وتطبيقا للمادة 99 من مدونة الأسرة، فإنّه يعتبر مبرّرا لطلب التّطليق كل تصرّف من الزوج أو سلوك مشين أو محل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية؛

وحيث إنّ اعتداء المدعى عليه على زوجته بالضرب المبرح، الثابت بإقراره أمام المحكمة، يشكّل ضررا جسمانيا ونفسيا للزوجة أصبحت معه غير قادرة على الاستمرار في العلاقة، خاصّة وأنّ هاته الأفعال تكرّرت لعدّة مرّات حسب الثابت من الأحكام الأجنبية المدلى بها في الملف؛

وبناء على فشل محاولة الصلح بين الطرفين؛

وحيث يكون طلب التّطليق للضرر تبعا لذلك مؤسّسا قانونا ومبرّرا من الناحية الواقعية، ممّا يتعيّن معه الاستجابة له، والحكم تبعا لذلك بتطليق المدعية من عصمة زوجها المدعى عليه طلاقة واحدة تملك بها أمر نفسها"¹⁵².

إذن، كانت هذه بعض القرارات والأحكام القضائية الصادرة عن القضاء المغربي بمختلف درجاته، والتي تنوّعت بين اتهام الزوج زوجته بالزنا، ضربه لها، افتراق الزوجين عن بعضهما البعض، بقاء الزوجة بكرا عدّة سنوات بالرغم من الدخول بها، إساءة الزوج لزوجته ماديا ومعنويا بسبب معاناته من اضطرابات نفسية ومرض عقلي. فهي حالات كيفها القضاء على أنّها تلحق بالزوجة ضررا يستحيل معه دوام العشرة الزوجية ممّا يتعيّن الحكم لها بالتطليق للضرر. وما يظهر من خلالها أنّه نظرا لتعدّد صور الضرر، فإنّ الباب مفتوح أمام الزوجة لتطالب بحقها في التّطليق بكل حرية، غير أنّه وحتى لا تمارس هذه الحرية بطريقة فوضوية ولأى سبب كان، أسندت المهمة للقاضي في تحديد درجة الضرر وتكييفه إن كان مبررا للتطليق.

وإذا عرض على الساحة القضائية التونسية والمغربية حالات التّطليق للضرر، فإنّ القضاء الجزائري هو الآخر لم يخل منها، نذكر منها ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 20 ماي 1985 من أنّه: "من المقرّر شرعا أنّه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق

¹⁵² - المحكمة الابتدائية بالحسيمة ، 22 / 03 / 2007، ملف رقم 31 / 2007، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 146 - 147.

الزوجة من ذلك ضرر بيّن، واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنّه لا سبيل من حال إلاّ بفك الرابطة الزوجية، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محلّه يستوجب رفضه¹⁵³.

وكذلك ما جاء في القرار الصادر عنها بتاريخ 26 سبتمبر 1988 من أنّ: "من المقرّر أنّه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توافرت أسبابه ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون بانعدام الأسباب ومخالفة القانون ليس في محله؛

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أنّ الزوج تماطل في إرجاع زوجته ووقف موقفاً سلبياً فإنّ المجلس بقضائه بتطليق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبقاً صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض الطعن¹⁵⁴.

هذا وقضت ذات المحكمة في القرار الصادر عنها بتاريخ 16 مارس 1999 بأنّه: "من المقرّر قانوناً أنّه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعاً؛

ومتى تبين - في قضية الحال - أنّ الطاعن عقد على المطعون ضدّها مدّة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها، فإنّ الزوجة تضررت خلال هذه المدّة مادياً ومعنوياً، ممّا يثبت تضررها شرعاً طبقاً لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹⁵⁵.

وأيضاً تضمن القرار الصادر عنها بتاريخ 15 جوان 1999 ما يلي: "من المستقر عليه قضاء أنّه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدّته بين الزوجين باعتباره ضرر شرعياً؛

ومتى تبين - في قضية الحال - أنّ الزوجة تضررت لمدّة طول الخصام مع الزوج وأنّ الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنّه لم يمثّل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، ممّا يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض...¹⁵⁶.

¹⁵³ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 20/05/1985، ملف رقم 36314، م. ق.، 1990، ع. 02، ص. 58.

¹⁵⁴ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 26/09/1988، ملف رقم 50519، م. ق.، 1992، ع. 02، ص. 48.

¹⁵⁵ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 16/03/1999، ملف رقم 217179، م. ق.، ع. خ.، 2001، ص. 122.

¹⁵⁶ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 15/06/1999، ملف رقم 224655، م. ق.، ع. خ.، 2001، ص. 129.

بالإضافة إلى القرار الصادر عنها بتاريخ 23 جانفي 2001 والذي جاء فيه مايلي: "حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، وإلى عريضة الطعن ووقائع الملف، يتبين أنّ قاضي الموضوع عندما قضى بتطبيق المطعون ضدها، تأكّد لديه توفر الضرر المعترف شرعا، وذلك باعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي، وذلك ما اعترف به الطاعن شخصيا أمام المحكمة، وصرح نادما على ما وقع منه على شخص المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي. وفيما يخص نعيه على أنّ قاضي الموضوع رفض إرجاء الفصل في دعوى التطبيق إلى حين صدور الحكم الجزائي ببراءته، فهذا الدفع غير ملازم به قاضي الموضوع، فهو دفع مردود، وعليه فالحكم محل الطعن جاء مسببا تسببا كافيا، الأمر الذي يجعل الوجه الوحيد غير مؤسس ويتعين رفضه، حيث ممّا تعيّن معه رفض الطعن"¹⁵⁷.

وفي الأخير نذكر ما قضت به نفس المحكمة بتاريخ 18 جويلية 2001 من أنّه: "إنّ القضاء بتطبيق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة 04 من قانون الأسرة هو تطبيق سليم للقانون"¹⁵⁸.

فمن خلال هذه القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، يتضح الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي في تحديد نوع الضرر، وما إذا كان يسمح للزوجة بالحصول على التطبيق نزولا عند رغبتها، ومن هذه الصور: طول النزاع بين الزوجين، عدم رغبة الزوج في إرجاع زوجته، مماثلة الزوج في إتمام مراسيم الزواج، عدم توفير سكن منفرد للزوجة، الضرب والجرح العمدي، سوء المعاملة.

وعليه، فإنّ موقف التشريعات المغاربية اتجاه التطبيق للضرر مصدره الشريعة الإسلامية وخاصة المذهب المالكي الذي يعطي للزوجة حرية طلب التفريق إذا ما ضارها زوجها بأي نوع من أنواع الإيذاء التي تتمخض كلّها في أنّ للزوج مدخلا فيها وإرادة متحكّمة في اتخاذها، ولهذا يطلقها القاضي عنه. ومع أنّ هذا الحق يتقرّر لها إلا أنّها لا تمارسه بحرية تامّة إذ لا بد من مراعاة بعض الشروط.

¹⁵⁷ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 23 / 01 / 2001، ملف رقم 258555، م. ق.، 2002، ع. 02، ص. 417 - 419.

¹⁵⁸ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 18 / 07 / 2001، ملف رقم 269594، م. ق.، 2003، ع. 01، ص. 349.

ثالثا: الشروط التي تحدّد من النطاق الواسع لحرية المرأة في طلب التطليق للضرر

خلت النصوص القانونية المغاربية من تحديد الشروط الواجب توافرها حتى يكون الضرر مبرّرا للتطليق، غير أنّ قضائها حاول سدّ هذا الفراغ التشريعي. وحول هذه المسألة نجد:

القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 16 فيفيري 1998 والذي جاء فيه: "لئن لم يعرّف المشرع التونسي الضرر الموجب للطلاق فإنّه يؤخذ من روح الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية والقانون المقارن أنّ الضرر المعتبر يشترط فيه أن يكون ثابتا محققا ومن شأنه أن يجعل استمرار المعاشرة الزوجية بين الزوجين أمرا مستحيلا ولا يعدّ نتيجة ذلك الخلاف البسيط أو الإزعاج الظرفي ضمن ماهية الضرر الموجب للطلاق"¹⁵⁹.

وكذلك تضمن القرار الصادر عن المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 18 أكتوبر 2000 ما يلي: "إنّ من شروط الضرر المبرّر للتطليق أن يكون صادرا عن الزوج، أمّا الضرر الذي لا يد له فيه فلا تفصم به العلاقة الزوجية طالما أنّه لم يصدر منه ما يسيء للزوجة من ضرب أو أذى"¹⁶⁰.

هذا وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15 جويلية 2010 ما يلي: "لا يتم في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعا، إثبات الضرب والجرح بحكم جزائي فقط. فقد قضى قضاة الموضوع بالتطليق للضرر المعتبر شرعا بعدما أثبتت الزوجة تعرّضها للضرب والجرح بواسطة شهادتين طبيتين إلى جانب اعتراف الزوج بالواقعة"¹⁶¹.

وفي قرار آخر صادر عن ذات المحكمة بتاريخ 15 سبتمبر 2011 والذي اقتضى بأن: "لا علاقة لجلسة الصلح بقواعد الإثبات. لا يعدّ غياب الزوج عن جلسة الصلح دليلا على توفر الضرر المعتبر شرعا، المبرّر للتطليق". وقد ورد في أحد حيثياتها ما يلي: "حيث أنّ هذا التسبب فيه خرق لقواعد الإثبات التي تقضي من المطعون ضدها -بصفتها مدّعية- تقديم الدليل على ما نسبته للطاعن، وخصوصا وأنّ النزاع يدور حول إنهاء علاقة زواج شرعية نتج عنها ولدان، ولذلك كان على

¹⁵⁹ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 16 / 02 / 1998، ع. 62581، ن. م. ت.، ج. 02، ص. 498.

¹⁶⁰ - مجلس أعلى، 18 / 10 / 2000، ملف رقم 9522635، مقتبس عن: عبد العزيز توفيق، المرجع السابق، ص. 378.

¹⁶¹ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 15 / 07 / 2010، ملف رقم 572240، م. م. ع.، 2010، ع. 02، ص. 278 - 279 - 280.

المحكمة التقيّد بقواعد الإثبات وعدم اعتبار تعيّب الطاعن عن جلسة الصلح دليلاً على ما نسب إليه...¹⁶².

فبالاستناد على ما تضمنته هذه القرارات القضائية نستنتج أنّه بالرغم من المعنى الواسع للضرر والذي يوسع من حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية إلاّ أنّ هناك شروط تحدّد من هذا النطاق الواسع والتي تتمثل فيما يلي:

1- أن يكون الضرر الواقع على الزوجة صادراً من الزوج عمداً وقصداً سواء بالفعل أو القول، فلا يعقل أن تطلب التطلاق إذا لحقها ضرر من أجنبي. كما لا يحق لها طلب التطلاق للضرر إذا كانت هي المتسببة في حدوثه؛

2- لا يشترط أن يكون الضرر واقعا على الزوجة وبمسّها شخصياً، فحتى إذا تعلّق الأمر بإيذاء والديها بالسب أو الشتم فيمكنها طلب التطلاق؛

3- لا يشترط وقوع الضرر بعد الدخول، إذ يمكن للزوجة غير المدخول بها طلب التطلاق للضرر؛

4- يشترط أن يكون الضرر محقق الوقوع، ولا يكون كذلك إلاّ إذا وقع فعلاً أو صار وقوعه في المستقبل أمراً حتمياً، أمّا الضرر الاحتمالي فلا يعتدّ به ولا يعدّ مبرراً لطلب التطلاق؛

5- كون الضرر ممّا لا يستطيع معه دوام العشرة، حيث يجب أن يبلغ الضرر حدّاً من الجسامة، أمّا الإساءة العادية اليومية التي لا تكاد أسرة تخلو منها لا تتخذ سبباً موجباً للتفريق حفاظاً على الأسرة من الانحلال. وإنّ معيار الضرر الذي يؤدّي إلى استحالة دوام العشرة معيار شخصي، يختلف باختلاف بيئة أو ثقافة أو الوسط الاجتماعي للزوجين وتقديره راجع للسلطة التقديرية للقاضي، فما يعتبر ضرراً بالنسبة لزوجة قد لا يعدّ كذلك لأخرى؛

6- يجب إثبات الضرر، فلا يمكن للقاضي أن يجيب الزوجة التي تدّعي الضرر ويحكم لها بالتطلاق لمجرد هذا الادعاء، بل لابد عليها من إثبات ذلك بجميع الطرق كالإقرار والبيّنة وشهادة الشهود.

فرغم أنّ صور التطلاق للضرر متعدّدة ولا يمكن حصرها إلاّ أنّ حرية الزوجة في استنادها على هذا السبب لطلب التطلاق تكون مقيّدة بإثبات وقوعه، وبالسلطة التقديرية للقاضي. وإلى جانب

¹⁶² - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 15/09/2011، ملف رقم 654972، م. م. ع.، 2011، ع. 02، ص. 294 - 296.

تقييد حريتها في إنهاء الرابطة الزوجية بوجود إثبات الضرر المادي، فإن طلبها للتطليق على أساس رفع الضرر المعنوي مقيّد هو الآخر بإثباته واقتناع القاضي بما تقدّمه من أدلة.

المبحث الثاني

تقييد حرية المرأة في طلب التطليق بإثبات الضرر المعنوي

إنّ من الأسباب الموجبة للتطليق ما تتطلّب من الزوجة إثبات الضرر المادي، وهناك أسباب أخرى تلحق بها ضررا معنويا، وذلك عندما تتأذى في عرضها أو في عاطفتها أو شعورها حيث يترك ألما في النفس لا الجسم¹⁶³. غير أنّه لا يكفي تحقّق الضرر المعنوي حتى تمارس الزوجة حريتها في طلب التطليق وإثباتها، ليرجع الأمر في قبوله من عدمه للسلطة التقديرية للقاضي ما يجعل حريتها مقيّدة في فك الرابطة الزوجية.

وبالرجوع إلى التقنيات الأسرية المغاربية المنظمة لأسباب التطليق، نجد أنّ من الأسباب التي تلحق بالزوجة ضررا معنويا العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج، وهنا للزوجة حرية الخيار بين البقاء مع زوجها أو تركه لهذه العيوب (المطلب الأول). وأيضا هناك أسباب أخرى تقتضي التطليق للضرر المعنوي متى تمت مخالفة أحكام التشريع الأسري التي ترمي إلى ضمان الاستقرار العائلي، غير أنّ حرية الزوجة مقيّدة هنا بإثبات مخالفة الزوج لهذه الأحكام، علما وأنها حالات تمنح المرأة الحرية التامة بين التمسك بحريتها أو التخلي عنها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حرية المرأة في الخيار للعيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج

يهدف الزواج إلى تمكين كل من الزوجين من إشباع غريزته الجنسية في نطاق علاقة شرعية تلافيا للفسق والفجور، ولا ريب في أنّ العلاقات الجنسية تلعب دورا هاما في الحياة الزوجية، فإذا كان الزوجين منسجمين جنسيا، فإنّ ذلك سيحقّق لهما توازنا نفسيا ينعكس إيجابا على علاقتهما الزوجية

¹⁶³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، مصادر الالتزام، ص. 764.

فيسودها الاستقرار والانسجام. أما إذا كانا غير منسجمين جنسيا، فمن شأن ذلك أن يؤثر على علاقتهما الزوجية سلبا فتتصدع وتصل إلى حد طلب الطلاق من أحدهما لحرمانه من إشباع رغباته الجنسية كان يأمل أن يحققها بفضل الزواج. ولهذا يمثل عجز الزوج على قيامه بوظيفته الجنسية أحد المشاكل الحادة التي من المحتمل أن تواجه الرابطة الزوجية نظرا لما يحدثه الفراغ الجنسي من آثار سلبية في حياة الزوجين، وهو ما قد لا تصبر عليه الزوجة، فتتمسك بحريتها في خيار طلب التطلق (الفرع الأول).

وأیضا يعتبر الزواج الإطار الشرعي للإنجاب، ولهذا تنجر على عدم الإنجاب آثار سلبية على العلاقات الزوجية، لما يتعرض له الزوجين من توتر نفسي وعاطفي، وكثيرا ما يترتب عن الفشل في الإنجاب تعريض روابط المودة والسكينة داخل الأسرة إلى التصدع، فتختار الزوجة رغبتها في تحقيق الأمومة على البقاء مع زوجها (الفرع الثاني).

ولأنّ العلاقات الزوجية تقوم على المودة والسكينة وراحة البال، فإنّ الأمراض سواء تلك الخطيرة أو المعدية التي تهدد حياة الطرف الآخر أو صحته، أو تلك المنفرة والمشمئزة للنفس، من شأنها التأثير بشكل سلبي على استقرار الحياة الزوجية، ما يدفع بالتساؤل عمّا إذا كان للزوجة الحرية في إنهاء الرابطة الزوجية (الفرع الثالث).

فنظرا لما قد تخلقه هذه العيوب من مشاكل بين الزوجين، ولانعكاساتها السلبية على استقرار الأسرة، أعطى جمهور الفقهاء لكلا الزوجين الحرية في الخيار بين البقاء أو التفريق، وبه تأثر المشرع المغربي¹⁶⁴، بخلاف المذهب الحنفي الذي منح حرية الخيار للمرأة دون الرجل، لأنّ الأخير وإن كان يتضرر بها، فيمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، لكونه بيده، والمرأة لا يمكنها ذلك لأنّها لا تملك الطلاق فتعيّن التفريق طريقا لدفع الضرر¹⁶⁵. وهو ما تبناه المشرع الجزائري. في حين أنّ الظاهرية يرون عدم فسخ النكاح بعيب البتة¹⁶⁶. وخلقو مجلة الأحوال الشخصية التونسية من النص على التفريق

¹⁶⁴- وأجاز الجمهور حق الخيار للعيوب حتى للزوج لأنّ الرجل يعفى من نصف المهر قبل الدخول، وبعد الدخول لها المسمى بالاتفاق وله أن يرجع على الولي في حالة تدليسه بالكنمان.

¹⁶⁵- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 597.

¹⁶⁶- شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن قِيم الجوزية، زاد المعاد... المرجع السابق، ج. 02، ص. 445.

للعيب يفتح باب التساؤل إن كان موقفها يسير باتجاه موقف الظاهرية أم أنّ فقه القضاء التونسي كان كفيلا بسد هذا الفراغ من خلال الاعتراف بحرية الخيار للعيوب للزوجين معا، أم للزوجة فقط، ومنح السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الميبح للتفريق¹⁶⁷؟

وإذا كان يحق للزوجة طلب التفريق للعيب لرفع الضرر عنها، فإنّ ممارسة هذا الحق لا يكون بحرية مطلقة بل مقيّدة بتوافر شروط معيّنة، حدّدت من قبل جمهور الفقهاء وكذلك مدونة الأسرة المغربية، في حين يلمس نقص تشريعي ضمن قانون الأسرة الجزائري الذي اكتفى بجعل العيوب موجبة للتطليق دون ذكر ما تتطلبه من شروط، وكذا الحال فيما يتعلّق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية التي لم تتطرّق أصلا للعيب كسبب موجب للتفريق (الفرع الرابع).

الفرع الأوّل

حرية المرأة في الخيار للعيوب المانعة من المعاشرة الزوجية

إنّ من أهم العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية هو العجز الجنسي لدى الزوج، والذي يعني عدم القدرة على الاتصال الجنسي لعدم تمكّنه من تحقيق الانتصاب أو لتمكّنه من ذلك دون القدرة على المحافظة عليه بالرغم من وجود كل الظروف الموضوعية لإثارة الشهوة الجنسية لديه¹⁶⁸. وتختلف أسباب هذا العيب الفيزيولوجي حسب الأشخاص والظروف الصحية والنفسانية والاجتماعية المحيطة بهم، حيث يمكن تجميع هذه الأسباب في نوعين أوّلها، راجع إلى أسباب نفسانية بحثة. وثانيها، مردّه إلى خلل ببدن المعني بالأمر. وإضافة إلى هذا العجز الطبيعي هناك حالات أخرى تطرأ على الرجل سواء كان ذلك قبل أو بعد الزواج كأن يقطع قضيبه نتيجة حادث أو يتعرّض إلى إشعاع خارجي المصدر المستعمل لعلاج بعض الأمراض¹⁶⁹.

¹⁶⁷- ثريا بن سعد، المرجع السابق، ص. 55.

¹⁶⁸- أنظر، إميل خليل بيديس، واجبات الزوج الجنسية، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط. 01، 1985، ص. 25.

¹⁶⁹- إميل خليل بيديس، المرجع السابق، ص. 49-61-70.

فبغض النظر عن أسباب العجز الجنسي، فإنها تلحق ضررا معنويا بالزوجة لحرمانها من حياة جنسية عادية، فبدل إشباعها خارج إطار الزواج، كان لابد من منحها حرية الخيار بين البقاء بإرادتها الحرة، أو طلب التطليق لرفع الضرر اللاحق بها.

ونظرا لأهمية المسألة عاجلها الفقه الإسلامي، وكذا المشرعين المغربي والجزائري، في حين سكت عنها المشرع التونسي لتبني ضمينا من الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، وصراحة من الفصل 31 من نفس المجلة، وكذا من اجتهادات فقه القضاء التونسي.

ففقها، أجمعت المذاهب السنية الأربعة على أنّ العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية والتي تسمح للمرأة بطلب فك الرابطة الزوجية تتمثل في الخضاء وهو سل الخصيتين، الحب ومعناه استئصال عضو التناسل، العنة وهو ارتحاء في عضو التناسل يمنع القدرة على الوطء، الاعتراض بمعنى عدم انتشار عضو التناسل، وهي كلّها عيوب تختلف دواما وخطورة وتثبت بعد معاينة أهل الخبرة¹⁷⁰.

وبهذا يكون جمهور الفقهاء أجاز إنهاء الرابطة الزوجية من قبل الزوجة للعيوب التي تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح. وهو المعنى الذي تبناه المشرع المغربي صراحة بالفقرة الأولى من المادة 107 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: "تعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتحوّل طلب إنائها: العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية".

ولئن لم يحدّد المشرع المغربي العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية، فهذا لا يمنع من تطبيق المادة 400 من المدونة والتي تحيل إلى تطبيق أحكام الفقه المالكي المبينة أعلاه. وهو ما سار عليه المجلس الأعلى في قرار صادر عنه بتاريخ 29 أكتوبر 1996 والذي تضمن ما يلي: "إنّ الفقرة الثانية من الفصل 54 من مدونة الأحوال الشخصية تتحدّث عن عيوب فرج الرجل التي لا يرحى برؤها دون

¹⁷⁰ - هذه العيوب تصيب الزوج، وهناك عيوب تصيب الزوجة تمنع من المعاشرة تتمثل في الرثق وهو انسداد الفرج، القرن هو عظم أو لحكم سميك ينبت في الفرج، الفتق هو انخراق ما بين القبل والدبر، البخر وهو نتانة الفرج، وقد اختلف الفقهاء في كون هذه العيوب تعطي للزوج خيار فك الرابطة الزوجية، فقد ذهب الحنفية إلى أنّ خيار إنهاء الرابطة الزوجية يثبت للزوجة وحدها دون الزوج لأن هذا الأخير يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي ملكه الله إياه ولا داعي لرفع الأمر للقضاء لما فيه من تشهير بالمرأة. في حين ذهب الأئمة الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنّ هذا الحق يثبت للزوجين، في هذا الصدد راجع: شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 277-278؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني... المرجع السابق، ج. 10، ص. 56؛ علاء الدين أبي مسعود الكساني، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 597.

تميز التي لا يرجى برؤها من غيرها، ومقتضى الفصل 82 من الكتاب الثاني من المدونة فإنّ أحكام الفقه المالكي تعتمد وتطبّق في الحالات التي لم تتعرّض إليها المدونة، وبالرجوع إلى ما جرى به العمل في الفقه المالكي والتي تحدّد عيوب الزوج التي لا يرجى برؤها في ثلاث هي الجب والعنة والخضاء، أمّا الاعتراض فهي من العيوب التي يمهّل فيها القاضي المعترض مدّة سنة؛

المحكمة التي أعرضت عن تطبيق هذه الأحكام الفقهية المتعلقة بالاعتراض والتي هي واجبة التطبيق بمقتضى الفصل 82 من المدونة تكون قد خرقت الفصل 54 من المدونة وعرضت قرارها للنقض¹⁷¹.

هذا وقد جاء في قرار آخر صدر عنه بتاريخ 30 أكتوبر 2001 ما يلي: "إذا ثبت للمحكمة أنّ الزوج عنين يشكو من علة لا يرجى شفاؤها، وأنّ الزوجة لازالت بكرا عذراء رغم استمرار المعاشرة الزوجية بينهما لمدة ثلاث سنوات فإنّ للمتضرّر حق طلب التطلاق"¹⁷².

فمن خلال هذين القرارين نجد أنّ المجلس الأعلى طبّق نص المدونة الرامي إلى جواز التطلاق للعب، وبشأن تحديد العيوب التي تحول دون الاستمتاع الجنسي رجع إلى الفقه المالكي.

وأما عن موقف المشرع الجزائري، فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري أنّه يجوز للزوجة طلب التطلاق: "للعيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج"، وتعتبر هذه العبارة الوحيدة في قانون الأسرة الجزائري التي تنص على العيوب الموجبة لطلب التطلاق بحيث لم يتعرّض المشرع إلى أي تفصيل يخص هذه العيوب ولم يحددها على سبيل الحصر ولم يذكرها على سبيل المثال، هذا ولم يفرّق بين العيوب التي تكون في الزوج وقت العقد أو تطرأ عليه بعده¹⁷³.

وحسنا فعل المشرع بترك العبارة بصيغة عامّة، فترك المجال واسعا أمام السلطة التقديرية للقاضي في أن يكيّف نوع العيب وطبيعته، وهل يحول دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا؟ ولهذا فحرية الزوجة في طلب التطلاق للعب غير مقيّدة بهذا النص القانوني وإنّما هي مقيّدة بسلطة واجتهاد القاضي.

¹⁷¹ - مجلس أعلى، الأحوال الشخصية والميراث، ع؟ 758، 29 / 10 / 1996، ملف رقم 93/5807، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق ص. 101 - 102.

¹⁷² - مجلس أعلى، ع. 760، 30 / 10 / 2001، ملف عدد 2001/365، مجلة قضاء المجلس الأعلى، 2002، ع. 61، ص. 95 وما بعدها.

¹⁷³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون... المرجع السابق، ص. 286؛ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 262.

وبالمقابل يعاب عليه أنه استعمل الجمع فيما يتعلّق بكلمة العيوب، وأنّ التفسير الضيق لهذه الصياغة يؤدّي إلى القول أنّ العيب الواحد غير كافي ويجعل دعوى الزوجية غير مؤسّسة، وحرية الزوجة في طلب التطليق لقيام عيب واحد غير موجودة، في حين يكفي في أن يكون بالزوج عيب واحد من هذه العيوب حتى تطالب الزوجة بالتطليق¹⁷⁴.

فهل يدخل في نطاق هذه الصياغة العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية؟

إذا رجعنا إلى المادة الرابعة من نفس القانون نجد أنّها تنص على أنّ: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب". فكل ما من شأنه أن يمسّ هذه الأهداف يعدّ عيبا موجبا لطلب التطليق.

ولأنّ من أهداف الزواج إحسان الزوجين، فإذا كان بأحدهما عيب يمنع ممارسة العلاقة الزوجية فإنّه سيؤدّي إلى الحرمان وعدم إشباع الغريزة وبالتالي لا يتحقّق أحد أهداف الزواج ألا وهو الإحسان، فنعم يدخل في مفهوم الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة كل عيب يمنع من المعاشرة الزوجية، وللزوجة حرية الخيار بين البقاء أو طلب التطليق. ولتحديد هذه العيوب تطبّق أحكام المادة 222 من نفس القانون والمحيّلة إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي اتفقت على أنّ عيوب الزوج التناسلية المذكورة آنفا تمنع المعاشرة الزوجية وتهدّد الاستقرار الأسري، فللزوجة حرية الخيار في إنهاء الرابطة الزوجية.

وبتفحص للاجتهاد القضائي الجزائري نجد أنّ قرارات المحكمة العليا فصلت في النزاعات المتعلّقة بعيوب الفرج، وعجز الزوج عن مباشرة زوجته نذكر منها القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 08 فيفري 1982 والذي قضى بأنّه: "من المقرّر شرعا أنّ عيوب الفرج ليست كلّها موجبة للطلاق بمجرد الإدعاء بها بل لابد من معرفة مصيرها ومدى قابليتها للعلاج"¹⁷⁵.

¹⁷⁴- زكية حميدو تشوار، مدى حماية الأسرة... المرجع السابق، ص. 126-127؛ جيلالي تشوار، حق الزوجة في الطلاق... المرجع السابق، ص. 83.

¹⁷⁵- مجلس أعلى، غ. أ. ش.، 08/02/1982، ملف رقم 26697، ن. ق.، 1982، ع. خ.، ص. 254.

وفي قرار آخر صادر عن ذات المجلس بتاريخ 19 نوفمبر 1984 والذي جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلاها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعدّ خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية؛

إذا كان الثابت، أنّ قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أنّ الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جنسيا تعدّ كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أنّ يوم تاريخ تنفيذ الحكم القضائي بها، فإنّ هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية فيما قضوا به؛

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن¹⁷⁶.

وأما القرار الصادر عنه بتاريخ 14 ماي 1984 فقد ورد فيه ما يلي: "من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية، ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقة الجنسية معها..."¹⁷⁷.

فمن خلال هذه القرارات القضائية يتضح أنّ العيب المانع من المعاشرة الزوجية يعتبر أحد أسباب التطليق، وهذا توجه سليم، لما يترتب عن هذا العيب من إلحاق الضرر بالزوجة.

وإذا كان المشرعان المغربي والجزائري قد وضعوا أسبابا محدّدة للتطليق ومنها العيوب المؤثرة على استقرار الحياة الزوجية، فإنّ نظيرهما التونسي اكتفى بالمفهوم الواسع للطلاق بموجب الضرر الوارد بالفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، فهل العيب المانع من المعاشرة الجنسية يعتبر ضررا موجبا للتطليق؟

¹⁷⁶ - مجلس أعلى، غ. أ. ش.، 19 / 11 / 1984، ملف رقم 34784، م. ق.، 1989، ع. 03، ص. 73.

¹⁷⁷ - مجلس أعلى، غ. أ. ش.، 14 / 05 / 1984، ملف رقم 33275، م. ق.، 1990، ع. 02، ص. 75.

قبل الحديث عن الفقرة الثانية من الفصل 31 من المجلة التونسية، لابد من الإشارة أولاً إلى أنّ المشرع التونسي لم يضع تعريفاً للزواج ولم يحدّد أهدافه لمعرفة ما إذا كانت المعاشرة الزوجية من صميم العلاقة الزوجية، إلاّ أنّ القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 18 نوفمبر 1986 جاء فيه ما يلي: "وإنّ لم يعرّف المشرع عقد الزواج إلاّ أنّ النظر إلى لازمه الطبيعي وهو العلاقة الجنسية أمر حتمي لذلك، فإنّ محكمة الأصل لما اعتبرت العجز الجنسي سبباً يحول دون استمرار العلاقة الزوجية ولم تعتبره ضرراً يبيح بطلب التعويض تكون قد أساءت تطبيق القانون؛

اقتضى الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية أنّه يحكم بالطلاق بالتراضي أو إنشاء أو للضرر فإذا لم تعتمد المحكمة هذه الأسباب الثلاثة تكون قد خالفت أحكام هذا الفصل وأحكام الفصل 123 من م.م.م.ن، من حيث إهمال السند القانوني للطلاق"¹⁷⁸.

ولم تحذ عن هذا المبدأ في أحدث قرار صادر عنها بتاريخ 07 جوان 2007، إذ اعتبرت أنّ القدرة الجنسية تعدّ من الشروط الجوهرية لعقد الزواج، وكان ذلك بمناسبة تحديدها لتعريف الزواج فجاء كالتالي: "لا خلاف حسب كل الفقهاء وأنّ القدرة الجنسية تعدّ من الشروط الجوهرية لعقد الزواج وهي من الشروط الفيزيولوجية الجوهرية التي تتأسّس عليها العلاقة الجنسية باعتبارها أمراً طبيعياً وحتماً ولازماً لقيام العلاقة الزوجية؛

إنّ المشرع التونسي ولئن لم يعرّف الزواج ضمن م. أ. ش. إلاّ أنّه يمكن القول عامّة أنّ الزواج هو عقد يتعايش بمقتضاه رجل وامرأة تحت سقف واحد ليلتقيا عاطفياً وجنسياً للمحافظة على الجنس ويمكن القول أنّ هذا التعريف يتماشى مع الشريعة الإسلامية"¹⁷⁹.

فمن خلال هذين القرارين، نلاحظ أنّ مجلة الأحوال الشخصية التونسية السابقة كما الحالية لم تعرّف الزواج ولم تحدّد أهدافه¹⁸⁰، ومع ذلك أكدت محكمة التعقيب أنّه في إطار الزواج تمثل العلاقة

¹⁷⁸ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 18 / 11 / 1986، ع. 16285، ن. م. ت.، 1986، ص. 199.

¹⁷⁹ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 07 / 06 / 2007، ع. 12678، ن. م. ت.، 2007، ج. 01، ص. 128.

¹⁸⁰ - على خلاف المشرع الجزائري الذي من خلال تعريفه للزواج وتحديد أهدافه يتبين أنّ المعاشرة الجنسية ضرورية في العلاقة الزوجية لما فيها من إحصان للزوجين.

الجنسية بين الزوجين لازما طبيعيا وأما حتميا يجب أن يكون منظورا إليه بصفة أصلية، في محاولة منها لتدارك النقص التشريعي¹⁸¹.

ولئن لم يضع المشرع التونسي تعريفا للزواج، لكونه ظاهرة طبيعية وإنسانية غنية عن التعريف وحالة اجتماعية شائعة، وحتى لا يقيّد اجتهاد المحاكم للنظر في الموضوع بحسب التطور، ولم يذكر أهدافه. فإنّه بالمقابل فرض على كل من الزوجين، أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به، ويقوم بواجباته الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة عملا بالفقرتين الأولى والثانية من الفصل 23 من نفس المجلة. وإنّ من الواجبات الزوجية المعاشرة الجنسية، ونظرا لما لها من أهمية على تحقيق التوازن النفسي والإحصان الزوجي والاستقرار الأسري، فإنّ تجنّبها أو عدم ممارستها بسبب مانع جنسي يؤدّي إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر، ومتى تحقّق ذلك اعتبر سببا من الأسباب التي يمكن الاستناد إليها لطلب الطلاق تطبيقا للفقرة الثانية من الفصل 31 من نفس المجلة والتي تحوّل لأحد الطرفين طلب الطلاق بناء على ما حصل له من ضرر.

فتبعا لمخالفة أحكام الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، واستنادا للفقرة الثانية من الفصل 31 منها، فإنّه للزوجة المتضررة من عدم ممارسة العلاقة الزوجية لعب في زوجها يحول دون ذلك، لها الحرية في طلب الطلاق. وتدعيما لذلك يستشهد بالقرار الصادر عن محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 27 جوان 1990 والذي اقتضى بأنّه: "إنّ بقاء امرأة عذراء أكثر من سنة من تاريخ الدخول بها يمثل ضررا لاحقا بما تسبّب فيه زوجها المسؤول الوحيد عن إتمام هذا الواجب المحمول عليه مادام لم يثبت سببا مشروعاً منعه من ذلك؛

إنّ هذا الواجب محمول على الزوج لكونه يدخل في نطاق واجباته الزوجية العامة والأكيدة والمقصودة مباشرة بما هو مذكور بأحكام الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، وتفريعا عن ذلك تكون دعوى الطلاق للضرر التي قامت بها الزوجة بسبب بقائها على الحال الآنف ذكره رغم مرور أكثر من سنة عن تاريخ الدخول بها دعوى مبرّرة ممّا يتجه القضاء مجددا طبقها...¹⁸². وهو نفس التوجه الذي سارت عليه محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 01 أكتوبر 2004 والذي جاء في

¹⁸¹ - محمد الحبيب الشريف، تعليق على قرار مدني... المرجع السابق، ص. 45 وما بعدها.

¹⁸² - محكمة الاستئناف بسوسة، 27/06/1990، ع. 1380، م. ق. ت.، ، 1994، ع. 01، ص. 123.

أحد حيثياته ما يلي: "حيث تبث بصورة قاطعة من الاختبار المأذون بإجرائه في القضية بقاء الطاعنة عذراء بعد مدّة من الدخول بها ممّا يؤكّد عدم قيام المعقب ضدّه نحوها بواجبه الجنسي كزوج عادي وسواء أكان ذلك الامتناع منه إراديا بعدم الرغبة في الاتصال بزوجته أو غير إرادي بسبب عجزه الخلقي أو بسبب أي نوع من الأمراض فإنّ ذلك يشكّل ضررا في جانب الزوجة لا جدال فيه يحوّلها طلب الطلاق للضرر"¹⁸³.

فيتضح من خلال هذين القرارين، أنّ حرمان المرأة من إشباع غريزتها بالطريقة الطبيعية وفي إطار زواج شرعي يلحق بها ضررا لا يزال إلّا بفك الرابطة الزوجية، وهذا ما يدفع إلى طرح التساؤل التالي: إذا كان للزوجة حرية طلب التخليق للعجز الجنسي، فهل لها حرية طلب التعويض عن الضرر اللاحق بها؟

بالرجوع إلى الفقرة الرابعة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية نجد أنها تنص على أنّه: "ويقضى لمن تضرّر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الفقرتين الثانية والثالثة أعلاه...". ولكون فقه قضاء تونس اعتبر العجز الجنسي يلحق ضررا بالزوجة، فإنّه عملا بالفصل أعلاه نقول أنّه يحق لها طلب التعويض. وفعلا، كان فقه القضاء التونسي متجها نحو اعتبار العجز الجنسي سببا يبرّر الحكم بالطلاق ويبرّر الحكم بتعويض الضرر كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1986 المذكور آنفا.

إلّا أنّه تراجع عن موقفه، ويظهر ذلك من خلال القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 27 جوان 1990 والذي جاء فيه: "...لئن كان ثبوت الضرر يؤدّي حتما إلى ضرورة الحكم بالطلاق فإنّ الأمر خلاف ذلك بالنسبة للتعويض، إذ لا يحكم به إلّا إذا توافرت شروطه وعناصره الواجب الرجوع في شأنها إلى قواعد القانون العام، ذلك أنّ بين شروط التعويض الأساسية أن يكون المطالب به قد تسبّب فيه سواء عن خطأ أو عن عمد تطبيقا لأحكام الفصلين 82-83 من م. م. إ. ع"¹⁸⁴.

¹⁸³ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 01 / 10 / 2004، ع. 2523، ن. م. ت.، 2004، ج. 02، ص. 476-477.

¹⁸⁴ - محكمة الاستئناف بسوسة، 27 / 06 / 1990، ع. 1380، م. ق. ت.، 1994، ع. 01، ص. 124.

وأيضاً من خلال القرار التعقيبي الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 01 أكتوبر 2004 والذي اقتضى بأته: "إنّ تضرّر الزوجة من العجز الجنسي لزوجها يحوّل لها حق طلب التعويض عن ذلك إذا كان ذلك العجز سابقاً للزواج وأخفاه عنها الزوج، والأمر خلاف ذلك عندما يحصل العجز بعد الزواج فلا مجال لمنحها أي تعويض، لأنّه أمر لا دخل لإرادة الزوج فيه، وهو بلاء تسلّط عليه ولا يتحمّل وزره مرتين"¹⁸⁵.

ويؤيّد هذا التوجه الجديد لفقهاء القضاء التونسي، لأنّه إذا كان ثابتاً تضرّر الزوجة من العجز الجنسي لزوجها، وأنّ هذا الضرر يزال بالطلاق، فإنّه من الظلم والإجحاف الحكم على الزوج بالتعويض، وذلك أنّ الأخير يكون لقيام المسؤولية التقصيرية التي تشترط الخطأ، الضرر والعلاقة السببية، ولأنّ الزوج لم يرتكب خطأً بسلوكه كون العيب خارج عن إرادته ولا ذنب له فيه، فلماذا نحمله الطلاق والتعويض معاً؟ فللزوجة حرية طلب التطبيق للعجز لزوجها الجنسي دون أن تمتد هذه الحرية إلى طلب التعويض.

وبدوره المشرع الجزائري، بناء على نص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة أجاز للقاضي في حالة الحكم بالتطبيق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. وجعل الأمر جوازياً بمعنى أنّه خاضع للسلطة التقديرية، فإن تبين له تعسّف الزوج وتعمّده إلحاق الضرر بالزوجة لزمه بالتعويض وإلاّ حكم بالتطبيق فقط. وتطبيقاً كذلك للمادة 124 من القانون المدني التي تنص على أنّه: "كل فعل أيّاً كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"، فإنّ المسؤولية التقصيرية والحكم بالتعويض لا يكون إلاّ بتوافر الخطأ والضرر والعلاقة السببية. وباعتبار عدم القدرة على المعاشرة الزوجية لعيب في الزوج لا يعدّ خطأً من جانب هذا الأخير، فلا تعويض للزوجة المتضررة وإتّماً الاكتفاء بالحكم بالطلاق لرفع الضرر عنها.

وفي ظل غياب اجتهادات قضائية منشورة تلقي الضوء على هذه الحالة، سيتم الاكتفاء بالاستشهاد قياساً بقرارين خاصين بعدم التعويض لعقم الزوج أحدهما صادر عن المحكمة العليا بتاريخ

¹⁸⁵ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 01 / 10 / 2004، ع. 2523، ن. م. ت.، 2004، ج. 02، ص. 475.

22 ديسمبر 1992 والذي اقتضى بأنه: "من المقرر وقضاء، أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة وتربية الأبناء؛

ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطلاق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب المشروعة الكافية، ما عدا ما يتعلّق بإلزام الزوج بالتعويض، ممّا يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف" ¹⁸⁶.

والقرار الثاني صادر عن ذات المحكمة بتاريخ 13 جانفي 2011 والذي جاء فيه: "لا يتحمّل الزوج، المصاب بمرض العقم، مسؤولية تعويض الزوجة، طالبة التطلاق، عن الضرر الحاصل لها، بفعل عدم قدرته على الإنجاب" ¹⁸⁷.

من خلال هذان القراران نستنتج أنّ عقم الزوج وإن ألحق ضررا بالزوجة، فإنّه لا يوجب التعويض لأنّه خارج عن إرادة الزوج ممّا يمنع حالة التعسف، وقياسا عليه، فلاتحاد عدم القدرة على المعاشرة الجنسية وعدم القدرة على الإنجاب في العلة، فإنّ الزوجة المتضررة من عدم قدرة زوجها على معاشرتها جنسيا لا تستحق التعويض.

وعليه، إذا كان الزوج حسن النية وتبيّن بعد الزواج أنّه غير قادر على معاشرة زوجته، وجب الحكم لها بالطلاق لرفع الضرر اللاحق بها دون إلزامه بتعويضها. أمّا إذا كان الزوج على علم بعيبه قبل الزواج وتعمّد إخفاءه عن زوجته، فهنا يكون مرتكبا سلوكا خاطئا يتعيّن معه الحكم لها بالطلاق والتعويض معا.

وحتى وإن اعتبرت القوانين المغاربية للأسرة أنّ العيب في الزوج الذي يمنعه من المعاشرة الزوجية هو سبب لفك الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطلاق، فإنّ ذلك لا يمنع من طرح التساؤل التالي: ألا يعتبر العجز الجنسي للزوج غلط في صفة من صفاته الجوهرية يخوّل للزوجة حرية طلب إبطال العقد؟

¹⁸⁶ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 22 / 12 / 1992، ملف رقم 87301، م. ق.، 1995، ع. 02، ص. 92.

¹⁸⁷ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 13 / 01 / 2011، ملف رقم 596191، م. م. ع.، 2011، ع. 02، ص. 270.

لم تطرح قضايا إبطال عقد الزواج من أجل الغلط حول شخص القرين العاجز جنسيا أمام المحاكم التونسية أو المغربية ولا حتى الجزائرية، على الرغم من اعتبار العجز الجنسي غلط في صفة أساسية في الشخص والمفروض أنّها تمنح للطرف الآخر ممارسة حق المطالبة بإبطال العقد بكل حرية.

فلو طرحت المسألة مستقبلا على القضاء المغربي بصفة عامة، فلا مانع من اعتبار العجز الجنسي غلط في صفة جوهرية للزوج يبطل على أساسه عقد الزواج، وذلك لأنّ المشرع التونسي تعرّض للزواج الفاسد بالفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية بالقول: "الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث...". والفقرة الأولى من الفصل الثالث من نفس المجلة التي تنص على أنّ الزواج لا ينعقد إلاّ برضا الزوجين، علما وأنّ الرضا المعيب بالغلط يجعل العقد قابلا للإبطال. هذا وقد رتب الفصل 22 من نفس المجلة البطلان على الزواج الفاسد بدون طلاق. وعلى صعيد آخر الفصل 43 من مجلة الالتزامات والعقود صريح في أنّ الرضا الصادر عن غلط يقبل الإبطال، والفصل 46 من ذات المجلة يؤكد أنّ الغلط في أحد المتعاقدين أو في صفة من صفاته لا يكون موجبا للفسخ إلاّ إذا كانت ذات المتعاقد معه أو صفته من الأسباب الموجبة للرضا بالعقد.

وعليه، الغلط في القدرة الجنسية للزوج يعتبر غلط في صفة من صفاته الأساسية، إذ القدرة هي الأصل المفترض والعجز استثناء، فلو علمت الزوجة بفقدان هذه الصفة في زوجها عند التعبير عن رضاها لما أبرمت العقد، ممّا يخوّلها الحق في طلب إبطاله¹⁸⁸.

وإذا رجعنا إلى مدونة الأسرة نجد أنّها قررت بطلان عقد الزواج في حالة عدم تطابق الإيجاب مع القبول طبقا للفقرة الثالثة من المادة 57 من المدونة. أمّا إذا كانت الإرادة مشوبة بعيب الإكراه والتدليس، فإنّه يمكن للمدلس عليه أو المكره المطالبة بإبطال العقد قبل البناء أو بعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم العلم بالتدليس أو من يوم زوال الإكراه وهذا حسبما جاءت به المادة 63 من المدونة.

¹⁸⁸ - محمد الحبيب الشريف، التعليق على قرار مدني... المرجع السابق، ص. 56-57.

والغريب أنّ المادة الأخيرة عاجلت الإكراه والتدليس دون الغلط، الذي نرجع بشأنه للقواعد العامة حيث عاجلته المواد من 39 إلى 45 من قانون الالتزامات والعقود، فنصت المادة 39 منه على أنّه: "يكون قابلاً للإبطال الرضا الصادر عن غلط أو الناتج عن تدليس، أو المنتزع عن إكراه". واعتبرت المادة 41 من القانون أعلاه أنّ الغلط في شخص المتعاقد أو صفة فيه كانت هي الدافع إلى الرضا تعطي الحق للمتعاقد في إبطال العقد.

وهذه المواد من الممكن تطبيقها على حالة العجز الجنسي، وهو ما يفسر التناقض الذي وقع فيه المشرع المغربي فيفهم الفسخ من المادة 108 فقرتها الثانية من مدونة الأسرة بقولها: "يشترط لقبول أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للغيب... 2- ألا يصدر من الطالب ما يدل على الرضا بالغيب بعد العلم بتعذر الشفاء"، في حين استعمل مصطلح التطلق من خلال المادة 109 من المدونة التي تنص: "لا صداق في حالة التطلق للغيب..."، وما يزيد الإبهام، الفقرة الخامسة من المادة 32 من نفس المدونة والتي لم يشر المشرع لا إلى الفسخ ولا التطلق فجاءت عبارتها على النحو التالي: "إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج".

ومع ذلك، وفي ظل عدم التنصيص على حالة الغلط في صفة جوهرية في الشخص ضمن مقتضيات مدونة الأسرة، يمكن اعتبار أنّ إخفاء العيب يعتبر تدليسا يسمح بتطبيق أحكام المادة 63 من نفس المدونة، والقول أنّه إذا كان الزوج عاجزا جنسيا وأخفى هذا العيب على زوجته، فلها الحرية في طلب إبطال العقد خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم علمها بعجزه.

ولا يختلف عنهما التشريع الجزائري، حيث نظم المشرع الزواج الفاسد والباطل ضمن الفصل الثالث بمقتضى المواد من 32 إلى 35 من قانون الأسرة، وحسب الفقرة الأولى من المادة 33 من نفس القانون، فإنّ الزواج يبطل إذا اختل ركن الرضا. ومن جانب آخر نظم الغلط من خلال المواد 81 إلى 85 من القانون المدني فنصت المادة 81 منه على أنّه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطالب بإبطاله". ويكون الغلط جوهريا وفقا للمادة 82 من القانون ذاته إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، أو إذا وقع

في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته. ولأنّ القدرة الجنسية تعدّ صفة جوهرية من صفات الزوج لو علمت الزوجة بعجزه لما أبرمت العقد فمن المفروض أنّه للزوجة الحرية في المطالبة بإبطال العقد.

لأنّ إعطاء الحرية للزوجة في خيار إبطال العقد لعيب في الزوج، يستقيم مع القواعد العامّة ومع مبدأ احترام الإرادة العقدية، كما أنّه لا يخل بمصلحة استقرار الزواج والأسرة وذلك متى علم به الزوج وأخفاه أو سكت عنه ولم تعلم به الزوجة أو ترضى به بعد الدخول¹⁸⁹.

فعلى الرغم من أنّ العجز الجنسي في الزوج هو غلط في صفة أساسية فيه ممّا ينتج قابلية إبطال العقد، إلاّ أنّ القوانين المغاربية قررت إنهاء هذه الرابطة بالتطليق وهو فعلا ما جرى العمل به قضاء إذ لا يطالب المتضرر بإبطال العقد¹⁹⁰.

بهذا نخلص أنّ العيوب التي تمنع الزوج وتجعله غير قادر على معايشة زوجته تحرمها من الاستمتاع بحياة زوجية طبيعية ممّا قد يلحق بها ضررا معنويا يخولها حق إنهاء الرابطة الزوجية بالتطليق. وإذا كانت هذه العيوب تحول تماما دون المعايشة، فإنّه أحيانا يكون الزوج قادرا على معايشة زوجته ولكنّه عاجز عن إكمال العملية الجنسية ما يحرمها من اللذة، فهل عدم إشباع رغبات الزوجة جنسيا يعتبر ضررا يبرّر الحكم بالتطليق؟

إنّ عدم إشباع الرغبات الجنسية من المواضيع الحساسة والتي لا تثار من الناحية الاجتماعية، فحجل المرأة من الحديث عن هذا الموضوع لأنّه من الطابوهات يمنعها من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتطليق. فكم من امرأة تعاني من برودة زوجها -والعكس صحيح-، لكنّها تبقى راضية بحالها خاصّة مع وجود أطفال لها، فيؤدّي ذلك إلى الكبت. وهذا ما يفسّر عدم وجود قرارات مغربية ولا جزائرية تعالج هذا الموضوع لحساسيته كما ذكرنا، وعدم تعوّد المجتمع على طرح مثل هذه المسائل فمواضيع الجنس ناذرا ما تثار، ناهيك عن وجود صعوبة في إثبات عدم قدرة الزوج على إشباع رغباتها الجنسية في ظل غياب أي عيب يشوبه.

¹⁸⁹ - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 15.

¹⁹⁰ - تم التطرق لمسألة الغلط في صفة جوهرية في الشخص من خلال هذه الرسالة، ص. 121 وما بعدها.

ولكون المجتمع التونسي أكثر تحزراً من نظيره المغربي والجزائري فقد عرض على القضاء التونسي نزاع يقترب من هذا الموضوع، إذ صدر عن محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 30 ماي 1990 ما يلي: "اعتراف الزوج بأنه لا يكمل العملية الجنسية يثبت الضرر اللاحق بالزوجة ويبرّر الحكم بالطلاق للضرر وبتعويض مضرّة الزوجة"¹⁹¹.

وسيتّم من خلال هذا القرار التطرّق لمسألة عدم إشباع رغبات الزوجة الجنسية لفهم توجه القضاء التونسي، ومن أجل ذلك لا بدّ أولاً من الاستفسار عن ماهية الرغبات الجنسية للزوجة؟

لا يمكن إعطاء مفهوم جامع مانع مطلق لمصطلح "الرغبات الجنسية للزوجة"، ولا وضع معيار يحدّها فكل ما يمكن قوله هو تلك الرغبات الشرعية والتي تختلف حسب معطيات متباينة لكل زوج وزوجة ومن تلك المعطيات سن كل من الزوجين ومدّة الزواج والحالة الصحية لكل منهما...¹⁹². هذا ولا بد من مراعاة واجب الزوج على المعاشرة بقدر ما يستطيع، فإن كانت الزوجة متوهجة ولديها فائض، فلا يمكن إجبار الزوج على معاشرتها بالقدر الذي تطالب به، وإتّما بالقدر المشروع.

وحتى القرار المذكور أعلاه لا يساعدنا على إيجاد حل نهائي، لأنّ محكمة استئناف سوسة لما أقرّت بالتطبيق للضرر والتعويض ليس ذلك بسبب أنّ الزوجة لم تكن تصل إلى اللذة لعدم قدرة زوجها على إكمال العملية الجنسية، بل لأنّ ذلك أدى إلى عدم افتضاض بكارتها لمدّة تزيد عن ثلاث سنوات. وهو ما يدفع إلى التساؤل عمّا إذا لم يكن ذلك من قبيل العجز الجنسي للزوج، وإذا كان كذلك، فإنّه لا يطرح إشكال إذ للمرأة الحرية في أن تطالب بالتطبيق لعب في الزوج.

فالاستفسار هنا، عن الحالة التي يكون فيها الزوج قادراً على الجماع ولا يشوبه عيب من العيوب الجنسية ولكنّه يبقى غير قادر على إشباع الرغبات الجنسية لزوجته. ولأجل ذلك يتم الوقوف عند قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 30 أفريل 1997 حيث جاء في آخر فقرة من حيثياته ما يلي: "إعراض الزوج عن مباشرة زوجته لعدّة أشهر مستمرة وإهمال حاجاتها إلى المعاشرة المرتقبة بسبب شذوذه الجنسي وغياب الرغبة لديه في الاتصال بها جنسيا بصفة طبيعية أي

¹⁹¹ - محكمة الاستئناف بسوسة، قرار مدني، 30 / 05 / 1990، ع. 1380،، مقتبس عن: ساسي بن حليلة، مجموعة تعاليق... المرجع السابق، ص.

280.

¹⁹² - ساسي بن حليلة، مجموعة تعاليق على قرارات... المرجع السابق، ص. 286 - 287.

بالإيلاج والإنفاض بالموطن الطبيعي يلحق مضرة بالزوجة وعليه كان لقيام الزوجة بطلب الطلاق من الزوج للضرر من أجل ما ذكر قائم في الواقع والقانون وهو الإمساك عن وطئها واجتنابها في تحقيق اللذة الجنسية دون عذر مقبول¹⁹³.

إنّ هذا القرار يعدّ بمثابة الثورة في ميدان فقه القضاء المتعلّق بالعلاقات الزوجية إذ عبّر صراحة عن عدم تحقيق اللذة الجنسية للزوجة بغض النظر عمّا يكون قد سبب له المصطلح من إحراج أو خجل. ولكن مرة أخرى تم التصريح بالطلاق للضرر، لأنّ الزوج شاذ جنسيا ويحاول إتيان الزوجة من دبرها ما يجرمها من الاستمتاع بعلاقة جنسية طبيعية، وليس لكونه يعاشرها بطريقة طبيعية شرعية دون إيصالها إلى اللذة. ولا يتصوّر ألاّ يحكم القضاء المغربي أو الجزائري بالتطليق للزوجة متى كان زوجها شاذًا جنسيا للضرر ومخالفة أحكام الشرع.

وعليه، حتى وإن اتسم القضاء التونسي بنوع من التحرّر والجرأة في الحديث عن عدم إشباع رغبات الزوجة الجنسية إلاّ أن ذلك يبقى راجع إمّا لعجز جنسي أو لشذوذ الزوج. فتبقى قضايا التطليق لعدم إشباع الرغبات الجنسية مع القدرة الكاملة والطبيعية للزوج غائبة تماما على صعيد القضاء التونسي والمغربي والجزائري، فالجنس مهما كان من أمر لا يزال محل حشمة وحياء لا يتحدث في شأنه ولا يلمح إليه، وإذا ما أثارت المرأة تكون في نظر المجتمع قد بلغت درجة من الوقاحة مكنتها من الوقوف أمام القضاء لتطالب باللذة. وبغض النظر عن هذا وذاك، فإنّ فرضية الحكم بالتطليق لا تكون على أساس العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج ولا عدم المقدرة على المعاشرة الجنسية وإمّا على أساس الضرر الذي يبقى القاضي الوحيد القادر على تحديده بالأخذ بعدّة معطيات أو الاقتناع بوجوده خاصّة مع صعوبة الإثبات من قبل الزوجة التي تبقى كلمتها في مواجهة كلمة زوجها. هذا عن العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية، فماذا عن مشكل العقم الذي يحول دون الإنجاب؟

¹⁹³ - ساسي بن حليلة، مجموعة تعليقات على قرارات... المرجع السابق، ص. 75 - 76.

الفرع الثاني

حرية المرأة بين البقاء مع زوجها العقيم وتحقيق حلم الأمومة

قد لا يشكو الزوج من عيب تناسلي وعلى الرغم من ذلك يكون غير قادرا على الإنجاب، فهل العقم للمرأة الحرة في طلب التطليق؟

العقم هو عدم قدرة الجهاز الخاص بالإنجاب لكل من الزوج أو الزوجة على القيام بأداء ما أنيط به من مهام، رغم القدرة على ممارسة العملية الجنسية بكيفية كاملة¹⁹⁴. وعلى عكس ما كان معتقدا سابقا في تحميل الزوجة وحدها مسؤولية عدم الإنجاب كشف الطب الحديث عن حالات يكون العقم فيها سببه متعلّقا بالرجال، وترجع أسباب العقم عند الرجال في إصابة الخصي بأمراض كانهدامه كلياً أو احتجازه في البطن وعدم نزوله إلى الصفن أو هجرته، أو إصابة المسالك التناسلية كانسداد حبلي المني والتهابات الحويصلات المنوية والبروستات، أو بسبب عدم حصول الإلقاح لانعدام القذف أو سرعة الإنزال¹⁹⁵. ولا تعدّ هذه الأمراض البدنية لوحدها المتسببة في العقم، فقد يرجع هذا الأخير لعوامل نفسية تتجلى خصوصا في وجود نوع من الزيجات غير المتجانسة سيكولوجيا أو بدنيا بسبب التنافر الروحي أو لوجود أجسام مضادة تعرف بالمناعة ضد الرجل¹⁹⁶.

فحقيقة أنّ العقم قد يصيب المرأة كما قد يصيب الرجل، غير أنّه وهو في المرأة لا يكلف الزوج عناء كبيرا في إيجاد سبيل للخروج منه وهو الزواج من امرأة أخرى تحقّق له رغبة الأبوة، أو الطلاق الذي يكون بإرادته المنفردة وقتما شاء¹⁹⁷، ولهذا إذا طلقها يعتبر طلاقه تعسّفا موجبا للتعويض¹⁹⁸. أمّا إذا كان في الرجل، فإنّه يبقى أمام الزوجة حلاً وحيداً وهو طلب فك الرابطة الزوجية، على اعتبار

¹⁹⁴- أنظر، فاخوري سبيرو، العقم عند الرجال والنساء، دار العلم للملايين، ط. 05، 1988، ص. 36.

¹⁹⁵- أنظر، فاخوري سبيرو، العقم عند الرجال والنساء - أسبابه وعلاجه -، دار العلم للملايين، لبنان، ط. 06، 1991، ص. 32 وما بعدها.

¹⁹⁶- أنظر، زكية تشوار حميدو، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، م. ج. ع. ق. إق. س.، 2003، ع. 01، ص. 26.

¹⁹⁷- أنظر، أحمد حمراوي، تأسيس دعوى التطليق على عدم إنجاب الزوج، م. ق.، 1995، ع. 02، ص. 37.

¹⁹⁸- وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 15 / 11 / 2006 بقولها: "عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعدّ سببا من الأسباب الشرعية والقانونية المخوّلة للزوج حق الطلاق، بتظلم الزوجة"، محكمة عليا، غ. أ. ش.، 15 / 11 / 2006، ملف رقم 373707، م. م. ع.، 2007، ع. 01، ص. 499.

أنّ الزوجة قد تتحمّل العيوب المتصلة بزوجها باستثناء أن تحرم من عاطفة الأمومة¹⁹⁹، اللهم إلا إذا رضيت بذلك بإرادتها الحرة.

فهل فعلا منحت القوانين المغاربية للأسرة للزوجة حرية الخيار بسبب عقم زوجها؟

برجعونا إلى التشريعات المغاربية للأسرة نجد أنّ الصياغة المعتمدة من قبل المشرعين الثلاث لم تتضمن صراحة حالة عقم الزوج كسبب من أسباب التطليق، ومع ذلك نرى أنّ صياغة المشرع الجزائري كانت أحسن من الصياغة المعتمدة من قبل المشرعين التونسي والمغربي. وذلك لأنّ الشارع التونسي كما سبق وأشارنا لم يحدّد أسباب التطليق على سبيل الحصر وإتّما استعمل مصطلحا واسعا من خلال الفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بنصها: "يحكم بالطلاق...3- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر".

فهل عقم الزوج يندرج ضمن صياغة هذه الفقرة؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من معالجة موقف فقه القضاء التونسي الذي يرجع له الفضل الكبير في إيجاد حلول للنزاعات المطروحة أمامه بما يتماشى والتشريع المعمول به خاصّة في ظلّ وجود صياغة عامّة واسعة.

بداية، وفي ظل غياب تعريف للزواج وتحديد أهدافه ضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، نجد أنّ فقه قضاء تونس اعتبر أنّ الإنجاب من أهم المقوّمات التي يقوم عليها عقد الزواج وذلك من خلال القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 23 جانفي 1990 والذي جاء فيه: "إنّه من المسلم به فقها وواقعا وتشريعا أنّ من أبرز مقومات الزواج والواجبات المتبادلة من الزوجين تحقيق الاتصال بينهما دون موانع اختيارية ولا خلقية تحول دونه باعتباره الغاية المقصودة من الزواج المرتبة للنتائج المؤمّلة منه وفي طليعته الإحصان والتعفف والإنجاب وهي مقوّمات أساسية يقوم عليها الزواج"²⁰⁰.

¹⁹⁹- أنظر، محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، -انحلال ميثاق الزوجية وأثاره-، الكتاب الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدرا البيضاء، المغرب، ط. 02، 2009، ص. 189.

²⁰⁰- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 1990/01/23، ع. 24219، ن. م. ت.، 1990، ص. 149.

ومع أنّ فقه القضاء اعتبر أنّ الإنجاب هو من أهم المقوّمات التي يقوم عليها الزواج، إلاّ أنّه من جانب آخر لم يعتبر العقم سببا موجبا للطلاق للضرر، فإن كانت الزوجة عقيما فلا يسمع لدعوى الزوج بطلب الطلاق للضرر وحجتها في ذلك جهل المرأة قبل الزواج لحالة العقم التي هي عليها، ولكونها لم ترتكب أي خطأ لأنّ العقم شيء خفي لا يمكن أن يبرز إلاّ بعد الزواج ولا ضلع للزوجة فيه²⁰¹.

ولهذا، فإنّ الطلاق لعقم الزوج لا يجد أساسا له ضمن الفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية. والغريب أنّ فقه القضاء التونسي توصل إلى الحكم بالطلاق للضرر على معنى الفقرة الثانية من الفصل 31 من المجلة في الحالة التي يكون فيها الزوج عاجز جنسيا، في حين لا طلاق للضرر إذا كان الزوج عاقر وهذا بالرغم من أنّ كلتا الحالتين تلحقان ضررا معنويا بالزوجة ولا إرادة للزوج فيهما، ويرجع الأستاذ ساسي بن حليلة تفسير ذلك إلى أنّ العقم لا يمنع من الحياة الزوجية بصورة عامّة ومن الاتصال الجنسي بصورة خاصّة، بينما يحول العجز دون الاتصال الجنسي²⁰².

ولا يمكن تأييد هذا الرأي، إذ لا خلاف أنّ النسل يعدّ من المقوّمات الأساسية التي يقوم عليها الزواج، فإذا كان الاتصال الجنسي يحقّق الإحصان، فإنّ الإنجاب يحافظ على الأنساب. كما أنّ حرمان الزوجة من عاطفة الأمومة إذا كانت مصرّة على إنهاء الرابطة الزوجية يلحق بها ضررا وجب رفعه بالطلاق. وهذا ما يفسّر خروج محكمة الاستئناف بالمنستير عن ما اتّجهت إليه محكمة التعقيب وذلك بمناسبة القرار الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 2009 حيث تمحورت وقائع القضية بأن اشتمت الزوجة المدعية زوجها العقيم وحرمانها من نعمة البنين فطلبت الطلاق للضرر، إلاّ أنّ المحكمة الابتدائية بالمنستير قضت بعدم سماع الدعوى ما دفع الزوجة إلى استئناف الحكم والذي قضت محكمة الاستئناف من خلاله بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بإيقاع الطلاق بين الزوجين المتداعيين بموجب الضرر من الزوج²⁰³.

²⁰¹ - ساسي بن حليلة، مجموعة تعاليق على قرارات... المرجع السابق، ص. 145 - 146.

²⁰² - ساسي بن حليلة، مجموعة تعاليق على قرارات... المرجع السابق، ص. 145.

²⁰³ - محكمة الاستئناف بالمنستير، 16 / 10 / 2009، نشر على موقع الأنترنت: Lejuriste.montadahlilal.com.

فهل سيكون هذا التوجه الجديد الذي سيستقر عليه فقه القضاء بعدما اعتبر عقم الزوجة أو الزوج لا يجيز الطلاق للضرر؟

في الواقع، وأمام توجه فقه القضاء التونسي إلى عدم سماع دعوى الطلاق للضرر بسبب عقم الزوج، يفتح باب آخر للتساؤل عما إذا كانت الزوجة مجبرة على مواصلة حياتها مع زوجها العقيم أم أنّ هناك حلول أخرى لها أن تسلكها لتتمسك بحريتها في وضع حدّ لهذه الرابطة الزوجية؟

لا يمكن القول بإجبار الزوجة على البقاء مع زوجها العقيم رغما عنها لما فيه من تعارض مع مبدأ الرضائية القائم عليه الزواج، وغياب للمودة والرحمة، وهدم الاستقرار الأسري، ولهذا وضمن مجلة الأحوال الشخصية لدينا ثلاث احتمالات، الأوّل، هو أن يتفهم زوجها وضعيتها وأن لا يقف أمام إصرارها على تحقيق حلم الأمومة وبالتالي يعمدان إلى الطلاق بالتراضي، فترفع دعوى على أساس الفقرة الأولى من الفصل 31 من المجلة. أمّا الثاني، فهو أن تكون الزوجة قد اشترطت قبل إبرام عقد الزواج أن لا يكون الزوج عقيماً، فإن تبين عقمه بعد الزواج تلجأ إلى تطبيق الفصل 11 من نفس المجلة الذي يسمح لها بطلب الفسخ بطلاق في حالة مخالفة الشرط أو عدم وجوده، ولو أنّه لا يتصوّر أن تشترط الزوجة شرط الإنجاب أثناء إبرام العقد تفاعلاً بصحة القرين.

فأمام إمكانية عدم تحقّق الاحتمال الأوّل لعدم وصول الطرفين إلى اتفاق، وعدم تحقّق الاحتمال الثاني لعدم اشتراط الإنجاب قبل إبرام العقد، يبقى أمامها الاحتمال الثالث وهو المطالبة بالطلاق على أساس الفقرة الثالثة من الفصل 31 من المجلة الناصّة على أنّه: "...بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به". وهنا يحكم لها بالطلاق دون أن تذكر الأسباب، إلّا أنّ المشكل يكمن في كون الفقرة الرابعة من ذات الفصل من المجلة تقضي بالحكم بالتعويض للطرف الآخر المتضرّر، فكيف يكون الزوج عقيماً ويحكم على المرأة بتعويضه؟

أمام الإشكالات التي يمكن أن تطرحها الاحتمالات الثلاث أعلاه، كان من الأفضل السماح لها بطلب الطلاق للضرر حتى وإن كان العقم خارج عن إرادة الزوج فيكون على أساس الضرر المفترض لعدم ثبوت الخطأ، مع عدم الحكم لها بتعويض حتى لا يتحمّل الزوج الميز في وقت واحد.

ولا تعدّ المجلة التونسية الوحيدة التي لم تعالج مسألة العقم، فكذلك برجعنا إلى مدونة الأسرة المغربية نجدها لم تتضمن هذه المسألة، وبالرغم من أنّ المادة 107 منها نصت على العيوب التي تؤثر على استقرار الحياة الزوجية، إلا أنّها لم تدرج حالة العقم ضمنها. فالفقرة الأولى منها نصت على العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية أي التي تحول دون الاتصال الجنسي فيغيب معها الاستمتاع الشرعي بين الزوجين ولا يمكن اعتبار العقم من العيوب المانعة من المعاشرة الجنسية لأنّه يحول دون الإنجاب لا الاتصال. فقد يكون الزوج قادرا على ممارسة العملية الجنسية بكيفية كاملة ومع ذلك لا يتحقّق الإنجاب، وعلى هذا ليس للزوجة التي تشكو عقم زوجها الحرية في أن تؤسّس طلب التطليق على أساس الفقرة الأولى من المادة 107 من مدونة الأسرة.

ومن جهتها الفقرة الثانية من نفس المادة نصت على الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته التي لا يرجى الشفاء منها خلال سنة، وهنا أيضا لا تدرج حالة عقم الزوج ضمن هذه الفقرة. فالعقم لا يمكن اعتباره من الأمراض الخطيرة والتي تهدّد حياة أو صحة الزوج الآخر، لأنّه مرض يصيب الجهاز الخاص بالإنجاب للزوج ولا تنتقل العدوى هنا إلى الزوجة بطريق الاتصال الجنسي. فالتطليق للعقم لا يجد ما يبرّره ضمن هذه الفقرة أيضا.

فكما يلاحظ، فالمشرع المغربي لم يحدّد العيوب بحصرها، بل ولم يذكر حتى أمثلة عنها، وإتّما وضع ضابطين أساسيين، أولهما، عدم القدرة على المعاشرة الزوجية. وثانيهما، خطورة المرض على الزوج الآخر، ومن هذين المعيارين نجد أنّه استثنى وبوضوح عيب العقم لأنّه ليس بمانع من الوطء، كما أنّه ليس مرضا خطيرا على الطرف الآخر.

فإذن، أمام عدم حرية الزوجة في طلب التطليق لعقم الزوج على أساس المادة 107 من مدونة الأسرة، هل لها الحرية في طلب ذلك على أساس التطليق للضرر المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 99 من نفس المدونة؟

تنص هذه الفقرة على أنّه: "يعتبر ضررا مبرّرا لطلب التطليق، كلّ تصرّف من الزوج أو سلوك مشين أو مخلّ بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية".

لاشك أنّ عقم الزوج وحرمان الزوجة من عاطفة الأمومة يلحق بها ضرراً معنوياً، إلاّ أنّه لا يمكنها أن تطلب التطليق على أساس الفقرة الثانية من المادة 99 من المدونة، فكما هو واضح من خلال صياغة هذه الفقرة، فإنّ الضرر المبرّر لطلب التطليق يجب أن يكون ناتجاً عن سلوك أو تصرّف خاطئ من الزوج، وفي حالة العقم لا يعتبر الزوج مخطئاً إذ لا إرادة له فيه.

وبهذا، فالعقم الطبيعي للزوج لا يمكن أن يكون سبباً للتطليق، عكس العقم الاختياري الذي يحصل بفعله قصد الإضرار بالزوجة حتى لا تنجب منه، فهنا لها حرية طلب التطليق للضرر على معنى الفقرة الثانية من المادة 99 من المدونة. وهذا الاتجاه يبرّره القرار الصادر من المجلس الأعلى بتاريخ 14 سبتمبر 1999 والذي جاء فيه: "...وفيما يتعلّق بالوجه الثالث المتخذ من عدم اعتبار العقم من الأسباب الموجبة للتطليق فإنّ ذلك إنّما يتعلّق بالعقم الطبيعي الذي لا يقصد به الإضرار بالزوجة، أمّا عندما يحصل العقم بفعل الزوج وإرادته بقصد الإضرار بالزوجة حتى لا تنجب منه فإنّ ذلك يعتبر إضراراً يبرّر التطليق ممّا يجعل ما ورد في هذا الوجه بدون أساس"²⁰⁴.

وإذا كان التطليق لعقم الزوج لا يتماشى مع الفقرة الثانية من المادة 99 من المدونة، فإنّه لا يستقيم كذلك مع نص المادة 101 منها التي تنص على أنّه: "في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة أن تحدّد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر".

فلا يجد العقم أساساً له في التطليق للضرر، لأنّ الحكم بهذا الأخير يقتضي معه الحكم بالتعويض، وفي حالة العقم وبالرغم من أنّه يلحق ضرراً بالزوجة إلاّ أنّه من الإجحاف الحكم على الزوج بالتعويض لكي لا يتكبد ألمين، ألم الفراق وألم التعويض وهو الذي لا ذنب له فيما حلّ به.

استناداً لما ذكر أعلاه، ليس للزوجة الحرية في أن تطالب بالتطليق لعقم زوجها على أساس المادة 107 من المدونة، ولا على أساس المادة 99 منها. فهل هذا يعني إجبارها على البقاء مع زوجها؟

حتى وإن تمّ التوصل إلى أنّه لا يمكن للزوجة الاستناد في طلبها التطليق لعقم زوجها على أساس التطليق للغيب ولا التطليق للضرر، فإنّه لا يمكن التسليم بالقول أنّها تبقى في ذمة زوجها بالرغم ممّا قد يلحقها من الضرر، ودون إرادتها.

²⁰⁴ - مجلس أعلى، 14 / 09 / 1999، ملف رقم 96478، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع. مزدوج 59-60، ص. 155 وما بعدها.

ولهذا يبقى لها حلاً وحيداً لإنهاء هذه الرابطة الزوجية وهو اللجوء إلى مسطرة التطلاق للشقاق والتي نظمها المشرع المغربي ضمن المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة²⁰⁵. حيث تنص المادة 94 منها على أنه: "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل محاولات الإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة 82 أعلاه". هذا وتضيف المادة 97 من ذات المدونة أنه: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطلاق والمستحقات...".

وعلى الرغم من أن المواد المنظمة للتطلاق للشقاق لم تتضمن حالات محدّدة ومنها عقم الزوج إلاّ أنّها تركت المجال مفتوحاً خاضعاً للسلطة التقديرية للقضاء. ومما لا ريب فيه، فإنّ عقم الزوج وحاجة الزوجة إلى تحقيق حلم الأمومة قد يؤدّي في غالب الأحيان إلى تصدّع العلاقة الزوجية بسبب ما ينتج عنه من آثار نفسية وخيمة، وينجر عنه من مشاكل تصل إلى حدّ فك الرابطة الزوجية.

فكثرة الخلافات بين الزوجين بسبب العقم تلحق بهما أضرار جسيمة وتستحيل معها استمرار المعاشرة الزوجية ممّا يتعيّن الحكم بالتطلاق بسبب الشقاق، وهو ما ورد في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 23 ماي 2005 جاء فيه ما يلي: "استحالة استمرار المعاشرة الزوجية بين الزوجين وإمكانية حصول أضرار جسيمة في حالة استمرارها، يتعيّن معه الاستجابة لطلب التطلاق بسبب الشقاق"²⁰⁶.

كما أنّها تخدم الود والاحترام المتبادل، وإنّ لا يمكن إجبار الزوجة على العيش مع زوجها العقيم تحت سقف واحد رغماً عنها ودون رضاها مع إصرارها على إنهاء علاقتها الزوجية لذا وجب تطلقها للشقاق، وهو قول تجسّد من خلال المبدأ الذي أقرته المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 23 ماي 2005 فقد ورد فيه ما يلي: "عقد الزواج عقد رضائي من أهم مقوماته المساكنة الشرعية على أساس الود والاحترام المتبادل؛

²⁰⁵ - نتطرق لها بالتفصيل لاحقاً يراجع، ص. 657 وما بعدها من هذه الرسالة.

²⁰⁶ - محكمة ابتدائية فاس، 23 / 05 / 2005، ع. 2648، ملف رقم 042123، مجلة المعيار، ع. 34، ص. 301 وما بعدها.

لا يمكن للمحكمة أن تفرض على الطرفين العيش تحت سقف واحد أمام إصرار الزوجة على إنهاء العلاقة الزوجية؛

الاستجابة لطلب التطلق على أساس الشقاق نعم²⁰⁷.

ولكون الإنجاب أو تحصيل الذرية من أهم الأهداف المرجوة من عقد الزواج، فإنّ العقم يحول دون تحقيق هذه الغاية مما يستوجب قبول طلب الزوجة التطلق للشقاق دون الحكم لها بالتعويض، لأنّ الزوج العقيم لا يعتبر مسؤولاً عما هو خارج عن إرادته. وفعلاً أصدرت المحكمة الابتدائية بفاس حكماً بالتطلق للشقاق بتاريخ 06 جوان 2005 معللة ذلك بأنّ ثبوت الشقاق المانع من الحياة الزوجية بشكل هادئ تحقيقاً للغاية التي قصدها المشرع من الزواج، يستلزم الاستجابة لطلب التطلق للشقاق²⁰⁸.

إنّ الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة ابتدائية فاس والمذكورة أعلاه، حتى وإن لم تشر إلى عقم الزوج كسبب يبرر للزوجة طلب التطلق للشقاق، إلاّ أنّه تم الاستدلال بها لأنّ العلل التي قدمت تتماشى تماماً مع حالة العقم الذي من شأنه أن يخلق مشاكل وخلافات بين الزوجين تؤدّي إلى الشقاق المستمر فتستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية، وفي هذا كّلّه تعارض مع أهداف الزواج الرامية إلى المودة والرحمة وتحصيل الذرية مما يستدعي التطلق للشقاق.

هذا ويمكن التأكيد على أنّ للزوجة الحرية في طلب التطلق للشقاق بسبب عقم زوجها قياساً على حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرماني بتاريخ 09 أكتوبر 2004 والذي استجابت المحكمة من خلاله لطلب الزوجة التطلق للشقاق بسبب العجز الجنسي لزوجها على الرغم من أنّ هذا الأخير يندرج ضمن المادة 107 من المدونة كما سبق تعليقه. وقد جاء في حيثيات هذا الحكم ما يلي: "...وحيث أسست الزوجة الأسباب الداعية لطلبها على كون الزوج يعاني عجزاً جنسياً نتج عنه أنّه لا زالت بكرًا رغم معاشرته لها معاشرة الأزواج مما أثر على نفسية الرجل وتعدّر عليها الاستمرار

²⁰⁷ - محكمة ابتدائية فاس، 23 / 05 / 2005، ع. 2548، ملف رقم 04693، مجلة المعيار، ع. 34، ص. 288 وما بعدها.

²⁰⁸ - محكمة ابتدائية فاس، 06 / 06 / 2005، ع. 042785، ملف رقم 042479، مجلة المعيار، ع. 34، ص. 305 وما بعدها.

معه على هاته الحال رغم مرور حوالي ثلاث سنوات على زواجهما، وأنه أمام تخلف الزوج لنفيه أو لإثبات هاته الوقائع تعذر على المحكمة إجراء محاولة الصلح بينهما؛

وحيث أنّ الشقاق هو الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية دون تحديد المشرع لحالات محدّدة داخلية في نطاقه، بل هو مفهوم واسع وعام لا يشمل حالة بعينها؛

وحيث إنّه بمقتضى المادة 97 من مدونة الأسرة، فإنّه في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تحكم المحكمة بالتطليق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83، 84 و85 منها؛

وحيث تكون بذلك الإجراءات المتعلّقة بمسطرة التطليق للشقاق قد استوفت شكلها المنصوص عليه في المواد 94 إلى 97، فحكمت المحكمة بجلستها وهي ثبت بغرفة المشورة نهائياً: بتطليق المدعية من زوجها المدعى عليه طليقة واحدة بئنة للشقاق مع الحكم عليه بإيداعه المبالغ التالية لفائدة الزوجة: 2000,00 درهم واجب المتعة، 900,00 درهم واجب النفقة خلال فترة العدة، 900,00 درهم واجب السكن خلال فترة العدة²⁰⁹.

فعلى الرغم من وضوح نص المادة 107 من مدونة الأسرة والتي تجيز التطليق للعيوب التي تحول دون المعاشرة الجنسية بين الزوجين، ووجود قرارات أقرت بأنّ الزوجة التي يعاني زوجها من عجز جنسي لها الحرية في طلب التطليق للعيوب على أساس الفقرة الأولى من المادة 107 من المدونة، إلا أنّ هذا الحكم أسّس على التطليق للشقاق المنصوص عليه في المواد 94 إلى 97 من نفس المدونة، وربما كان كذلك في محاولة من القضاء التوسّع أكثر خاصّة وأنّ المشرع قيّد التطليق للعيوب بشروط وآجال فإن لم تتمكن الزوجة من إثباتها أو إذا كان هذا العجز الجنسي لا يرجع إلى عيب خلقي في الزوج، جاز لها اللجوء إلى مسطرة الشقاق. فما بالك بالتطليق للعقم الذي لم يرد النص عليه من خلال المادة 107 من مدونة الأسرة ولا المادة 99 منها، ممّا يستدعي إدراجه ضمن المواد المنظمة للتطليق للشقاق حتى لا تبقى الزوجة المتضررة في عصمة زوجها رغماً عنها.

²⁰⁹ - محكمة ابتدائية الروماني، 2004/12/09 تحت عدد 40 مكرر في الملف رقم 200454.

فخلو مجلة الأحوال الشخصية التونسية ومدونة الأسرة المغربية من التنصيص على عقم الزوج كسبب موجب للتطليق مردّه إلى الموقف الفقهي الإسلامي، ففي ظل تحديدهم للعيوب الموجبة للتفريق لم يتم إدراج حالة العقم ضمنها. حيث حدّدها المالكية ب 13 عيباً، أربعة يشتركان فيها وهي الجنون والجذام والبرص والعذيمة، وأربعة خاصّة بالرجل الجب والخصاء والاعتراض والعنة، وخمسة خاصّة بالمرأة وهي الرتق والقرن والعفل والإقصاء والبخر²¹⁰. ويثبت حق الرد عند الشافعي في الرتق والقرن والجب والعنة والجنون والجذام والبرص²¹¹. وأمّا عند الحنفية، فلا يثبت للمرأة الخيار للعيوب إلاّ أن يكون الرجل محبوباً أو عنيناً²¹².

أمّا المشرع الجزائري، فنص بموجب الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة على العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج، وعمومية المصطلح تسمح بإدخال كل عيب سواء طراً قبل الزواج أو بعده وسواء ورد بالشرع أو عرف بتطوّر المجتمع. ومع ما نصت عليه المادة 04 من نفس القانون، فإنّ أهداف الزواج تتمثل في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب. فالنسل يعدّ ومنذ القدم من أهم وأسمى الأهداف التي من شأن الزواج أن يحققها، ومن أهم نتائجه، ونظراً لأهميته في إعمار الأرض جاء في قوله عزّ وجلّ: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾²¹³، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾²¹⁴. كما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله: "تزوّجوا الودود الولود فإنّي مكاتر بكم الأمم يوم القيامة"²¹⁵.

وعليه، عقم الزوج يندرج ضمن المفهوم العام للعيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج الوارد في الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة، وهذا ما تبنته المحكمة العليا في قرارها صادر بتاريخ

²¹⁰ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 277.

²¹¹ - علاء الدين أبي مسعود الكساني، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 595؛ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 05، ص. 95.

²¹² - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 10، ص. 57.

²¹³ - سورة الكهف، الآية رقم 46.

²¹⁴ - سورة النساء، الآية رقم 01.

²¹⁵ - سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بـ "ابن الملقن"، البدر المنير... المرجع السابق، ص. 423.

16 فيفري 1999 بقولها: "من المقرّر شرعا أنّه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا... ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ المعاشرة بين الزوجين - في قضية الحال - كانت طويلة بين الزوجين - منذ 1991 -، وأنّ الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدّة الطويلة ممّا أدّى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضرّرها لعدم الإنجاب، وعليه فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبّقوا القانون تطبيقا سليما"²¹⁶.

وبهذا تكون المحكمة العليا قد اتجهت نحو اعتبار العقم عيبا موجبا للتطليق لوقوفه حائلا أمام تحقيق أسمي أهداف الزواج والمتمثل في تحصيل النسل، وهذا الاتجاه يجد سندا له في موقف عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذ بعث رجلا على بعض السعاية، فتزوَّج امرأة وكان عقيما، فقال له عمر: أعلمتها أنّك عقيم؟ قال: لا، قال: فانطلق فأعلمها، ثمّ خيرها"²¹⁷.

ولأنّ الإنجاب حق مشروع للمرأة، فلها الحرية في خيار تحقيق الأمومة وطلب التطليق إن لم تتحمّل الضرر المعنوي اللاحق بها، لأنّه السبيل الوحيد أمامها. وبالمقابل ولأنّ الزوج لا إرادة له في عقمه، فإنّه لا يتحمّل مسؤولية جبر الضرر، فلا مجال للحكم بالتعويض في هذه الحالة. وهو ما اقتضاه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13 جانفي 2011 من أن: "لا يتحمّل الزوج، المصاب بمرض العقم، مسؤولية تعويض الزوجة، طالبة التطليق، عن الضرر الحاصل لها، بفعل عدم قدرته على الإنجاب"²¹⁸.

غير أنّه مع تطوّر العلم والتوصل إلى تقنيات الإنجاب الصناعي أصبح الحديث عن التأخر في الإنجاب بدل العقم، وهو يحيل إلى التساؤل التالي: هل للزوجة حرية طلب التطليق لعقم الزوج في ظلّ وجود الوسائل المساعدة على الإنجاب؟ أم لا بدّ من خضوعها لعملية التلقيح الاصطناعي وفي حالة فشلها فقط ثبت لها حرية الخيار؟

للإجابة عن هذا التساؤل يجب التطرّق أولا إن كان الإنجاب واجبا؟ ثم تحديد حرية المرأة في اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

²¹⁶ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 16 / 02 / 1999، ملف رقم 123571، م. ق.، 2001، ع. خ.، ص. 119 وما بعدها.

²¹⁷ - شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن قسيم الجوزية، زاد المعاد... المرجع السابق، ج. 02، ص. 445.

²¹⁸ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 13 / 01 / 2011، ملف رقم 596191، م. م. ع.، 2011، ع. 02، ص. 270.

أولاً: واجب الإنجاب

قال الحق سبحانه وتعالى: ﴿زَيْنٌ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْخَرْثِ ذَلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَبَإِ﴾²¹⁹. فمن هذه الآية الكريمة تظهر حقيقة النفس البشرية ورغباتها، وأن الرغبة في الإنجاب من أهم الرغبات الإنسانية. فهل من واجب الزوجة الإنجاب أم لا؟

رغم الاعتراف بالإنجاب في التشريع الإسلامي كغاية ضمن التعريف بالزواج وتحديد الحكمة من سنّه، -وهي المحافظة على استمرار النسل-، إلا أنه لم يصل إلى حدّ إقراره كواجب من الواجبات الزوجية²²⁰.

ولم يتعرّض المشرع التونسي لعقد الزواج بالتعريف، ولم يحدّد أهدافه وغاياته الأساسية، ومع أنه لم ينص صراحة على الإنجاب كغاية من غايات الزواج، إلا أنه أحال بخصوص الواجبات الزوجية على العرف والعادة، كما يتضح من الفقرة الثانية من الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، ومما لا خلاف حوله أن كلا من العرف والعادة يعتبران الإنجاب واجبا من الواجبات الزوجية²²¹.

أما المشرعين المغربي والجزائري، فعرفّا عقد الزواج وحدّدا بعض غاياته، ومنها الإنجاب. الذي لا يعدّ شرطا لصحة الزواج ولكنّه غاية أساسية من غاياته، وهدفا جوهريا من أهدافه.

فالاتجاه التشريعي العام يؤكّد وجوبية الإنجاب، وهو نفس الموقف الذي يستشف من آراء الفقهاء المسلمين وإن لم يتعرّضوا للإنجاب كواجب مستقل بذاته. إذ يرى الدكتور القرضاوي أنّ: "الحكمة من الزواج حفظ النسل واستمرار الجنس البشري"²²². ويرى الدكتور وهبة الزحيلي أنّ

²¹⁹- سورة آل عمران، الآية رقم 14.

²²⁰- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 78-79؛ علاء الدين أبي مسعود الكساني، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 317.

²²¹- عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين... المرجع السابق، ص. 605.

²²²- أنظر، يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة الهلال، بيروت، لبنان، ط. 02، 1990، ص. 109.

الحكمة من مشروعية الزواج هي: "إعفاف المرء نفسه وزوجه عن الوقوع في الحرام، وحفظ النوع الإنساني من الزوال والانقراض، بالإنجاب والتوالد، وبقاء النسل وتكاثر الحياة"²²³.

يتضح أنّ الإنجاب يعدّ من الواجبات الزوجية الأصيلة، لكنّ اعتباره كذلك لا يعني أنّ الزواج لا يقوم إلّا به، فالقرين ليس مطالباً بالقيام بهذا الواجب إلّا في حدود الممكن، أي إذا كان بإمكانه الإنجاب، وإذا لم يكن في الإنجاب تهديد لسلامته البدنية أو لحياته.

ثانياً: حرية المرأة في اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي

لا تثير حالة المساعدة بالأدوية لكي يتم الإنجاب بصورة طبيعية إشكالات قانونية، باعتبار أنّ الأمر يسير، لا يكلف كثيراً من الجهد ولا يطرح مشكلاً أخلاقياً أو دينياً أو قانونياً، كما أنّه لا يمثل خطراً على صحة القرين ولا يعرض سلامته الجسدية لأيّ مكروه ممّا يجعل المريض مطالباً بالقيام بهذا العلاج، وفي صورة امتناعه يعتبر مخاللاً بواجبه الزوجي.

وإنّ عدم القدرة على الإنجاب بالطريقة الطبيعية بالرغم من توافر الدواء والجراحة، لم تحبط من إرادة وعزيمة الأطباء من إيجاد حل آخر، فنتيجة للتطور العلمي والاكتشافات الحديثة في المجال الطبي تمّ التوصل إلى وسيلة تحدث التلقيح بطريقة اصطناعية وهو ما يعبر عنه بالتلقيح الاصطناعي ومعناه: "كل طريقة أو صورة يتم فيها التلقيح والإنجاب بغير الاتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة أي بغير عملية الجماع"²²⁴. كما يتضمن صورتين، الأولى، تتمثل في تلقيح المرأة بمبي زوجها أو رجل أجنبي عنها عن طريق الحقن داخل عنق رحمها ولهذا تسمى بالتلقيح الاصطناعي الداخلي، في حين أنّ الثانية، تتطلب إجراء تلقيح البويضة بالمنى داخل الأنبوب، أو بالاستعانة بأم بديلة ويطلق على هذا النوع بالتلقيح الاصطناعي الخارجي²²⁵.

ونظراً لما حقّقت هذه التقنية من نجاح وباعتبارها الأمل الوحيد للزوجين في القضاء على مشكلة العقم بعد فشل كل المحاولات العلاجية الأخرى، تمّ تنظيمها من قبل المشرعين التونسي، والجزائري

²²³- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي... المرجع السابق، ج. 03، ص. 16.

²²⁴- أنظر، البسام عبد الرحمن، أطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ج. 01، 1986، ع. 02، ص. 235.

²²⁵- لمزيد من التفاصيل ولمعرفة مدى شرعية الصورتين فقها وقانوناً، يراجع: هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي - دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري -، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006 - 2007، ص. 08 وما بعدها.

على حد سواء. إلا أنّ المشرع المغربي لم يخصّص لها قانونا ينظمها على الرغم من أنّ عمليات التلقيح تجرى على أرض الواقع.

فبرجعنا إلى التشريع التونسي، نجد أنّ المشرع نظم التلقيح الاصطناعي بموجب القانون عدد 93 لسنة 2001²²⁶، فعرفته الفقرة الثانية من الفصل الأوّل منه بقولها: "كل الأعمال الطبية الداخلة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب والرامية إلى معالجة عدم الخصوبة". وأضاف الفصل الثاني من نفس القانون: "يشمل الطب الإنجابي كل الأعمال السريرية والبيولوجية داخل الأنبوب أو أي تقنية أو عمل آخر له أثر معادل ويؤدي إلى الإنجاب البشري خارج المسار الطبيعي لذلك". ونص الفصل الثالث منه على: "يهدف الطب الإنجابي إلى الاستجابة لطلب شخصين متزوجين وذلك قصد تدارك عدم الخصوبة لديهما ويقدم هذا الطلب كتابيا".

وأما عن شروط اللجوء إليه فقد وردت بالفصل الرابع منه النص على أنّه: "لا يمكن اللجوء إلى الطب الإنجابي إلاّ بالنسبة إلى شخصين متزوجين وعلى قيد الحياة وبواسطة أمشاج متأتية منهما فقط وأن يكونا في سن الإنجاب. وأكملها بالفصل الخامس من هذا القانون وفيه: "لا يمكن تلقيح الأمشاج ولا زرع الأجنة في إطار الطب الإنجابي إلاّ بالحضور الشخصي للزوجين المعنيين وبعد الحصول على موافقتهم الكتابية".

أما من يقلب النظر في القانون الجزائري، فيجد أنّ المشرع نص عليه بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة والتي جاء فيها ما يلي: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي؛

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعيا؛
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين؛
- أن يتم بمبي الزوج وبويضة الزوجة دون غيرها؛
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

²²⁶ - القانون عدد 93 لسنة 2001، المؤرخ في 07 أوت 2001، والمتعلّق بالطب الإنجابي، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63، بتاريخ 07 / 08 / 2001، ص. 2573.

وكما ذكرنا أعلاه، الممارسة الفعلية لعمليات التلقيح الاصطناعي في المغرب لم تحظ بقانون خاص ينظمها، بالرغم من أنه تمت المصادقة على مشروع قانون رقم 47.14 والذي يتعلّق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، وبقرائه نجد أنّ المادة 12 منه اشترطت أن يتم الإنجاب الصناعي لفائدة امرأة ورجل متزوجين وعلى قيد الحياة، وبواسطة أمشاج متأتية منهما وحدهما دون غيرهما، وذلك بعد الحصول على موافقتهما كتابيا²²⁷.

ومن هذه النصوص القانونية يمكن القول أنّ التلقيح جائز إذا تم بمبي الزوج وبويضة رحم زوجته سواء بالطرق الداخلية أو الخارجية، أمّا التلقيح بمبي الغير أو باستعمال الأم البديلة فلا يجوز اللجوء إليهما شرعا وقانونا²²⁸.

فهل تأكيد المشرعين على موافقة الزوجة للقيام بعمليات الإنجاب الصناعي هو إقرار منهم بالحرية التامة والكاملة لها في اللجوء إلى هذه الوسيلة الإنجابية أو رفضها؟ وفي حالة رفض اللجوء إليها، هل تعدّ مسؤولة لإخلالها بواجبها الزوجي؟

إنّ الحرص على التثبت من رضا الزوجين واتفقهما على الخضوع لوسائل الإنجاب الصناعي، هو أمر طبيعي، إذ لا يمكن لقرين أن يقرّر ذلك بمفرده، غير أنّ اشتراط موافقة ورضا الزوجة لا يعني أنّ لها الحرية المطلقة في رفض الإنجاب طالما لم يكن لديها عذر مقبول. ولهذا يحق للقرين أن يطالب زوجته باللجوء إلى الوسائل المساعدة على الإنجاب طالما لم تكن هناك أخطار أو انعكاسات سلبية على صحتها، وعدم استجابتها يعدّ إخلالا منها لواجب من الواجبات الزوجية ويفتح الباب أمام الزوج للطلاق²²⁹.

وللإجابة عن السؤال حول مدى إمكانية الزوجة طلب التطليق لعقم زوجها في ظل وجود هذه التقنية، وهل هي مجبرة للجوء إلى التلقيح الاصطناعي أم لها كامل الحرية في قبول أو رفض ذلك؟

²²⁷ - مشروع قانون رقم 47.14، يتعلّق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، منشور على موقع الأنترنيت: www.chambredesrepresentants.ma

²²⁸ - هجيرة خدام ، التلقيح الاصطناعي... المرجع السابق، ص. 09 وما بعدها.

²²⁹ - عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين... المرجع السابق، ص. 618 - 619.

إنّ التلقيح الاصطناعي جوازي لا وجوبي، فإذا كان الزوج عقيماً ورفضت الزوجة اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، فلها مطلق الحرية في ذلك ولا يعدّ ذلك سبباً لرفض طلبها للتطيق لأنّ مهلة سنة للتداوي تمنح للزوج لا للزوجة، على عكس إذا كان الرفض منه، فتطبيقاً للمواد 04 و36 فقرتين الأولى والثانية، و53 الفقرة الثانية من قانون الأسرة يكون مرتكباً لخطأ يعطيها حرية طلب التطيق إمّا على أساس الفقرة الثانية من المادة 53 أو على أساس الفقرة العاشرة من نفس المادة المتعلقة بالضرر²³⁰.

وبما أنّ العصمة في يد الزوج، فإذا كانت الزوجة عقيمة ورفضت اللجوء إلى هذه التقنية من الإنجاب فله أن يطلقها، اللهم إلاّ إذا كان لهذا الرفض ما يبزّره، كأن يتم إثبات وجود مرض وراثي يحتمل انتقاله إلى المولود، أو يشكّل خطورة على صحة الأم، أو أنّها قد أجرت عدّة محاولات ولكنّها باءت بالفشل²³¹. فتبقى في كل الأحوال للقاضي السلطة الواسعة للنطق بالطلاق لهذا يمكنه أن يقضي بالفرقة للزوجين بخطأ منهما إذا طلبه الزوج²³².

ولهذا فإنّ المبدأ الذي يحكم هذه المسألة، هو الحرية الذاتية للإنسان في التصرف في بدنه، إذ لا يمكن أن نلزمه بالقوّة للخضوع لعمليات التطيب الهادفة لمساعدته على الإنجاب. إلاّ أنّ رفضه الخضوع لها دون عذر يجعله مخلاً بواجب الإنجاب، ويعطي الطرف المقابل حق الطلاق لرفع الضرر عنه.

وعلى أرض الواقع، وفي ظل تطوّر الإلقاح، ولكون هذه التقنية نجحت في بعض الحالات أصبح تقبلها واللجوء إليها خاصة مع ارتفاع نسبة العقم²³³، فلا يعتقد أنّ الزوجة سترفض اللجوء إلى هذه

²³⁰ - أنظر، جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م. ع. ق. إد، 2006، ع. 04، ص. 66.

²³¹ - هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي... المرجع السابق، ص. 176 وما بعدها.

²³² - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 157.

²³³ - صنفت وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات العقم كمشكل صحة عمومية، نتيجة تفشي ظاهرة عدم الإنجاب لدى الجزائريين بنسبة تتراوح ما بين 20 و25 بالمائة. وكشف رئيس مصلحة جراحة النساء والتوليد بمستشفى بولوغين، البروفيسور "حوجة راسيم"، أنّ 65 بالمائة حالات العقم في الجزائر وراءها الرجال.، نادية سليمان وزهيرة مجراب، العقم... وباء يربع الجزائريين، الاثنين 13 / 04 / 2015، على موقع الانترنت: www.echoroukonline.com؛ ووفقاً لإحصائيات بثها المنتدى المغربي للخصوبة، ارتفعت نسبة العقم في المغرب إلى ما يعادل 15 بالمائة من إجمالي السكان بعد أن كان الرقم لا يتجاوز 12 بالمائة سنة 2014، حسن الأشرف، العقم يؤرق 15 بالمائة من أزواج المغرب، 03 / 04 / 2017، على موقع الانترنت: www.alaraby.co.uk

التقنية خاصة إذا كانت مصرّة على تحقيق حلم الأمومة. مع أنّه لا يمكن الإنكار أنّه لا تزال بعض التحفظات قائمة ولو كانت قليلة، أو أنّ تحوُّف الزوجة ممّا قد ينجم من العملية من أخطار على المستوى البدني والنفسي، والمعاناة التي ستحمّلها، يقف عائقاً أمام لجوئها إلى هذه التقنية، أو اشمئزها من أن تكون عدّة مرّات محلّ تصرّف الطبيب وهي أسباب حتى وإن كانت منطقية إلاّ أنّها لا تضاهي نتيجة نجاح العملية وإنجاب طفل²³⁴.

هذه الحالات لا تمثل إلاّ القلّة القليلة، فما يشهده المجتمع هو لجوء العديد من الأزواج لهذه التقنية لكونها تبقى الحل الوحيد لتحقيق أمل وحلم الإنجاب²³⁵. وحتى وإن يصاب الزوجين بحالة نفسية سيئة بعد فشل العملية، فإنّها سرعان ما تزول وتعود إليهما الرغبة في محاولة أخرى على أمل أن تكمل بالنجاح، إلى أن يقرّر الطبيب التوقف عن إجراءها لكون كثرة المحاولات قد تعرّض الزوجة للخطر وفي الغالب تكون خمس محاولات على الأكثر.

فالعقم يبقى من الحالات المرضية الخارجة عن إرادة الإنسان، فإنّما أن تكمل محاولات العلاج بالنجاح، أو في أحيان أخرى قد تبوء بالفشل وهذا مصداقاً لقوله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنِئَاءً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾²³⁶.

وفي النهاية، تبقى هذه المسألة خاضعة للتفاهم بين الزوجين ومدى قدرتهما على حمل حياتهما الزوجية بكل احترام وود، فكم من عائلة لها أبناء إلاّ أنّ علاقتهما الزوجية تعيسة أو انتهت بالفشل، أمّا إذا قرّرا أو أحدهما الانفصال فله ذلك.

وإذا كانت هذه مواقف الفقه والتشريعات المغاربية فيما يخص العقم المانع من لإنجاب، فما هو موقفها من الأمراض الخطيرة والعيوب المنفرة؟

²³⁴ - هجيرة خدام ، التلقيح الاصطناعي... المرجع السابق، ص. 176 وما بعدها.

²³⁵ - تصل نسبة نجاحها من 25 إلى 30 بالمائة، حورية رقان رئيسة مصلحة قسم التوليد وطب النساء بالنيابة بمستشفى نفيسة حمود بحسين داي الجزائر

على موقع الانترنت: esslamonline.com

²³⁶ - سورة الشورى، الآيتين 49 - 50.

الفرع الثالث

تمسك المرأة بحريتها في ترك زوجها لإصابته بمرض خطير أو عيب منفر

إنّ العيوب المانعة من المعاشرة الجنسية، أو تلك التي تحول دون تحقيق الإنجاب ليست الوحيدة التي تلحق ضرراً بالزوجة، فقد يصاب الزوج بمرض خطير يهدّد حياة الزوجة أو صحتها، أو يعاني من أمراض منفرّة تجعل الحياة الزوجية مستحيلة وتهدّد استقرارها، فهل للزوجة الحرية في مثل هذه الحالات للجوء إلى القضاء ووضع حدّ لهذه العلاقة بالتطليق؟

لاشك وأنّ هناك أمراض تلحق ضرراً جسدياً بالمرأة كإصابة الزوج بالأيدز أو أي مرض آخر معد من شأنه أن ينتقل إلى الزوجة بطريق الاتصال الجنسي فيهدّد صحتها وحياتها، وهناك أمراض أخرى تلحق بها ضرراً معنوياً لكونها مشمّزة منفرّة.

ونظراً لخطورتها وانعكاساتها السلبية على العلاقة الزوجية عالجها الفقه الإسلامي، وحتى وإن جاءت آراؤه مختلفة، فإنّ المتفق عليه عند الجمهور أنّ الجنون والجذام والبرص هي أمراض تعطي للزوجة حرية الخيار بين البقاء أو طلب التطليق لكونها تؤثر على صفو الحياة الزوجية التي ينتظر منها السكنينة وراحة البال وليس النفور والكرهية. فعن مالك أنّه بلغه عن سعيد بن المسيب أنّه قال: "أيّما رجل تزوّج امرأة وبه جنون أو ضرر، فإنّها تحيّر، فإن شاءت قرّت وإن شاءت فارقت"²³⁷. وعند الشافعي يفسخ بالجنون والبرص والجذام والقرن والجلب والعنة²³⁸. على خلاف ما هو ثابت عند الحنفية الذين لا يجيزون التفريق لعيب الجنون والجذام والبرص²³⁹.

ومع أنّ المذاهب الثلاث لم تعالج الأمراض الخطيرة والمعدية، فهي مبرّرة للتطليق قياساً على الجذام والبرص، فالأولى أكثر خطورة من الأخيرة، ولهذا ومن باب أولى جعلها من العيوب التي تعطي للزوجة حرية الخيار. وهذا الأخير لا يثبت لها إذا تعلّق الأمر بالصلع أو العمى أو بتر اليدين أو الرجلين إثر حادث لكونها حالات لا تمنع الاستمتاع ولا تتعارض مع أهداف الزواج.

²³⁷- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى...المرجع السابق، ج. 07، ص. 215؛ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى...المرجع السابق، ص. 215.

²³⁸- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع...المرجع السابق، ج. 03، ص. 595.

²³⁹- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 05، ص. 97.

فهل نفس حرية التفريق للأمراض الخطيرة والمنفرة التي منحها الفقه الإسلامي للزوجة تتمتع بها في القوانين المغاربية للأسرة؟

دائماً وأمام عدم تحديد أسباب التطليق ضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، يستند على أساس الفقرة الثانية من الفصل 31 منها. فهل الأمراض الخطيرة والمنفرة تدخل في معنى التطليق للضرر؟ وهل للزوجة أن تتمسك بحريتها في إنهاء الرابطة الزوجية؟

لقد تبلورت لدى شراح القانون في تونس نظريتان في خصوص المرض الموجب للطلاق، نظرية تشترط وجوب تأسيس الطلاق على الخطأ، فلا يحكم بالطلاق على أساس الفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية إلا إذا أثبت المدعي أن قرينه ألحق به ضرراً ناتجاً عن خرقه لواجباته الزوجية. في حين أنّ النظرية الثانية تكتفي بالضرر، فمجرد حصول الضرر يعتبر سبباً كافياً لإمكان طلب الطلاق والحكم به دون حاجة لإثبات الخطأ وذلك أنّ الفقرة الثانية من الفصل 31 من نفس المجلة لا تشترط وجوباً تأسيس الضرر على الخطأ لورودها في صيغة عامة²⁴⁰.

وأمام هاتين النظريتين، اتجه فقه قضاء تونس إلى تطبيق النظرية التقليدية والتي تشترط ثبوت الخطأ للحكم بالطلاق للضرر، فتوصل إلى أنّ مرض أحد الزوجين لا يعطي الحق للطرف الآخر في طلب الطلاق للضرر بالرغم من ثبوت المضرة لأنّ المرض مصيبة تحلّ بالشخص ولا ذنب له فيها. وعلى هذا القول سارت محكمة التعقيب في القرار الصادر عنها بتاريخ 29 سبتمبر 1987 والذي جاء فيه: "المرض حالة من الحالات التي يمكن أن تصيب كل آدامي كبيراً أو صغيراً ولا يمكن بحال أن يكون سبباً يعتمد لطلب الطلاق بموجب الضرر خاصّة إذا لم يثبت طالب الطلاق أنّه كان يجهل ذلك عند إبرام عقد الزواج"²⁴¹.

ومن خلال ذلك، يمكن القول أنّ الأمراض غير المعدية لا تجيز طلب الطلاق للضرر لكون المصاب بالمرض لا دخل له في حدوثه ولا في النتائج المترتبة عليه، فلا يكون محلاً بالالتزامات الزوجية التي وردت بالفصل 23 من المجلة.

²⁴⁰ - أنظر، سمية المرناوي، الالتزامات غير المالية للزوجين، رسالة ماجستير في العلوم القانونية الأساسية، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، جامعة 7 نوفمبر بقرطاج، 2003-2004، ص. 108-109.

²⁴¹ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 29/09/1987، ع. 20476، ن. م. ت.، 1987، ص. 211.

وعلى حسب الفلسفة المتبعة من قبل محكمة التعقيب فإنّ، الزوج لا يطالب بالتطليق للضرر بسبب المرض، إلاّ إذا ارتكب الزوج المريض سلوكا خاطئا ألحق به ضررا، كأن يخفي حقيقة مرضه أو يتهاون في العلاج، أمّا المرض لوحده بالرغم من ثبوت مضرته لا يعدّ سببا للحكم بالطلاق على معنى الفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية. وهو ما اتجهت إليه محكمة التعقيب بتاريخ 17 جوان 1986 بحيث قرّرت إيقاع الطلاق للضرر بمناسبة قضية تلخصت وقائعها في إخفاء الزوجة السر الحقيقي لاستئصال ثديها عن زوجها وإيهامه أنّ ذلك كان نتيجة حادث مرور في حين أنّ السبب الحقيقي يرجع إلى مرضها بالسرطان، فخطأ الزوجة يتمثل في مغالطة زوجها وإخفائها لحقيقة مرضها وهو ما يشكّل خرقا إراديا للواجبات الزوجية التي نص عليها الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، فالطلاق لم يكن بسبب المرض وإنما بسبب إخفاء حقيقته ممّا ألحق ضررا بالزوج²⁴².

هذا وإذا كان المرض خطيرا ومعديا²⁴³، فلا بد من الحكم بالطلاق خشية على صحة وحياة الزوج الآخر وحماية له²⁴⁴.

ولأنّ فقه القضاء التونسي جعل المرض الموجب للطلاق للضرر هو ذلك المرض الخطير المعدي المهدّد لصحة وحياة الزوج الآخر، والمرض الذي يثبت فيه خطأ الزوج، فإنّ جميع الأمراض الأخرى بما فيها الجذام والبرص لا تعدّ سببا لطلب الطلاق للضرر.

وعن موقف المشرع المغربي، فقد جاء واضحا وصريحا بخصوص الطلاق للمرض، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 107 من مدونة الأسرة على أنّه: "تعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتحوّل طلب إنفائها...2...- الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، التي لا يرجى الشفاء منها داخل السنة". وبهذا يكون المشرع قد ميّز بين الأمراض التي تشكّل خطورة على صحة وحياة الزوج الآخر كالسل والزهري والسيدا والتي بموجبها للزوجة حرية طلب التطليق، والأمراض الأخرى والتي مهما بلغت خطورتها لا تسمح بطلب التطليق لأنّ هذه الخطورة تمسّ بالمريض لا

²⁴² - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 17/06/1986، ع. 15391، م. ق. ت.، 1988، ع. 07، ص. 72.

²⁴³ - إحصائيات حول السيدا يراجع، الباب الأوّل، هامش ص. 183 - 184 من هذه الرسالة.

²⁴⁴ - ساسي بن حليمة، مجموعة تعاليق على قرارات... المرجع السابق، ص. 136 - 137.

بالطرف الآخر كالزكام أو الربو أو السرطان وغيرها. فالأمراض المعدية هي التي تكون موجبة لطلب التطليق على معنى الفقرة الثانية من المادة 107 من المدونة.

والملفت للانتباه أنه بالرجوع إلى مدونة الأحوال الشخصية المغربية السابقة نجد أنّ الصياغة الحالية تختلف عنها تماما، حيث كانت تنص الفقرة الأولى من المادة 54 منها على أنه: "إذا وجدت الزوجة بزوجه عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه، أو يمكن بعد زمن يزيد على السنة، ولا يمكنها المقام معه إلاّ بضرر كالجنون والجذام والبرص والسل، فلها أن تطلب من القاضي تطليقها منه سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به، ويؤجله القاضي سنة فإن برئ وإلاّ طلقها عليه".

بقراءة هذه الفقرة نجد أنّ المشرع المغربي كان سابقا يعتد بجميع الأمراض سواء كانت معدية أو غير معدية، فحتى التي لا تشكل خطرا على صحة وحياة الزوجة تسمح لها بطلب التطليق لثبوت مضرّتها وتصدّع العلاقة الزوجية منها. أمّا الصياغة الحالية فتشترط أن يهدّد المرض حياة أو صحة الزوجة لتطالب بالتطليق ممّا يستبعد معها كل مرض غير معد مهما بلغت خطورته وأهميته طالما أنّه يصيب الزوج ولا يهدّد الزوجة. ولعلّ المشرع سار على هذا المنوال حتى يتماشى مع الحياة العملية إذ نادرا ما نجد المرأة تطلب الطلاق لمجرد مرض أصاب زوجها تزيد مدّة علاجه على سنة، كما أنّ الأمراض التي تنشأ بعد بدء الحياة الزوجية والتي لا تهدّد صحة أو حياة الزوجة لا تخولها الطلاق لأنّها من الأضرار العادية المتوقعة والتي يتعيّن أن يتحمّلها كل زوج إزاء زوجه²⁴⁵.

وفي نفس السياق، نجد أنّ المادة السابقة اعتبرت الأمراض المنفرة كالجذام والبرص من الحالات التي تمنح الزوجة حرية طلب التطليق، وهو فعلا ما سار عليه المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بتاريخ 20 ديسمبر 2000 والذي اقتضى ما يلي: "لقد تبينّ صحة ما عابته الوسيلة الثانية على القرار المطعون فيه، ذلك أنّ مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 54 من مدونة الأحوال الشخصية صريحة في أنّ العيب كالجنون والجذام والسل يعطي الحق للزوجة لطلب تطليقها من زوجها المصاب بأحد هذه العيوب أو غيرها، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعده ولم

²⁴⁵ - أحمد الخميلشي، التعليق على قانون... المرجع السابق، ص. 415.

ترضى به، ويؤجله القاضي سنة، فإن برئ وإلا طلقها عليه. وإنه من الثابت من تقرير الخبرة الطبية المنجز من طرف الدكتور والمدرج بالملف أنّ المطلوب مصاب بعيب البرص وهو ما أكدته المحكمة في قرارها ورغم هذا علّلت ما قضت به بأنّ عيب البرص لا يؤثر على مجرى الوضعية الجنسية ولا يعادي، في حين أنّ هذا العيب يشكّل ضرراً يحوّل للزوجة الطاعنة الحق في طلب تطليقها من زوجها المصاب به، لهذا فإنّ المحكمة المطعون في قرارها لما لم تعتبر العيب المذكور موجبا لتطليق الطالبة من المطلوب تكون قد خالفت مقتضيات الفصل 54 المذكور، ممّا يجعل قرارها معرّضا للنقض²⁴⁶.

غير أنّ هذه الحالات أصبحت لا تستقيم مع معنى المادة 107 من مدونة الأسرة الجديدة، فالجذام والبرص لا يمنعان المعاشرة الزوجية ولا يهددان حياة وصحة الزوجة، وعليه، ليس للزوجة الحرية في طلب التطليق للجذام أو البرص كما كان عليه في السابق.

ولئن أحسن المشرع المغربي بالفصل بين الأمراض الجسدية المعدية وغير المعدية، وبترك العبارة بصيغة عامّة لأنّ الأمراض المضرة الخطيرة على حياة الطرف الآخر أو على صحته يجب أن تخضع للتطوّر العلمي ولأراء الأطباء²⁴⁷. إلاّ أنّه لم يوفق فيما يخص الأمراض المنفرة كالجذام والبرص لأنّ أساس الحياة الزوجية المودة والرحمة والأمراض المشمّزة والمنفرة من شأنها أن تؤثر على استقرارها لما تولده من كراهية في نفسية الطرف الآخر وما ينجم عنها من ضرر معنوي، فكان من الأحسن لو أعطى لها حرية الخيار.

وبهذا التوجه الجديد يصبح مفهوم التطليق لمرض الزوج عند التشريع المغربي مشابها لما أخذ به فقه القضاء التونسي، فلا يعدّ كل مرض موجب للحكم بالتطليق اللهم إلاّ إذا كان معديا مهدّدا لصحة وحياة الطرف الآخر، أو إذا ارتكب الزوج سلوكا خاطئا كإخفائه للمرض عمدا.

فهل سائرهما المشرع الجزائري؟

عند تدقيق النظر في الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة، يتضح بأنّ سلامة الزوج من العيوب شرط أساسي، فإذا تبين للزوجة وجود أي عيب فيه يحول دون تحقيق أهداف الزواج كان لها

²⁴⁶ - مجلس أعلى، ع. 1211، 20/12/2000، ملف ع. 142/2000، محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 103.

²⁴⁷ - محمد الكشور، الوسيط في شرح... المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 187.

الحرية في اللجوء إلى القضاء لطلب التطلاق. وبناء على ذلك، فإنّ إصابة الزوج بأمراض خطيرة ومعدية يحوّل لها الحق في طلب التطلاق خشية من إلحاق المضرة بها وهو ما يعطيها أيضا الحق في تأسيس دعواها على أساس الفقرة العاشرة من نفس المادة أعلاه. أمّا إذا كانت الأمراض غير معدية، ولا تحول دون المعاشرة الجنسية، ولا تتعارض مع أهداف الزواج، فلا يتصوّر معها قبول طلب التطلاق كإصابة الزوج في رجله أو يده جراء حادث.

وعلى خلاف ما ذهب إليه التشريعين التونسي والمغربي، فإنّ العبارة الواسعة التي تبناها المشرع الجزائري "العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج"، تؤدي إلى القول بأنّ العيوب المنفرة التي تشتمز منها النفس كالجدام والبرص تعدّ أيضا من الأمراض التي تدخل في معنى الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة، فللزوجة أن تتمسك بحريتها في طلب التطلاق لأنّ الأهداف المرجوة من الزواج المودة والرحمة بناء على المادة 04 من ذات القانون وهي لا تتحقّق بوجود النفور والكرهية. ولقد أحسن المشرع عندما لم يحدّد العيب ولم يذكر الأمثلة وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي متمثل في تحديد ما إذا كان العيب يحول أم لا دون تحقيق الهدف من الزواج²⁴⁸.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تبوّأ موقف الجمهور لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "فر من الجذوم فرارك من الأسد"²⁴⁹. ولكونه عليه الصلاة والسلام تزوّج امرأة من بني غفّار، فلمّا دخلت عليه، رأى بكشحها وضحا فردّها إلى أهلها وقال دلّستم علي²⁵⁰. وهو أيضا ما ذهب إليه ابن القيم فقال: "كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار، وهو أولى من البيع"²⁵¹. على خلاف المشرعين المغربي والتونسي اللذين أخذوا بالموقف الحنفي، فعن أبي حنيفة وأبي سفيان قالا وإذا وجدت المرأة بالزوج عيب الجنون أو الجدام أو البرص فليس لها أن تردّه به²⁵².

²⁴⁸- بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 282.

²⁴⁹- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 05، ص. 95.

²⁵⁰- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 214.

²⁵¹- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، سبل السلام... المرجع السابق، ج. 03، ص. 370-371.

²⁵²- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 05، ص. 97.

وبعد، فيستحسن تأييد موقفي المشرع الجزائري وجمهور الفقهاء، لأنّ كل من الجنون والجذام والبرص يخلّ بالمقصود بالنكاح من حيث أنّ الطبع ينفر من صحبة مثلها وربما تعدّى إلى الولد²⁵³. ولأنّ الجنون والجذام والبرص يمنع الوطاء لأنّه يوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية ومسه ويخاف منه التعدي إلى نفسه ونسله، والجنون يخاف منه الجناية، فصار كالمانع الحسي²⁵⁴. فالضرر اللاحق من جراء الأمراض المعدية والمنفرة للنفس لا تقلّ أهميتها عن الأمراض الجنسية.

فلقد أحسن المشرع الجزائري عندما لم يقدّم بتحديد وحصر العيوب الموجبة للتطليق، فوردت الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة بصيغة عامّة، إذ أنّ العيوب كثيرة لا يمكن حصرها هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يعتبر الأمر نسبياً، إذ ما تراه زوجة عيباً لا يمكنها تحمّله قد تراه زوجة أخرى أمراً عادياً لا يؤثر على استقرار حياتها الزوجية. وبهذا يكون قد راعى حرية المرأة في ممارسة حق طلب التطليق للعيب، فلها حرية الخيار بين القرار مع زوجها وبين التحلّل من الرابطة لرفع الضرر الناتج عن العيب والذي يمنعها من تحقيق الهدف المرجو من الزواج، سواء مسّ هذا العيب حق من حقوقها في الاستمتاع والمعاشرة، أو تحصيل الذرية، أو كان مهدّداً لصحتها وصحة أبنائها، أو أنّه من العيوب الماسة براحة النفس.

وعلى كل، فإنّ العيوب المانعة من تحقيق أهداف الزواج تتطلّب توافر شروط حتى تكون سبباً لطلب التطليق.

الفرع الرابع

الشروط المقيدة لحرية المرأة في طلب التطليق للعيب

إنّ الحالات التي يكون فيها حرية طلب التطليق للعيب مقيدة بشروط وجب تحقّقها وإلا سقط حقها في ذلك، وقد حدّدها جمهور الفقهاء، في حين أنّ المشرعين المغاربة انقسموا بين محدّد لها وسأكت عنها. فالمشرع التونسي لم يتعرّض للتطليق وبالتالي لم يضع شروطاً لذلك، وإنّما ترك مسألة

²⁵³ - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 05، ص. 96.

²⁵⁴ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 10، ص. 57.

تحديد الحالات التي توجب الطلاق للضرر للسلطة التقديرية للقاضي. وهو نفس الانتقاد الذي يوجّه إلى المشرع الجزائري الذي يعاب عليه عدم تحديد الشروط الواجب توافرها لطلب التطليق للعيوب، إلا أنّ قرارات المحكمة العليا كانت كفيلة بسد هذا الفراغ، ليبقى المشرع المغربي الوحيد الذي نص صراحة على هذه الشروط ضمن المادتين 107 و108 من مدونة الأسرة، نعالج ذلك من خلال ما يلي:

أولاً: إمهال الزوج مدّة سنة للعلاج

لم ينص المشرع التونسي على هذا الشرط وترك أمر تقديره للسلطة التقديرية للقاضي، في حين أنّ المشرع المغربي نص عليه من خلال الفقرة الثانية من المادة 107 من مدونة الأسرة، حيث أجاز للزوجة طلب التطليق في حالة إصابة زوجها بأمراض خطيرة لا يرجى الشفاء منها داخل السنة، فإذا كان المرض قابلاً للعلاج، لا تطلّق الزوجة فوراً وإنما تمنح للزوج مهلة سنة للتداوي. أمّا إذا كان المرض لا يرجى منه شفاء، وجب قبول طلبها في الحال. والملاحظ أنّ المشرع المغربي حدّد شرط السنة بالنسبة للتطليق للمرض، أمّا إذا كان التطليق للعيوب المانعة من المعاشرة الزوجية، فلم يحدّد لها أجلاً، فهي ترتب آثارها في الحال²⁵⁵.

ولكن لا يمكن تأييد هذا الموقف لأنّ العيوب المانعة من المعاشرة الجنسية منها ما يكون سببه نفسياً كعنة الزوج، فتكون قابلة للعلاج، لهذا كان عليه أن يفرّق بين العيوب التي يرجى شفاؤها وتلك التي لا أمل في علاجها.

وهو نفس الانتقاد الذي يوجّه للمشرع الجزائري، فحتى وإن أحسن عملاً يجعل جميع العيوب التي لا تحقق أهداف الزواج سبباً في طلب التطليق، إلاّ أنّه كان يتوجب عليه التمييز بين العيوب التي يرجى منها الشفاء فتمنح للزوج مهلة سنة للتداوي مع بقاء زوجته معه، وتلك التي لا أمل في شفاؤها فتحل الرابطة الزوجية فوراً. وهو الحل الذي اعتمده المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بتاريخ 17 ديسمبر 1984 والذي قضى بموجبه: "من المقرّر فقها وقضاء أنّه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته، يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وإنّ الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون

²⁵⁵ - محمد الكشور، الوسيط في شرح... المرجع السابق، ص. 192 - 193.

الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإنّ القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعدّ خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية²⁵⁶.

إنّ توجّه المشرع المغربي والقضاء الجزائري نحو إمهال الزوج مدّة سنة في العيوب والأمراض التي يرجى شفاؤها، مردّه اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تأجيل العين وكذلك الأمراض التي يرجى شفاؤها ومنها الجنون والجذام والبرص، مهلة السنة²⁵⁷. فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنّه قضى في العين: "أنّه يؤجل سنة، فإن قدر عليها، وإلاّ أخذت منه الصداق كاملاً، وفرّق بينهما وعليها العدة"²⁵⁸. وفي قول آخر رضي الله عنه قال: "يؤجل العين سنة فإن وصل إلى امرأته فهي امرأته، وإن لم يصل إليها فرق بينهما وجعلها تطليقة بائنة"²⁵⁹. وقضى رضي الله عنه في المجنون أيضاً بما يلي: "إذا حدث بالرجل جنون بعد النكاح عزل عنها وأجل سنة لعلاجه فإن صح وإلاّ فرق بينهما"²⁶⁰.

وأما التأجيل سنة، فلأنّ العجز عن الوصول يحتمل أن يكون لبغضه إيّاها مع القدرة على الوصول، فيؤجل حتى لو كان عدم الوصول للبغض يطؤها في المدّة ظاهراً وغالباً دفعاً للعار والشين عن نفسه. ويحتمل أن يكون حلقة، كما يحتمل أن يكون من داء أو طبيعة غالبية في الحرارة أو البرودة، أو الرطوبة أو اليبوسة. والسنة مشتملة على الفصول الأربعة، والفصول الأربعة مشتملة على الطبائع الأربع، فيؤجل سنة لما عسى أن يوافقه بعض فصول السنة فيزول المانع ويقدر على الوصول²⁶¹. وإذا مضى أجل العين، فسأل القاضي أن يؤجله سنة أخرى لم يفعل إلاّ برضا المرأة لأنّه قد ثبت لها حق التفريق، وفي التأجيل تأخير حقها فلا يجوز من غير رضاها، ثم إذا أجل العين سنة وتمت المدّة فإن اتفقا على أنّه قد وصل إليها فهي زوجته ولا خيار لها، وإن اختلفا وادعت المرأة أنّه لم

²⁵⁶ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 17/12/1984، ملف رقم 34767، م. ق.، 1990، ع. 01، ص. 92.

²⁵⁷ - أنظر، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي الشهير بالخطّاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ج. 04، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، ط. 01، 2010، ص. 309-311.

²⁵⁸ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 587.

²⁵⁹ - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 05، ص. 100.

²⁶⁰ - أنظر، سيدي محمد بن أحمد بن محمد ابن يوسف الرهوني، حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، ج. 03، المطبعة الأميرية، مصر، ط. 01، 1306هـ، ص. 278.

²⁶¹ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 588.

يصل إليها، وادعى الزوج الوصول، فإن كانت المرأة ثيبا فالقول قوله مع يمينه، وإن كانت بكرًا فالقول قولها²⁶².

فحتى وإن كان العين معذورا، إلا أنه في إمساك زوجته يكون ظلما، لأنه ينسد عليها باب قضاء الشهوة بنكاحه ولا حاجة به إليها، فوجب رفع الظلم عنها، ولأن مقصودها بالعقد قد فات لأن مقصودها أن تستعف به وتحصل به صفة الإحصان لنفسها وفوات المقصود بالعقد أصلا يثبت للعائد حق رفع العقد²⁶³.

فإذا كان الزوج يعاني من عيب أو مرض يرجى برؤه ينظر مهلة سنة للتداوي، أما ما لا يرجى شفاؤه فلا حاجة للإنظار بل تطلق الزوجة في الحال، كحال المحبوب، فإن المرأة كانت عالمة بذلك وقت النكاح، فلا خيار لها لرضاها بذلك، وإن لم تكن عالمة به، فإنها تختار للحال ولا يؤجل حولا، لأن التأجيل لرجاء الوصول، ولا يرجى منه الوصول، فلم يكن التأجيل مفيدا فلا يؤجل²⁶⁴.

وإنه لتحديد ما إذا كان العيب قابلا للشفاء أو لا، لا بد من الاستعانة بأهل الخبرة، ولهذا نص المشرع المغربي بموجب المادة 111 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض". وهو أيضا ما جرى العمل به من قبل المجلس الأعلى، إذ جاء في قرار صادر عنه بتاريخ 30 جوان 1987 ما يلي: "من شروط الكفاءة في الزواج أن يكون الزوجان سالمين من العيوب التي لا يمكن البرء منها. استنتاج العيب من اختصاص الأطباء ولا يحق للمحكمة تقييمه وحدها ويتعين إجراء خبرة".

على خلاف المشرعين التونسي والجزائري الذين لم يشترط ذلك، إلا أن فقه القضاء التونسي يستعين بأهل الاختصاص من الأطباء في تقدير المبيح للتفريق، فإن أثبتوا من خلال تقاريرهم الطبية عيبا من العيوب يستحيل الشفاء منه أو أنه يتطلب وقتا طويلا ينفذ خلاله صبر المتضرر، فعلى القاضي حينئذ أن يحكم بالتفريق²⁶⁵. وبالمقابل، نجد أن المحكمة العليا أيضا اعتمدت في قراراتها على

²⁶²- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 591.

²⁶³- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 05، ص. 101.

²⁶⁴- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج. 03، ص. 595.

²⁶⁵- ثريا بن سعد، المرجع السابق، ص. 56.

تعيين أطباء أخصائيين قبل الحكم بالتطليق للزوجة، إيماناً منها أنّ المرض أو العيب لا يمكن لها أن تقيّمه إلاّ بشهادة طبية تثبت مدى القابلية للعلاج. فنذكر القرار الصادر عنها بتاريخ 22 ديسمبر 1992 ورد فيه: "...ولما أسّس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم إمكانية لإنجاب الأولاد استناداً لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنّهم قد وفروا لقضائهم الأسباب المشروعة الكافية..."²⁶⁶.

وهذا توجه سليم، لأنّ الاستعانة بالخبرة الطبية تكون بهدف تحقيق العدالة وتفادياً لظلم الزوج، فلا يمكن للمحكمة أن تقيّمه من تلقاء نفسها لأنّها من الأمور الداخلية التي تحتاج إلى كشف من قبل طبيب مختص والذي من شأنه أن يحدّد بصفة تقديرية المدّة المناسبة للعلاج، هذا ولا يمكن للمحكمة أن تستند على أقوال الزوجة فقط بل تحتاج إلى تأكيد ذلك والتأكد من مدى صحتها بالشهادة الطبية.

إذن، منح الزوج مهلة السنة للتداوي في حالة إذا كان المرض أو العيب قابلاً للعلاج يعدّ شرطاً ضرورياً حتى وإن كان مقيّداً لحرية الزوجة في طلب التطليق، لأنّه من غير المنطقي أن تهدم الأسرة بكاملها بالتطليق في حين أنّ هناك حلاًّ يمكن اللجوء إليه تفادياً لذلك. كما أنّ الواقع يثبت أنّه نادراً ما تلجؤ الزوجة إلى طلب التطليق فور اكتشاف أنّ زوجها يعاني من مرض أو عيب يحول دون تحقيق أهداف الزواج، فعادة ما تصبر وتنتظر آملة في شفائه وحفاظاً على استقرار زواجها، وإنّ الضرر لا يثبت إلاّ بمرور مهلة معيّنة، والتي قدرت بسنة كاملة. هذا ولا يعدّ شرط السنة الشرط الوحيد للتطليق للعيب، بل يشترط أيضاً أن لا تكون الزوجة عالمة بالعيب حين إبرام عقد الزواج.

ثانياً: ألاّ تكون عالمة بالعيب وقت إبرام عقد الزواج ولا راضية بعد العلم به

إذا كانت الزوجة عالمة بالعيب عند إبرام العقد ورضيت به، أو إذا كانت جاهلة بالعيب ثم علمت به بعد إبرام العقد ورضيت به، سقط حقها في طلب التطليق، وهذا باتفاق جمهور الفقهاء.

²⁶⁶ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 12/22/1992، ملف رقم 87301، م. ق.، 1995، ع. 02، ص. 92.

يقول ابن عرفة حول هذا الموضوع: "وعيب أحد الزوجين جاهلا به الآخر ولا يرضى به يوجب خياره، والتصريح بالرضا واضح، ودليله مثله"²⁶⁷.

وعلى نفس المنوال سار المشرع المغربي بمقتضى المادة 108 من مدونة الأسرة النّاصة على أنّه:
"يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعيب:

1- ألا يكون الطالب عالما بالعيب حين العقد؛

2- ألا يصدر عن طالب فسخ عقد الزواج ما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم بتعدّد الشفاء".

وهو ما اتجهت إليه محكمة الاستئناف بتطوان في قرارها الصادر بتاريخ 28 فيفري 2006، والذي جاء فيه: "وحيث أنّ الشرع حدّد عدّة أسباب في المادة 98 لطلب التطليق ومنها العيوب التي من شأن وجودها التأثير على استقرار الحياة الزوجية وتحوّل طلب إنائها، وهذه العيوب نوعان: العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية، والنوع الثاني الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته والتي لا يرجى الشفاء منها داخل السنة؛

وحيث إنّ الخبرة المنجزة بناء على أمر المحكمة أثبتت أنّ المستأنف عليه مصاب بمرض مزمن وقدرته على الانتصاب ضعيفة، الأمر الذي يفيد أنّ عدم القدرة على الانتصاب بشكل عادي وطبيعي يشكّل مانعا من المعاشرة الزوجية، وأنّ ذلك يشكل ضررا للزوجة المستأنفة؛

وحيث إنّّه بثبوت الضرر، كما هو واضح أعلاه، وبعدم وجود ما يفيد كون الزوجة (المستأنفة) كانت عالمة بالعيب حين العقد، أو صدور ما يدل على الرضى بالعيب بعد العلم به، فيكون طلب التطليق للضرر مؤسّسا ويبقى الحكم الابتدائي المستأنف مجانبًا للصواب عندما قضى برفض الطلب وتعيّن إلغاؤه والحكم بعد التصديّ بالتطليق للضرر"²⁶⁸.

ومع سكوت المشرع الجزائري يرجع إلى رأي الجمهور بالقول أنّه يجوز التطليق إن لم يكن العلم من السليم بالعيب سابقا على العقد ولم يرض بالعيب من علم به بعد العقد، فإن علم السليم

²⁶⁷- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي الشهير بالخطّاب، مواهب الجليل... المرجع السابق، ج. 04، ص. 308.

²⁶⁸- محكمة الاستئناف بتطوان، 28 / 02 / 2006، ملف ع. 03 / 203، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، 169 - 170.

بالعيب قبل العقد فلا خيار له بعد ذلك لأنّ عقده مع العلم بالعيب دليل على رضاه. وكذلك إذا رضي به بعد الاطلاع عليه، فلا خيار له بعد ذلك. إلاّ امرأة المعترض إذا علمت قبل العقد أو بعده باعتراضه ورضيت به، فلها الخيار حيث كانت ترجو برأه فيهما ولم يحصل²⁶⁹.

وإنّ العلم بالعيب أو كتمانها له أثر على الصداق حيث يرى المالكية أنّه إذا طلقت الزوجة لعيب في زوجها قبل البناء فلا شيء لها من المهر، أمّا إذا وقع الدخول فلها كامل المهر²⁷⁰. وهو ما أخذ به المشرع المغربي حيث نصت المادة 109 من مدونة الأسرة على أنّه: "لا صداق في حالة التطليق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غرر به أو كتم العيب عنه قصدا". وإنّ ما نص عليه المشرع هنا هو تأكيد لما نص عليه ضمن مقتضيات المادة 32 من نفس المدونة والتي جاء فيها: "لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء...2- إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج". ما يجعل النصين منسجمين.

وعليه، لا صداق للزوجة في حالة التطليق للعيب قبل البناء ولها كامل المهر بعد الدخول، إلاّ إذا دلست على الزوج أو كتمت عنه العيب، فله حق الرجوع عليها بمبلغ الصداق. أمّا إذا طلق الزوج قبل البناء وقد علم بالعيب لزمه نصف الصداق تطبيقاً للمادة 110 من مدونة الأسرة.

والملاحظ من خلال الرجوع إلى مقتضيات المادتين 32 و109 من مدونة الأسرة أنّ المشرع المغربي استعمل تارة عبارة الفسخ للعيب، وتارة أخرى التطليق للعيب، مع أنّ الفقرة الخامسة من المادة 98 من ذات المدونة جعلت العيب أحد أسباب التطليق، وأنّ المادة 113 منها نصت على أنّه: "يُبيّن في دعاوى التّطليق المؤسّسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه...". كما تضيف المادة 122 منها أنّ: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلاّ في حالتين التّطليق للإيلاء وعدم النفقة".

²⁶⁹- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 277.

²⁷⁰- أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير... المرجع السابق، ج. 02، ص. 476 وما بعدها.

وهذا يدفع إلى القول أنه وقع في هذا الغلط سهواً أو تأثراً بالاختلاف الفقهي حيث يرى المالكية والأحناف أنّ الفرقة للعيب هي طلاق بائن، لأنّ فعل القاضي يضاف إلى الزوج فكأته طلقها بنفسه، ولأنّها فرقة بعد زواج صحيح، وجعل بائناً لرفع الضرر عن المرأة، إذ لو جاز للزوج مراجعتها قبل انقضاء العدة لعاد الضرر مرّة أخرى²⁷¹. في حين يرى الشافعية والحنابلة والجعفرية أنّ الفرقة للعيب فسخ كونه من إيقاع القاضي وحتى وإن تلفظ الزوج بالطلاق فيكون ذلك بأمر من القاضي لا بإرادته²⁷².

من جهته المشرع الجزائري، سكت عن الحديث عن الصداق حال التطليق للعيب واكتفى بالنص ضمن المادة 16 من قانون الأسرة أنّ الزوجة تستحق كامل الصداق بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه بالطلاق قبل الدخول. أمّا عن نوع الفرقة للعيب فهي طلاق بائن، وهو ما يستشف من المادة 48 من قانون الأسرة بقولها: "الطلاق حل عقدة الزواج، ويتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون". وكذلك من الفقرة الثانية من المادة 53 منه التي أجازت للزوجة طلب التطليق للعيب. كما يتضح ذلك جلياً من خلال ما ذهب إليه المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بتاريخ 10 فيفري 1986 حيث جاء فيه: "من المتفق عليه فقهاً وقضياً في أحكام الشريعة أنّ الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأنّ حكم القاضي لا يغيّر من رجوعه لأنّه إنّما نزل على طلب الطلاق، أمّا الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لرفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها، وإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية"²⁷³.

استناداً لما تقدّم، المتفق عليه من قبل القوانين المغاربية للأسرة أنّ العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية تعطي للزوجة حرية الخيار بين البقاء مع زوجها أو رفع أمرها للقاضي طلباً لفك الرابطة الزوجية، وهو موقف متبني ممّا توصل إليه جمهور الفقهاء. ولكون مرض الزوج الذي يشكّل خطراً

²⁷¹- البهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 02، ص. 215؛ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 05، ص. 100.

²⁷²- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 10، ص. 57؛ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 05، ص. 95.

²⁷³- مجلس أعلى، غ. أ. ش.، 10/02/1986، ملف رقم 39463، م. ق.، ع. 01، ص. 37.

على صحّة الزوجة أو حياتها فيه ضرر محض وبالغ لها فلها أن تتمسك بحريتها في طلب التطليق، أمّا الذي لا يهدّد حياتها وصحتها فلا يقع به الطلاق لأنّه مصيبة حلّت بالزوج ولا إرادة له فيه وواجبات الزوجة تجاه زوجها تفرض عليها البقاء معه. غير أنّ العقم ولما كان محلّ اختلاف بين الفقهاء، فإنّ ذلك انعكس على موقف التشريعات المغاربية حيث لم يعتبره فقه القضاء التونسي والتشريع والقضاء المغربيين سببا لفك الرابطة الزوجية على خلاف التشريع والقضاء الجزائريين. ونفس الموقف حول الأمراض المنفرة التي تعدّ محلّ اعتبار عند التشريع الجزائري فقط الذي أخذ بالعيوب جميعها سواء كانت جسدية أو عقلية أو منفرة لمساسها بأهداف الزواج، فوسّع من نطاق حرية الزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية.

فالعيوب المؤثرة على استقرار الحياة الزوجية، توجب للزوجة حرية الخيار لدفع الضرر المعنوي اللاحق بها، وإلى جانب ذلك هناك صور أخرى للضرر تسمح لها بطلب فك الرابطة الزوجية، وذلك عندما يقوم الزوج بمخالفة أحكام التشريع الأسري.

المطلب الثاني

حرية المرأة بين التمسك بها والتخلي عنها

إذا كان الضرر اللاحق بالزوجة يكون سببه ارتكاب الزوج سلوكا خاطئا أو قيامه ببعض الأفعال والتصرفات العمدية بقصد الإضرار بها، ففي أحيان أخرى، قد يتسبّب الزوج للزوجة في ضرر ما دون أن يخالف قاعدة شرعية معيّنة، حيث يستعمل حقا أصيلا له يسمح به الشرع، ولكن وهو يمارسه قد تتضرّر الزوجة إمّا لتضاييقها من الفعل في حدّ ذاته، أو لتضرّرها من آثاره، وهو ما يحدث في حالة التعدّد، وهذه الصورة يغلب عليها الضرر المعنوي. فكيف هي حرية المرأة في حالة التعدّد؟ (الفرع الأول)

وإلى جانب تضرر الزوجة من حالة التعدّد لمخالفة الزوج للنصوص المنظمة له، فإنّه توجد صورتين أخريتين يغلب عليهما الضرر المعنوي. الأولى تتمثل في حالة إخلال الزوج بتنفيذ الشرط

الاتفاقي. والثانية، عندما يخل الزوج بواجب المساكنة. وفي كلتا الحالتين للمرأة الحرية التامة في التمسك بجزئتها أو التخلي عنها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حرية المرأة في حالة التعدد

إنّ الزواج الأحادي هو الأصل في الزواج، باعتبار أنّ الله سبحانه وتعالى، أراد للحياة الزوجية أن تكون سكوناً وحركة إنسانية في اتجاه إيجاد علاقة متوازنة تنطلق من مناخ المودة والرحمة. إلاّ أنّه يرخّص للرجل أن يخرج من هذا الأصل إلى تعدّد الزوجات متى طرأت بعض المشاكل في حركته²⁷⁴.

ويعدّ تعدّد الزوجات واحد من أبرز الموضوعات التي طالما شكّلت نقطة أساسية من النقاط التي دار حولها جدال واسع من قبل ظهور الإسلام وإلى يومنا هذا²⁷⁵، إلى حدّ ذهب البعض إلى التساؤل حول أسباب التمييز بين الرجل والمرأة في هذا المجال، وعدم منح الزوجة الحرية في التعدّد كما الرجل (أولاً).

كما شكّلت التعدّد أحد المحاور الأساسية التي مستتها التعديلات الأخيرة لقوانين الأسرة، غير أنّ مواقفها جاءت متباينة. فمنها من أجازته مع التقيّد بشروط، وهو ما جعل مكانة حرية الزوجة تختلف

²⁷⁴- أنظر، محمد حسين فضل الله، تأملات إسلامية حول المرأة، دار الملاك، ط. 02، 1992، ص. 150.

²⁷⁵- فقد كان التعدّد رائجا في المجتمعات القبليّة دون تحديد أو اعتراض، وبعدها كان العرب في الجاهلية يتخذون من الزوجات ما يشاؤون، وكان هذا إسرافاً منهم مبعته حب الشهوات أو الرغبة في الولد والتفاخر بكثرتهم، فأبيح للرجل تعدّد الزوجات والجمع بين أيّ عدد شاء من الزوجات دون تحديد، وأما الاكتفاء بإمرأة واحدة أو اثنتين وأكثر فذلك أمر خاص يعود إليه. وفي قانون هامورابي رخص الزواج بثانية لمن مرضت زوجته التي في عصمته مرضاً مزمناً، مع تخيير الأخيرة بين البقاء في العصمة أو الانفصال عن الزوج. وفي شريعة اليهود ليس في التوراة لتعدّد الزوجات حدّ أو قيد. وفي التلمود إباحة التعدّد مقيدة بالقدرة على الإعالة. واليهود لم يتبعوا مذهباً واحداً في أحوالهم الزوجية بل اختلفت عاداتهم بحسب البيئتين، فقد حرّم يهود فرنسا وألمانيا التعدّد خلال القرن 12م، وحرّمه يهود اسبانيا خلال القرن 17م ولم يكن من قبل محرّماً لديهم. وأما المقيمون في البلاد الإسلامية فظلّوا يسمعون بالتعدّد. ولم يرد في المسيحية نص صريح يمنع التعدّد. كما أباحت شريعة الهندوس تعدّد الزوجات في عصمة الرجل الواحد إلاّ أنّها قيّدت بعدد معيّن. وفي الصين القديمة منع التعدّد واقتن بالجزء. وفي المجتمعات المدنية الحديثة قام المسيحيّون بمنع التعدّد استناداً لمبدأ المساواة بين الجنسين، ولأنّ التعدّد يمثّل استغلالاً للمرأة ويحط من كرامتها، أما البلدان الإسلامية فمنها من أباحت مطلقاً، ومنها من أجازته بقيود، باستثناء تونس التي منعت. كما سيتم توضيحه.، راجع: محمد سعيد القطاري، المرأة، -صانعة الأجيال، مكانتها، منزلتها-، مكتبة قرطاج، صفاقس، تونس، ط. 01، 2005، ص. 155 وما بعدها؛ خاشع حقي، تعدّد الزوجات أم تعدّد العشيقات، -دراسة علمية مقارنة-، دار أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن خرم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، بيروت، لبنان، ط. 01، 1997، ص. 23 وما بعدها.

حسب الحالة، فإذا توافرت الشروط وحصل الزوج على ترخيص بالتعدّد فلا مجال للحديث عن حرية الزوجة في التعدّد. وأمّا إذا تخلفت الشروط، فإنّه يتقرّر للزوجة الحرية في قبول التعدّد أو رفضه والمطالبة بالتطليق (ثانياً).

ومنها من منعته واعتبرته جريمة يعاقب عليها القانون، فحمت بذلك حرية الزوجة في رفض التعدّد (ثالثاً). وهذا التباين جاء نتيجة لكون التعدّد مباح وليس فرضاً ولا واجباً ولا حراماً ولا مكروهاً، ممّا يسمح لولي الأمر أن يقيده أو يمنعه، أو يفرضه على وجه الإلزام إذا رأى فيه مصلحة عامّة للمجتمع²⁷⁶.

أولاً: عدم حرية المرأة في التعدّد كما الرجل

مفاد التعدّد، أن يجمع الرجل الواحد في عصمته أكثر من امرأة واحدة، من غير أن يتجاوز الحدّ الذي أجازته الشرع، وهو أربع نسوة بشرط العدل بينهن. وهو جائز ومشروع لقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾²⁷⁷. وعن قيس بن الحارث قال: "أسلمت وعندي ثماني نسوة، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلّم فقلت ذلك له، فقال: اختر منهن أربعاً"²⁷⁸.

والتعدّد رخصة واستثناء، والرخصة والاستثناء لا يتوسّع فيهما ولا يلجأ إليهما إلاّ للضرورة القصوى، والضرورة تقدّر بقدها، فالآية الكريمة قيّدت التعدّد بتوفر العدل، فإن خيف عدم العدل في التزوّج بأكثر من واحدة، تعيّن الاقتصار على واحدة، وهذا حتى لا يصبح التعدّد باباً من أبواب الضرر، أو مطية إلى الظلم والتعسف²⁷⁹.

ولهذا لا ينبغي للرجل أن يسيء استعمال هذه الرخصة، فيتحوّل التعدّد إلى حالة مزاجية أساسها الرغبة في التنويع وليس الحاجة الحقيقية، وهذا يجعل الزواج مسألة مزاج طارئ سرعان ما

²⁷⁶ - أنظر، عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج. 01، مكتبة الرشاد، محمد الخامس، المغرب، ط. 01، 2006، ص. 123.

²⁷⁷ - سورة النساء، الآية رقم 03.

²⁷⁸ - أبو عبد الله محمد بن ماجه الربيعي القزويني، سنن ابن ماجه... المرجع السابق، ص. 455.

²⁷⁹ - أنظر، عبد الله سهيل، تعدّد الزوجات بين قانون الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، أعمال الندوة الوطنية التي نظمتها شعبة القانون الخاص ومركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و28 يناير 2006، تحت عنوان: مدونة الأسرة بين النص والممارسة، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، ط. 01، 2006، ع. 25، ص. 39-40.

يتفكك. فالتعدّد يجب أن ينطلق من حالة عميقة في النفس، أو من حاجة أساسية يفرضها الواقع، حتى تتحقّق المسؤولية في عملية التوازن في الزواج²⁸⁰.

ولم يشرّع إلّا لتحقيقه العديد من المزايا نذكر منها²⁸¹:

- أ- تثبت الإحصائيات أنّ عدد النساء يفوق عدد الرجال طبيعياً، الأمر الذي يجعل قسماً من النساء لا يملك فرص الزواج في حالة أحادية الزواج؛
- ب- بكثرة النسل يكثر أبناء الأمة، فتقوى بسواعد أبنائها في الحروب وفي تدبير أمور الحياة العامّة؛
- ت- بكثرة النسل تكثر اليد العاملة، ويرتفع الإنتاج، ويزدهر الاقتصاد؛
- ث- أدّت الحروب إلى التقليل من الرجال وبقاء الأرامل ممّا دعت الحاجة إلى التعدّد؛
- ج- توقف الإنجاب عند الزوجة بسبب العقم، أو تقدّمها في السن، أمام رغبة الزوج في النسل؛
- ح- بالتعدّد تقلّ العلاقات غير الشرعية وأبناء الزنا.

ومع وضوح الآية الكريمة التي تسمح بالتعدّد للرجل، وبيان أسباب اللجوء إليه، أثارت الحركات التحريرية ضجة كبيرة عندما طرحت التساؤل التالي: لماذا أعطى الإسلام الحرية للرجل في أن يعدّد في زوجاته، ولم يمنح الحرية للمرأة أن تعدّد في الأزواج؟ ألا يعتبر ذلك من قبيل التمييز ضدّ المرأة وعدم مساواتها بالرجل؟

إنّ ما نادى به هذه الجمعيات النسوية والحركات التحريرية مردود عليه، وذلك لأنّ سبب عدم إباحة التعدّد للمرأة راجع لعدّة نقاط أبرزها²⁸²:

- الأولى، تتمثّل في كون النظام الأسري قائم على أساس شخصية الأب كوجه أصيل للأسرة، وهو نظام أساسي في الإسلام. حيث يعتبر الأب قواماً على الأسرة، وأساساً للانتماء

²⁸⁰ - محمد حسين فضل الله، المرجع السابق، ص. 161.

²⁸¹ - أنظر، بنسالم أوديجا، دور قاضي التوثيق في التعدد في ضوء أحكام مدونة الأسرة، -الضمانات- الرقابة- القيود-، مجلة القضاء والقانون، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007، ع. 154، ص. 34-35؛ ليلي بن سدرين الشريف الكتاني، المرجع السابق، ص. 302-303.

²⁸² - محمد حسين فضل الله، المرجع السابق، ص. 157-158.

ومسؤولا عن الأمور الحياتية. هذا ولا يمكن الإقرار بتعدّد الأزواج لأنّه يخلق مشكلة انتماء الأولاد، فتضيع الأنساب.

- أمّا الثانية، فتكمن في عجز الزواج الأحادي في حلّ المشاكل الواقعية، فكان لا بد من تجاوز ذلك إلى غيره. فاللجوء إلى تعدّد الزوجات في حالات استثنائية يكتسي مزايا عديدة، على خلاف تعدّد الأزواج الذي لا يجدّ له مبررات أصلا.

- وثالثا، إنّ المرأة تميل إلى العلاقة الأحادية أكثر من ميلها إلى العلاقات المتعدّدة. لهذا نجد ظاهرة الوفاء في العلاقات الجنسية لدى المرأة أكثر منها لدى الرجل، فهي تشعر بالاكتماء بالعلاقة الواحدة في حالتها الطبيعية.

- وأهم سبب، يكمن في حفظ المرأة من الأمراض، حيث أنّ اجتماع ماء أكثر من رجل داخل فرج المرأة يعرضها لعدّة أمراض خطيرة ومنها مرض نقص المناعة.

ولهذه الأسباب، لو كان في تعدّد الأزواج مصلحة للمرأة لشرّعه الإسلام مثلما شرّح تعدّد الزوجات، فالمسألة تبقى هامة فقط عند أصحاب الأهواء غير السوية المتأثرين بتقاليد الغرب، والمبهورين بما تقرّره المواثيق الدولية بكل ما يتعلّق بنظام الأسرة²⁸³. فيجب الوقوف أمام الحقيقة الواقعية التي تفرض الحاجة إلى التعدّد لدى الرجل من ناحية الغريزة والأوضاع الإنسانية العامة، وهو الأمر الذي يجعل من ذلك قضية في حجم الظاهرة التي يجب أن يواجهها التشريع بالحل العملي.

وبعد، فالتعدّد في الزوجات، في طبيعته لا يخرج عن دائرة الحقوق المكتسبة شرعا، فهو لا يسيء للمرأة ولا يحط من قدرها وكرامتها، ولا يتعارض مع حريتها، غير أنّ المشكل يكمن في إساءة استغلاله والتعسّف في تفسيره والأخذ بمقاصده الشرعية. وما من شك أنّ التعسّف في التعدّد أضّر كثيرا بحقوق المرأة وأبنائها، فساهم إلى حدّ كبير في ظهور مظاهر التفكك الأسري. ما دفع بالمشرعين المغربي والجزائري إلى ضبطه بشروط، فما هي مكانة حرية الزوجة هنا؟

²⁸³ - الطاهر كركري، المرجع السابق، ص. 164 - 165.

ثانيا: مكانة حرية المرأة في التعدد المقيّد بشروط

عمد المشرعان المغربي والجزائري على حدّ سواء إلى تقييد إمكانية التعدّد بمجموعة من الضوابط الشرعية والقانونية الصارمة، في محاولة إلى تأكيد المقاربة الحقيقية لهذا الحق في ظلّ الشريعة الإسلامية، والمتمثلة في حظر التعدّد كأصل وإباحته كاستثناء²⁸⁴.

فالمشرع المغربي كان أكثر جرأة، إذ تطرّق أولاً لموضوع التعدّد في سبعة مواد بدل اثنتان كما كان حاصلًا في مدونة الأحوال الشخصية سابقًا، وكانت البداية في المادة 39 متحدّثًا ضمن الموانع المؤقتة للزواج عموماً عن ما يلي: "موانع الزواج المؤقتة هي: ... الزيادة في الزوجات على القدر المسموح به شرعاً...". ويبدو أنّ المشرع كان يقصد من هذا النص الإعلان عن موقفه مبكراً لمجيز لنظام التعدّد، شريطة أن لا يتجاوز العدد المسموح به شرعاً. وهنا كان عليه أن يبسط الأمور ويشير إلى العدد أربعة صراحة لتفادي أي لبس. فلا يمكن للرجل أن تكون تحت عصمته أكثر من أربعة زوجات، وإذا أراد التزوّج بامرأة خامسة فيجب عليه أن يطلق إحدى زوجاته الأربع.

وبعد ذلك نظّم الموضوع برمّته في المواد من 40 إلى 46 من نفس المدونة، يظهر من خلالها وبوضوح اهتمام المشرع المغربي بمسألة التعدّد بحيث حاول عدم إغفال أي جانب من خلال توظيفه لعدّة مواد تخصّ هذا الموضوع، في إطار مقارنة ثنائية ذات بعد إيجابي، يقوم كمبدأً على أساس حماية الحقوق المكتسبة للمرأة وفق متطلبات العصر الجديد وبين احترام مقاصد الشريعة الإسلامية.

وقد مس تعديل 2005 لقانون الأسرة الجزائري المادة الثامنة منه، فجاءت على النحو التالي: "يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرّر 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؛

²⁸⁴ - هناك من البلدان العربية الإسلامية التي سمحت بنظام تعدد الزوجات بشكل مطلق ولم تقيده بأي شرط ما عدا شرط عدم تجاوز عدد أربع زوجات، نذكر المملكة الأردنية الهاشمية، الكويت، المملكة العربية السعودية. فقد اعتبرت تعدّد الزوجات أمراً مسلماً به على الإطلاق، وتعاملت معه وكأنّه خصوصية من الخصوصيات الدينية في الإسلام،، فخري رياض، المرجع السابق، ص. 25-26.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرّر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

وإلى جانب هذه المادة التي احتوت على الشروط الواجب توافرها لطلب الإذن بالتعدّد، نجده أكمل معالجة الموضوع في المواد 08 مكرر و08 مكرر1، والفقرة السادسة من المادة 53 من نفس القانون.

فبالرجوع إلى هذه النصوص القانونية نكون أمام حالتين، الأولى أن يتوافر الزوج على الشروط المفروضة فيسمح القاضي له بالتعدّد، ولا تأثير لحرية الزوجة في القبول أو الرفض (1). والثانية، أن يعدّد الزوج ولكنه يخالف أحكام التعدّد، فتكون الزوجة أمام خيارين، حرية الإبقاء على التعدّد أو حرية طلب التخليق (2).

1- لا حرية للمرأة عند حصول الزوج على الإذن بالتعدّد

لأنّ التعدّد رخصة، تم فرض جملة من الضوابط لا يمكن للراغب في التعدّد إبرام الزواج إلاّ من خلالها، وبمفهوم المخالفة إذا توفرت هذه الشروط يمنح للزوج ترخيصا بالتعدّد، ممّا يؤثر على حرية المرأة في رفضه. نوجزها فيما يلي:

أ- وجود المبرّر الشرعي

بعدما خلت مدونة الأحوال الشخصية المغربية من اشتراط هذا الشرط، تناوله المشرع بموجب الفقرة الأولى من المادة 41 من مدونة الأسرة النّاصة على أنّه: "لا تأذن المحكمة بالتعدّد: - إذا لم يثبت لها المبرّر الموضوعي الاستثنائي"²⁸⁵. وعلى غرار نص المشرع الجزائري بمقتضى الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانون الأسرة على أنّه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرّر الشرعي...".

²⁸⁵- وبفرض المدونة قيد المبرّر الموضوعي، قلّت طلبات الأذون بالتعدّد مقارنة بالسنوات التي سبقت صدور المدونة ودخولها حيز التنفيذ سنة 2004، أنظر، عمر لمين، مدونة الأسرة بعد سنة من التطبيق، الأيام الدراسية حول: المدونة دعامة للأسرة المغربية المتوازنة، مكتبة دار السلام، الرباط، المغرب، 2006، ع. 08، ص. 67.

وباستقراء ما جاء في هاتين المادتين، نلاحظ أولاً الاختلاف في وصف المبرّر، حيث أطلق المشرع المغربي عليه بالمبرّر الموضوعي الاستثنائي، في حين عبّر عنه المشرع الجزائري بالمبرّر الشرعي. فما يلفت الانتباه هو وصف مبرّر التعدّد بالموضوعي والاستثنائي، وهذا ما يدل عن نية المشرع المغربي في التضييق أكثر وأكثر من دائرة المبرّرات، فليس كل مبرّر موضوعي يعتبر مقبولاً وإنما يجب أن يكون استثنائياً، ليبقى التساؤل مطروحاً حول ما يعتبره المشرع المغربي استثنائياً²⁸⁶؟ وأمّا عن وصف المبرّر بالشرعي، فالمشرع الجزائري أيضاً لم يحسن اختياره خاصّة وأنّ الشريعة الإسلامية لا تعدد بالمبرّر كشرط للتعدّد، وبالرجوع إلى النص الفرنسي نجد أنّه استعمل عبارة "Si le motif est justifié" وهو ما يعني "إذا كان السبب مبرّراً".

وأما الملاحظة الثانية، فكلا المشرعين لم يبيّنا المقصود من المبرّر الموضوعي أو الشرعي، ولم يحدّدوا المعيار الذي ينبغي أن يقتضي به القاضي في هذا المجال تاركين بذلك الحرية المطلقة للقاضي في ممارسة سلطته لتقدير المبرّر من عدمه²⁸⁷.

ولإزالة الغموض الذي اعترى هذا الشرط، أصدرت وزارة العدل الجزائرية منشورين في محاولة منها لتفسيره وإزالته، أولهما المنشور رقم 102/84 والذي في 23 ديسمبر 1984، جاء فيه أنّه على الموثق أو ضابط الحالة المدنية عند إبرام عقد الزواج بزوجة ثانية، أن يتحقّق من توفر المبرّر الشرعي، فيكتفي في إثباته بشهادة طبية من طبيب اختصاصي تثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال، وفي حالة عدم إثبات ذلك يرفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية إبرام العقد.

فتفسير المقصود من المبرّر الشرعي هنا، انحصر في حالة عقم الزوجة وحالة إصابتها بمرض عضال، متجاهلاً بذلك مبرّرات أخرى. وأمّا ثاني منشور، فهو المنشور الوزاري رقم 14/85 الصادر بتاريخ 22 أوت 1985، فأضاف أنّه خارج مرض العضال أو عقم الزوجة الأولى يستوجب أخذ رأي القاضي في تقرير سبب الزواج الثاني، لاسيما في حالة رفض الزوجة الأولى، فللقاضي السلطة التقديرية

²⁸⁶- أنظر، دليّة آيت شاوش سعيد، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية-، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص. 284.

²⁸⁷- جيلالي تشوار، الثغرات التشريعية... المرجع السابق، ص. 114.

في ترخيص الزواج الثاني أو رفضه بموجب أمر على عريضة غير قابل للطعن، وبهذا يكون المنشور قد فتح من دائرة الاعتداد بمبررات أخرى غير حالة مرض العضال وحالة عقم الزوجة، ولكن أخضع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي. وما جاء به المنشور الثاني لا يختلف عما هو منصوص عليه في المادة الثامنة من قانون الأسرة من حيث جعل تقدير المبرر الشرعي من عدمه في يد القاضي.

كما نجد أنّ الدورية الوزارية عن وزارة العدل المغربية قامت بتفسير المبرر الموضوعي الاستثنائي، بتاريخ 17 جانفي 1994 فجاء تفسيرها مشابها لما ورد في المنشور الوزاري الجزائري رقم 102 /84 -المذكور أعلاه- إذ حدّته بحالة مرض الزوجة مرضا لا علاج له. وحالة عقم الزوجة الذي مضى عليه أكثر من ثلاث سنوات.

وفعلا اعتبر القضاء المغربي حالة مرض الزوجة مبررا موضوعيا لطلب الإذن بالتعدّد، حيث اتجهت محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 01 فيفري 2006 إلى اعتبار ما يلي: "حيث إنّ هذه المحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف ومحتوياته على الصعيد الابتدائي والاستئنافي ودراستها لعلل الحكم المستأنف تبين لها بأنّ ما نعه المستأنف في محله ذلك أنّ الثابت من وثائق الملف وخاصة منها الشواهد الطبية المؤرخة في 20 /06 /2005، أنّ الزوجة (ت. ج.)، تعاني من قصور كلوي وتخضع للتصفية الدموية بصفة مستمرة كما أنّ الشهادة المؤرخة في 07 /07 /2005 تفيد أنّ الزوجة (ت. ر.)، أعضائها التناسلية منكشحة مع استئصال الرحم هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الزوجتين معا قد وافقتا كتابة على التعدّد ولم يمانعا من ذلك. وحيث إنّ المستأنف أدلى للمحكمة بشواهد إدارية تفيد أنّه يستغل قطعا فلاحية مغروسة بالزيتون وأنّ هذه المواد الفلاحية كافية لإعالة الأسرة وضمنان جميع الحقوق من نفقته وإسكان وغيره في البيئة البدوية التي يعيش فيها؛

وحيث إنّ مرض الزوجتين ثابت من الشواهد الطبية كما أنّ موافقتهما قائمة في النازلة كل ذلك يشكّل له مبررا موضوعيا استثنائيا للإذن له بالتعدّد وأنّ محكمة أولى درجة لما لم تراخ ذلك تكون قد

جانبت الصواب مما توجب إلغاء مقرّرها والحكم وفق الطلب تماشيا مع درء المفاسد وإحصانا له من المحرمات²⁸⁸.

إلا أنّ القضاء المغربي لم يقتصر في تفسيره للمبرّر الموضوعي على حالة مرض الزوجة فقط، وإنما أخذ بمبرّرات أخرى منها بعد الزوج عن زوجته، كما هو ظاهر في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 08 جوان 2005 والتي ذهبت إلى القول: "وحيث إنّ المحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف ومحتوياته على الصعيد الابتدائي والاستئنائي والبحث الذي أجرته محكمة أولى درجة وكذا ما صرّح به المستأنف والمرأة الثانية المراد التزوّج بها تبين لها أنّ مسألة الموارد الكافية لإعالة الأسرتين كما نص على ذلك الفصل 41 من مدونة الأسرة أصبحت غير مطروحة في نازلة الحال على اعتبار أنّ السيدة (ح. ن.)، التزمت أمام المحكمة بمقتضى الالتزام الكتابي أن تعيل نفسها وترعى المستأنف بما تدر عليها وظيفتها ملتزمة بعدم مطالبته بأي إنفاق؛

وحيث إنّ المستأنف سبق له أن استصدر حكما على الزوجة الأولى قضى عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية غير أنّه تعدّر عليه تنفيذه لتواجدها بإيطاليا؛

وحيث إنّ المبرر الشرعي الاستئنائي المطلوب بمقتضى الفصل 41 من مدونة الأسرة قائم على اعتبار أنّ المستأنف أصبح بعيدا عن زوجته الأولى التي قضى عليها بالرجوع فتعدّر تنفيذ ذلك عليها لبعدها في بلد أجنبي بعيد علما بأنّ الزوج لا يمكنه أن يبقى في هذه الوضعية وتمشيا مع قاعدة درء المفاسد وإحصانا له من المحرمات اقتضى نظر هذه المحكمة الإذن له بالتعدّد بعد إلغاء الحكم المستأنف إليه²⁸⁹.

فالمبرّر الموضوعي للتعدّد لا يقتصر على حالتي عقم الزوجة ومرضها العضال، وإنما هو ما لا تستقر بغيره جوانب مادية أو معنوية في حياة الإنسان. من ذلك أن تنفر الزوجة من الاتصال

²⁸⁸ - محكمة الاستئناف وجدة، 01 / 02 / 2006، قرار ع. 93، مقتبس عن: محمد برحيلي، التعدّد والإشكاليات المثارة بشأنه، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2008، ع. 7-8، ص. 96.

²⁸⁹ - محكمة الاستئناف وجدة، 08 / 06 / 2005، قرار ع. 430، مقتبس عن: محمد برحيلي، المرجع السابق، ص. 97.

الجنسي، أو ليست لها الرغبة فيه مطلقاً، أو تكون للزوج قوّة جنسية جامحة، أو درءاً له للمفاسد وإحصاناً له من المحرّمات²⁹⁰.

ولأنّ تقدير توفر المبرّر الموضوعي خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، فله أن يعتبر أنّ سبب التعدّد لا يعدّ سبباً موضوعياً فيرفض منح الإذن، وهو المبدأ الذي كرّسته محكمة الاستئناف بالحسيمة في قرار صادر عنها بتاريخ 26 سبتمبر 2006 والذي جاء فيه ما يلي: "حيث ركز المستأنف أوجه استئنائه على أنّه أطرّ دعواه بحجج معتبرة وأنّ المستأنف عليها توافق على التعدّد؛

وحيث إنّه واستناداً على مقتضيات المادة 41 و42 من مدونة الأسرة، فإنّ المحكمة لا يمكن لها أن تأذن بالتعدّد إلّا بعد التأكد من توفر المبرّر الموضوعي والاستثنائي للتعدّد والموارد الكافية لإعالة أسرتين؛

وحيث ثبت للمحكمة من خلال تصريحات الطرفين أنّ السبب الداعي للتعدّد يتمثل في كون المستأنف عليها رفضت أن تقيم مع المستأنف في البادية حيث يقيم ويمارس عمله؛

وحيث إنّ المحكمة بعد دراستها للسبب المشار إليه أعلاه، والذي اعتمده المستأنف كسبب للتعدّد اتضح لها أنّ السبب المذكور لا يعتبر سبباً موضوعياً للتعدّد، ما دام أنّ الزوج المستأنف من حقه أن يطالب زوجته المستأنف عليها بالالتحاق به والعيش معه بيت الزوجية حيث يسكن؛

وحيث أنّه اعتباراً لما ذكر يكون الحجم المستأنف على صواب لما قضى به بما وجب معه التصريح بتأييده وتحميل المستأنف الصائر²⁹¹.

فمن خلال هذه الأحكام القضائية، فإنّ تحديد ما يدخل ضمن المبرّر الموضوعي للتعدّد يبقى خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي، والذي يبحث عنه عند استدعاء الزوجين والاستماع إليهما بمقر المحكمة، وهذه المبررات إمّا أن تكون عامّة كارتفاع عدد النساء عن الرجال نتيجة للكوارث الطبيعية

²⁹⁰ - محمد الكشور، الوسيط في شرح... المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 291.

²⁹¹ - محكمة الاستئناف بالحسيمة، قرار رقم 481، 26/09/2006، ملف ع. 365 - 7 - 06.

أو الحروب، أو أن تكون خاصّة كأن تكون المرأة عاقرا أو مصابة بمرض يمنعها من القيام بواجباتها الزوجية والمنزلية، أو يكون الزوج كثير الأسفار بين بلدين ويخشى الوقوع في الفاحشة²⁹².

فمهمته ليست بالسهلة، إذ يتعيّن عليه أن يكون حكيما واسع الأفق لمعرفة الدوافع التي أدت بالزوج إلى طلب الإذن بالتعدّد، مع قدرته على التمييز بين الأسباب والدوافع العابرة والتافهة وبين تلك الجدية، فلا يقوم بمنح الترخيص بالتعدّد لمجرد نزوة، وبالمقابل يمنحه إذا استدعت الضرورة ذلك بدلا من فك الرابطة الزوجية، خاصة إذا كانت الزوجة الأولى لا ترغب في الطلاق²⁹³.

وبعد التحقق من توفر المبرر الشرعي الذي يبرر اللجوء إلى التعدّد، يشترط أيضا البحث عن إمكانية العدل بين الزوجات حتى لا تظلم الزوجة السابقة بالأخص وأبنائها.

ب- توفر العدل

هدّبت الشريعة الإسلامية نظام التعدّد بأن حدّته بعدد معيّن وهو أربع زوجات، وأوجبت على الرجل أن يعدل في مطالب الحياة حتى يكون أبعد من الظلم والميل مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثَلَىٰ ثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾²⁹⁴.

وعلى نهج الشريعة الغراء، جاءت المادة 40 من مدونة الأسرة متضمنة ما يلي: "يمنع التعدّد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات...". فاستعمل المشرع المغربي لفظ "يمنع" بدل لفظ "لم يجوز" المستخدم في المادة 30 من مدونة الأحوال الشخصية السابقة، تأكيدا منه على أنّ القاعدة آمرة، وعلى أهمية تحقق شرط العدل لمنح الإذن بالتعدّد.

وهذا الشرط يجد أساسا له ضمن مقتضيات الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري الناصّة على أنّه: "يسمح بالزواج...وتوفرت شروط ونية العدل".

²⁹²- الطاهر كركري، المرجع السابق، ص. 156 - 157.

²⁹³- جيلالي تشوار، الثغرات التشريعية...المرجع السابق، ص. 114.

²⁹⁴- سورة النساء، الآية رقم 05.

فالاختلاف بين صياغة الفقرتين ظاهر، إذ اشترط المشرع المغربي توفر العدل، بينما اشترط المشرع الجزائري تحقق نية العدل. فلم تكن صياغة هذا الأخير موفقة للأسباب التالية²⁹⁵:

- أنّ نية العدل أمر نفسي داخلي يصعب الإطلاع عليه إلا من الله سبحانه وتعالى؛
- لا مجال لإثبات النية وهي أمر داخلي في ظل غياب الزوجة أصلاً، وعليه يكون التحقق منه بعد اجتماع الزوجتين في عصمة الرجل.

فكان حرياً على المشرع الجزائري الاكتفاء بعبارة العدل كما نظيره المغربي، خاصة وأنه في الفقرة الأخيرة من المادة الثامنة من قانون الأسرة أشار إلى قدرة الزوج على توفير العدل، وأن شرط العدل هو ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية.

ولأنّ العدل بين الزوجات يعدّ من الأمور الضرورية التي لا يمكن الاستغناء عنها لإقامة أسرة أساسها المودة والرحمة ورعاية الأولاد، فإنّ هذا الشرط ترجم بوضوح من خلال قرارات المحكمة العليا، فنذكر على سبيل المثال القرار الصادر عنها بتاريخ 05 ماي 1986 حيث جاء فيه: "لم يقيم الزوج بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن، بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، وبالتالي فإنّ الزوج لم يطبّق قاعدة المساواة بين زوجاته، ومخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية"²⁹⁶. وبالرجوع إلى القرار الصادر عنها بتاريخ 11 فيفري 2009 نجدّه يتضمن ما يلي: "بعد الهجر في المضجع، في حالة تعدّد الزوجات، دليلاً على انعدام نية العدل، يبرّر طلب الزوجة المتضررة التطلاق"²⁹⁷.

وعلى الرغم من أنّ كلا المشرعين المغربي والجزائري لم يوضحا نوع العدل الواجب تحقيقه، إلا أنّ المقصود به هو العدل المادي، كالقدرة على النفقة وتوفير المسكن، والملبس والمشرب، والعدل في المبيت وفي المعاملة وفي السفر، وكل ما يتعلّق بمعاملة الزوجات، ممّا يمكن فيه تحقيق العدل وممّا يدخل في طوق الإنسان وإرادته. أمّا ما لا يدخل تحت قدرة الإنسان وهو العدل الكامل الشامل للميل القلبي فغير مكلف به. فالميل المنهى عنه هو الميل التام الذي يتعدّى إلى الأمور الظاهرة ويترتب عليه

²⁹⁵- أنظر، خليل عمرو، نظام تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية بين الإباحة والتقييد، م. ع. ق. إد. س.، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015، ع. 19، ص. 59.

²⁹⁶- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 05 / 05 / 1986، ملف رقم 41445، مقتبس عن: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 194.

²⁹⁷- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 11 / 02 / 2009، ملف رقم 480240، م. م. ع.، 2009، ع. 01، ص. 279.

إهمال إحدى الزوجات إهمالا تامًا، أمّا مجرد الميل الذي لا يتعدّى إلى ما وراء ذلك فليس منهيًا عنه لعدم قدرة الإنسان على دفعه، وعدم استطاعته أن يعدل فيه ولو حرص²⁹⁸. فحتى رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخشى عدم العدل فيما لا يملك حيث كان يقول: "اللهم إنّ هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك"²⁹⁹. فالمطلوب ليس العدل العاطفي وإتّما المطلوب عدم الإفراط في الميل إلى إحدهما فيذر الأخرى كالمعلّقة لا هي متزوّجة ولا هي مطلّقة مصداقًا لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾³⁰⁰.

وفي الواقع، الخوف من عدم العدل أمر لا يستطيع القاضي تقديره أو التّوصل إلى معرفته، لأنّه موكول إلى طالب الزواج وبينه وبين ربه، فمريد التّعدي قد يخفي نيته في الجور ويظهر عزمه على العدل ولا يعدل في النهاية، فهو حكم تعبدي وليس قضائياً³⁰¹. ولهذا يبقى القاضي مكلفًا بالتأكّد من أنّ الراغب في التّعدي على استعداد لإقامة العدل بين زوجاته، وذلك من خلال ملابسات القضية وما يحيط بها من ظواهر. كتقديم الإثباتات اللاّزمة كسند الملكية، وكشف الراتب. فما يمكننا قوله أنّه ملزم ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة التي تبقى ملقاة على عاتق الزوج ولا يتأكّد منها إلاّ بعد إتمام الزواج وجمعه لأكثر من زوجة.

ولهذا يقترح الأستاذ بن شويخ الرشيد أنّه: "من الأفضل استحداث استمارة لدى الجهات المختصة يتعهّد فيها الزوج بإقامة العدل في حالة الزواج بأخرى وترفق بالملف مع الوثائق"³⁰². وعلى كل سواء تعهد بتحقيق العدل شفويًا أو كتابيًا، فإنّ المسألة تبقى خاضعة لضميره وعلاقته بالله عز وجل، كون أنّ هذا الشرط لا يمكن التّحقّق منه إلاّ بعد إبرام عقد الزواج.

وإنّ إقامة العدل لا يتم ولا تكون له قائمة إلاّ بتوافر الشروط الضرورية للحياة الزوجية.

²⁹⁸- حسين طاهري، المرجع السابق، ص. 60.

²⁹⁹- أنظر، جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي الحنفي، نصب الرّاية لأحاديث الهدايا، مؤسسة الريان، جدة، دون سنة نشر، ص. 214.

³⁰⁰- سورة النساء، الآية رقم 129.

³⁰¹- عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 128 - 129.

³⁰²- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 112.

ت- وجود الموارد المالية الكافية لإعالة أسرته أو أكثر

إنّ التعدّد يلزمه القدرة على الإنفاق خاصّة إذا أنجبت كل زوجة، ما يؤدّي إلى كثرة وزيادة في الأولاد وهذا يتطلّب وفرة في الرزق حتى ينفق عليهم ولا يؤدّي ذلك إلى تشرّدهم وانحرافهم. فنظرا لأهمية هذا الشرط في الحفاظ على الأسر والأبناء، جاء في الآية الكريمة: ﴿ذَلِكَ أَذُنِي أَلَّا تَعُولُوا﴾³⁰³، أي أن لا تظلموا أو تجوروا.

كما قيّدت الفقرة الأخيرة من المادة 41 من مدونة الأسرة التعدّد بتوفر الموارد الكافية لإعالة الأسرتين وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة. ولتسهيل المهمة على القضاء، فرضت المادة 42 من ذات المدونة في فقرتها الثانية على الراغب في التعدّد إرفاق طلب الإذن بإقرار عن وضعيته المادية. ومع ذلك تبقى هذه الطريقة غير كافية فعلا للثبوت من إمكانيات الزوج الحقيقية، ما دامت تعتمد على الإقرار الشخصي، دون أن توجد أيّة جهة مسؤولة تكون المختصة بالتصديق على هذا الإقرار بعد الوقوف على حقيقة الإمكانيات المادية لطالب الإذن بالتعدد³⁰⁴.

ونستشف هذا الشرط أيضا من الفقرة الأخيرة من المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري من خلال نصها على: "...الشروط الضرورية للحياة الزوجية".

ورغم أنّ التأكّد من تحقيق العدل المادي يمكن للقاضي أن يتحرّاه، إلّا أنّه في وقتنا الحاضر ومن الناحية الواقعية ليس الأمر بالهين، خاصّة إذا أخذنا بعين الاعتبار أنّ الإنفاق لم يعد يشمل المأكل والملبس والمسكن فحسب، وإمّا تعدّاه إلى التعليم والصحة وغيرها من متطلّبات الحياة التي أضحت من مستلزمات الحياة الاجتماعية عامّة والأسرية خاصة، ومع غلاء المعيشة وارتفاع أسعار السكنات أو حتى الإيجار كيف يمكن للرجل العادي أن يعدل بين زوجاته في هذا الشق³⁰⁵؟

³⁰³ - سورة النساء، الآية رقم 03.

³⁰⁴ - فخري رياض، المرجع السابق، ص. 34.

³⁰⁵ - جيلالي تشوار، الثغرات التشريعية... المرجع السابق، ص. 115.

وبناء على هذا الواقع من المؤكد أنّ التعدّد سيظلّم أسرة على حساب أخرى، بحيث يميل الزوج إلى توفير حاجيات أحدهما دون تمكنه من تلبية متطلبات الأخرى ما يجزّه إلى الطلاق وإلى ضياع الأبناء.

وإذا كان للزوج الحرية في التعدّد، فمن حق الزوجة السابقة والزوجة المقبل على الزواج بها العلم والتعبير عن رضا بهذا التعدّد بكل حرية.

ث - إخبار الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة بالتعدّد

يتبيّن من قراءة المادة 43 من مدونة الأسرة، حرص المشرع المغربي على إعلام الزوجة ومحاوله أخذ موافقتها في مسألة التعدّد³⁰⁶، وذلك وفق إجراءات إضافية نص عليها في المادة 44 من نفس المدونة³⁰⁷. وإذا اتضح للمحكمة تعذر استمرار العلاقة الزوجية مع إصرار الزوجة المراد التزوّج عليها على المطالبة بالتطليق، حكمت لها بذلك بعد إيداع المبلغ المستحق للزوجة والأطفال من قبل الزوج في أجل لا يتعدّى سبعة أيام حسب ما اقتضته المادة 45 من المدونة نفسها³⁰⁸.

فالمواد 43، 44، 45 من مدونة الأسرة جاءت لتضع الإجراءات المسطرية اللازم إتباعها لتحقيق الزواج المتعدّد، بالشكل الذي يضمن حقوق الزوجة الأولى. حيث يتم استدعائها من قبل المحكمة للبت في الطلب، وهي الوحيدة المؤهلة لتسلّمه، وفي حالة إدلاء الزوج بعنوان غير صحيح

³⁰⁶ - تنص المادة 43 في ف. 01، من م. أ. م.، على أن: "تستدعي المحكمة الزوجة المراد التزوّج عليها للحضور. فإذا توصلت شخصيا ولم تحضر أو امتنعت من تسلّم الاستدعاء، توجه إليها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذارا تشعرها فيه بأنّها إذا لم تحضر في الجلسة المحدّد تاريخها في الإنذار فسيبت في طلب الزوج في غيابها".

³⁰⁷ - بقولها: "تجرى المناقشة في غرفة المشورة بحضور الطرفين ويستمع إليهما محاولة التوفيق والإصلاح بعد استقصاء الوقائع وتقديم الوثائق المطلوبة؛ للمحكمة أن تأذن بالتعدّد بمقرّر معلّل غير قابل لأي طعن، إذا ثبت لها مبرره الموضوعي الاستثنائي وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوّج عليها وأطفالهما".

³⁰⁸ - جاء في الفقرات 01-02-03 من المادة 45 من م. أ. م.، ما يلي: "إذا ثبت للمحكمة من خلال المناقشات تعدّد استمرار العلاقة الزوجية، وأصرّت الزوجة المراد التزوّج عليها على المطالبة بالتطليق، حدّدت المحكمة مبلغا لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادها الملزم الزوج بالإفناق عليهم؛ يجب على الزوج إيداع المبلغ المحدّد داخل أجل لا يتعدّى سبعة أيام؛

تصدر المحكمة بمقرّر الإفناق حكما بالتطليق ويكون هذا الحكم غير قابل لأي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية".

لزوجته، أو حرّف اسمها بسوء نية، يتعرّض للعقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي متى طالبت الزوجة المتضررة بذلك³⁰⁹.

إنّ هذا الجانب الإجرائي للتعامل مع الضوابط الموجودة، لا نجد ضمن أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري، فرغم تأكيد المشرع على واجب الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وضرورة حصول القاضي على موافقتها، من خلال الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة، ولو أنّه كان بإمكانه أن يكتفي بالشرط الأخير لأنّه لا يمكن الحصول على موافقتها إلاّ إذا تم إخبارهما، إلاّ أنّه لم يتطرق إلى الكيفية التي بواسطتها يتم الإخبار، هل بشكل شفوي أم برسالة، أم تتولى الجهات المراد إبرام العقد أمامها هذه المهمة؟ وهل نكتفي بالموافقة الشفوية، أم لا بد أن تفرغ في شكل مكتوب؟

بالرغم من سكوت المشرع عن بيان الإجراء القانوني الواجب إتباعه لإبلاغ الزوجتين السابقة واللاحقة بالتعدّد، إلاّ أنّ فرضه لشرط الرخصة القضائية للتعدّد، يجعل الإبلاغ لا يتأتى إلاّ عن طريق المحضر القضائي. وهذه النتيجة يتوصّل إليها أيضا بتنسيق نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعضها ببعض والتي تشترط أن يكون التبليغ رسميا من جهة، وأن يتم التبليغ الرسمي عن طريق المحضر القضائي من جهة أخرى³¹⁰. وتأسيسا على ذلك فإنّه يتم تبليغ الزوجتين السابقة واللاحقة بواسطة المحضر القضائي³¹¹.

³⁰⁹- ينص الفصل 361 من ق. ج. م. على أنّه: "من توصل بغير حق، إلى تسلّم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل السابق، أو حاول ذلك، إمّا عن طريق الإدلاء ببيانات غير صحيحة، وإمّا عن طريق انتحال اسم كاذب أو صفة كاذبة، وإمّا بتقلّم معلومات أو شهادات أو إقرارات غير صحيحة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى ثلاثمائة درهم؛

أما الموظّف الذي يسلم أو يأمر بتسليم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل 360 لشخص يعلم أنّه لا حق له فيها، فإنّه يعاقب بالحبس من سنة إلى أربع سنوات وغرامة من مائتين وخمسين إلى ألفين وخمسمائة درهم، مل لم يكن فعله إحدى الجرائم الأشد المعاقب عليها بالفصل 248 وما بعده، كما يجوز الحكم عليه علاوة على ذلك، بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 من خمس سنوات إلى عشر؛

وتطبق العقوبات المقررة في الفقرة الأولى على من يستعمل وثيقة حصل عليها في الظروف المشار إليها فيما سبق أو كانت تحمل اسما غير اسمه".

³¹⁰- المواد من 313 إلى 321، المادة 336، 367، 384، من المادة 406 إلى المادة 426، والمادة 488 من ق. إ. م. إ. ج.

³¹¹- جيلالي تشوار، الثغرات التشريعية... المرجع السابق، ص. 116.

فالتأكيد على رضا الزوجة أمر ضروري، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 19 جانفي 2005 والمتضمن: "لا يكفي لرفض دعوى التطلاق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى، ويجب إثبات رضاها بهذا الزواج"³¹².

فهل رفض الزوجة الأولى أو قبولها يؤثر في منح الإذن أو رفضه؟

من خلال قراءة المواد 40، 41، 42، 43 من مدونة الأسرة يتضح أنّ إذن القاضي بالتعدّد غير متوقف على رضا الزوجة، وإمّا على اقتناعه الشخصي بحجج الزوج وبدواعي التعدّد وتوفر شروطه. فلنفرض أنّ جميع الشروط كانت متوافرة ما عدا شرط موافقة الزوجة، فهل من المعقول أن يمتنع القاضي عن منح الترخيص بالتعدّد في هذه الحالة؟

أمّا القراءة الحرفية للفقرة الأخيرة من المادة 08 من قانون الأسرة فتدفع إلى القول أنّ عدم موافقة الزوجة يلغي الترخيص حتى مع توافر المبرر الشرعي ونية العدل والقدرة المالية. غير أنّه لا يمكن التسليم بهذا التحليل لكونه غير عادل، خاصّة إذا كانت الزوجة تعاني من مرض يمنعها من القيام بواجباتها الزوجية أو مصابة بعقم استعصى علاجه، فالتشديد من هذه الشروط سيفتح بابا واسعا أمام ارتفاع نسبة الطلاق وكذا ازدياد حالات الزواج العربي أو حتى العلاقات غير الشرعية.

ولهذا، فإنّ رفض الزوجة الأولى أو قبولها لا يؤثر في منح الإذن أو رفضه، فالأمر يرجع إلى القاضي إذا تبين له جدية الطلب ومبرراته يمنح له الإذن وإن رفضت الزوجة. أمّا إذا كان الزوج متابعا بجنحة إهمال الأسرة أو عاطلا عن العمل، فإنّ القاضي يرفض منحه الإذن بالتعدّد حتى ولو وافقت له الزوجة الأولى³¹³.

ومن الناحية الواقعية، نجد أنّ من الصعوبة أن تعلن الزوجة السابقة عن رفضها للتعدّد، نتيجة ردود فعل زوجها، فغالبا ما يلجأ للتهديد والمعاملة اللاإنسانية، تصل إلى الطرد من المسكن، الطلاق،

³¹² - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 19 / 01 / 2005، ملف رقم 334060، م. م. ع.، 2005، ع. 01، ص. 325 - 329.

³¹³ - أنظر، نجية البودالي، التعدّد من خلال قراءة للملفات، مشاكل المرأة المغربية مع القانون، الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، ع. 03، ص.

عدم الإنفاق، الهجر. وغيرها من الضغوطات النفسية والمادية يكون الهدف منها دفع المرأة إلى التنازل عن حقوقها³¹⁴.

وتأكيدا من المشرعين المغربي والجزائري على إخبار الزوجة المقبل على الزواج بها، تكفلت المادة 46 بضمان حقها في أن تشعر من طرف القاضي بأن مرید الزواج بها متزوج غيرها ورضاها بذلك قبل إتمام الزواج الجديد، ويجب أن يضمن هذا الإشعار والتعبير عن الرضا في محضر رسمي. وبهذا يكون هذا النص قد وضع حداً للمشاكل التي كانت تثور في ظل القانون السابق، والتي كانت المرأة المعقود عليها تلجأ إلى القضاء للمطالبة بفسخ الزواج بحجة أنّ زوجها دلّس عليها فلم يشعرها البتة، ففي ظل النص الجديد لا يتم إبرام عقد الزواج بعد صدور الإذن بالتعدّد إلاّ بعد أن يتحقّق القاضي من هذا الإشعار فيضمنه مع رضا المعقود عليها في التعدّد في عقد رسمي³¹⁵.

ومن جهتها، أوجبت الفقرة الثانية من المادة الثامنة من قانون الأسرة على الزوج إخبار الزوجة المقبل على الزواج بها بارتباطاته الأسرية السابقة، كما وأكدت الفقرة الثالثة من نفس المادة منه على القاضي ضرورة التحقّق من رضاها.

إشكال آخر يثور من خلال عرض وقراءة ما ورد في المواد من 41 إلى 46 من المدونة، إذ نجد أنّها لا تعالج التعدّد بصفة الجمع وإنما تقتصر على بيان الأوضاع والضوابط التي يجوز في إطارها للزوج أن يجمع بين زوجتين. وهذا الأمر يثير التساؤل حول ما إذا كان التعدّد جائزا في نطاق أربع زوجات أم في حدود زوجتين اثنتين³¹⁶؟

إنّ القول بالتقيّد بسطحية المواد أعلاه يخالف أحكام الشريعة الإسلامية التي سمحت بالتعدّد في حدود الأربع زوجات، كما أنّ المادة 39 من المدونة والتي جعلت التعدّد من الموانع المؤقتة، استعملت مصطلح ما يسمح به الشرع، ويفهم من ذلك أنّ المشرع قيّد التعدّد بالعدد أربعة لا اثنين.

³¹⁴- أنظر، أسماء الغيام، تعدّد الزوجات ما بين الواقع والقانون، مشاكل المرأة المغربية مع القانون، الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، ع. 03، ص. 71-72.

³¹⁵- بنسالم أوديجا، المرجع السابق، ص. 45.

³¹⁶- أنظر، مصطفى قلو، تعدّد الزوجات في إطار مشروع مدونة الأسرة، جريد العصر، 19 / 01 / 2004، ع. 302، ص. 14-15؛ الطاهر كركري، المرجع السابق، ص. 163.

تبقى هذه المسألة تثير التساؤل حول موقف القضاء، فهل يتقيد بحرفية النص أم يتجاوز سطحه؟

نظرا لما للقضاء من سلطة تقديرية في تقليب النصوص وتفسيرها وفق الشريعة الإسلامية خاصة إذا ما تعلّق الأمر بالقضايا الأسرية، فيمكنه تجاوز سطحية المواد والتقيد بروح أحكام الشرع الإسلامي، ولهذا له أن يأذن لطالب التعدّد أن يتزوَّج بالثالثة والرابعة، متى توفرت فيه الشروط المنصوص عليها قانوناً³¹⁷.

فلهذا حسنا فعل المشرع الجزائري عندما عدّل صياغة الفقرة الثانية من المادة الثامنة من قانون الأسرة واستعمل عبارة "الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج بها"، بعدما كانت قبل التعديل "الزوجة السابقة واللاحقة"، حتى لا توحى أنّ التعدّد يقتصر على زوجتين بدلا من أربعة، وحتى يطلق على المرأة المعقود عليها وصف الزوجة، أمّا المراد التزوَّج بها فهي امرأة غير زوجة بعد.

إلى جانب هذه القيود، نجد شرطا آخر مانعا للتعدّد تضمنته مدونة الأسرة المغربية، في حين لا يجد مكانا له ضمن أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري ألا وهو شرط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها³¹⁸.

كل هذه الشروط مجتمعة، لا تسمح للراغب في التعدّد بإبرام عقد زواجه الجديد إلا إذا تحصل على ترخيص من القاضي بذلك.

ج- الحصول على ترخيص بالزواج

إنّ التعديلات الواردة في مدونة الأسرة المغربية وقانون الأسرة الجزائري، تعكس نية المشرعين تقييد مجال التعدّد وذلك بإضافة شرط الترخيص القضائي، فأوكلا للقاضي مهمّة التأكد من توفر الشروط المفروضة قانوناً، بالرغم من أنّ الشريعة الإسلامية لم تقيد تعدّد الزوجات بهذا الشرط.

³¹⁷ - الطاهر كركري، المرجع السابق، ص. 164.

³¹⁸ - سيتم الحديث عن هذا الشرط في ص. 567 من هذه الرسالة.

ولهذا هناك من يرى أنّ إعطاء ولاية للقاضي على الرجل من شأنه أن يعمّق ويوسّع مساحات الزواج العربي والعلاقات غير المشروعة³¹⁹. غير أنّه لا يمكن تأييد هذا الرأي، ففرض الرقابة القضائية على الراغب في التعدّد، ليس فيه ما يخالف الشريعة الإسلامية ما دامت هذه الرقابة تستهدف كفالة العدل بين الزوجات. وضمنان تحقق بقية الشروط الأخرى حفاظا على كرامة المرأة وصيانة لحقوقها وحقوق أبنائها. كما أنّ التعدّد في صدر الإسلام لم يعد كالتعدّد في عصرنا الحالي حيث كان الدّين متمكّنا من نفوس النّساء والرجال، وكان أذى الضرة لا يتجاوز ضررتها، وأمّا اليوم فإنّ الضرر ينتقل من كل ضرة إلى أولادها وإلى والدهم وسائر أقاربهم فأصبح يورث العداوة والبغضاء. وفي هذا المقام يقول الدكتور مصطفى السباعي: "فمن مساوئ التعدّد أن ينشأ بين الزوجات عراك وتحاسد وتنافس يؤدّي إلى تنغيص عش الزوجية، أو انشغال بال الزوج بتوافه الخصام بين الزوجات، ممّا يجعل حياته معهن جحيما لا يكاد يطاق، وحياتهن فيما بينهن نكدا لا يكاد ينتهي"³²⁰.

والجدير بالذكر أنّ المدونة أسندت اختصاص منح إذن التعدّد للمحكمة بدل قاضي التوثيق وشؤون القاصرين حسب قانون الأحوال الشخصية السابق، وفي هذا الإجراء ضمانة كبرى لحقوق المرأة، باعتبار أنّ الحكم الصادر عن هيئة قضائية مشكّلة من ثلاثة قضاة بعد المداولة، وبعد مناقشات حضرها ممثل الحق العام وأدلى بملتمساته الكتابية أو الشفوية، لا شك في أن يكون أكثر نضجا وتبصرا ممّا يصدر عن قاض منفرد. هذا وقد وسعت مجال تدخل المحكمة بعدما كان منحصرًا في البث في الضرر الحاصل للمتزوج عليها من التعدّد، وإصدار الأمر بعدم الإذن بالتعدّد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات³²¹. وأمّا المشرع الجزائري فمنحه لرئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية طبقا للفقرة الثانية من المادة الثامنة من قانون الأسرة.

فبالرجوع إلى المواد من 40 إلى 46 من مدونة الأسرة المغربية، والمادة الثامنة من قانون الأسرة، يمكن القول أنّ القاضي لا يمنح الإذن بالتعدّد إلاّ بعد تأكده من تحقّق الشروط المفروضة قانونا، فهل القراءة الحرفية لهذه المواد تعني أنّه لمنح الترخيص لا بد أن تتحقّق كل هذه الشروط مجتمعة؟

³¹⁹- أنظر، فاروق أبو سراج الذهب، مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، الجزائر، 2004، ع. 08، ص. 116-117.

³²⁰- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه... المرجع السابق، ص. 77.

³²¹- بنسالم أوديجا، المرجع السابق، ص. 38.

النصوص القانونية الخاصة بالتعدّد تتطلب توافر كل الشروط مجتمعة، غير أنّ ذلك قد يكون صعب التحقّق من الناحية العملية، فقد يستطيع الزوج تقديم الملف كاملاً باستثناء موافقة الزوجة، لأنّه غالباً ما لا تتقبل الزوجة أن تشاركها امرأة أخرى زوجها بسبب الغيرة أو لطبيعتها كأثني. فهل يمتنع القاضي عن منح التعدّد؟

من المنطقي أن يواجه القاضي رفض الزوجة وعدم موافقتها على التعدّد، ولكن من غير المنطقي أن يمتنع عن منح الترخيص في ظلّ وجود بقية الشروط الأخرى ليس لسبب إلاّ لكون الزوجة قد تتعسّف في عدم منح الموافقة. وإلاّ سيدفع بالزوج إلى الطلاق للتمكن من الزواج ثانية، أو سيضطره إلى إقامة علاقات خارج حدود الزواج، فتضيع الغاية التي من أجلها أباح الشرع والقانون التعدّد، فعلى القاضي التعامل مع المسألة بحكمة وتروي وإحداث الموازنة حتى يكون قراره عادلاً ومنصفاً لجميع الأطراف. ولهذا إذا كانت كل الشروط متوفرة، فلا حرية للزوجة في قبول أو رفض التعدّد، ولن يؤثر ذلك على القاضي الذي ترجع له السلطة التقديرية في منح الإذن بالتعدّد من عدمه.

وباعتبار أنّه لا يسمح للرجل بالتعدّد إلاّ بعد حصوله على إذن بذلك، فإنّ هذا يفتح باباً لطرح تساؤل آخر: هل يمكن لمن حصل على إذن بالتعدد وتزوّج على أساسه، أن يعقد الزواج مجدداً مع امرأة أخرى استناداً على نفس الإذن الممنوح له سابقاً؟

يبدو في الوهلة الأولى أنّ ذلك ممكن، لأنّ حصوله على الإذن يعني توفره على شروط التعدّد، إضافة إلى أنّ الإذن لا يرتبط باسم المراد التزوّج بها. ومع ذلك لا يجوز العمل وفق هذا الاتجاه، فمن الضروري حصول الشخص على إذن جديد بالتعدّد وذلك لضمان استمرار توافر الشروط القانونية المنصوص عليها قانوناً فيه، فمع مرور الزمن قد تتخلّف الشروط التي سمحت له بالإذن السابق، كعدم قدرته المالية بسبب عزله عن الوظيفة مثلاً³²².

إنّ توجه نية المشرعين المغربي والجزائري، نحو الحدّ من التعدّد وجعله مجرد استثناء يرد على قاعدة الزواج الأحادي، يظهر بوضوح من خلال الشروط الصارمة التي قاما بفرضها كقيود ترد على الراغب

³²²- أنظر، عبد السلام زوير، مستجدات مدونة الأسرة، -دراسة لبعض الحالات الخاصة-، المجلة الإلكترونية لندوات محاكم فاس، 2007، ع. 07.

في التعدّد، إلا أنّ استعمال مصطلحات فضفاضة وغير دقيقة كالمبرر الموضوعي الاستثنائي، وعدم العدل، نية العدل، يصعب من مهمة القاضي ويلقي عليه مسؤولية أكبر، باعتبار أنّه يتولّى مهمة تقدير موضوعية المبرر الاستثنائي الذي تقدّم به الزوج طالب التعدّد، كما يتولى تقدير درجة الحيف الذي يمكن أن يطال الزوجة الأولى نتيجة ممارسة زوجها للتعدّد.

ومع أنّ فرض الحصول على ترخيص من القاضي لإمكانية التعدّد، وضعت حلاً لمشكلة الصدمة التي قد تتعرّض لها إحدى الزوجات من وراء اكتشافها للحقيقة، إلا أنّ الاعتراف بالزواج العربي طبقاً للمادة 16 من مدونة الأسرة المغربية والمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري، أفرغ النصوص القانونية المنظمة للتعدّد من محتواها. فأصبح منح الترخيص أو عدم منحه لا يغيّر من الواقع شيئاً، باعتبار أنّ كل شخص لا تتوافر فيه الشروط الخاصة بالتعدّد يتزوّج عرفياً، ويربح نفسه عناء انتظار الحصول على الإذن بالتعدّد، وما عليه بعد ذلك إلا أن يتقدّم أمام المحكمة لإثبات زواجه الثاني دون قيام أيّة مسؤولية تمهيداً لتسجيله فيصبح أمراً واقعاً. وهو ما يؤثر سلباً على حرية المرأة في التعدّد.

وفي هذا الصدد، نستشهد بالقرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16 جانفي 2014 وقد اقتضى بأن: "استقر الاجتهاد القضائي لغرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على جواز إثبات القضاة الزواج الثاني، حتّى ولو كان عرفياً، بجميع طرق الإثبات؛

الإقرار القضائي، من وسائل الإثبات وحجة قاطعة على المقر³²³.

وبهذا تجد الزوجة نفسها أمام الأمر الواقع، مسلوبة الحرية، كثغرة قانونية استغلها الأزواج دون مراعاة منهم للمشكلات الاجتماعية، والأسرية المتولّدة عن هذا الزواج. فإذن، ما جدوى النصوص المتعلقة بالتعدّد وصرامة شروطه إذا ما طبقنا أحكام الزواج العربي؟

وأيضاً، يجب الوقوف عند نص المادة الثامنة مكرر 1 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه". فبمفهوم المخالفة نجد أنّه إذا حصل دخول فلا يمكن فسخ الزواج الجديد، ولا يبقى أمام الزوجة السابقة إذا لم تكن راضية سوى المطالبة بالتطليق. وهنا كذلك،

³²³ - محكمة عليا، غ. ش. أ. م.، 16 / 01 / 2014، ملف رقم 0881943، م. م. ع.، 2014، ع. 01، ص. 332.

ما الفائدة من تعليق التعدّد على الرخصة القضائية إذا أجزنا التعدّد دون مراعاة الشروط التي جاءت بها المادة الثامنة من قانون الأسرة؟

ختاماً، من المؤكّد أنّه لا يمكن غلق باب التعدّد البتّة، ولكن وضع شروط ضامنة من قبل المشرعين مطلب اجتماعي وديني مؤكّد بحيث لا يكون التعدّد أهوائياً مفرغاً من الحكمة التي قصدتها الشريعة الإسلامية³²⁴. فالتعدّد رخصة لا يلجأ إليها إلاّ عند الضرورة ووجود مسوغاتها³²⁵.

وانطلاقاً من هذا، فلا حرج في وضع قيود على تعدّد الزوجات وإحاطته بإجراءات اجتهادية من وضع المشرع، إذا كان الغرض منها هو حماية التعدّد وتنظيمه وتحقيق العدل فيه، وحماية الزوجة من تعسّف الزوج وضمان حقوقها³²⁶. ولكن المرجو من المشرعين الإتيان بنصوص واضحة، بحيث إذا أرادوا فعلاً حماية الأسرة بوضع هذا الاستثناء، فإنّه يجب أن يظل إطاره مدقّقاً ويظلّ العمل به متطوّراً مستلهماً من الشريعة الإسلامية مع الأخذ بعين الاعتبار الحقائق والتطورات الاجتماعية المعاشة³²⁷.

ومن ثمة، يتوصّل إلى أنّ مكانة حرية المرأة في حالة توفر الشروط وحصول الزوج على ترخيص بالتعدّد غير موجودة، فلن يؤثر رفضها ولن يمنعه من التعدّد. غير أنّ إباحة التعدّد للزوج من قبل المشرعين المغربي والجزائري، يقابله حرية الزوجة في الإبقاء على التعدّد أو طلب التطلاق عند مخالفة أحكامه.

ثانياً: حرية المرأة في الإبقاء على التعدّد أو طلب التطلاق لمخالفة الأحكام المتعلقة به

لأنّ المشرعين المغربي والجزائري سمحا للزوج بالتعدّد، فإنّهما بالمقابل منحا الزوجة حرية طلب التطلاق. غير أنّه يجب أن نشير قبل كل شيء إلى أنّ المشرع المغربي لم يعتبر الزواج بامرأة أخرى سبباً من أسباب التطلاق التي عالجها في القسم الرابع تحت عنوان "التطلاق"، ضمن المواد من 94 إلى 113 من مدونة الأسرة. وإنّما يتقرّر لها هذا الحق استناداً لمقتضيات المادة 45 من نفس مدونة والتي جاء

³²⁴- أنظر، محمد الحبش، المرأة بين الشريعة والحياة، دار الأحباب، سوريا، ط. 05، 2005، ص. 127.

³²⁵- أنظر، محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هوم، الجزائر، 1999، ص. 137.

³²⁶- أنظر، كمال لدري، نظرة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2001، ع. 01، ص.

201.

³²⁷- جيلالي تشوار، الثغرات التشريعية... المرجع السابق، ص. 120.

فيها: "إذا تبين للمحكمة من خلال المناقشات تعدد استمرار الحياة الزوجية، وأصررت الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطليق، حدّدت المحكمة مبلغاً لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادها الملزم الزوج بالإفناق عليهم؛

يجب على الزوج إيداع المبلغ المحدد داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام؛

تصدر المحكمة بمجرد الإيداع حكماً بالتطليق ويكون هذا الحكم غير قابل لأي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية؛

يعتبر عدم إيداع المبلغ المذكور داخل الآجال المحدد تراجعاً عن طلب الإذن بالتعدّد؛

فإذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدّد ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائياً مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده".

يفتحلي من هذه المادة أنه إذا تمسكت الزوجة بحريتها في طلب التطليق بسبب الزواج بأخرى فلها ذلك حتى وإن لم يثبت الضرر، فيكفي عدم رضاها في أن تشاركها امرأة أخرى شريك حياتها وإصرارها على التطليق لعدم تحمّلها استمرار الحياة الزوجية بالشكل الجديد، ليحكم القاضي بالفرقة بعد إلزام الزوج بإيداع كافة مستحقات الزوجة والأبناء بصندوق المحكمة خلال أجل لا يتعدى سبعة أيام، وإلا أعتبر عدم الدفع تراجعاً منه عن طلبه بالتعدّد فيتم رفضه. ويكون الحكم الصادر في مثل هذه الحالة غير قابل لأي طعن في شقه القاضي بحل ميثاق الزوجية³²⁸.

أما في الحالة المعاكسة التي يتمسك خلالها الزوج بطلب الإذن بالتعدّد، وتعرض المرأة على ذلك دون أن تطالب بالتطليق، فللمحكمة ومتى تبين لها تعدد العلاقة الزوجية أن تطبق من تلقاء نفسها مسطرة الشقاق المنصوص عليها بالمواد 94 إلى 97 من المدونة باعتماد الخطوات الوارد تبيانها أدناه³²⁹:

³²⁸ - عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص. 37.

³²⁹ - أنظر، يوسف بناصر، مدونة الأسرة... المسار والتطلّعات... قراءة تحليلية وتقييمية في مستجدات مدونة الأسرة الجديدة 03- 70، مجلة الواحة القانونية، ع. 02، السنة الرابعة، ص. 237- 238.

أ- إبداء كل المحاولات لإصلاح ذات البين بين الزوج وزوجته، بما في ذلك انتداب حكمين أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلا للقيام بذلك، ومتى كان هناك أطفال بينهما تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح، تفصل بينهما مدة لا تقل عن 30 يوما؛

ب- يقوم الحكمان أو من يقوم مقامهما بإذن القاضي، بجميع المحاولات والمبادرات الهادفة إلى تحديد مكامن الخلل في العلاقة الزوجية ومحاولة القضاء عليها؛

ت- في حال تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تبين المحكمة ذلك في محضر قانوني، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83، 84 و 85 من المدونة.

وإنّ تطبيق مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 45 من مدونة الأسرة يشكل إجحافا كبيرا بالأسرة وتشتيت لها رغم عدم وجود أيّة رغبة للطلاق لدى الزوجين معا، وهو ما يتعارض مع حرية الزوجة ورغبتها في عدم إنهاء العلاقة الزوجية. فالإحالة على مسطرة التطليق للشقاق لا تعتبر رادعا للزوج عن إصراره على طلب الإذن بالتعدّد وإثما تتضمن حيفا بينا في حق الزوجة المراد التزوُّج عليها التي تجد نفسها معاقبة نتيجة رفضها زواج زوجها من زوجة ثانية، بحيث يفرض عليها الانفصال عنه، فتصبح بدون موارد للعيش كما هو الواقع في غالب الحالات. ولهذا هناك من يرى ضرورة حذف مسطرة الشقاق في مسألة التعدّد حفاظا على الأسرة لا سيما أنّ الشقاق بهذا المعنى يخرج عن المبدأ الذي تهدف إليه المدونة ولا يجد لها سندا يبرّره في مثل هذه الحالة³³⁰.

وإنّ ما اقتضته المادة 45 من مدونة الأسرة أعلاه، لم تقل به الشريعة الإسلامية حيث أنّها لا تجيز التفريق بطلب الزوجة السابقة لمجرد أنّ الزوج تزوّج عليها بأخرى، ولكنها تبيح لها ذلك متى وقع ضرر جزّاء استعمال هذا الحق، فأساس طلبها للتطليق ليس الزواج بامرأة أخرى في حد ذاته وإثما أساسه الضرر الواقع نتيجة هذا الزواج.

وإنّ تقييد حرية الزوجة في طلب التطليق للتعدّد بمخالفة أحكامه هو ما أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة النّاصة على أنّه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق...مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه".

³³⁰ - محمد برجيلي، المرجع السابق، ص. 98؛ عائشة الحجامي، المرجع السابق، ص. 70.

فمخالفة أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة، ينتج عنه ضرر يلحق بالزوجة السابقة وهو ما يعطي للزوجة الحرية في الإبقاء على التعدد أو الحرية في طلب التطليق. ولو أنّ مخالفة أحكام التعدد قبل إبرام العقد مع المرأة اللاحقة من المفروض عدم حدوثه في وجود شرط الترخيص القضائي، ومع ذلك يمكن للزوج الزواج مرّة أخرى زواجا عرفيا، أو أنّ الدخول بالمرأة اللاحقة يجعل العقد صحيحا حتى مع مخالفة أحكام التعدد طبقا للمادة الثامنة مكرر1. أمّا بعد الحصول على ترخيص بالزواج والدخول بالزوجة اللاحقة يمكن أن نتصوّر مخالفة أحكام التعدد في حالة مثلا عدم العدل بين الزوجات سواء من حيث المبيت أو الإنفاق، أو توفير السكن، وغيرها من متطلّبات الحياة الضرورية والتي يوفرها لأسرة دون الأسرة الأخرى.

وفي كل الحالات يجوز للزوجة السابقة طلب التطليق إمّا على أساس الفقرة السادسة من المادة الثامنة من قانون الأسرة، أو على أساس الفقرة العاشرة منها كون أنّ مخالفة ضوابط التعدد يلحق ضررا بالزوجة وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 16 فيفري 1991 والذي اقتضى: "من المقرّر قانونا أنّه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات، أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية"³³¹.

وأیضا ما اقتضاه القرار الصادر عنها بتاريخ 12 جويلية 2006 من أنّ: "عدم العدل بين الزوجات يشكّل الضرر المعتبر شرعا، طبقا للفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرّر بالتالي حق الزوجة المتضرّرة في طلب التطليق"³³².

وبالإضافة إلى ذلك، فإذا تمكّن الزوج من التدليس بأن أخفى أو كتم على إحدى زوجاته حقيقة أمره، فيجوز للزوجة المتضرّرة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق على أساس المادة 08 مكرر من قانون الأسرة، وهنا كان على المشرع أن يفرّق بشأن هذه المسألة بين الزوجة الأولى والثانية، بحيث إذا كان يحق للأولى أن تطلب التطليق بسبب التدليس بحكم أنّ زواجها قد تمّ صحيحا، فالزوجة

³³¹ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 16 / 02 / 1991، ملف رقم 111571، م. إ. ق. غ. أ. ش.، 2001، ع. خ.، ص. 199.

³³² - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 12 / 07 / 2006، ملف رقم 356997، م. م. ع.، 2006، ع. 02، ص. 441.

الثانية لها أن ترفع دعوى البطلان بدلا من دعوى التطليق لأنّ إرادتها يوم إبرام عقد الزواج كانت معيبة بعيب التدليس ما يجعل العقد قابلا للإبطال تقريرا للمبادئ القانونية العامة³³³.

وبعد، يظهر الاختلاف الموجود بين ما جاء به المشرع المغربي وما أقرّه المشرع الجزائري بخصوص حرية المرأة في طلب التطليق للتعدّد، فبينما ذهب الأول إلى منح الحرية التامة للزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية بمجرد رفضها للتعدّد وتمسكها بحريتها، ودون أن يرتكب الزوج أية مخالفة للأحكام المنظمة له، اتّجه الثاني نحو تقييدها بإثبات مخالفة أحكام التعدّد. مع الإشارة إلى أنّه وكما لها الحرية في طلب التطليق لها أيضا كامل الحرية في الإبقاء على التعدّد والتمسك بقيام علاقتها الزوجية.

فكما يحق للرجل في التعدّد، بالمقابل يحق للمرأة التحرّر من هذه الرابطة إذا رأت أنّها لا تستطيع أن تتحمّل ذلك، لأنّ القول بإعطاء الرجل الحرية التامة في التعدّد وتحريم حق الفرقة على المرأة هو ظلم في حدّ ذاته، فللمرأة طلب التطليق لعدم رضاها أو لتضرّرها من التعدّد. ولهذا إمكانية المرأة الاختيار بين البقاء مع الزوج أو الانفصال، شيء ايجابي، لأنّ التعدّد في وقتنا هو في الغالب التحلّي عن الزوجة الأولى³³⁴.

فهل يمكن حماية حرية المرأة في التعدّد؟

ثالثا: حماية حرية المرأة في رفضها للتعدد

يعتبر التشريع التونسي التشريع العربي الوحيد الذي تجرأ على الخروج عن قاعدة إباحة التعدّد وتجاهل بذلك بعض الحالات الاستثنائية التي تحتاج فيها الأسرة له. ولأنّ منع التعدّد بقاعدة أمره مقترنة بجزء، فلا مجال للحديث عن طلب المرأة التحرّر من هذه العلاقة على أساس الزواج بأخرى لأنّ حريتها في رفض التعدّد هي في الأصل محمية (1). كما نجد نوعا من هذه الحماية ضمن مدونة الأسرة المغربية من خلال إقرارها بحرية الزوجة في الاشتراط على زوجها عدم الزواج بأخرى (2).

³³³ - جيلالي تشوار، الثغرات التشريعية... المرجع السابق، ص. 118؛

-Cf., Djilali TCHOUAR, le mariage polygamique entre le fiqh et le droit positif algerien, R. A. S. J. E. P., Université d'Alger, 1997, n° 2, p. 530- 531.

³³⁴ - أنظر، عائشة الخماس، أسس التعدد في الفقه الإسلامي، مشاكل المرأة المغربية مع القانون، الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، ع. 03، ص. 55.

1- حماية حرية المرأة في رفضها للتعدد من خلال منعه في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

هناك من يرفض التعدّد إذ أخذوا عليه مأخذاً رئيسياً هو أنّه نظام بدائي ينتقص من مكانة المرأة لصالح الرجل. فمجرد إباحة هذا النظام يعني أنّ عائقاً يوضع أمام المرأة في طريق تقدّمها الاجتماعي، وإلحاق المضرة بالزوجة السابقة وأبنائها. كما يعني المساس بمبدأ المساواة في الحقوق والكرامة، إذ لا كرامة مع التعدّد لأنّ فيه تشبيء النساء، ولا مساواة مع التعدّد لأنّه يشمل رجل مع عدّة نساء، ولا مساواة بين الحقوق في ظلّه.

أضف إلى أنّ الحرية بنفسها تنتهي مع التعدّد، فحرية الرجل في تعدّد الزوجات تقابلها حرية المرأة في البقاء أو عدم البقاء إذا ما تزوّج عليها زوجها، وفي هذا تحريف للحرية عن معناها الإنساني. وعليه تحريم التعدّد يعني أن تسقط بعض تلك الأغلال، وأن تنفك بعض القيود التي تحدّد من حرية المرأة وتهمضم حقوقها وتهدر آدميتها³³⁵.

وهذا الاتجاه انتهجه المشرع التونسي، فمنع تعدّد الزوجات بصريح نص الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث اقتضى: "تعدّد الزوجات ممنوع. فكل من تزوّج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق، يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك، أو بإحدى العقوبتين، ولو أنّ الزواج لم يبرم طبق أحكام القانون".

فانطلاقاً من هذا النص، يكون نظام تعدّد الزوجات نظام محرّم تحريماً صريحاً بجميع الصور، بمعنى أنّ المنع يبقى قائماً حتى ولو كان الزواج الثاني زواجا عرفياً، أو أنّ الرجل تزوّج في الأوّل زواجا عرفياً ثم أعاد الزواج بثانية زواجا رسمياً.

ولم يكتف المشرع التونسي بالمنع إنّما تعامل بشدّة مع التزوّج بثانية، فأقر عقوبة جزائية، كما هو مبين أعلاه، حرصاً منه على ضمان احترام ما أقرّه من منع التعدّد.

³³⁵- أنظر، دامية بن خويا، تعدّد الزوجات والمقاربة الاجتماعية، مشاكل المرأة المغربية مع القانون، الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، ع. 03، ص. 65-66.

وهنا ساوى بين الجنسين في توقيع العقوبة، فالمرأة التي تتزوج ثانية قبل التحلل من الزواج السابق تعاقب بنفس العقوبة، بدليل ما سارت عليه المحكمة في قرار تعقيبي جزائي صادر عنها بتاريخ 30 مارس 1966، والذي جاء فيه ما يلي: "يتضح من الفقرة الثانية من الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية أنّ هذا النص جاء بعقاب كل من الذكر أو من الأنثى الذي يعقد زواجا وهو بحالة زوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق وعلى هذا الأساس يكون قابلا للنقض الحكم الجزائي الذي لم يطبق هذا النص القانوني على زوجة تزوجت بزواج ثان قبل فك عصمة الزواج السابق"³³⁶.

إنّ حزم المشرع التونسي مع التزوّج ثانية لا يقتصر على العقوبة الجزائية بل وقع تدعيمها بعقوبة مدنية بموجب الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية لكونه اعتبر أنّ الزواج الذي انعقد بدون مراعاة أحكام الفصل 18 منها هو زواج فاسد. وطبقا للفصل 22 من نفس المجلة فإنّ الزواج الفاسد يبطل وجوبا بدون طلاق، ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر، أمّا إذا تمّ الدخول، فإنّ المرأة تستحق المهر المسمى وإلاّ عيّن لها الحاكم مهرا، مع ثبوت النسب، ووجوب العدة التي تبتدئ من يوم التفريق، وحرمة المصاهرة.

مع العلم أنّه إذا وقعت تبعات جزائية تطبيقا لأحكام الفصل 18 من المجلة، فإنّه يقع البت بحكم واحد في الجريمة وفساد الزواج، بمعنى أنّ جريمة التزوّج بثانية من أنظار قاضي الموضوع والذي يختص بدوره في النظر أيضا في إبطال الزواج الثاني، لأنّ هذا الزواج نتيجة مرتبة عن جريمة أوجب المشرع محو آثارها³³⁷.

وفي نطاق الحرص على صيانة المرأة التونسية من الرجوع إلى وضعية تعدّد الزوجات المحجّرة قانونا وحفاظا على النظام العام، واستنادا إلى ما لوحظ من أنّ كثيرا من الأجانب المسلمين يبرمون عقود زواج في تونس استنادا إلى بيّنة من القنصليات الراجعين لها بالنظر تشهد لهم، طبقا لأحكام الفصل 38 من قانون الحالة المدنية، بإمكانية عقد الزواج مع أنّهم مازالوا متزوّجين أو أكثر حسبما

³³⁶ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي جزائي، 30 مارس 1966، ع. 4428، مقتبس عن: محمد الهادي بن عبد الله، المرجع السابق، ص. 441.
³³⁷ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي جزائي، مؤرخ في 28 أبريل 1965 ع. 3619؛ محكمة التعقيب، مؤرخ في 28 ديسمبر 1964، ع. 3648 والذي جاء فيه: "إنّ قاضي الموضوع الذي ينظر في جريمة التزوّج بثانية هو صاحب النظر أيضا للقضاء بفساد الزواج الثاني وذلك بحكم واحد، وعلى هذا الأساس يكون قابلا للنقض الحكم الصادر من حاكم الناحية والقاضي بالتخلّي بعلّة أنّ النظر في فساد الزواج الثاني خارج عن حدود اختصاصاته"، مقتبس عن: محمد الهادي بن عبد الله، المرجع السابق، ص. 440.

يسمح لهم قانون بلادهم، أصدرت وزارة العدل منشورا إلى عدول الإشهاد يتضمن الإشارة إلى وجوب مطالبة الأجانب المسلمين قبل تحرير عقود زواجهم بتونسيات بالإدلاء بشهادة عزوبية أو شهادة طلاق، علاوة على البينة المنصوص عليها بالفصل 38 من المجلد³³⁸.

وإنّ موقف المشرع التونسي لا يجد له نظيرا في جميع البلاد العربية، فتحت بند المساواة بين الزوجين ألغى الامتياز الممنوح للزوج، والذي كان يحوّل له التزوّج بأكثر من واحدة³³⁹. ولكن المشكل يكمن في عدم وجود استثناء واحد لإمكانية الزواج، ولو في حالة الضرورة القصوى. وهنا يطرح التساؤل التالي: هل من الأفضل أن يطلق الزوج زوجته المصابة بالعقم كي يتزوّج بامرأة وولد، أو يطلقها لإصابتها بمرض يمنعها من القيام بواجباتها الزوجية، وبعدها يتزوّج بأخرى؟ أم أنّه يبقى عليها ويضيف أخرى خاصّة إن كانت راغبة في البقاء معه؟

فإباحة التعدّد في مثل هذه الحالة يعدّ الحل الأمثل، لأنّ الإبقاء عليها وإضافة زوجة أخرى أفضل من أن يطلقها، فلربما يكون الطلاق سببا في ضياعها. ولهذا فالعيب ليس في تشريع إباحة التعدّد، وإنّما هو في سوء استعماله، لهذا كان من الأجدر أن لا يتم منع وحظر هذا الحق، لأنّ ذلك سيؤدّي لا محال إلى تعدّد العلاقات غير الشرعية، وإنّما وضع ضوابط تنظمه بشكل يحقّق الغرض منه ويمنع إساءة استعماله. وفي هذا الصدد يقول القرضاوي منتقدا البلدان مانعة التعدّد في حادثة الرجل الذي اكتشفته شرطة المباحث، وحقّقت معه بتهمة الزواج من امرأة ثانية، فأنكر أنّها زوجته، وقال أنّها عشيقته فأخلوا سبيله وقال: "عجبا لأنّ مرافقة امرأة في الحرام، واتخاذها خذنا يدخل في إطار الحرية الشخصية التي يحميها القانون³⁴⁰".

فالملاحظ، أنّ الرجل يعاقب إذا وجدت معه امرأة ثبت أنّها زوجة ثانية ويسقط عنه العقاب إذا أثبت عدم زواجه منها، وهذا ما يفتح الباب للرجال بإقامة علاقات غير شرعية تخوّفا من العقاب، أو إنهاء الرابطة الزوجية الأولى للتمكن من بناء أخرى دون تقرير العقاب، وهذا بالضبط ما أرادت أن تتفاداه أحكام الشريعة الإسلامية الغراء. ولأنّ كل ممنوع مرغوب فإنّ تجريم التعدّد سيسمح بإقامة

³³⁸ - منشور وزير العدل، ع. 28، مؤرخ في 9 أوت 1976، مقتبس عن: محمد اللجمي، المرجع السابق، ص. 259 - 260.

³³⁹ - أنظر، الهادي كرو، المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، م. ق. ت.، 1977، ع. 02، ص. 11.

³⁴⁰ - أنظر، يوسف القرضاوي، ملامح المجتمع المسلم، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، 2001، ص. .

عديد من العلاقات غير الشرعية، وانتشار أبناء الزنا والأمراض المعدية. ولهذا كان من الممكن النص على جواز التعدد متى توافرت شروطه.

فمنع المشرع التونسي للتعدد وإقراره عقوبة كجزاء على مخالفة هذا المنع، يكون قد حقق المساواة التامة بين الرجل والمرأة في هذا المجال، ووفر حماية مطلقة لحرية الزوجة في رفضها للتعدد وبقائها لوحدها تحت عصمة زوجها. وهذا التوجه نبذه أقل صرامة وأقل حدة عند المشرع المغربي الذي أباح للزوج التعدد بشروط وبالمقابل حمى حرية الزوجة في رفضها للتعدد من خلال فتح باب حرية اشتراط عدم الزوج بأخرى.

2- حماية حرية المرأة في رفض التعدد بالشرط المانع له في مدونة الأسرة المغربية

جعل المشرع المغربي اشتراط الزوجة عدم التزوج عليها مانعا للتعدد وليس فقط مصدرا للحق في الخيار بين البقاء مع الزوج المعدد أو طلب فسخ النكاح من قبل الزوجة كما كان وارد في الفصل 31 من مدونة الأحوال الشخصية السابقة، وحسنا فعل المشرع بهذا الخصوص³⁴¹.

في حين أنّ المادة الثامنة من قانون الأسرة خلت من هذا الشرط، وكان من المستحسن لو أدرجه المشرع ضمن شروط التعدد حتى يكون هناك تناسق مع نص المادة 19 من نفس القانون والتي أجازت للزوجة اشتراط عدم التعدد هذا من جهة، ومن جهة أخرى، ففي حالة وجود هذا الشرط يمتنع القاضي عن منح الترخيص بالتعدد بدلا من أن تلجأ الزوجة إلى طلب التطليق لمخالفة الشروط الاتفاقية استنادا للفقرة التاسعة من المادة العاشرة من القانون المذكور.

ختاما، إنّ عدم حرية الزوجة في التعدد كما الرجل له ما يبزره من الناحية الشرعية، والعقلية والواقعية، فلا حاجة للمزايدة وإثارة الجدل بحجة اللامساواة بين الجنسين لكونه جدل عقيم. أمّا الحديث عن حرية الزوجة في حالة التعدد من قبل الزوج، فهي التي تختلف من تشريع لآخر وتتسع وتضيق حسب كل حالة. فمن جهة، وعندما يتحصل الزوج على ترخيص بالتعدد من القاضي لتوافر شروطه، فإنّ حرية الزوجة في قبول التعدد أو رفضه لن تقف حائلا أمامه. ومن جهة أخرى، لها حرية طلب التطليق لمخالفة الزوج أحكام التعدد وإلا فلها حرية الإبقاء على هذا التعدد.

³⁴¹ - فخري رياض، المرجع السابق، ص. 32-33.

وإذا أرادت حماية حريتها في رفض التعدّد فلها ذلك من خلال اشتراطها على زوجها عدم الزواج بأخرى وفقاً لمدونة الأسرة المغربية، وهي ليست بحاجة إلى ذلك في ظل مجلة الأحوال الشخصية التونسية لأنّ المشرع ضمن لها هذه الحماية بمنعه للتعدّد وتقرير جزاء مخالفته.

هذا عن حرية الزوجة في حالة التعدّد، فماذا عن حريتها عند الإخلال بالشرط الاتفاقي والإخلال بواجب المساكنة؟

الفرع الثاني

تمسك المرأة بحريتها أو التخلي عنها في حالتها الإخلال بالشرط الاتفاقي وواجب المساكنة

استجابة للواقع المعاش للأسرة، أضحت الاشتراط في عقد الزواج من أهم الحقوق التي تتمتع بها الزوجة، فلها الحرية في اشتراط كل ما يحقق مصلحتها ويزيل مخاوفها، وبالرغم من القوة الملزمة للعقد إلا أنّ الزوج قد يخل بتنفيذ هذا الالتزام التعاقدي، فيلحق بالزوجة ضرراً معنوياً في الغالب لحريتها من جراء ضياع الفائدة المرجوة من الشرط، ولهذا فكما لها الحرية في الاشتراط، لها أيضاً الحرية في طلب التخلي للإخلال بتنفيذه أو التخلي عنها (أولاً).

إضافة إلى ذلك، فلها الحرية في طلب التخلي للإخلال بواجب المساكنة، وهذا الأخير يتجلى في صورة الهجر في المضجع، لأنّه حتى وإن شرّع كوسيلة من الوسائل التأديبية التي يمتلكها الزوج في مواجهة زوجته في حال نشوزها، فإنّ هذه الوسيلة قد تتحوّل من وسيلة تأديبية مقرّرة للزوج إلى سبب موجب للتطليق لرفع الضرر المعنوي متى أحلّ بحقه وتعسّف في استعماله. وأمّا إن شاءت التخلي عن حريتها في طلب التطليق بالرغم من تحقق الإخلال، فلها الحرية التامة في ذلك (ثانياً).

أولاً: تمسك المرأة بحريتها أو التخلي عنها للإخلال بالشرط الاتفاقي

سبق من خلال التطرّق لمسألة حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج الحديث عن القوة الملزمة للعقد، بمعنى أنّه إذا وافق الزوج على الشرط لزمه أي وجب عليه تنفيذه. ولا بد حتى يعتد بالإخلال بشرط من شروط عقد الزواج كمبرّر للتطليق أن يكون الشرط صحيحاً مشتملاً على ضوابطه هذا من

جهة، ومن جهة أخرى أن لا تطراً عليه ظروف أو وقائع يصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقاً مما يسمح بتعديله أو حتى الإعفاء منه من طرف القضاء، فيسقط معه الحق في طلب التطليق³⁴².

وبالرغم من القوة الملزمة للعقد، فقد يعمد الزوج إلى الإخلال بتنفيذه والالتزام به، أو قد يفتعل ما يؤدّي إلى تعدّر التنفيذ، وفي الحالتين يتسبّب في حرمان الزوجة من الفائدة التي كانت ترجوها من الشرط. فلكي يحقّق الشرط الهدف الذي من أجله ذكر في عقد الزواج وحتى لا يبقى مجرد حبر على ورق يمكن للزوج التنصل من تنفيذه، أقرت التشريعات المغاربية للأسرة للزوجة الحرية في طلب التطليق بالرغم من عدم إجماع المذاهب الفقهية على ذلك.

فمن الناحية الفقهية، المتفق عليه أنّ الشروط التي ورد النص عليها ملزمة ومخالفتها يثبت للزوجة حرية الخيار في فسخ العقد. أمّا بالنسبة للشروط التي لا يقتضيها العقد ولا تنافيه وتحقّق منفعة مقصودة للزوجين أو أحدهما، فقد اختلفت الإجابة بشأن عدم تنفيذها، فالمذهبين الشافعي والحنفي لا يعطيان للزوجة الحرية في طلب فسخ عقد الزواج لفساد الشروط، والمشهور في المذهب المالكي هو استحباب وفاء الزوج بهذه الشروط، غير أنّه لا يجبر على تنفيذها، وإنّما يكون ذلك من باب الاستحسان فقط، وبالتالي لا يكون للمرأة حرية فسخ العقد أو الرجوع بما أسقطته من مهرها في العقد عند انتفاء الشرط وعدم الوفاء به. بينما يرى الحنابلة بأنّها شروط صحيحة، تثبت لصاحبها الخيار في فسخ العقد لعدم الوفاء بها³⁴³.

أمّا من الناحية القانونية، فقد حصرت التشريعات المغاربية الجزاء القانوني المترتب عن عدم وفاء الزوج بالشروط الإرادية في إعطاء الزوجة المتضررة الحق بطلب التطليق. حيث نص الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنّه: "...يترب على عدم وجوده أو مخالفته طلب الفسخ بطلاق". وما يمكن قوله في خصوص هذا الفصل هو أنّ صياغته جاءت غامضة وغير مفهومة في الجزء المتعلّق بالجزاء في صورة مخالفة الشرط لأنّ المشرع التونسي استعمل عبارتي "الفسخ بطلاق" وهو استعمال لا يستقيم فلكل واحدة من المؤسستين طبيعتها وشروطها وآثارها. وهو ما يجعل هذا التعبير

³⁴²- يراجع، الباب الأول، ص. 276-285-308 من هذه الرسالة.

³⁴³- يراجع، الباب الأول، ص. 260-276-295 من هذه الرسالة.

غريب يجافي المنطق القانوني، فهذا الجمع يعكس تأثر المشرع التونسي بالفقه الإسلامي الذي يرتب جزاء الفسخ لتخلّف الشرط، مع أنّه يقرّر فك الرابطة الزوجية بالطلاق³⁴⁴.

وأما محكمة التعقيب، فتعتبر أنّ نكول الزوج عن تنفيذ الشرط الذي قبل به أثناء إبرام عقد الزواج يعتبر خطأ يوجب الطلاق للضرر، إذ جاء في قرارها الصادر بتاريخ 19 أفريل 1977 ما يلي: "إذا أطرّد الزوج زوجته رغم توسلها إليه بالرجوع واشترطها أسكانها بمحل خاص ووافق الزوج على ذلك ثم نكل فنكوله يعتبر إضرار يوجب الطلاق"³⁴⁵.

وبالنسبة للتشريع الأسري المغربي، نجد الفقرة الأولى من المادة 98 من مدونة الأسرة الناصّة على أنّه: "للزوجة طلب التطلاق بناء على أحد الأسباب التالية: 1- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج...". كما واعتبرته الفقرة الأولى من المادة 99 من نفس المدونة ضرراً بقولها: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرّراً لطلب التطلاق".

وأيضاً، يجد هذا الجزء أساساً له ضمن أحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج".

وعليه، فإنّ القاضي مجبر على التحقّق من وقوع الإخلال بالشرط، فإن ثبت له ذلك وجب أن يحكم بالتطلاق وفقاً لرغبة المرأة، فهو حق من حقوقها ملكته بالشرط الذي التزم به الزوج³⁴⁶.

فهل تستفيد الزوجة المتضررة من تعويض مالي؟

بمراجعة الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية نجد أنّ المشرع نص صراحة على عدم التعويض إذا وقع الطلاق قبل البناء نتيجة مخالفة الشرط أو عدم تنفيذه، ولم يشر إلى حالة وقوعه بعد البناء ما يعني أنّه بمفهوم المخالفة يمكن للزوجة المتضررة من عدم تنفيذ الشرط بعد البناء أن تطالب بالطلاق ومعه التعويض وإلاّ لما سكت عن ذلك المشرع ونص على عدم التعويض سواء وقع الطلاق

³⁴⁴- أنظر، شادية عبد الاوي، خيارات المشرع التونسي في سن مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، تونس، 2007-2008، ص. 76.

³⁴⁵- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 19/04/1977، ع. 872، ن. م. ت.، 1978، ج. 01، ص. 256.

³⁴⁶- عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 244.

قبل البناء أو بعده. كما أنّ الفصل 31 في فقرته الرابعة من نفس المجلة يعطي الحق للزوجة في التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن المطالبة بالطلاق.

ومع أنّ مدونة الأسرة لم تنص صراحة على التعويض في حال الإخلال بالشرط، إلاّ أنّه يمكن القول أنّه للقاضي الحكم به للزوجة المتضررة وفقا لسلطته التقديرية لكون الفقرة الأولى من المادة 99 من مدونة الأسرة اعتبرت الإخلال بالشرط ضرر مبرر للتطبيق، وأنّ كل ضرر يتبعه تعويض. لهذا يقترح بعض الفقه تنفيذ تقنية الشرط الجزائي المنصوص عليه بالفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود وتطبيقه في المجال الأسري لحث كل طرف في العلاقة الزوجية على تنفيذ التزاماته اتجاه شريكه، طالما أنّه لا يتنافى مع مقاصد عقد الزواج ولا يخرج عن دائرة النظام العام لمؤسسة الزواج³⁴⁷.

غير أنّ تضمين عقد الزواج شرطا جزائيا يحدّد تعويضا ماليا مسبقا عن الإخلال بالشرط أمر يصعب التسليم به من الناحية العملية، لذا يبقى للقاضي السلطة التقديرية في تقرير الجزاء الملائم للإخلال بالشرط الذي يختلف حسب الحالة تبعا لأهمية الشرط وفائدته بالنسبة للمشتراط والضرر اللاحق به جزاء هذا الإخلال.

وهذه السلطة التقديرية للقاضي نجدها أيضا صلب المادة 53 مكرّر من قانون الأسرة الجزائري التي اقتضت بأنّه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطبيق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". ولأنّ هذه الصياغة وردت عامّة فشملت جميع أسباب التطبيق، ولكون الإخلال بالشروط الإرادية أحد هذه الأسباب، فإنّه يجوز للقاضي الحكم للمطلقة بالتعويض إذا رأى في ذلك ضرورة وإلاّ يكتفي بالتطبيق دون الغرم.

وحول هذا الموضوع يقول الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي: "أمّا الشروط التي لا تمسّ طبيعة العقد ولكن فيها مصلحة للمشتراط فالذي تدل عليه القواعد هو ضرورة الالتزام بهذه الشروط ديانة، إذ المشروط في أصله وإن لم يكن من الواجب القيام به ولكن الالتزام به والاتفاق عليه صيره واجبا،

³⁴⁷ - الشرط الجزائي هو: "تقدير اتفاقي وجزائي للتعويض يتم تحديده سلفا من قبل الزوجين كتعويض عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة عدم تنفيذ الآخر لالتزاماته أو لتأخره في التنفيذ". وقد نص الفصل 264 في فقرته الثانية من ق. إل. ع. م. على أنّه: "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه"، إدريس الفاخوري، دور الإرادة في إبرام عقود الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة الجديدة، مجلة القصر، 2004، ع. 09، ص. 24.

بدلالة عموم ما جاء من النصوص على وجوب الوفاء بالمواثيق والعهود. ولكن هذا لا يستلزم ثبوت حق الفسخ للطرف الآخر، إذ ليس كل تقصير في الواجبات الزوجية وآدابها يكون سببا لثبوت حق الفسخ فيه، كما هو معروف، كما أنه ليس كل تقصير في الوفاء بالشروط المتفق عليها يكون سببا لحق الفسخ في مختلف العقود الأخرى³⁴⁸.

وإن كان هناك من يؤيد هذا الرأي³⁴⁹، إلا أنه لا ينبغي مسايرته، إذ ما الفائدة المرجوة من الاشتراط إذا كان عدم الوفاء به لا يترتب أي أثر، فمع انخفاض الوازع الديني والأخلاقي سيفتح الباب أمام قبول الشرط لإبرام عقد الزواج وبعدها يتصل منه لأن لا أثر يترتب على مخالفته، وهو أمر من شأنه أن يؤدي إلى انعدام الثقة بين الزوجين وخلق المشاكل التي سترتب عنها لا محال تصدع العلاقة الزوجية ومن ثم وضع حد لها. فيجب تقرير جزاء مخالفة الشرط إذ لا يتصور انفكاك وجوب الوفاء بالشرط عن ثبوت حق الفسخ عند عدم الوفاء لكونه شرط لازم قد ثبت في العقد، فيجب أن يثبت حق الفسخ عند ترك الوفاء به.

والرأي المستحسن هو القائل بأنه كان حريا على المشرع أن يتعزز لإمكانية المطالبة بالوفاء أولا أمام القضاء، وكذا إمكانية إجبار المدين على التنفيذ. فإذا لم يمتثل أو استحال التنفيذ لسبب غير قاهر جاز المطالبة بالتطبيق كآخر إجراء³⁵⁰.

وبغض النظر عن هذه الاقتراحات، فإنّ الثابت والمتفق عليه حسب ما جاءت به التشريعات المغاربية للأسرة، أنّها منحت الزوجة حق طلب التخلي لإحلال الزوج بتنفيذ الشرط الاتفاقي. ولأنّه حق من حقوقها ملكته بالشرط الذي التزم به الزوج، فلها الحرية التامة في التمسك به وطلب التخلي، كما لها الحرية في التخلي عنها واسقاط الشرط بكامل إرادتها.

³⁴⁸ - محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص. 98.

³⁴⁹ - إن ما أخذ به محمد سعيد رمضان البوطي مستمد من الفقه المالكي الذي يقرر استحباب الوفاء بالشرط ولكن إن لم يف به الزوج لا يكون للزوجة الخيار في الفسخ. وبه أخذ الدكتور محفوظ بن صغير حيث يرى أن هذا الرأي هو الأقرب للواقع التطبيقي،، محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي... المرجع السابق، ص. 360 وما بعدها.

³⁵⁰ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون... المرجع السابق، ص. 139.

فإذا كان الإخلال بتنفيذ الشروط الاتفاقية يلحق بالزوجة ضرراً معنوياً في الغالب، فإن هجرها في المضجع يلحق بها ضرراً معنوياً محضاً، فهل يتقرر لها الحق في طلب التطليق؟ وهل حرمتها في ممارسة هذا الحق مقيّدة؟

ثانياً: الحرية التامة للمرأة في التمسك بالتطليق أو التخلي عنها للإخلال بواجب المساكنة

أتاح الله سبحانه وتعالى للزوج حق تأديب الزوجة في حالة نشوزها، وقد وضع جلّ وعلا مجموعة من الوسائل لممارسة هذا الحق ومن بينها الهجر في المضجع لقوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾³⁵¹.

والمقصود بالهجر في المضجع هو هجر الزوج فراش الزوجية بأن يمتنع عن الإعراض عن زوجته وعدم قربانها، في حدود الشرع مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَاصْبِرْ عَلَىٰ مَا يَقُولُونَ وَاهْجُرْهُمْ هَجْرًا جَمِيلًا﴾³⁵². ولما كان الهجر في المضجع وسيلة لتأديب الزوجة، فإن استمراره لمدة تزيد عن أربعة أشهر بدون عذر يلحق ضرراً بالزوجة وجب رفعه إما برجوع الزوج إلى معاشرتها، وإما بطلاقها منه إذا أصّر على هجرها. ويقع الطلاق هنا بعد التأكد من توفّر العنصر المادي المتمثل في ترك الفراش الزوجي دون سبب شرعي مقبول، والعنصر الزمني المتمثل في مدة الأربعة أشهر متتالية غير منقطعة، والعنصر المعنوي المتمثل في نيّة الإضرار بالزوجة.

هذا ولا يختلف الهجر في المضجع عن الإيلاء من حيث عدم وطء الزوجة، فقد ورد ذكره في قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْتِيصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾³⁵³. ويقصد بالإيلاء في اللغة: "الحلف"، وفي الشرع: "الحلف الواقع من الزوج أن لا يوطأ زوجته"³⁵⁴.

³⁵¹ - سورة النساء، الآية رقم 34.

³⁵² - سورة المزمل، الآية رقم 10.

³⁵³ - سور البقرة، الآيتين 226 - 227.

³⁵⁴ - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار... المرجع السابق، ص. 1283.

فالإيلاء يتحقق إذا حلف الزوج على ترك جماع زوجته وأصرّ عليه لمدة تزيد عن أربعة أشهر بدون أن يكون له أي مبرر³⁵⁵. وقد يقع صراحة كأن يقول الزوج لزوجته والله لا أقربك أو لا أجامعك بحيث لا يحتمل أي معنى آخر غير الإيلاء، كما يمكن أن يكون كناية يحمل معنى لآخر وهنا لا يعدّ إيلاء إلاّ بالنية كأن يقول لها لا أدخل عليك، لا أجمع رأسي ورأسك³⁵⁶.

ونظرا لما في هذا التصرف من إضرار بالزوجة، فإنّ لها الحرية شرعا وقانونا في رفع أمرها إلى القاضي لطلب التطليق. فمن الناحية الشرعية، ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنّه بعد مضي أربعة أشهر يوقف الحاكم المولي ويأمره بالفيء، فإن أبي يأمره بالطلاق، فإن رفض يطلق عنه الحاكم³⁵⁷. أمّا الحنفية فيقضي بانتظار أربعة أشهر فإن فاء خلالها فهي زوجته، أمّا إن لم يقربها حتى مضت الأربعة أشهر بانت منه بتطليقة³⁵⁸. في حين أنّ الظاهرية يرى أنّ الحاكم يأمره بالفيء أو الطلاق فإن أصرّ حبسه وضيق عليه حتى يفيء أو يطلق هو لا الحاكم³⁵⁹.

أمّا من الناحية القانونية، فلم تحد التشريعات العربية عمّا أقرته الشريعة الإسلامية، خاصة المشرع المغربي الذي استعمل مصطلحي "الهجر"، و"الإيلاء"، فنصت المادة 112 من مدونة الأسرة على أنّ: "الزوج إذا آلى من زوجته أو هجرها فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفى بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة". وبهذا يكون هذا النص شبيها بما ورد في الشرع من حيث ذكر المصطلحين الإيلاء والهجر، ومدّة الإيلاء، ومن حيث رفع الضرر عن الزوجة بالحكم بطلاقها.

على خلاف المشرع الجزائري، الذي اكتفى بمصطلح الهجر في الموضع دون الإيلاء ضمن الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "الهجر في الموضع فوق 04 أشهر".

³⁵⁵- أبي بركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير... المرجع السابق، ج. 02، ص. 619.

³⁵⁶- أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة... المرجع السابق، ص. 307-308.

³⁵⁷- عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني... المرجع السابق، ج. 04، ص. 267؛ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير... المرجع السابق، المجلد الثاني، ص. 490؛ الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، البجيرمي... المرجع السابق، ج. 04، ص. 330؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 11، ص. 08-09.

³⁵⁸- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي، مجمع الأنهر... المرجع السابق، ص. 95-96.

³⁵⁹- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حرم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى... المرجع السابق، ص. 1677-1678.

فما يلاحظ على مضمون هذه الفقرة أنّ المشرع لم يتعرّض مباشرة لأحكام الإيلاء رغم تطابق معظم أحكامه معه، فالهجر المذكور يتفق مع الإيلاء في عدم معاشرة الزوجة ولمدة تفوق أربعة أشهر، وفي إلحاق الضرر بالزوجة بسبب هذا الهجر. غير أنّه يختلف عنه في اليمين، لأنّ الإيلاء لا يقع إلاّ بالقسم بالله أو بصفة من صفاته على الزوجة بعدم قربانها، أما الهجر فيقع باليمين وبدونه، وهنا لا تجب فيه كفارة اليمين إن جامعها قبل انقضاء المدّة³⁶⁰.

وبالمقارنة بين صياغة النص المغربي والنص الجزائري، يتضح أنّ المشرع المغربي كان أكثر دقة في صياغته للمادة 112 من المدونة لأنّ الشريعة الإسلامية قرّرت الطلاق للإيلاء، وللهجر في المضجع لمدة تفوق أربعة أشهر رفعا للضرر الواقع على الزوجة. كما أنّ المدونة سارت مع الشريعة في كون أنّ القاضي لا يوقع الطلاق إلاّ بعد أن يصرّ الزوج على رفضه للنفي، مصداقا لقول الله عز وجل: ﴿فَإِنْ فَأُؤَا فِإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾³⁶¹. حيث أنّ الشرط الذي ينهي الإيلاء هو أن يفِيء الزوج لزوجته بمعنى العودة إليها، فإذا حنث الزوج لزمته كفارة اليمين وهي إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة بالنسبة للموسر، فإن لم يجد وجب عليه صيام ثلاثة أيام، لقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾³⁶². والفِيء لا يتجلّى من ظاهر الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري والتي توحى أنّ التطليق يقع مباشرة بعد تجاوز مدّة الأربعة أشهر.

إلى جانب هذه المقارنة البسيطة، يمكن أن نستشف شروط الهجر في المضجع، بحيث تتقيّد بها حرية الزوجة في طلب التطليق، نوجزها فيما يلي³⁶³.

³⁶⁰ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 264.

³⁶¹ - سورة البقرة، الآيتين 226-227.

³⁶² - سورة المائدة، الآية 89.

³⁶³ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 263؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 289.

1- هجر الزوجة في الفراش والإعراض عنها وعدم معاملتها معاملة الأزواج، فيحرمها من حقها في الوطاء، وقد يحدث ذلك في نفس الغرفة، أو بالانتقال إلى غرفة أخرى في نفس المنزل، أو بهجر المنزل إلى منزل آخر خارج بيت الزوجية،

وما يميّز دعوى الهجر هو صعوبة الإثبات لأنها أسرار الزوجية، ولأنّه ليس من السهل إيجاد شهود على ذلك، إلّا إذا اقترن هذا الهجر بترك الزوج مسكن الزوجية، لأنّ إثبات الهجر أسهل خاصة إذا أدين الزوج بحكم جزائي بتهمة الإهمال العائلية، فهذا الحكم يعتبر دليلاً مادياً على واقع الضرر والهجر³⁶⁴. أمّا إذا هجرها في فراش الزوجية دون ترك المسكن العائلية، فما دام أنّ المسألة شخصية فيمكن اللجوء إلى اليمين، فتؤدّي الزوجة يمينا بأن زوجها لم يقربها فوق أربعة أشهر، وهذا اليمين خاص بالإثبات فقط على خلاف "يمين الإيلاء"³⁶⁵.

2- أن يكون الهجر عمدياً وبقصد الإضرار بالزوجة، وليس له ما يبزّره من الناحية الشرعية والقانونية، ولهذا يؤخذ على المشرعين المغربي والجزائري أنّهما اكتفيا بذكر الهجر دون تبيان ما إذا كان سبب الهجر يعود إلى تصرفات عمدية ينوي من ورائها الزوج الإضرار بالزوجة، أم يرجع إلى عوامل شرعية كالمرض أو تأديته للخدمة العسكرية، أو مرضها هي، فلا يمكن جعل الحالتين في نفس المرتبة، كون أنّ السبب الشرعي للهجر يمنعها من التمسك بحريتها في طلب التطليق، أمّا الهجر العمدي بهدف الإضرار بها فبالعكس يمنحها هذه الحرية لرفع الضرر عنها³⁶⁶.

وعلى هذا المنحى سارت المحكمة الابتدائية بميدلت في حكمها بتاريخ 15 جانفي 2007 والمتضمن: "وحيث لئن أعطت المادة 112 من مدونة الأسرة، للزوجة التي هجرها زوجها بأن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلقها عليه المحكمة، فإنّ هذا الأمر حسب الفقه المالكي لا ينسحب على الزوج المتخلّي بسبب عذر من مرض أو سجن أو غيبة..."³⁶⁷.

³⁶⁴ - دليّة آيت شاوش سعيد، المرجع السابق، ص. 194.

³⁶⁵ - جيلالي تشوار، حق الزوجة في الطلاق... المرجع السابق، ص. 87.

³⁶⁶ - جيلالي تشوار، حق الزوجة في الطلاق... المرجع السابق، ص. 86.

³⁶⁷ - محكمة ابتدائية بميدلت، 15 / 01 / 2007، ملف ع. 05 / 103، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 170.

3- أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر متتالية، أي لا يكون بينهما أي اتصال خلال هذه المدّة، لذا كان على المشرع أن يربط مدّة الأربعة أشهر بكلمة "متتالية"³⁶⁸، فإن وقع اتصال بينهما بين الشهر والآخر تكون قد تخلت عن حرّيتها في طلب التطليق.

فتناولت المحكمة العليا مسألة هجر الزوجة مدّة تفوق سنة بموجب القرار الصادر عنها بتاريخ 11 فيفري 2009، بقولها: "يعدّ الهجر في المضجع، في حالة تعدّد الزوجات، دليلا على انعدام نيّة العدل، يبرّر طلب الزوجة المتضرّرة التطليق". حيث تلخصت وقائع الدعوى في كون أنّ الطاعن تزوّج ثانية بدون علم المدّعية التي تضرّرت من زواجه الثاني، حيث لم يعدل بين الزوجتين فهجر المطعون ضدها في المضجع مدّة تفوق السنة وهو ما اعتبرته المحكمة من جملة الأضرار المعتبرة شرعا طبقا للمادة 53 فقرة 10 من قانون الأسرة³⁶⁹.

وعلى الرغم من أنّ المحكمة توصلت إلى انعدام نية العدل في التعدّد وإلى هجر الزوج زوجته الأولى في المضجع مدّة تفوق السنة إلا أنّها لم تحكم بالتطليق على أساس مخالفة أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة ولا بالاستناد إلى الفقرة الثالثة من نفس المادة، فكيفتته على أنّه ضرر لاحق بالزوجة يخوّل لها التطليق طبقا لأحكام الفقرة العاشرة من المادة 53 من نفس القانون.

وفي ختام الإيلاء، نشير إلى أنّ الفقهاء اختلفوا حول نوع الطلقة، فمنهم من قال بالطلاق الواقع من الزوج في الإيلاء يكون رجعيا وهم جمهور الفقهاء، فعن مالك، عن ابن شهاب أنّ سعيد بن المسيّب، وأبا بكر بن عبد الرحمن كانا يقولان في الرجل يولي من امرأته: إنّها إذا مضت الأربعة أشهر إنّها تطليقة، ولزوجها عليها الرجعة، ما كانت في العدة³⁷⁰. وهو ما أخذ به المشرع المغربي طبقا للمادة 122 من مدونة الأسرة النّاصة على أنّ: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلاّ في حالتي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق". ومنهم من قال أنّها طلقة بائنة وهم ابن مسعود وزيد بن ثابت وجابر بن زيد، الحنفية³⁷¹. وعلى هذا الرأي سار المشرع الجزائري.

³⁶⁸ - جيلالي تشوار، حق الزوجة في الطلاق... المرجع السابق، ص. 87.

³⁶⁹ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 2009/02/11، ملف رقم 480246، م. م. ع.، 2009، ع. 01، ص. 281-282.

³⁷⁰ - مالك بن أنس، الموطأ... المرجع السابق، باب الإيلاء، ص. 430.

³⁷¹ - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار... المرجع السابق، ص. 1284.

وإذا كانت صياغة المشرع المغربي أحسن مما اعتمده المشرع الجزائري، لكونه جعل الإيلاء والهجر في المضجع سببا في طلب فك الرابطة الزوجية، فإنّ كلاهما أغفلا النص على الظهار بالرغم من كونه هو الآخر مضر بالزوجة وجب التكفير عنه أو إيقاع الطلاق، وهنا لا مناص من الرجوع إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 400 من مدونة الأسرة المغربية وعملا بالمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

فالظهار لغة مأخوذ من الظهر، لأنّ صورته الأصلية أن يقول لزوجته: "أنت عليّ كظهر أمي"³⁷². وخصّوا الظهر دون غيره لأنّه موضع الركوب، والمرأة مركوب الزوج، وقيل من العلو. وحققيقته الشرعية: "تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلالاً"³⁷³. قال ابن عرفة: "الظهار تشبيه الزوج زوجته أو ذي أمة حلّ وطؤه إيّاها بمحرّم منه"³⁷⁴.

وقد كان الظهار في الجاهلية نوعا من الإيذاء الذي يوقعه الرجل بالمرأة، فإذا كره أحدهم امرأته ولم يرد أن تتزوج بغيره ظاهرها فتبقى لا ذات زوج ولا خلية تنكح غيره أي يعلّقها فلا هي متزوجة ولا هي مطلقة³⁷⁵. إلى أن غيّر الشارع حكمه فحرّمه لقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُؤٌ غَفُورٌ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَمْ ثَوْعُظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾³⁷⁶.

فالظهار محرّم شرعا لعبته بالحياة الزوجية ولما فيه من ظلم للزوجة، ولا يعدّ طلاقا بل هو من الكبائر لكونه منكر من القول وزورا. وفي حالة تحقّقه تترتب عليه حرمة المعاشرة الزوجية قبل التكفير عنه، فلا يحق للزوج وطء زوجته ولا ملامستها إلّا إذا قضى الكفارة، أمّا إذا رفض تأدية الكفارة، فإنّه

³⁷² - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، سبل السلام... المرجع السابق، ص. 506.

³⁷³ - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج،... المرجع السابق، ج. 03، ص. 461.

³⁷⁴ - أبي الحسن علي بن عبد السلام التوسلي، البهجة... المرجع السابق، ج. 01، ص. 522 - 523.

³⁷⁵ - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 03، ص. 461.

³⁷⁶ - سورة المجادلة، الآية رقم 04.

للزوجة المظاهر منها الحرية في رفع أمرها إلى الحاكم الذي يأمره بالتكفير والرجوع إلى زوجته، فإن أجابه انتهى الظهار، وإن امتنع أمره بطلاقها وإلا طلقها عليه طلاقاً رجعيًا، فإن قدر الزوج على الكفارة قبل انقضاء العدة كفر وراجعها³⁷⁷.

فسواء تعلّق الأمر بالإيلاء أو بالمهر في المضجع أو بالظهار، فكّلها تصرّفات تحرم المرأة من حقها في الوطاء والاستمتاع بحياتها الزوجية، وتحوّل إلى إيذاء لها متى تجاوزت مدّة أربعة أشهر، وهنا يرجع الأمر إلى الحرية التامة للزوجة بين التمسك بطلب التطليق عند إصرار الزوج على عدم الفيء رفعًا للضرر اللاحق بها، أو أن تتخلّى عن هذه الحرية وتبقي على علاقتها الزوجية رغم هجرها في المضجع، بدليل أنّ هناك علاقات زوجية تخلو من العلاقة الجنسية بين الزوجين لكبرهما في السن مثلاً ورغم ذلك لا تطالب الزوجة بالتطليق، فتختار حرية البقاء مع زوجها وتتخلّى عن حرّيتها في طلب فك الرابطة الزوجية.

وأثناء الحديث عن الإيلاء والمهر في المضجع لم يتم التطرّق إلى مجلة الأحوال الشخصية لأنّ المشرع التونسي لم يعالج هذه المسألة بالرغم من أهميتها، ما يحيل من جديد إلى إدراجها ضمن الطلاق للضرر والمنصوص عليه بالفقرة الثانية من الفصل 31 من نفس المجلة. لكونها تصرّفات ضارة بالزوجة وجب إزالتها من خلال رفع دعوى الطلاق بموجب الضرر.

كما أنّه تطبيقاً لأحكام الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 23 من ذات المجلة النّاصة على أنّه: "على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن معاشرته، ويتجنب إلحاق الضرر به؛ ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة". يعتبر الإخلال بالواجبات الزوجية ضرراً مبرّراً لطلب الطلاق على أساس الفقرة الثانية من الفصل 31 من المجلة.

وباعتبار واجب المساكنة من الالتزامات الزوجية، فإنّ إعراض الزوج عن مباشرة زوجته بصفة طبيعية دون عذر مقبول يعدّ إخلالاً بهذا الالتزام يعطي للزوجة حرية الخيار بين البقاء أو المطالبة بالطلاق على أساس الضرر. ورغم أنّ فقه القضاء التونسي زاخر بصورة إخلال الزوجة بواجب

³⁷⁷ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 447؛ أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل... المرجع السابق، ج. 05، ص. 177.

المساكنة، فإنّ الصورة التي نجد فيها الزوج مخلّاً بهذا الواجب نادرة، إذ قليلاً ما ترفع الزوجة قضية ضدّ زوجها في الطلاق للضرر لعدم المساكنة الزوجية³⁷⁸. وهو ما يثبت أنّ الزوجة غالباً ما تتخلّى عن حريتها في طلب التطليق للهجر في المضجع.

وفي هذا السياق، نذكر القرار الاستثنائي الصادر عن محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 30 أبريل 1997 والذي جاء فيه: "اقتضت الفقرة الثانية من الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية وبعد تنقيحها بالقانون عدد 74 لسنة 1994 بأنّ على الزوجين أن يقوموا بواجباتهما الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة، مجلة الأحوال الشخصية باعتبارها قائلة بأحكام الشريعة الإسلامية، لن يكون تفسير الفقرة الأخيرة في الفصل 23 المذكور، بحيث أنّ الزوجة في نطاق الواجب الجنسي المحمول عليها، ليست مطالبة سوى بطاعة زوجها في قضاء وطئه منها بأن لا تمتنع عن رغبته في الاستمتاع بها حسب التقاليد والأعراف الإسلامية دون تعدّد على الذات أو الخدش المنكر للحياء على معنى الفقرة 22 من لائحة الأحكام الشرعية للشيخ جعيط؛

نطاق الواجب المحمول على الزوجة لا يتعدى إذا التمكين من النفس بصفة طبيعية لا مغالاة فيها ولا خروج عن المألوف ممّا اعتاد العباد؛

إعراض الزوج عن مباشرة زوجته لعدّة أشهر مستمرة وإهمال حاجتها إلى المعاشرة المرتقبة بسبب شذوذ الجنسي وغياب الرغبة لديه في الاتصال بها جنسيا بصفة طبيعية أي الإيلاج والإنعاص بالموظئ الطبيعي يلحق مضرّة بالزوجة وعليه كان لقيام الزوجة بطلب الطلاق من الزوج للضرر من أجل ما ذكر قائم في الواقع والقانون وهو الإمساك عن وطئها واجتنابها في تحقيق اللذة الجنسية دون عذر مقبول"³⁷⁹.

فيتضح من آخر فقرة لهذا القرار أنّ إعراض الزوج عن مباشرة زوجته لعدّة شهور يلحق بها ضرراً يخوّلها حرية طلب الطلاق على أساس الفصل 31 فقرة 02 من مجلة الأحوال الشخصية، ولكن لم

³⁷⁸- أنظر، فائق العايب، واجب المساكنة بين الزوجين، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1998-1999، ص. 126.

³⁷⁹- محكمة الاستئناف بسوسة، قرار استثنائي مدني، 30/04/1997. ع. 2876، مقتبس عن: ساسي بن حليمة، مجموعة تعليقات... المرجع السابق، ص. 275 وما بعدها.

يتم توضيح مدّة الأشهر الواجب انتظارها، فيبقى تقديرها خاضع للسلطة التقديرية للقاضي خاصة في غياب نص ضمن المجلة يميل إلى تطبيق الشريعة الإسلامية.

وفي قرار تعقيبي آخر صادر بتاريخ 13 ماي 1997 نجد أنّه يحق للزوجة طلب الطلاق للضرر لعدم معاشرتها والإنفاق عليها حيث اقتضى بأنّ: "من واجبات الزوج معاشرة زوجته وتجنب كل ما من شأنه أن يضر بها وأن ينفق عليها وفق الفصلين 23 و38 من مجلة الأحوال الشخصية؛

إنّ عدم معاشرة الزوجة والإصرار على عدم الإنفاق عليها رغم صدور حكم بالنفقة والإعلام به يعدّ إخلالا كاف لوحده كسند مبرر للطلاق للضرر بصرف النظر عن مآل الحكم الجزائي والذي يعوّل عليه وفقا للفصل 443 من المجلة"³⁸⁰.

وبهذا يكون فقه القضاء التونسي حاول سد الفراغ وإعطاء مفهوم واسع للضرر، فاعتبر أنّ من أهم الواجبات الزوجية واجب المساكنة وهو واجب جوهري، إذا أحل به أحد الزوجين بدون مبرر أصبح الطرف الآخر محقّا في المطالبة بالطلاق على معنى الفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية. كما أنّه من المسلم به فقها وواقعا وتشريعا أنّ من أبرز مقوّمات الزواج والواجبات المتبادلة بين الزوجين تحقيق الاتصال بينهما دون موانع اختيارية ولا خلقية تحول دونه باعتباره الغاية المقصودة من الزواج المترتبة للنتائج المؤمّلة منه وفي طبيعته الإحسان والتعقّف والإنجاب وهي مقوّمات أساسية يقوم عليها الزواج³⁸¹.

ونظرا لأنّ كل حالات التطلاق تستدعي إثبات الضرر، وأنّه في أغلب الأحيان يتعدّر على الزوجة إثباته، وخاصّة الضرر المعنوي، أعطت التشريعات المغاربية للأسرة سبلا أخرى للتحرّر من الرابطة الزوجية دون الحاجة إلى إثبات الضرر، الأمر الذي ساهم في إطلاق حرية المرأة في طلب فك الرابطة الزوجية.

³⁸⁰ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 13 / 05 / 1997، ع. 56563، ن. م. ت.، 1997، ص. 319.

³⁸¹ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 23 / 01 / 1990، ع. 24219، ن. م. ت.، 1999، ص. 149.

الفصل الثاني

إطلاق حرية المرأة في طلب فك الرابطة الزوجية

إنَّ أبغض الحلال عند الله الطلاق، لكنّه يبقى حلالاً وخاصةً عندما تغدو الحياة جحيماً بين الأزواج. ممّا يستوجب فصم عقد الزواج رسمياً بعد أن فصمت عراة الزوجية نفسها. فيقع الطلاق ليكرّس أمراً واقعاً كإعلان عن اضمحلال تلك الحياة وفقدان روابط المودّة بين الزوجين.

فراعت الشريعة الإسلامية والتشريعات المغاربية للأسرة إحساس وشعور المرأة تجاه الحياة الزوجية، فقد تسعد بها أو تشقى تماماً كشعور الزوج، فلا تجد الزوجة في حياتها بعد الزواج ما كانت تنشده وترجوه فلا تسكن إلى زوجها ويتأبها شعور بالحرج والضيق في البقاء معه.

وخوفاً عليها من التورّط في المحذور، ولرفع الضرر عنها، جعل لها الشرع الخلع وسيلة للخلاص من الرابطة الزوجية، فتبنت هذه الوسيلة كل من المشرعين المغربي والجزائري، فنظّمه الأول بموجب المواد من 115 إلى 120 من مدونة الأسرة. أمّا الثاني فضبط أحكامه بمقتضى المادة 54 من قانون الأسرة بعدما مسّها التعديل الأخير. ومن هذه النصوص تظهر جلياً النقاط المشتركة، والاختلاف بين التشريعين حول طلاق الخلع، وخاصةً فيما يتعلّق بشروطه.

وانفرد عنهما التشريع التونسي، من حيث عدم الأخذ بالخلع كوسيلة لطلب فك الرابطة الزوجية، بل ذهب لأبعد من ذلك بالتنصيص على طلاق إنشاءً ضمن مقتضيات الفقرة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية.

فإذا كان الخلع طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية، تلجأ إليها الزوجة لاسترجاع حريتها، فالسؤال المطروح ما مدى حرية الزوجة في الطلاق الخلعي؟ (المبحث الأول)

وبدافع رفع الحرج والضرر عن الزوجة لم تقف التشريعات المغاربية للأسرة عند وسيلة الخلع، وإنّما استحدثت صوراً أخرى، بموجبها أصبح بإمكان الزوجة أن تتحرّر من الرابطة الزوجية دون عناء إثبات الضرر أو ذكر السبب الدافع إلى إنهاءها، لتضع بذلك حدّاً للعلاقة الزوجية بإرادتها المنفردة شأنها في ذلك شأن الزوج، تماشياً مع ما دعت إليه الاتفاقيات الدولية. وبهذا، تكون القوانين الوضعية قد أعطت للزوجة مزيداً من الحرية في فك الرابطة الزوجية بطلب منها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مدى حرية المرأة في الطلاق الخلعي

منحت الشريعة وكذا القانون، حق الانفصال للمرأة عن زوجها عن طريق الخلع، والسبب في هذا الحكم هو فهم دقيق لنفسية المرأة، فالمرأة بطبيعتها تألف بيتها وتحافظ عليه معتبرة إيّاه مملكتها الخاصّة، وفيه ينشؤ أولادها تحت رعايتها وفي دائرة حنانها، هذا أمر. وأمر آخر، أنّ نتائج الطلاق تمسّها بالضرر في معظم الأحوال، أكثر بكثير من الرجل، فالحالة التقليدية والشائعة هي الرجوع إلى بيت أهلها مع كل المشاكل المادية والضغط المعنوية التي قد تصاحب هذه العودة، خصوصاً إن كان لها أولاد.

فإن هي لم تستطع، بعد هذا، العيش مع زوجها وأرادت تركه، فإنّ هناك سبباً مهمّاً هو في غالب الأحوال، شعور عميق بالكراهة اتجاه زوجها³⁸². غير أنّه إذا كان هذا هو الوضع العام، فإنّه نجد بعض الاستثناء، وهو طلب المرأة الانفصال لنزوة ما أو لطبع هوائي متقلّب ومزاج غير مستقر. ولهذا، جاء إقرار الخلع منضبطاً بجملة من الأحكام المحدّدة شرعاً وقانوناً (المطلب الأوّل).

ولأنّ الخلع شرّع للزوجة لرفع الحرج والضرر عنها وتجنّبها عبء الإثبات، فإنّها تتمتع بموجبه بنوع من الحرية في فك الرابطة الزوجية. وباسم هذه الحرية، وفي ظل ما تشهده المجتمعات المغاربية من تغيّر في المفاهيم والنحلال الأخلاقي وديني، كثر الحديث والجدل عن تأثير موافقة الزوج من عدمه على حرية الزوجة في الطلاق الخلعي (المطلب الثاني).

³⁸²- أنظر، شيماء الصراف، أحكام المرأة بين الاجتهاد والتقليد، -دراسة مقارنة في الشريعة والفقهاء والقانون والاجتماع-، دار القلم، باريس، ط. 01، 2001، ص. 195.

المطلب الأول

أحكام الخلع المقررة لحرية المرأة في اللجوء إلى الطلاق الخلعي

مما لا شك فيه أنّ البحث في تحديد أحكام الخلع يتطلّب الوقوف عند وضع تكييف له، هذا من جهة (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى، التعرّف على الشروط الواجب توافرها في المختلعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تكييف الخلع ومكانة حرية المرأة منه

ضبط كل من الفقه الإسلامي والفقه القانوني تعريفًا للخلع، وقد وقع الإجماع على مشروعيته (أولاً)، إلا أنّ الاختلاف كان حول طبيعته إن كان فسخاً أم طلاقاً (ثانياً).

أولاً: حرية المرأة في طلب الخلع من منطلق مشروعيته

الخلع ومعناه لغة: الإزالة والإعانة، من خلع الرجل ثوبه أزاله وأبانه³⁸³، وقد سمي إنهاء الرابطة الزوجية كذلك لأنّ كلا من الزوجين لباس لصاحبه، مصداقاً لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ هُنَّ﴾³⁸⁴. فكأنّه بمفارقة الآخر نزع لباسه³⁸⁵.

وضابطه شرعاً: "فراق الرجل زوجته ببذل قابل للعبوض يحصل لجهة الزوج"³⁸⁶. أو هو: "فراق الزوج من امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة"³⁸⁷.

وأما قانوناً فهو: "دعوى ترفعها الزوجة ضدّ زوجها إذا بغضت الحياة معه ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وخشيت ألاّ تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، وهو يقتضي افتداء الزوجة بنفسها وتنازلها عن حقوقها الشرعية"³⁸⁸.

³⁸³- أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير... المرجع السابق، ج. 02، ص. 517.

³⁸⁴- سورة البقرة، الآية رقم 187.

³⁸⁵- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 03، ص. 347.

³⁸⁶- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري... المرجع السابق، ج. 09، ص. 307.

³⁸⁷- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشّاف القناع... المرجع السابق، ج. 07، ص. 2569.

³⁸⁸- بلحاج العربي، الوجيز في شرح... المرجع السابق، ص. 263.

ويطلق على الخلع أيضا الفدية والصلح والمبارأة، وتختلف التسمية بحسب اختلاف العوض الذي تدفعه الزوجة لزوجها مقابل الطلاق. فيقول مالك: "المبارأة التي تبارئ زوجها قبل أن يدخل بها فتقول خذ الذي لك وتاركني ففعل فهي طلقة. والمختلعة التي تحتلع من كل الذي لها. والمفتدية التي تعطيه بعض الذي لها وتمسك بعضه. وهذا كله سواء"³⁸⁹.

وفي نفس السياق، ذهب ابن رشد الحفيد إلى القول أنّ: "الخلع والفدية والصلح والمبارأة، كلّها تقول إلى معنى واحد، وهو بذل المرأة العوض على طلاقها، إلا أنّ اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاه، والصلح ببعضه، والفدية بأكثره، والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه على ما زعم الفقهاء"³⁹⁰.

وعلى هذا، فوجه تسمية الطلاق بعوض، خلعا، فلأنّ المرأة تخلع به زوجها لأنّه لباسها. وأمّا وجه تسميته افتداء، فلأنّ المرأة تفدي نفسها بمال تبذله، ومأخوذ من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾³⁹¹. وأمّا وجه تسميته مبارأة، فلأنّ المرأة تبرئ زوجها من الحق الذي لها عليه، مشتقة من البراءة.

وإنّ أوّل خلع عند العرب أنّ عامر بن الظرب زوج ابنته من ابن أخيه عامر بن الحارث بن الظرب، فلما دخلت عليه نفرت منه، فشكا إلى أبيها. فقال: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك، وقد خالعتها منك بما أعطيتها³⁹². وأمّا أوّل خلع في الإسلام، فالآية نزلت في ثابت وامرأته، واختلف في امرأة ثابت بن قيس، فقيل حبيبة بنت سهل، وقيل جميلة بنت سهل، وقيل جميلة بنت سلول، وزينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول³⁹³.

فهل الخلع مشروع؟

³⁸⁹- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 346؛ عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني، شرح الزرقاني... المرجع السابق، ج. 04، ص. 112.

³⁹⁰- أنظر، أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. 03، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط. 01، 1415هـ، ص. 129.

³⁹¹- سورة البقرة، الآية رقم 229.

³⁹²- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري... المرجع السابق، ج. 09، ص. 307.

³⁹³- أنظر، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، ج. 05، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 2000، ص. 507.

لقد أجمع الفقهاء على مشروعية الخلع، مستدلين في ذلك من القرآن والسنة. فأما من القرآن، فقولته تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنِ خِفْتُمَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾³⁹⁴.

فالآية الكريمة ذكرت الطلاق الذي بيد الرجل وهو حق من حقوقه، وله أن يستعمله في حدود ما شرع الله، فإن كانت الكراهية من جهة المرأة، فقد أباح لها الإسلام أن تتخلص من الزوجية بطريق الخلع، بأن تعطي الزوج ما كانت أخذته منه باسم الزوجية، وله أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها.

بالإضافة إلى أنه جاء في تفسير ابن كثير، أنه إذا تشاقق الزوجان ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدر على معاشرته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاها ولا حرج عليها في بذلها له، ولا حرج عليه في قبول ذلك منها³⁹⁵.

وأما مشروعية الخلع من السنة، فحديث ابن عباس -رضي الله عنهما- أنّ امرأة ثابت ابن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكي أكره الكفر في الإسلام، فقال الرسول عليه السلام: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة³⁹⁶.

فمن الحديث الشريف، يتضح أنّ الرسول عليه الصلاة والسلام أجاز للمرأة أن تخلع نفسها، ليكون الخلع بذلك طلاقاً بائناً لقوله صلى الله عليه وسلم: "...وطلقها تطليقة".

هذا، وإنّ الإجماع منعقد على مشروعية الخلع، وذلك ما أكّده الإمام مالك بقوله: "لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عليه، وهو أنّ الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسيء إليها ولم

³⁹⁴ - سورة البقرة، الآية رقم 229.

³⁹⁵ - أنظر، أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج. 01، دار طيبة، الرياض، ط. 02، 1999، ص. 613.

³⁹⁶ - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري... المرجع السابق، ص. 1344.

تؤت من قبله وأحبّت فراقه فإنه يحلّ له أن يأخذ منها كل ما افتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس³⁹⁷.

فالخلع جائز متى طلبته المرأة فرارا من معصية الله تعالى، ولهذا على الزوج أن يستجيب لها في هذه الحالة. ولكنه يكون حراما إذا طلبته الزوجة من غير مبرر مقبول، ولم تكن كارهة العيش مع زوجها، أو إذا أضر الزوج بزوجه لأجل أن تفتدي منه وتطلب الخلع ليطلب هو بال عوض.

ولم يخالف جمهور الفقهاء في جواز الخلع، إلا أبو بكر بن عبد الله المزيني الذي شدّ عنهم، فقال لا يحلّ للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا، واستدل على ذلك بأن زعم أن قوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به". منسوخ بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾³⁹⁸.

ونظرا لقطعية ووضوح الأدلة الدالة على حكم الخلع، يمكن الجزم أنه جائز شرعا، لأنّ الحياة الزوجية أساسها الرحمة والمودة وحسن المعاشرة والطمأنينة والسكن، وقيام كل من الزوجين بواجبه اتجاه الآخر. ولكن، في حالة كره الزوجة لزوجها وعدم قدرتها على الصبر وعدم احتمالها على مواصلة الحياة الزوجية، لها أن تتحرّر من الرابطة الزوجية، وترفع الضرر عنها بأن تفتدي نفسها بمال.

وعلى نفس المنهج سارت القوانين الوضعية، فالمشرعين المغربي والجزائري، اتفقا على مبدأ مشروعية الخلع للزوجة، ولو أنّهما اختلفا في بعض الجزئيات-تنطرق لها لاحقا من خلال هذه الدراسة-. ف جاء في المادة 115 من مدونة الأسرة ما يلي: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه". وبالمقابل نصت المادة 54 من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

³⁹⁷- أنظر، أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك بن أنس، ج. 04، دار الكتاب الإسلامي، مصر، ط. 02، 1332هـ، ص. 61؛ مالك بن أنس، الموطأ... المرجع السابق، ص. 435.

³⁹⁸- سورة النساء، الآية رقم 20؛ محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناية... المرجع السابق، ج. 05، ص. 507؛ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد... المرجع السابق، ج. 03، ص. 131.

أمّا المشرع التونسي، فلم ينص على الطلاق الخلعي، بل أعطى الحرية المطلقة للزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية شأنها في ذلك شأن الزوج، تطبيقاً لمقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية والنّاصة على أنّ: "...أو بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو بناء على مطالبة الزوجة به". فبحسبها، فإنّ الزوجة تطالب بفك الرابطة الزوجية دون حاجة إلى دفع بدل الخلع، وإنّما يلزمها التعويض إن تسببت بطلبها هذا في الإضرار بالزوج. وهذا على خلاف ما اتجه إليه المشرعان الجزائري والمغربي، اللذين قيّدا طلب الخلع بمقابل تفتدي به الزوجة نفسها، وجعلاه طلاقاً بائناً محافظين بذلك على نفس الحكم الذي أقرّه الشرع الإسلامي.

وإذا كان الإجماع منعقد على جواز الخلع، فإنّ طبيعته مختلف فيها بين من يراه طلاقاً ومن اعتبره فسخاً.

ثانياً: طبيعة الخلع المؤكدة على حرية المرأة في طلبه

يرى جمهور الفقهاء أنّ الخلع يتم دون حاجة إلى إذن الحاكم وذهب إلى ذلك أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل. ومن الصحابة عمر ابن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب - رضي الله عنهم جميعاً -، مستدلين في ذلك بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾³⁹⁹. فالآية الكريمة أجازت الخلع مطلقاً سواءً بحاكم أو بدون حاكم. ولأنّ الخلع معاوضة فلا يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح، ولأنّه قطع عقد بالتراضي، أشبه الإقالة⁴⁰⁰.

أمّا الاتجاه الثاني، فيرى أنّ الخلع لا يكون إلاً بحكم الحاكم، وحثهم في ذلك قوله عزّ وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾⁴⁰¹، وكذلك ظاهر حديث

³⁹⁹ - سورة البقرة، الآية رقم 229.

⁴⁰⁰ - أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 315-316؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 10، ص. 268-269.

⁴⁰¹ - سورة النساء، الآية رقم 35.

الرسول صلى الله عليه وسلم عن خلع ثابت بن قيس عندما أصرّ عليه الصلاة والسلام بأخذ الحديقة وبالطلاق⁴⁰².

وهذا الاختلاف الفقهي، حسمه المشرعان المغربي والجزائري، بأن جعلوا الخلع أمام القاضي، فلا تفك الرابطة الزوجية إلاّ بحكم قضائي⁴⁰³.

ومن زاوية أخرى، فمسألة نوع الفرقة في الخلع، هي مسألة اختلف الفقهاء فيها إلى قولين:

فذهب المالكية، والثوري، والشعبي، والزهري، وأصحاب الرأي، والحنفية، وأحد قولي الشافعي إلى أنّ الخلع طلاق بائن لا رجعي⁴⁰⁴، لأنّ المرأة في الحقيقة ما دفعت العوض إلاّ من أجل التخلّص من زوجها بصفة نهائية، وذلك لا يتم إلاّ مع البينونة. والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي طلاق دون الفسخ⁴⁰⁵.

وحجتهم في ذلك، قول الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾. وإنّما يكون فداء إذا خرجت من سلطانه وقبضته، فلو جاز الرجعة لعاد الضرر⁴⁰⁶. وأيضا قوله صلى الله عليه وسلّم: "اقبل الحديقة وطلّقها تطليقة".

في حين ذهب الشافعية في قول آخر، والحنابلة في المشهور، إلى أنّ الخلع فسخ، لأنّه فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيتته. ويدل على ذلك ما روى البيهقي أنّ ابن عباس -رضي الله عنهما- سئل عن امرأة طلقها زوجها تطليقتين، ثم اختلعت منه، أيتزوجها؟ فقال: "ذكر الله عزّ وجل الطلاق في أوّل الآية وآخرها، والخلع بين ذلك، فليس الخلع بطلاق، ينكحها". ومعنى ذلك أنّه جاء في قوله تعالى: "الطلاق مرتان"، وبعدها قوله عزّ وجلّ: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، ثم قوله جلّ

⁴⁰² يقول الشوكاني: "ولابد من التراضي بين الزوجين على الخلع، أم إلزام الحاكم مع الشقاق بينهما، وأمّا كونه لابد من التراضي بين الزوجين، فلقوله تعالى: "فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير". وأمّا اعتبار إلزام الحاكم فلا ارتفاع ثابت وامرأته إلى النبي صلى الله عليه وسلم وإلزامه بأن يقبل الحديقة ويطلق.. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار... المرجع السابق، ص. 261.

⁴⁰³ المادة 78 م. م. أ. م؛ المادة 49 من ق. أ. ج.

⁴⁰⁴ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 316.

⁴⁰⁵ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 10، ص. 275.

⁴⁰⁶ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع... المرجع السابق، ج. 07، ص. 2573.

وعلا: "فإن طلقها فلا تحلّ له بعد ذلك حتى تنكح زوجا غيره". فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعاً⁴⁰⁷.

أضف إلى ذلك، فامرأة ثابت بن قيس عندما اختلعت منه، جعل الرسول صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة. فلو كانت مطلقة لما اقتصر لها على قرء واحد وإنما على ثلاث قروء لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁴⁰⁸.

وأيدهم الرأي ابن القيم بقوله: "والذي يدلّ على أنه ليس بطلاق أنه تعالى ربّ على الطلاق بعد الدخول ثلاثة أحكام كلّها منتفية عن الخلع: أحدهما، أنّ الزوج أحق بالرجعة فيه. الثاني، أنه محسوب من الثلاث فلا تحلّ بعد استيفاء العدد إلاّ بعد دخول زوج وإصابة. الثالث، أنّ العدة ثلاثة قروء، وقد ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة في الخلع"⁴⁰⁹.

وأمام هذا الاختلاف، يرجح الموقف القائل بأنّ الخلع طلاق لا فسخ، لأنّه الأحوط، والقواعد العامة في الشرع تقتضي أنه متى حصل الاشتباه في قضية إلاّ وكان الاحتياط فيها أبرأ للذمة، وأنّه متى تعارض مانع ومبيح قدّم المانع لأنّه أحوط. وإنّ المذاهب التي ترى أنّ الخلع فسخ لم يتمحض رأيها، بل لها فيه روايتان إحداهما أنّ الخلع طلاق. والفسخ لا يكون إلاّ فيما غلب عليه الزوجان، كأن يترد أحدهما، أو يظهر أنه أخوها من النسب أو الرضاع، والخلع ليس ممّا يغلب عليه الزوجان، بل الأصل فيه أن يتم بالتراضي. ولأنّ الزوجة بذلت العوض في الخلع للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي طلاق دون الفسخ، ولهذا يعدّ الخلع طلاقاً⁴¹⁰. وكذلك يعدّ الخلع طلاقاً، لأنّ الفسخ يرد على عقد يشوبه عيب، أمّا الطلاق فيرد على علاقة زوجية صحيحة، والخلع لا يمس ركنا ولا شرطاً في العقد.

وقد سار المشرعان المغربي والجزائري اتجاه جمهور الفقهاء من حيث اعتبار الخلع طلاقاً بائناً، فنصت المادة 123 من مدونة الأسرة على ما يلي: "كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلاّ المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك". ومنها يظهر أنّ الطلاق الخلعي هو

⁴⁰⁷- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 316.

⁴⁰⁸- سورة البقرة، الآية 228؛ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 450.

⁴⁰⁹- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار... المرجع السابق، كتاب الخلع، ص. 1278.

⁴¹⁰- عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 208-209.

طلاق بائن، ولا يمكن للزوج مراجعة زوجته أثناء العدة إلا بعد زواج جديد ويكون ذلك برضاها. ونفس الحكم ينطبق على ما جاءت به المادة 50 من قانون الأسرة النّاصة على أنّه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". فلأئها وردت بصيغة عامّة فهي تشمل جميع طرق فك الرابطة الزوجية وبما فيها الخلع.

فنظرا لمشروعية الخلع وطبيعته، للزوجة الحرية في اللجوء إلى هذه الوسيلة لطلب فك الرابطة الزوجية، غير أنّ هذه الحرية مقيدة بشروط.

الفرع الثاني

قيد حرية المرأة بالشروط الواجب توافرها في المختلعة

إنّ حرية الزوجة في طلب الخلع لا تكون إلاّ بعد التحقق من توافرها على بعض الشروط، والتي عالجها كل من الشرع والقانون، وفي مقدّماتها تتمتع المختلعة بالأهلية (أولا)، ولأنّ ما يميّز الخلع هو البذل، فيتوجب على المختلعة أن تفتدي نفسها بمقابل لاسترجاع حريتها (ثانيا).

أولا: قيد حرية المرأة في طلب الخلع بالأهلية

يشترط في الزوجة أن تكون محلاً للطلاق، أي أن تكون العلاقة الزوجية قائمة، فلا يصح أن يتم الخلع بعد البيونة ولا بعد الردة ولا في النكاح الفاسد، ولكن يمكن للزوج أن يخالع زوجته أثناء الطلاق الرجعي لأنّ ملك النكاح لا يزال قائماً حكماً، وأيضا أن تتوفر فيها الأهلية لذلك. فما هو حكم خلع المرأة غير الرشيدة؟

1- خلع المرأة غير الرشيدة

لما كان العوض في الخلع أشبه بالتبرعات، فقد اشترط جمهور الفقهاء أن يكون ملتزم العوض أهلاً للتصرفات المالية، ولكنهم اختلفوا حول جواز خلع الصغيرة والمجنونة والمحجور عليها.

فالمشهور في مذهب مالك أنّ المرأة البالغة لها الحرية في أن تخالع عن نفسها، ويلزمها العوض. أمّا إذا كانت صغيرة، فليس لها الحرية في ذلك وللأب أن يخالع عنها وكذا عن ابنه الصغير. وإذا وقع أن خالعت الصغيرة دون وليها، فإنّ الطلاق واقع والمال مردود، فإن كانت محجورا عليها بأب أو وصي، فإنّه لا يصح خلعها، فإن وقع الطلاق نفذ الخلع وارتجع الولي ما أعطته من المال وطالب بما وهبته من صداق أو غيره، لأنّها لا تصرف لها في مالها، فكان للولي استرجاع ما أمضت منه⁴¹¹. وعليه، إن أذن لها الولي لزم العوض ولا يرده الزوج إذا قبضه، وأمّا إن فعلن ذلك دون إذن الولي رده⁴¹².

أمّا الشافعية والحنفية والحنابلة، فذهبوا إلى عدم جواز خلع الأب ولا غيره عن ابنه الصغير أو المجنون لقوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الطلاق لمن أخذ الساق"⁴¹³. وإن كانت المرأة صبية لم تبلغ، أو بالغاً ليست برشيده، أو محجوراً عليها، أو مغلوبة على عقلها، فاختلعت من زوجها بشيء قلّ أو كثر، فكل ما أخذ منها مردود عليها، وما طلقها على ما أخذ منها واقع عليها، ولو أذن فيه الولي لأنّه تصرف في المال وليست من أهله ولا إذن للولي في التبرعات، كما أنّه لا حظ لها فيه. ويقع الخلع بلفظ الطلاق أو نيته رجعيًا لخلوه عن العوض، فيملك الزوج الرجعة إلاّ أن يكون طلاقاً ثلاثاً، أو تطليقة لم يكن بقي له عليها غيرها. ويصح الخلع من زوجة محجور عليها لفلس على مال في ذمتها لصحة تصرفها فيه وتطالب به إذا انفك حجرها وأيسرت⁴¹⁴.

ويأيدهم في ذلك الظاهرية، إذ يرى أنّه لا يجوز أن يخالع عن المجنونة ولا عن الصغيرة أب، ولا غيره لقوله تعالى: "ولا تكسب كل نفس إلاّ عليها"، وقوله عزّ وجلّ: "لا تأكلوا أموالكم بينكم

⁴¹¹- أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، منتقى شرح موطأ... المرجع السابق، ج. 04، ص. 66؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 347-348.

⁴¹²- أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير... المرجع السابق، ج. 02، ص. 519.

⁴¹³- أبو عبد الله بن يزيد بن ماجه الربيعي القزويني، سنن ابن ماجه... المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، ص. 484.

⁴¹⁴- أنظر، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، -المسمّى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى-، ج. 03، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط. 01، 1993، ص. 59-60؛ نصير الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، ج. 02، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، ط. 02، 2003، ص. 178؛ محمد بن إدريس الشافعي، الأم... المرجع السابق، ج. 06، ص. 506-507؛ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كتشاف القناع... المرجع السابق، ص. 2572.

بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم". فمخالعة الأب أو الوصي عن صغيرة أو كبيرة كسب على غيره، وهذا لا يجوز⁴¹⁵.

ويفضل ترجيح الرأي المالك لما فيه من تحقيق المصالح ودرء المفاسد.

ولقد تطرق المشرع المغربي لهذه المسألة فتبني موقف المذهب المالكي، حيث اقتضت المادة 116 من مدونة الأسرة ما يلي: "تخالع الراشدة عن نفسها، والتي دون السن القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلزم ببدل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي"⁴¹⁶.

فالمرأة الراشدة تخالع عن نفسها، وأما من لم تبلغ بعد سن الرشد القانوني إذا خالعت زوجها، فإن الطلاق يلزم، لأنّ المعتبر فيه رضا الزوج الذي بيده العصمة، ولا يلزمها بدل ما خولعت، لأنّ ما تلزمه غير الرشيدة في مالها لا يمضي إلا بموافقة النائب الشرعي⁴¹⁷.

وعلى هذا ذهب المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 04 أفريل 2001 والذي جاء فيه: "تنازل الزوجة عن حقوقها أثناء الطلاق الخلعي دون أن تستوفي سن الرشد القانوني واعتبار عقد الطلاق الخلعي المتضمن حضور الزوجين صحبة أخ الزوجة دون ولي أمرها الذي هو الأب لا يلزم غير الرشيدة لما اختلعت به"⁴¹⁸.

وأما المشرع الجزائري، فيعاب عليه أنه لم يتناول هذه الحالة ضمن أحكام المادة 54 من قانون الأسرة بالرغم من أهميتها، وخاصّة في ظل الاختلاف الفقهي. غير أنّه بالرجوع إلى ما تم تناوله من خلال دراسة مسألة ترشيد الزوجة القاصرة، نجد أنّ الفقرة الثانية من المادة السابعة من نفس القانون ترشد القاصرة فيما تعلق بمسائل الزواج من آثار والتزامات، وهذا الترشيح لا يشمل مسألة فك الرابطة الزوجية سواء عن طريق الخلع ولا التطليق⁴¹⁹.

⁴¹⁵ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حرم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، الخلى في شرح... المرجع السابق، ص. 1806.

⁴¹⁶ - والراشدة بحسب نص المادة 209 من المدونة هي كل من بلغت سن 18 سنة كاملة.

⁴¹⁷ - عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 296؛

- Cf., Rajaa NAJI EL MEKKAOUI, La Moudawanah, - code marocain de la famille-, le référentiel et le conventionnel en harmonie, t. 2, Bouregreg, Rabat, 3ème éd. 2009, p. 149.

⁴¹⁸ - مجلس أعلى، 04 / 04 / 2001، مقتبس عن: محمد الشافعي، الطلاق والتطليق... المرجع السابق، ص. 91.

⁴¹⁹ - يراجع، الباب الأول، ص. 172 - 174 من هذه الرسالة.

فلذلك لزم تطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته 437 والتي تنص على أنه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة"، فالولي أو المقدم هو من يتولى طلب الخلع، ومعه يلتزم بدفع العوض.

وبالمقارنة، هذا الدور الذي أوكله المشرع الجزائري للولي، لا نجد عند نظيره المغربي الذي أعطى للزوجة العاقلة التي لم تبلغ بعد سن الرشد الحق والحرية في طلب الخلع فيقع طلاقها بائنا، وأسقط عنها الالتزام ببذل الخلع إلا بموافقة نائبها الشرعي. وبهذا يكون دور الأخير نسبيا في حدود بذل الخلع لا مبدأ الخلع في حد ذاته، وأيضا حرية القاصرة مقيدة في الالتزام بالبدل وليس في نفاذ الطلاق، على ما أوضحته المادة 116 من مدونة الأسرة.

وحاصله، المرأة الرشيدة لها كامل الحرية في طلب الخلع مع التزامها بدفع بذله، أما المرأة القاصرة فمركزها يختلف في التشريع الجزائري عنه في القانون المغربي، ففي الأول تكون مقيدة غير حرة لا في طلب الخلع ولا في دفع البدل ويتولى عنها وليها أو مقدمها، أما في الثانية فلديها حرية مطلقة في الموافقة على مبدأ الخلع، دون أن تلتزم بالعوض إلا بعد موافقة نائبها الشرعي. وحبذا لو يتدخل مشرّعنا ويعالج مسألة أهلية المختلعة ضمن أحكام القانون الأسري.

وكما يشترط في المرأة أن تكون رشيدة، كذلك يشترط أن تكون مختارة للخلع وراغبة بمحض إرادتها في أن تفارق زوجها، لا أن تكون مكرهة عليه، فتسلب حريتها.

2- حرية المرأة في مواجهة الإكراه على الخلع

نهى الشرع الزوج عن أخذ شيء مما أعطاه للزوجة عندما تكون الكراهة منه لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾⁴²⁰. وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْتُبُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا

⁴²⁰ - سورة النساء، الآية رقم 20 و 21.

وَيَجْعَلُ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا⁴²¹. وقوله عز وجل: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ⁴²²﴾.

فالأيات الكريمة تدل على النهي من أن يأخذ الزوج من صداق زوجته وهو من دفعها إلى طلب الخلع، فهذا إثم وبهتان⁴²³.

وقال مالك في المفتدية التي تفتدي من زوجها إذا علم أنّ زوجها أضرب بها، وضيق عليها، وعلم أنّه ظالم لها: "إن أخذ منها شيء على هذا الوجه ردّه، ومضى الخلع عليه". فلأنّه عوض أكرهت على بذله بغير حق، فلم يستحق، كالثمن في البيع، والأجر في الإجارة، والخلع يقع فهو طلاق بدون عوض⁴²⁴.

وسار ابن رشد القرطبي على نهج الإمام مالك فقال: "لا يحل للرجل إذا كره المرأة أن يمسكها ويضيق عليها حتى تفتدي منه، وإن أتت بفاحشة من زني أو نشوز أو بداء، لقول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ⁴²⁵﴾ إلى قوله: "غليظاً". هذا مذهب مالك وجميع أصحابه، لا اختلاف بينهم فيه.

وأما الحنابلة فيرون أنّ الخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها، في حالة العضل أو الإكراه على الخلع، بأن ضارّها بالضرب أو التضيق عليها، أو منعها حقوقها من القسم والنفقة ونحو ذلك⁴²⁶.

ومن أهل العلم من أباح للرجل إذا اطلع على زوجته بزنا أن يمسكها ويضيق عليها حتى تفتدي منه، لقول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ

⁴²¹- سورة النساء، الآية رقم 19.

⁴²²- سورة الطلاق، الآية رقم 06.

⁴²³- مبروك المصري، الطلاق وآثاره... المرجع السابق، ص. 266-267.

⁴²⁴- مالك بن أنس، الموطأ... المرجع السابق، ص. 435؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق،

ج. 10، ص. 272-273.

⁴²⁵- سورة النساء، الآية رقم 20.

⁴²⁶- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الصغير... المرجع السابق، ج. 03، ص. 106.

مُبَيَّنَةٌ ﴿٤٢٧﴾. وتأول الفاحشة ها هنا: الزنا، وجعل الاستثناء متصلاً. ومنهم من تأول أنّ الفاحشة المبيّنة البغض، والنشوز، والبدا باللسان، فأباح للزوج إن أبغضته زوجته ونشزت عنه وبذت بلسانها عليه، أن يمسكها ويضيق عليها حتى تفتدي منه. ومنهم من حمل الفاحشة على العموم، فأباح للزوج ذلك، كانت الفاحشة التي أتت بها زنا أو نشوزاً أو بداء باللسان، أو ما كانت. والصحيح ما ذهب إليه مالك رحمه الله، لأنّه إذا ضيق عليها حتى تفتدي منه، فقد أخذ مالها بغير طيب نفس منها، ولم ييح الله ذلك إلاّ عن طيب نفس منها لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ ﴿٤٢٨﴾. والآية التي احتجوا بها، لا حجة لهم فيها لأنّ الفاحشة المبيّنة فيها من جهة النطق أن تبذو عليه وتشتم عرضه، وتخالف أمره، لأنّ كل فاحشة أتت في القرآن منعوتة بمبيّنة فهي من جهة النطق، وكل فاحشة أتت فيه مطلقة فهي الزنا، والاستثناء المذكور فيه منفصل، فمعنى الآية: "لكن إن نشزن عليكم وخالفن أمركم، حلّ لكم ما ذهبتم به من أموالهنّ". معناه إذا كان عن طيب أنفسهنّ إلاّ إذا لم يكن منهم إليهن ضرر ولا تضيق" ﴿٤٢٩﴾.

وبدوره المشرع المغربي رتب على هذه الحالة الحكم المنصوص عليه بالمادة 117 من المدونة والتي ورد فيها: "للزوجة استرجاع ما خلعت به، إذا أثبتت أن خلعتها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال".

فهذا النص مستنبط من الفقه المالكي، وهو يقتضي بأن يكون طلب الخلع مبادرة من الزوجة بكيفية حرّة ونزيهة ودون أن يكون الزوج هو الذي دفعها إلى المخالعة بإلحاق الضرر بها. فإذا أجبر الزوج زوجته على الخلع، فلها الحق بالامتناع عن أداء الفدية المتفق عليها إذا لم تكن قد دفعتها. أمّا إن دفعتها، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي مدّعية أنّها إنّما فعلت ذلك لفك نفسها منه، وعليها إثبات أنّ خلعتها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها بجميع وسائل الإثبات، فإذا أثبتت ما تقول، قبل القاضي قولها، وأجبر الزوج على رد ما أخذه منها، ولزمه الطلاق الذي خالعت به ﴿٤٣٠﴾.

427- سورة النساء، الآية رقم 19.

428- سورة النساء، الآية رقم 4.

429- أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل... المرجع السابق، ج. 05، ص. 233-234.

430- عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 297.

وجرى القضاء المغربي في أحكامه على نفس المبدأ، فقد قضت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في قرارها الصادر بتاريخ 20 جوان 1990 على أنّ: "إضرار الزوج بزوجه يثبت إمّا بشهادة عدلين أو أكثر أو بالسماع الفاشي المستفيض مع تضمين الشهود بشهادتهم كونهم لا يعلمون بأن الزوج رجع عن الإضرار بصاحبه، وأقلع عنه"⁴³¹.

وهو أيضا ما سار عليه المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بتاريخ 14 جويلية 1992 والذي جاء فيه: "إنّ الالتزام بنفقة الأبناء مقابل الخلع يجوز، طالما أنّ المطلقة موسرة، وهذا ما نص عليه الفصل 65 من مدونة الأحوال الشخصية، ويلزمها ما التزمت به قبل أن تصبح معسرة، أمّا بعد إعسارها، فنفقة الأبناء على والدهم ولو كان الخلع اختياريا، أمّا لو كان تحت الإكراه، فإنّ الزوج لا يستحق ما خولع به تبعا للفصل 63 من المدونة"⁴³².

فهذا توجه سليم، يتماشى مع النص القانوني، ولأنّ الزوج قصد الإضرار بالزوجة والتضييق عليها، فيتوجب عليه رد مقابل الخلع، ويقع الطلاق بائنا.

وحسنا فعل المشرع المغربي لعدم تجاهله هذه الحالة، إلاّ أنّه يعاب عليه أنّه لم يبيّن المدّة المسموح بها لرفع دعوى استرجاع مقابل الخلع لمن أكرهت عليه، فتصدى المجلس الأعلى لها بأن سدّ هذا الفراغ التشريعي معتمدا على مهلة السنة المنصوص عليها بالفصول 46 وما يليها من قانون الالتزامات والعقود، والقول المعمول به عند الفقهاء، كما أوضحه القرار الصادر عنه في تاريخ 22 نوفمبر 2006، والذي جاء فيه ما يلي: "لكن حيث إنّ مقتضى الفصول 46 وما يليه من ق. ل. ع أو عند الفقهاء، فإنّ الإكراه الذي يخوّل الحق في إبطال الالتزام، هو الذي يكون من شأنه أن يعيب إرادة الملتزم، ويفقده حرية الاختيار عند إبرام الاتفاق، وأن يبادر الطرف المكره فور زوال سبب الإكراه بطلب إبطال الالتزام، والمحكمة ثبت لها أنّ الطالبة أبرمت اتفاقية الخلع المشار إليها بعد محاولات ودية بينها وبين المطلوب أمام قاضي التوثيق، وبالتالي فإنّ الاتفاق المذكور لم يكن بسبب الإكراه، كما أنّها لم ترفع دعواها إلاّ بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات عن إبرام الاتفاقية وتنفيذها، وبذلك تكون المحكمة قد طبقت القانون الذي لا تختلف مقتضياته في هذا الشأن عن الفقه. أمّا ما

⁴³¹ - محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، 20 / 06 / 1990، قرار ع. 756، مجلة المحاكم المغربية، ع. 64 - 65، ص. 180.

⁴³² - مجلس أعلى، 14 / 07 / 1992، قرار ع. 816، مقتبس عن: عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 302.

يتعلّق باستبعاد سبب الضرر، فإنّ الطالبة لم تنجز الوثيقة الاسترعاية قبل حدوث الاتفاقية المذكورة، والتي تفيد بأنّ خلعه من المطلوب لم يكن عن طواعية واختيار، وإتّما قامت به من أجل التخلص منه بسبب سوء معاملته لها، فضلا عن أنّه حتى مع وجود هذه البيئة الاسترعاية، فإنّه لا بد من المبادرة فورا برفع الدعوى لإبطال الالتزام المذكور، أو قبل مرور سنة واحدة عن إبرام الاتفاقية على القول المعمول به عند الفقهاء، وليس بعد مرور ثلاث سنوات كما هو مبين أعلاه، وبذلك يكون استبعاد سبب الضرر مرتكزا على أساس من القانون والفقهاء...⁴³³.

وبهذا يكون المجلس الأعلى قد حدّد مهلة السنة للمطالبة باسترجاع بدل الخلع متى أثبتت الزوجة أنّها كانت مكرهة على ذلك، قياسا على الفقه والفصل 46 من قانون الالتزامات والعقود وإلاّ سقط حقها في استرجاعه⁴³⁴.

والملاحظ أنّه بالرغم من أنّ الزوجة لم تكن لديها الرغبة في طلب الخلع ولم تلجأ إليه عن حرية، إلاّ أنّ الطلاق يقع، وتبقى لها الحرية فقط في المطالبة باسترجاع ما افتدت به في حدود السنة. وهذا الحل المعتمد من الفقه المالكي، والمشرع المغربي سببه راجع إلى أنّ الزوج طالما أضر بزوجه بإكراهها على الخلع فيكون الطلاق كعقاب له، وهذا ما يضع حدّا لحرية الزوجة في رغبتها في الإبقاء على علاقتها الزوجية.

وأما نظيره الجزائري فقد سكت عن بيان حكم هذه الحالة، فكان من المستحسن أن يقوم بتنظيمها لكونها ليست غريبة على مجتمعنا. فالخلع يجب أن يكون اختياريا من الزوجة من غير إكراه ولا إضرار، حتى تكون لها الحرية التامة في طلبه، أمّا إذا ثبت أنّ الزوج استعمل أساليب احتيالية أو ضغطا معنويا لإجبار الزوجة على خلع نفسها، وأثبت ذلك، يعاقب بنقيض قصده، فيقع الطلاق ولها استرجاع ما خالعت به.

وإذا كان هذا حكم من أكرهت على الخلع، فهل للمرأة المريضة مرض الموت الحرية في طلب الخلع؟

⁴³³ - مجلس أعلى، 22 / 11 / 2006، ملف ع. 230 / 2 / 1 / 2006، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 176 - 177.

⁴³⁴ - Cf., Rajaa NAJI EL MEKKAOUI, op., cit., p. 154.

3- الاختلاف حول حرية المرأة المريضة مرض الموت في طلب الخلع

تصدى الفقه الإسلامي لهذه الحالة فجاءت مواقفه مختلفة على النحو التالي:

يرى الحنفية أنّ هذا الخلع صحيح ويقع به طلاق بائن، ويثبت به البدل، فإذا توفيت الزوجة في مرضها أثناء عدتها وجب على الزوج الأقل من: بدل الخلع، أو ثلث التركة، أو نصيبه من الميراث. دفعا لتهمة المواضعة، فمثلا لو كان إرثه منها خمسين، وبدل الخلع ستين، والثلث مائة، فله الأقل وهو خمسون، وإن كان الثلث أربعين فلها الأقل منه ومن الإرث وهو أربعون. وأمّا إذا ماتت بعد أن شفيت من مرضها الذي حصل فيه الخلع، استحق الزوج بدل الخلع كلّه لظهور أنّ الخلع تم في حالة الصحة⁴³⁵.

ويرى الحنابلة أنّه إذا خالعت الزوجة في مرض موتها، فالخلع صحيح لأنّه معاوضة فصح في المرض كالبيع، وله الأقل من المسمى أو ميراثه منها، لأنّها متهمّة في قصد إيصال شيء من مالها إليه بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث، فبطل الزائد كما لو أوصت به، وأمّا قدر الميراث فلا تهمّة فيه لأنّها لو لم تخالعه لورثته. وإن صحت من مرضها، فله جميع ما خالعتها عليه كما لو خالعتها في الصحة. وإن خالعتها في مرض موتها المخوف وحاباها بأن أخذ منها دون ما أعطاهها فمن رأس المال لأنّه لو طلقها بلا عوض صح فمعه أولى⁴³⁶.

ويقول الشافعية بأنّ الخلع في المرض والصحة جائز، كما يجوز البيع في الصحة والمرض، وسواء أيّهما كان المريض، أحدهما دون الآخر، أو هما معا، ويلزم فيه ما سمي الزوج من الطلاق. فإن كان الزوج المريض فخالعتها بأقل من مهر مثلها ما كان، أو أكثر فالخلع جائز، وإن مات من المرض، لأنّه لو طلقها بلا شيء كان الطلاق جائزا. وإن كانت هي المريضة وهو صحيح، أو مريض فسواء. وإن خالعت به مهر مثلها أو أقل، فالخلع جائز، وإن خالعت بأكثر من مهر مثلها ثم ماتت من مرضها قبل

⁴³⁵ - محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار... المرجع السابق، ص. 116.

⁴³⁶ - منصور بن يونس بن ادريس البيهوتي، شرح منتهى... المرجع السابق، ص. 68 - 69؛ نصر الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب... المرجع السابق، ج. 02، ص. 173.

أن تصح، جاز لها مهر مثلها من الخلع، وكان الفضل على مهر مثلها وصية. ولا ترث المختلعة في المرض ولا في الصحة زوجها، ولا يرثها ولو مات أحدهما وهي في العدة⁴³⁷.

وذهب المالكية إلى أنه يجوز الخلع في حالة المرض سواء كان المريض هو الزوج أو الزوجة أو هما معا، غير أنه إذا مات الزوج من ذلك المرض ورثته الزوجة ولو خرجت من العدة وتزوجت غيره حتى فيما دفعته له من أجل الخلع، وكذلك إن جعل أمرها بيدها أو خيرها فطلقت نفسها وهو مريض ترثه. فكل طلاق وقع في المرض فالميراث للمرأة إذا مات من ذلك المرض وبسببه كان ذلك لها⁴³⁸. وإن اختلعت في مرضها بكامل مالها، لا يرثها زوجها وأيضا لا يرثها إن ماتت في مرضه قبله والسبب أنّ من طلق امرأته في مرضه فهو فار فإن ماتت المرأة لم يرثها الزوج وإن مات الزوج ورثته المرأة لأنّه هو الذي أسقط ما كان يستحقه⁴³⁹.

ولم يتطرق المشرعان المغربي ولا الجزائري للخلع الذي يتم في حالة مرض الموت، فبالنسبة للتشريع المغربي تطبّق أحكام المادة 400 من مدونة الأسرة، وبالتالي الاستناد إلى موقف الفقه المالكي. وهو ما اتجه إليه المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بتاريخ 05 ماي 1993 والذي اقتضى: "المطلّقة من مرض مخوّف مات فيه المطلّق، تكون في حكم الزوجة، فيما يرجع للإرث وترثه مع بقية الورثة إذا أقامت المدعية الحجة على أن المطلّق كان مريضا بالسرطان فإنّ إدّعاءها أنّ مات منه، متمسكا بقاعدة الاستصحاب التي تفترض بقاء الأصل الثابت إلى أن يثبت عكسه"⁴⁴⁰.

وهو أيضا ما قضى به في القرار الصادر بتاريخ 10 جانفي 2001، والذي جاء فيه: "لما استخلصت المحكمة من خلال الشواهد الطبية المدرجة بالملف ممّا يفيد التقرير الطبي من أنّ المرض الذي أصيب به الهالك هو مرض مخوّف وأنّه توفي بسببه بعد شهر ويوم واحد من طلاق زوجته عن

⁴³⁷ - الشافعي، الأم... المرجع السابق ج. 06، ص. 508-509.

⁴³⁸ - أحمد بن محمد بن أحمد الدرديري، الشرح الصغير... المرجع السابق، ج. 02، ص. 527.

⁴³⁹ - مالك بن أنس الأصبغي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 351-352؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية

الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 352-353.

⁴⁴⁰ - مجلس أعلى، 05/05/1993، ملف رقم 925092، مقتبس عن: عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص. 100.

طريق الخلع أنّها ترثه تكون قد طبّقت القول الراجح الذي أشار إليه خليل بقوله: "ونفذ خلع مريض وورثته" جعلت لقرارها أساسا من الفقه⁴⁴¹.

وبالنظر إلى قانون الأسرة نجد أنّ المادة 132 منه تنص على أنّه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدّة الطلاق استحق الحي منها الإرث". فهذه المادة جاءت بصيغة عامّة، ولم تبيّن إذا كانت الوفاة طبيعية، أم بسبب المرض، وهذا ما يجعل خلع المريضة مرض الموت صحيحا ويلزمها بدل الخلع، ويرثها الزوج إن توفيت من مرضها. وهي أيضا ترثه في حالة وفاته ما لم تنقض عدّتها. فالمرض مهما كانت خطورته لا يمنع من إيقاع الطلاق، باستثناء إذا كان بهدف حرمان الزوجة من الميراث.

وهذا ما توصلت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 17 مارس 1998، وقد اقتضى: "إنّ المرض مهما كانت خطورته، لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث؛

ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة، طبّقوا صحيح القانون⁴⁴².

فقياسا على ما جاء به هذا القرار، إذا تبيّن أنّ الزوج أجبر الزوجة على الخلع بقصد حرمانها من الميراث، لا يقع خلعها وترثه.

وإلى جانب قيد حرية المرأة في طلب الخلع بتوفر الأهلية، تقيّد أيضا بأن تفتدي نفسها بمقابل كونه أهمّ عنصر يميّز الخلع عن باقي صور الطلاق الأخرى.

ثانيا: افتداء المرأة نفسها بمقابل لاسترجاع حريتها

لا يكون الخلع عند جمهور الفقهاء إلّا بعوض يأخذه الزوج من الزوجة أو من غيرها⁴⁴³، ما عدا

⁴⁴¹ - مجلس أعلى، 10 / 01 / 2001، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 107.

⁴⁴² - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 17 / 03 / 1998، ملف رقم 179696، إ. ق. غ. أ. ش.، 2001، ع. خ.، ص. 98.

⁴⁴³ - فعند الحنابلة، لا يصح الخلع إلّا بعوض، وإن خالها على غير عوض فهو كناية في الطلاق، إن نوى به الطلاق كان طلاقا رجعيا، وإن لم ينو به الطلاق لم يلزمه شيء.، نصر الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب... المرجع السابق، ج. 02، ص. 171. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي... المرجع السابق، ج. 03، ص. 197.

عند مالك، فالخلع نوعان الأول وهو الغالب، ما كان في نظير عوض. والثاني، ما وقع بلفظ الخلع ولو لم يكن في نظير شيء. وبنوعيه طلاق بائن⁴⁴⁴.

ولقد اقتضت المادة 118 من مدونة الأسرة المغربية أنه: "كل ما صح الالتزام به شرعا، صلح أن يكون بدلا في الخلع، دون تعسف ولا مغالاة". وبالمقابل ورد بالفقرة الأولى من المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي".

فالبديل جزء أساسي في مفهوم الخلع، والمقصود به: "العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها، والخروج من الزوجية عندما يشتد النزاع بينهما، وحين تجد الزوجة أنّ البقاء مع زوجها قد يوقعها فيما لا يرضي الله"⁴⁴⁵. فما هي أحكامه؟

1- ما يصح أن يكون مقابلا للخلع

كل ما جاز أن يكون صداقا من عين أو ورق أو منفعة، وقليل وكثير، جاز أن يكون عوضا في الخلع، وما لا يجوز أن يكون صداقا من حرام أو مجهول لا يجوز أن يكون عوضا في الخلع⁴⁴⁶. ولهذا، يشترط في البديل الذي يقع به الخلع أن يكون ممّا يصح تملكه وبيعه، أي أن يكون محلا للالتزام.

فما هو الحكم لو كان حراما أو مجهولا أو مملوكا للغير؟

لم ينص المشرعان المغربي والجزائري على هذه الحالة، غير أنه بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد تناوُلها مع بعض الاختلاف. فعند المالكية، إذا وقع الخلع بشيء حرام سواء كانت حرمة أصلية كخمر وخنزير، وسواء كان كلّ حراما أو بعضه، أو كانت حرمة عارضة كمغصوب ومسروق فإنّ الخلع ينفذ ويكون طلاقا بائنا، ويرد الحرام.

فإن كان مغصوبا أو مسروقا ردّ إلى مالكه، وإن كان خمرا أريق، وإن كان خنزيرا قتل، وهذا إن كان الزوج عالما بالحرمة علمت هي أم لا. أمّا إن علمت هي بالحرمة دونه لا يلزمه الخلع. وإن جهلا الحرمة معا ففي الخمر لا يلزمها شيء، ويقع الخلع. وفي المغصوب والمسروق يرجع عليها بقيمته إن

⁴⁴⁴- أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير... المرجع السابق، ج. 02، ص. 518.

⁴⁴⁵- عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 299.

⁴⁴⁶- نصر الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب... المرجع السابق، ج. 02، ص. 171.

كان معيّنا، وبمثله إن كان موصوفاً، لأنّ الخلع معاوضة بالبيع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح⁴⁴⁷. ولو خالعه بمال لأجل مجهول عجل المؤجل بمجهول، فيأخذ منها حالا، والخلع صحيح⁴⁴⁸.

أمّا عند الشافعية، فيصح العوض دينا وعينا ومنفعة، لأنّه عقد على منفعة البيع، ويشترط في العوض شروط الثمن من كونه متموّلاً، معلوماً، مقدورا على تسليمه. فعلى هذا لو خالعه بمجهول أو خمر أو مغصوب بانت بمهر المثل، وأيضا لا يصح الخلع على أنّه بريء من سكنائها، فيقع الطلاق ولا يجوز البدل، لأنّ إخراجها من المسكن حرام، فلها السكنى وعليها مهر المثل⁴⁴⁹. وأمّا إن احتلعت المرأة من زوجها بشيء مسمى إلى أجل، فالخلع جائز، وما سميا من المال إلى ذلك الأجل، كما تكون البيوع⁴⁵⁰.

فهل يمكن للزوج المطالبة بأكثر ممّا أعطى كمقابل للخلع؟

ذهب المالكية والشافعية إلى جواز الخلع بأي مقدار يتفقان الزوجين عليه، قليلا كان أو كثيرا، كان مقدار الصداق أو أقل أو أكثر⁴⁵¹. إذ قال مالك: "لم أر أحدا ممن يقتدى به يكره أن تفتدي المرأة بأكثر من صداقها، لكنّه ليس من مكارم الأخلاق"⁴⁵².

واستندوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿...فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾. فالآية جاءت عامّة ومطلقة. فلم تذكر إذا كان البدل مساويا للصداق أم زائدا عليه، فهو راجع إلى التراضي بين الزوجين. إلّا أنّه وبالرغم من مرونة هذه القاعدة فهي قد تسمح للزوج بالإضرار بزوجته، خصوصا إذا كانت ثرية، بطلب مال يزيد عن ما قبضته من مهر.

⁴⁴⁷ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 350؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشّاف القناع... المرجع السابق، ج. 07، ص. 2576.

⁴⁴⁸ - أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير... المرجع السابق، ج. 02، ص. 523.

⁴⁴⁹ - أنظر، أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ج. 02، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، ط. 01، 1997، ص. 50؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 03، ص. 352.

⁴⁵⁰ - الشافعي، الأم... المرجع السابق، ج. 06، ص. 526.

⁴⁵¹ - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 244. مالك بن أنس، الموطأ، ج. 02، ص. 565؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 03، ص. 352.

⁴⁵² - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار... المرجع السابق، ص. 1279.

وذهب الحنابلة والحنفية إلى كراهة الخلع بأكثر مما أعطاهما. لحديث عطاء، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كره أن يأخذ منها أكثر مما أعطى، لأنه عليه الصلاة والسلام قال لها: أتردّين عليه حديثه؟ قالت: نعم وزيادة. قال: أمّا الزيادة فلا⁴⁵³.

ومن ينقلب النظر في التقنينين الأسريين المغربي والجزائري، يجد أنّهما انتهجا نهج جمهور الفقهاء، فالمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري تركت الحرية للزوجين في تحديد مقدار بدل الخلع، وجعلته خاضعا لاتفاقهما. وأمّا المادة 118 من مدونة الأسرة المغربية، فهي الأخرى لم تشترط أن يكون مقدار بدل الخلع مساويا لمقدار الصداق ولكنها نصت على عدم التعسف والمغالاة فيه. لأنّ ذلك يعتبر إكراها، كمن يريد أن يستولي على ثروة المرأة ببديل الخلع، أو يطالبها بما يثقل كاهلها أو يفقرها. تبعا لذلك، فإنّ تحديد مقدار بدل الخلع يتم باتفاق وتراضي بين الزوجين، ولا حرج على الزوج أن يأخذه ما لم يكن هو المتسبب في طلب الزوجة للخلع. هذا في حال الاتفاق، فماذا لو وقع اختلاف بينهما؟

2- مكانة حرية المرأة عند تحديد البديل

ذهب الفقه الإسلامي إلى أنه إذا اختلف الزوجان في الخلع، فادعاه الزوج، وأنكرته المرأة، بانت بإقراره، ولم يستحق عليها عوضا، لأنّها منكرة، وعليها اليمين. وإن ادعته المرأة، وأنكره الزوج، فالقول قوله بيمينه، ولا يستحق عليها عوضا لأنه لا يدّعيه⁴⁵⁴.

أمّا إن اتفقا على الخلع، واختلفا في قدر العوض، أو في عينه، أو في تعجيله أو تأجيله، فانقسم الفقه إلى قسمين:

1- ذهب الجمهور من المالكية والحنفية والحنابلة إلى أنّ القول في هذه الحالة هو قول الزوجة مع يمينها، لأنّ الأصل براءة ذمتها إلّا ما تقرّ به، وأيّا ما تنكره فلا يثبت عليها إلّا بالبينة، فإن نكلت، حلف الزوج وكان القول له، فإن نكل كما نكلت فالقول قولها⁴⁵⁵.

⁴⁵³- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الصغير... المرجع السابق، ج. 03، ص. 105.

⁴⁵⁴- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 03، ص. 365-366.

⁴⁵⁵- نصر الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب... المرجع السابق، ج. 02، ص. 178؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 10، ص. 318؛ وهبة الزحيلي، الفقه المالكي... المرجع السابق، ج. 03، ص. 205.

2- ذهب الشافعية إلى أنّ الزوجين في هذه الحالة يتحالفان ووجب مهر المثل، لأنّه اختلاف في عوض العقد كالمتبايعين إن اختلفا في الثمن⁴⁵⁶.

والنصوص القانونية لم تأخذ بأحد من القولين، بل أحدثت قولاً ثالثاً وجعلتها مسألة اجتهادية تنظر فيها المحكمة، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية على أنّه: "إذا اتفق الزوجين على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاد الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة". وجاء في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

إذا في حالة الاختلاف حول مقابل الخلع يرجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في تحديده، ولا تنفرد المرأة بإرادتها، ومن ثم ليس لها الحرية في تحديد بدل الخلع. وفي هذا الشأن هناك العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا نذكر منها:

القرار الصادر بتاريخ 22 أبريل 1985 والذي جاء فيه: "من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية، أنّه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإنّ أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أنّ ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثمة يتعيّن على القاضي تقدير قيمة الخلع في الحكم بالطلاق؛

وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج مبلغاً قدره خمسين ألف دج رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معاً⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 03، ص. 366؛ أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه... المرجع السابق، ج. 02، ص. 55.

⁴⁵⁷ - محكمة عليا، 1985 / 04 / 22، ملف رقم 36709، م. ق.، 1989، ع. 01، ص. 92.

وقضى القرار الصادر بتاريخ 21 جويلية 1992 ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالغ نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم"⁴⁵⁸.

وأيضاً تضمن القرار الصادر بتاريخ 17 أكتوبر 2001 مايلي: "إنّ تحديد مبلغ الخلع، هو عنصر أساسي في الطلاق بالخلع، يحدده القاضي وجوباً في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه"⁴⁵⁹.

فالقرار الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 2006 والذي جاء فيه: "حيث أنّ القرار المنتقد لما قضى بالخلع بناء على طلب احتياطي من المطعون ضدها ودون أن تعرض على زوجها بدل الخلع قد أساء تطبيق القانون بل وخالفه لأنّ الخلع في الأصل لا يطالب به بصفة احتياطية، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنّ كل امرأة تطالب بالخلع عليها وجوباً عرض مبلغ مالي مقابله، وتبعاً لذلك لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع لأنّ القاضي ملزم بالقضاء به يوم النطق بالطلاق خلعا سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا طبقاً لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة ولما قضى قضاة الموضوع بمجلس قضاء تيزي وزو بخلاف ذلك فإنّ قضائهم جاء مشوباً بالقصور في الأسباب وانعدام الأساس القانوني الأمر الذي يتعيّن معه نقضه وإبطاله..."⁴⁶⁰.

من خلال هذا الاجتهاد القضائي، نلاحظ أنّ القاضي يتدخل في حالة الاختلاف على مقدار الخلع لحسم النزاع بين الزوجين، وهو ما لا يجعل لحرية المرأة مكاناً في تحديده.

فإذا كان المشرعان المغربي والجزائري قد اتفقا حول اسناد مهمة تحديد بدل الخلع للقاضي في حالة عدم الاتفاق حوله من الزوجين، فإنهما اختلفا بشأن معيار تقديره، فمدونة الأسرة المغربية أخذت بعين الاعتبار عدّة معطيات، لتحديده منها الصداق الذي منح للزوجة، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة.

⁴⁵⁸ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 21 / 07 / 1992، ملف رقم 83603، م. ق.، 2001، ع. خ.، ص. 134.

⁴⁵⁹ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 17 / 10 / 2001، ملف رقم 725497، م. م. ع.، 2004، ع. 02، ص. 356.

⁴⁶⁰ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 11 / 10 / 2006، ملف رقم 365244، م. م. ع.، 2007، ع. 01، ص. 467 وما بعدها.

في حين أنّ قانون الأسرة الجزائري قيّد القاضي بصدّاق المثل وقت صدور الحكم. وبالتالي، حتى وإن تدخل القاضي لتحديد مبلغ الخلع في الحالة التي يختلف الزوجان فيها بشأنه، فهو مقيد بالحكم بصدّاق المثل، وحبذا لو ترك أمر تقديره للسلطة التقديرية للقاضي بالاعتماد على عدّة معطيات كما هو الشأن في مدونة الأسرة المغربية. لأنّه عند الحكم بصدّاق المثل نكون إمّا أمام أن يحكم القاضي بصدّاق المثل يفوق قيمة المهر الحقيقي الذي قدّمه الزوج للزوجة، فيستفيد الزوج هنا بالقيمة الزائدة عن قيمة المهر، ويمكن أن تتأثر الزوجة لعدم إمكانية دفع بدل الخلع خصوصا إذا لم تكن لها موارد مالية، كما لا نستبعد أن يفتعل الزوج الذي دفع صدّاقا أقل من قيمة مهر المثل النزاع حول المقدار حتى يستحوذ على الزيادة المحكوم به له وقت صدور الحكم. وإمّا أن يحكم القاضي بصدّاق المثل ويكون أقل من مقدار المهر الحقيقي، وفي هذه الحالة تعتبر الزوجة المستفيدة من هذه الزيادة فيلحق الضرر بالزوج.

وهناك من رأى أنّ هناك أمر مهم على المشرعين بحثه ووضع حلول له وهو وضع المرأة التي لا تمتلك مالا تفتدي به نفسها، فقد لا تكون المرأة أصلا ذات مال أو موسرة، وقد تكون قد صرفت مهرها، أو لا تتمكن من ردّه، أو أنّ ما ذكر في العقد مهرا ضخما لأجل الوجاهة الاجتماعية والمباهاة، وقد تظهر المرأة التي تعمل استعدادا لدفع مال الخلع بالتقسيط من راتبها شهريا. لأجل كل هذا، وأيضا لتجنّب مذلة طلب المرأة المساعدة المادية، فتم إقتراح أن تقوم الدولة بأجهزتها المعنية بدفع العوض بدلا من الزوجة، بعدما يتحرّى القاضي عن ظروف كل امرأة تتقدّم لطلب الخلع، ويحكم على ضوئها بالمبلغ الذي يستحقه الزوج⁴⁶¹.

والحق، أنّ هذا الاقتراح لا يخدم مصالح الأسرة، بل سيؤدّي إلى التفكك الأسري بكل أنواعه، والسبب في ذلك راجع إلى أنّ نسبة الطلاق الخلعي ارتفعت بشكل مهول في السنوات الأخيرة بالرغم من أنّ المرأة هي التي تلتزم بدفع بدل الخلع⁴⁶²، فما بالك لو تكفّلت الدولة بدفعه، فهذا سيطلق العنان لحرية المرأة في طلب فك الرابطة الزوجية، وسيزيد من تشتيت العائلات وضياع الأبناء.

⁴⁶¹ - شيماء الصراف، المرجع السابق، ص. 206.

⁴⁶² - ارتفعت حالات الطلاق إلى الضعف، فقيما كانت الحالات سنة 2004 تصل إلى 29 ألف حالة، فقد أشارت آخر إحصائيات وزارة العدل التي تم إعدادها سنة 2013 إلى 54 ألف و985 حالة طلاق.=

وبصدد الحديث عن مقابل الخلع، قد يحصل من الزوجة وهي تريد التحرر من عقدة النكاح أن تحيل حقوقا شخصية متعلّقة بها وبأطفالها، فتدفع حق هؤلاء ثمنا لهذا التحرر.

3- مساس المرأة بحقوق الأطفال للتحرر من الزواج

معلوم أنّ نفقة الأولاد واجبة على الأب، ولكن هل للزوجة الحرية في جعل بدل الخلع، إنفاقها على ولدها مدّة معلومة، فتكون ملزمة بهذا الإنفاق طول المدّة المتفق عليها، متى قبلت ذلك؟

إنّ مسألة تنازل الزوجة عن الحقوق المتعلّقة بأولادها كمقابل للخلع، تناولها المشرع المغربي بموجب المادة 119 من مدونة الأسرة والتي تنص على أنّه: "لا يجوز الخلع بشيء تعلّق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة. إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها، وجبت النفقة على أبيهم، دون مساس بحقه في الرجوع عليها".

فيستفاد من النص حكمان متلازمان، أوّلهما أنّ الزوجة لها الحرية في أن تخالع بالحقوق المالية العائدة لأولادها ما دامت موسرة. وثانيهما، أنّه يمتنع عليها القيام بذلك في حالة إعسارها. فإذا خالعت الزوجة وهي معسرة، أو أعسرت بعدما كانت موسرة أثناء إبرام عقد الخلع، سقط بذلك بذل الخلع وثبت للأولاد حقهم من جديد تجاه أبيهم فيما خالعتهم عليه الزوجة، على أن يرجع عليها في حالة يسرها.

وهو المبدأ الذي سارت عليه محكمة الاستئناف بسطات بتاريخ 01 جوان 2005، والذي جاء فيه: "حيث إنّ من خلال الإطلاع على وثائق الملف يتجلى أنّ المستأنف عليها لا دليل بالملف على ما يثبت اشتغالها، وأنّ الموجب المدلى به من طرفها وكذا الشهادة المتعلّقة بعدم التملك المدلى بها كذلك تفيدان أنّها معسرة؛

=وسجل الخلع ارتفاعا رهيبا وصل إلى 20 ألف و591 حالة سنة 2013، وأفادت رئيسة المرصد الجزائري للمرأة جعفري شائعة أنّ الإهمال الزوجي والخيانة الزوجية على رأس الأسباب التي تدفع المرأة إلى طلب الطلاق وخلع زوجها، وإدمان الزوج على المخدرات والكحول وإحساس المرأة باستقلاليتها المادية عن الرجل، ممّا يجعلها تفضل الهروب من المسؤولية الزوجية باللجوء إلى الخلع.

ويتوقع أن يتجاوز عدد الحالات في 2016 حدود السبعين ألفا، بعد أن بلغت نحو 65 ألف حالة في 2015. فقد ذكر المرصد أنّ عدد القضايا المسجلة يوميا تجاوزت 191 قضية، وأشار إلى أنّ الرقم يتزايد بوتيرة سريعة حيث انتقلت من 29 ألف حالة عام 2010 إلى 65 ألف حالة نهاية عام 2015، مصطفى بسطامي، 20 ألف حالة خلع في الجزائر عام 2013... والسبب الخيانة الزوجية، 13 / 12 / 2013، على موقع الإنترنت: www.ennaharonline.com؛ ياسين بودهان، الطلاق بالجزائر... أرقام تثير المخاوف، 30 / 10 / 2016، على موقع الإنترنت: www.aljazeera.net

وحيث أنّ المستأنف عليها وإن كانت تحملت في الطلاق الخلعي بنفقة البنت... إلا أنّ لها الحق في المطالبة بالنفقة بعد طرود العسر عليها⁴⁶³.

وما استقر عليه المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 04 جانفي 2006 والمتضمن ما يلي:
"تحمل المطالبة نفقة بنتها من مفارقتها مقابل الخلع لا يعني الأب من التزامه بالإنفاق متى أصبحت الأم المختلعة معسرة"⁴⁶⁴.

وأیضا ما اقتضاه القرار الصادر عنه بتاريخ 03 ماي 2006 من أنه: "لكن حيث إنّ المادة 119 من مدونة الأسرة تنص على أنه إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها وجبت النفقة على أبيهم دون المساس بحقه في الرجوع عليها، والمحكمة لما قضت على الطاعن بأدائه نفقة ابنه من المطالبة بعد إثبات هذه الأخيرة لعسرها بوثائق، وهي شهادة عدم الشغل وعدم الملكية وعدم التسجيل في جدول الضرائب، ولم يثبت الطاعن عكسها بمقبول تكون قد طبقت مقتضيات المادة 119 من مدونة الأسرة تطبيقا سليما، وهي غير ملزمة بإجابة طلب إجراء بحث مادام اتضح لها وجه الحكم في القضية، لذلك يتعين رفض الطلب"⁴⁶⁵.

فاشترط المدونة شرط يسار الزوجة، وإلزام الأب بالإنفاق حال عسرها استحسان منها، وسير القضاء على هذا النحو وجهة تنطوي على الصواب، وذلك لعدم الإضرار بالأطفال وتعريضهم إلى الضياع. غير أنه يجب أن يتم التأكد من الحالة المادية للمختلعة عند جعلها نفقة ولدها مقابلا للخلع، وذلك حتى لا يتم التحايل على القانون، بأن تجعل المقابل تنازها عن نفقة الولد، وبعد وقوع الفرقة ترفع دعوى لمطالبة الأب بالإنفاق مثبتة عسرها.

والحقيقة أنّ ما تضمنته المادة 119 من مدونة الأسرة، مستمد من الفقه المالكي، حيث يصح الخلع على أن تقوم الزوجة بالنفقة على نفسها في فترة الحمل، أو أن تقوم بحضانة الولد بدون أجر، كما يجوز على نفقة الرضاع. فإذا لم تقم بما التزمت به، وتركت الولد، أو مات، أو ماتت هي، أو

⁴⁶³ - محكمة الاستئناف بسطات، 01 / 06 / 2005، ملف ع. 020 - 05 - 2، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 182.

⁴⁶⁴ - مجلس أعلى، قرار ع. 20، 04 / 01 / 2006، ملف شرعي ع. 50 / 2 / 1 / 2005، (غير منشور)، مقتبس عن: محمد الكشور، الوسيط في شرح... المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 114.

⁴⁶⁵ - مجلس أعلى، 03 / 05 / 200، ملف ع. 303 / 2 / 1 / 2005، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 179.

خرجت عن أهلية الحضانة، كان للزوج أن يرجع عليها أو على ورثتها، بما يعادل أجره حضانة الولد أو إرضاعه عن المدة كلّها أو عمّا بقي منها حسب الأحوال، هذا إن لم تكن الزوجة قد اشترطت على الزوج عند الخلع على الحضانة أو الإرضاع ألا يرجع عليها بشيء إن مات الولد أثناء مدة الرضاعة أو الحضانة⁴⁶⁶.

فإن عجزت الزوجة عن الإنفاق والإرضاع على الولد لإعسارها، فإنّه يجوز أن تطالب الزوج بأن ينفق على الولد من مال نفسه، ويجبر على ذلك لعسرهما، وله أن يرجع عليها بما أنفق عند يسارها، لأنّ النفقة والرضاعة حق، فيجب على الأب أن يقوم بها عند عجز الأم التي هي مطالبة بها بمقتضى جعلها بدلا عن الخلع، مع الاحتفاظ له بحقه في الرجوع عليها متى أيسرت⁴⁶⁷.

فالقاعدة العامّة في الفقه المالكي، وكذا المادة 119 من مدونة الأسرة أنّه يصح أن يتمثل بدل الخلع في أجره الرضاع أو أجره الحضانة أو مبلغ النفقة. غير أنّه لا يجوز أن يتم الخلع بحقوق الأطفال إذا كانت الأم معسرة، وليس في إمكانها القيام بحاجياتهم. وإذا حصل أن خالعت بنفقة أبنائها، لأنّها كانت موسرة تم أعسرت بعد ذلك، ثبت للأولاد حقهم في النفقة تجاه أبيهم ولا يمكنه أن يدفع دعواهم بالاتفاق الذي أبرم مع الأم طبقا لمبدأ عدم مساس العقد بحقوق الغير.

وإنّ وضوح موقف المشرع المغربي هذا، لا نسجّله عند المشرع الجزائري، فقد خلت المادة 54 من قانون الأسرة عن التنصيص على هذه المسألة واكتفت بالنص على أن تخالع الزوجة نفسها بمقابل مالي ما يقتضي ضرورة تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة والرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي.

فإذا كان للزوجة الموسرة حرية التنازل عن نفقة الأولاد أو أجره الرضاع أو أجره الحضانة لتتحرّر من الرابطة الزوجية، فهل لها الحرية أيضا في التنازل عن الحضانة لأجل ذلك؟

⁴⁶⁶- أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير... المرجع السابق، ج. 02، ص. 521-522؛ أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدّين النسفي، البحر الرائق... المرجع السابق، ج. 04، ص. 151؛ وخالفهم الظاهرية، فلا يجوز الخلع على أن تبره من نفقة حملها أو من رضاع ولدها، وكل ذلك باطل، لأنّه غير معلوم القدر، وقد يزيد السعر وقد ينقص، ولأنّه لم يجب لها بعد، فمخالعتها بما لا تملك باطل وظلم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن خرم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلّي... المرجع السابق، ص. 1806.

⁴⁶⁷- أبي الحسن علي بن عبد السلام التوسلي، البهجة... المرجع السابق، ج. 01، ص. 553؛ أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير... المرجع السابق، ج. 02، ص. 521-522؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 349-357-358.

إنّ فرضية التنازل عن حضانة الأولاد مقابل الحصول على الخلع غير مستبعدة، فأمام ضغط الزوج وإصرار الزوجة على الخلع يمكنها أن تضحي بحضانة أولادها ثمناً لتحرّرها، فهل لها الحرية في ذلك؟

نجد أنّ مواقف الفقه جاءت مختلفة بشأن هذه المسألة، حيث يرى الفريق الأوّل أنّ الخلع يقع، أمّا المقابل المتمثل في التنازل عن الحضانة فيبطل⁴⁶⁸، وذلك لتعلّقه بحق الغير، ولمسأله بمسألة تخرج عن إرادة الأشخاص وتخضع لأحكام النظام العام⁴⁶⁹. متأثرين في ذلك بموقف الحنفية القائل: إذا اختلعت الزوجة على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز، والشرط باطل⁴⁷⁰.

في حين يرى الفريق الثاني، أنّ الخلع مقابل التنازل عن الحضانة لا يجوز ولا يقع، لعدم المساس بحقوق الغير ولتعارضه مع مبدأ مصلحة المحضون الذي يفترض أن يبقى مع أمّه⁴⁷¹. وهو نفس موقف الظاهرية⁴⁷².

هذا، وقد ذهب قلة من الفقه، إلى القول بجواز التنازل عن الحضانة مقابل الحصول على الخلع⁴⁷³، مستندين في ذلك إلى ما ذهب إليه المذهب المالكي من أنّ الخلع مقابل التنازل عن الحضانة جائز، فتقوم الأم بإسقاط حضانتها لولدها للأب، وينتقل الحق له ولو كان هناك من يستحقها غيره قبله⁴⁷⁴، وهذا مقيد بأن لا يخشى على المحضون ضرراً ما بعلوق قلبه بأمه أو لكون مكان الأب غير حصين⁴⁷⁵.

فأي من هذه المواقف أخذت بها مدونة الأسرة المغربية، وقانون الأسرة الجزائري؟

⁴⁶⁸- فضيل سعد، شرح قانون... المرجع السابق، ص. 511.

⁴⁶⁹- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 545؛ عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون... المرجع السابق، ص. 239؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 411.

⁴⁷⁰- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف بيدر الدين العيني الحنفي، البناءة شرح الهداية... المرجع السابق، ج. 05، ص. 530.

⁴⁷¹- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 250.

⁴⁷²- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حرم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى... المرجع السابق، ص. 1806.

⁴⁷³- Cf, Ghaouti BENMELHA, Le droit algérien de la famille, O.P.U, Alger, P. 232.

⁴⁷⁴- أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير... المرجع السابق، ج. 02، ص. 521-522.

⁴⁷⁵- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 349-350.

رغم أنّ المشرع المغربي لم ينص صراحة على هذه الحالة، إلاّ أنّه يمكن استخلاص موقفه من التنسيق بين المادة 118 من مدونة الأسرة النّاصة على أنّ: "كل ما صحّ الالتزام به شرعا، صلح أن يكون بدلا في الخلع، دون تعسف ولا مغالاة"؛ والفقرة الأولى من المادة 119 من نفس المدونة والتي اقتضت أنّه: "لا يجوز الخلع بشيء تعلّق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة".

فبقرأة النصّ الأوّل بمعزل عن النصّ الثاني، يمكن القول أنّ للزوجة الحرية في أن تتنازل عن الحضانة كمقابل للخلع، عملا بأحكام المذهب المالكي، كون أنّ المشرع استعمل مصطلح "شرعا" لتحديد بدل الخلع. وأمّا بالانتقال إلى الفقرة الأولى من النصّ الثاني نجد أنّ المسألة عكس ذلك، حيث أنّ المدونة خرجت عن المذهب المالكي في هذه النقطة وحسّمت موقفها بعدم جواز الاختلاع بالتنازل عن الحضانة امتثالا للمادة 400 التي لم تعتمد على المذهب المالكي فحسب، وإتّما أضافت إليه الاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف⁴⁷⁶.

غير أنّ ما سار عليه المجلس الأعلى المغربي يؤكّد توجه المشرع نحو منح الحرية التامة للمرأة في التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع، وهو ما ظهر جليا من خلال القرار الصادر عنه بتاريخ 04 ديسمبر 2002 والذي جاء فيه: "تنازل المطلقة خلعيا عن حقها في حضانة الأولاد، وعدم المطالبة عاجلا أو آجلا بأي حق من حقوقهم المتعلقة بالنفقة أو الإسكان، لا يسقط نفقتهم الواجبة على الأب متى بلغوا سن التخيير وفضلوا العيش مع والدتهم، وتبعاً لذلك تبقى النفقة وأجرة الحضانة واجبة على الأب طيلة المدّة المعتبرة قانونا"⁴⁷⁷.

بالإضافة إلى القرار الصادر عنه بتاريخ 04 جانفي 2006، وقد اقتضى: "لكن ردا على ما ورد في الأسباب أعلاه، فإنّ المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه علّلت قضاءها وعن صواب، بأنّ تنازل المستأنفة عن حضانة ولدها لفائدة والده المستأنف عليه حسبما هو ثابت من رسم الطلاق عدد 388 داخل في أهلية الزواج والطلاق استنادا لما هو مقرّر فقها:

"وكل ما يرجع للأبدان... لا حجر فيه واضح البيان؛"

⁴⁷⁶- زكية حميدو، مصلحة المحضون... المرجع السابق، ص. 481-482.

⁴⁷⁷- مجلس الأعلى، 04/12/2002، ملف عدد 2/2000، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61، ص. 92 وما يليها.، مقتبس عن: محمد بنفقر، المرجع السابق، ص. 111.

لأنه لم يلحق بها أي ضرر مادي من شأنه أن يفقر ذمتها المالية، وهو حق من حقوقها تتنازل عنه بمفردها أو بمحض وليها، وهذا ما حصل فعلا في هذا التنازل بحيث حضر إلى جانبها خالها... حسب الثابت من رسم الطلاق المذكور، ويبقى بذلك الاحتجاج بالفصل 62 من المدونة لا محل له في هذه النازلة، لأنه يتحدث عن البذل الذي تعطيه الزوجة لزوجها لفك عصمتها، والزوج هنا قد مكّن زوجته المستأنفة من جميع حقوقها المترتبة عن انفصام علاقة الزواج فهو طلاق رجعي وليس طلاقا خلعيًا كما ذهب إليه ذلك الطاعنة، وأنّ التنازل عن الحضانة يلزمها ما دامت طائعة مختارة وبذلك تكون المحكمة قد ردت على دفع الطاعنة ولم تخرق القانون، ممّا كان معه قرارها معلّلا تعليلا كافيا وما بالأسباب الثلاث غير قائم على أساس⁴⁷⁸.

وبهذا، يبدو تأثير المشرع والقضاء المغربيين واضحا بالمذهب المالكي، ولو أنّ هذا الأخير قيّد حرية المرأة في التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع بأن لا يكون قلب الولد متعلّقا بأمه، وأن يكون مكان الأب مناسبًا لممارسة الحضانة⁴⁷⁹.

ولم يتعرّض المشرع الجزائري لهذه المسألة في باب الحضانة رغم تخصيصه عدّة مواد لها، ومعالجتها بطريقة مستفيضة⁴⁸⁰، ومع ذلك يمكن استخراج حكمها من الفقرة الأولى من المادة 54 من قانون الأسرة الناصّة على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي". فيستشف من هذا النص أنّه لا يجوز في ظل التشريع الجزائري أن يكون التنازل عن الحضانة مقابلا للخلع، إذ أنّ الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لارتباطها بالأمر الشخصية لا المادية للطلاق، ولأنّ كلمة "مال" الواردة في المادة المذكورة تبرهن أنّ المخالعة لا تجوز ولا ترتّب أثرها إلاّ إذا كان مقابلا مالا.

وبهذا، يكون المشرع قد أراد أن يسدّ باب التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع، فلا حرية للمرأة في ذلك، صيانة لحقوق الطفل التي لا محال ستهدر بسبب تنازل الزوجة عن حضانتها مقابل حرّيتها وأيضا حماية لمصالح المجتمع ككل⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ - مجلس الأعلى، 04 / 01 / 2006، ملف ع. 343 / 2 / 1 / 2004، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 175 - 176.

⁴⁷⁹ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج. 02، ص. 349 - 350.

⁴⁸⁰ - المواد من 62 إلى 72 من ق. أ. ج.

⁴⁸¹ - زكية حميدو، مصلحة المحضون... المرجع السابق، ص. 483.

وعلى صعيد القضاء الجزائري، ونظرا لغياب اجتهادات قضائية منشورة خاصّة بهذه المسألة، نقيس بحكم قضائي صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 20 أبريل 1999 والذي جاء فيه: "عن الفرع الثاني: المأخوذ من الخطأ في تطبيق المادتين 66 و67 من قانون الأسرة بدعوى أنّ القضاة اعتمدوا فقط على الاتفاق الذي تم بين الطرفين سنة 1996 فيما يخص تنازل الأم عن الحضانة دون أن يراعوا مصلحة المحضون وفقا للمادتين 66 و67 من قانون الأسرة"⁴⁸².

فعلى الرغم من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين إلا أنّ هذا القرار أخذ بمصلحة المحضون أولاً، وقياسا عليه، ليس للمرأة الحرية في التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع لما فيه من تعارض مع مصلحة المحضون⁴⁸³. فالحضانة حق الأولاد لا ينبغي المساس بها، وهو موقف يقضي على كل متاجرة أو مساومة تقع من جانب الزوجين اتجاه الأطفال من جهة، ومن جهة أخرى يشكل ضمانا لحقوق الطفل وحماية لمصالحه ومعه مصلحة المجتمع⁴⁸⁴.

ومن هنا، فبدل الخلع عنصر جوهري في طلاق الخلع لا بد من توافره، فهل يمكن القول أنّ الخلع هو طلاق على مال؟

4- الفرق بين الخلع والطلاق على مال

يقول الكاساني في كتابه بدائع الصنائع: "أمّا الطلاق على مال فهو في أحكامه كالخلع، لأنّ كل واحد طلاق بعوض، فيعتبر في أحدهما ما يعتبر في الآخر، إلا أنّهما يختلفان من وجه، وهو أنّ العوض إذا أبطل في الخلع، بأن وقع الخلع على ما ليس بمال متقوم يبقى الطلاق بائنا. وفي الطلاق على مال إذا أبطل العوض بأن سميا ما ليس بمال متقوم فالطلاق يكون رجعيا، لأنّ الخلع كناية، والكنايات مبنيات عندنا، أمّا الطلاق على مال فصريح، وإنّما تثبت البيئونة بتسمية العوض إذا صحت التسمية، فإذا لم تصح التحقت بالعدم، فبقي صريح الطلاق، فيكون رجعيا"⁴⁸⁵.

⁴⁸² - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 20/04/1999، م. ق.، 2001، ع. خ.، ص. 183.

⁴⁸³ - أنظر، زكية تشوار حميدو، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54، م. ج. ع. ق. إق. س.، 2003، ع. 02، ص. 18.

⁴⁸⁴ - أنظر، زكية تشوار حميدو، حكم بعض قضايا الخلع بين الفقه والقضاء، م. ق. ت.، مركز النشر الجامعي، تونس، 2002، ص. 53.

⁴⁸⁵ - أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 02، 2003، ص. 328.

فالخلع يشترك مع الطلاق على مال في بعض الأحكام ويختلفان في بعضها الآخر. فهما يشتركان في أنّ كل منهما يشترط فيه قبول الزوجة، وال عوض في كل منهما تلتزم به هي⁴⁸⁶.

غير أنّهما يختلفان في أنّ صيغة الخلع تكون بلفظ الخلع أو فيما معناه كالمبارأة والفدية، عكس الطلاق على مال الذي يكون بلفظ من ألفاظ الطلاق. وإذا بطل البدل في الخلع بأن كان محرماً يقع الطلاق بائناً، أمّا إذا بطل في الطلاق على مال فالطلاق يقع طلاقاً رجعياً.

وفي كون الخلع يسقط كل الحقوق الواجبة لأحد الزوجين على الآخر، كالمهر والنفقة الماضية، لكن لا تسقط نفقة العدة لأنّها لم تكن واجبة قبل الخلع. أمّا الطلاق على مال فلا يسقط به شيء من حقوق الزوجية⁴⁸⁷.

والفرقة التي تقع بكل من الخلع والطلاق على مال هي طلاق بائن لأنّ قبول دفع البدل إنّما كان للتخلّص من سلطان الزوج ودفع الضرر عن الزوجة، فلا يتحقّق ذلك إلاّ بالطلاق البائن، وتلتزم الزوجة في كلاهما بدفع البدل، ومع ذلك يختلفان في كون الخلع مختلف فيه بين الفقهاء بين ما يراه فسخاً ومن يراه طلاقاً، أمّا الطلاق على مال فمتفق عليه أنّه طلاق بائن، وينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته عكس الفسخ⁴⁸⁸.

ورغم هذه الاختلافات القائمة بين الخلع والطلاق على مال إلاّ أنّه في الوقت الحالي ليست لها أي فائدة من الناحية العملية والواقعية، كون أنّ كلاهما يقع بحكم قضائي ويكون طلاقاً بائناً، فالإجراء واحد والنتيجة واحدة.

وعليه، تتقيّد حرية المرأة في طلب الخلع بتوافر الأهلية، وبالتزامها بدفع بدله، ولم تفرض هذه الشروط للتضييق عليها وإنّما فرضت لكونها من النظام العام الأسري، ففي اشتراط الأهلية حماية للمرأة في حدّ ذاتها، وفي التزامها بالعرض إنصاف للزوج لكونها هي المبادرة وعليها تحمّل مسؤولية ذلك، ولأنّه هو من تحمّل تكاليف الزواج والإنفاق.

⁴⁸⁶- أنظر، أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص. 173.

⁴⁸⁷- عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص. 294-295.

⁴⁸⁸- حول نوع الفرقة في الطلاق الخلعي يراجع، ص. 588-590 من هذه الرسالة.

وبالإضافة إلى هذين الشرطين، اشترطت مدونة الأسرة المغربية شرط موافقة الزوج على مبدأ الخلع. في حين أنّ قانون الأسرة أثار جدلا واسعا بشأنه قبل تعديله، وأمّا بعد التعديل فجاء صريحا من حيث عدم اعتماده⁴⁸⁹. فهل يؤثر شرط موافقة الزوج من عدمه على حرية المرأة في طلب الخلع؟

المطلب الثاني

تأثير موافقة الزوج من عدمه على حرية المرأة في الطلاق الخلعي

ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط موافقة الزوج على مبدأ الخلع، وقد سار المشرع المغربي على هذا النحو من خلال إعلانه الصريح عن ذلك بمقتضى المادة 115 من مدونة الأسرة. أمّا فيما يخصّ موقف المشرع الجزائري، فقد جاءت صياغته للمادة 54 من القانون رقم 84-11 غامضة، فلم يتبين من خلالها اشتراطه لموافقة الزوج من عدمه. وهو الأمر الذي أدى إلى انقسام الفقه القانوني بين مؤيد لفكرة رضا الزوج على الخلع ومعارض لها، وأيضا أثر على القضاة في تفسيرهم لمحتوى هذه المادة فجاءت اجتهاداتهم في البداية مقيّدة لحرية الزوجة في طلب الخلع برضا الزوج (الفرع الأول).

غير أنّ اجتهادات المحكمة العليا لم تثبت على حالها بأن عدلت عن موقفها الأوّل، فلم تعد تشترط رضا الزوج على الخلع، ليستلهم بعدها المشرع هذا الموقف، ويجسّده ضمن أحكام المادة 54 من قانون الأسرة في آخر تعديل له. وبدوره تراجع المشرع المغربي عن موقفه المسايير لجمهور الفقهاء بأن أعطى للزوجة مكنة اللجوء إلى مسطرة الشقاق في حالة رفض الزوج للخلع حسب مقتضيات المادة 120 من مدونة الأسرة. وهكذا، تحرّرت الزوجة من موافقة الزوج على الطلاق الخلعي، فتحوّل الخلع إلى طلاق بإرادتها المنفردة (الفرع الثاني).

⁴⁸⁹ - لأنّ هذا الشرط يمس بحرية المرأة إيجابا وسلبا، تم فصله عن بقية الشروط وتخصيص له مطلب خاص به لإلقاء الضوء أكثر على مسألة حرية المرأة في طلب الخلع.

الفرع الأول

تقييد حرية المرأة في الطلاق الخلعي بموافقة الزوج

لا تستطيع الزوجة أن تمارس حقها في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بكل حرية، ففرض مبدأ الرضائية من قبل جمهور الفقهاء، وتمسك المشرع المغربي والاجتهاد القضائي الجزائري في بداياته برضا الزوج على مبدأ الخلع قيّد من حرية المرأة في التحرّر من هذه العلاقة وقتما شاءت (أولاً). وإنّ هذا التمسك صنّف الخلع كصورة من صور الطلاق بالتراضي (ثانياً).

أولاً: قيد حرية المرأة للتمسك برضا الزوج في الطلاق الخلعي

رضائية الزوجين للخلع، أمر قد أجمع عليه جمهور الفقهاء⁴⁹⁰، ويظهر ذلك من خلال تعريفهم له. فقد عزّفه الحنفية على أنّه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة، بلفظ الخلع أو فيما معناه"⁴⁹¹. وعزّفه المالكية: بأنّه: "عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض"⁴⁹². ويعرّف عند الشافعية بأنّه: "فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ الطلاق أو الخلع"⁴⁹³. وعند الحنابلة هو: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من إمرته أو غيرها بألفاظ مخصوصة"⁴⁹⁴. وعند الظاهرية هو: "الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت أن لا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهما حقّها، فلها أن تفتدي منه ويطلقها، إن رضي هو، وإلّا لم يجبر هو، ولا أجبرت هي، وإتّما يجوز بتراضيهما. ولا يحل الافتداء إلّا بأحد الوجهين المذكورين، أو باجتماعهما، فإن وقع بغيرهما فهو باطل، ويرد عليها ما أخذ منها"⁴⁹⁵.

⁴⁹⁰- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الصغير... المرجع السابق، ج. 03، ص. 106.

⁴⁹¹- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار... المرجع السابق، ج. 05، ص. 83؛ محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر

الدين العيني الحنفي، البناء شرح الهداية... المرجع السابق، ج. 05، ص. 506.

⁴⁹²- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرضاع، شرح حدود ابن عرفة... المرجع السابق، ج. 01، ص. 275.

⁴⁹³- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 04، ص. 430؛ ويضيف الشافعي قائلاً: "إذا خلع الرجل

امرأته فنوى الطلاق ولم ينو عدداً منه بعينه، فالخلع تطليقة لا يملك فيها الرجعة، لأنّها بيع من البيوع، ولا يجوز أن يملك عليها مالها ويكون أملك بها.

وإنّما جعلناها تطليقة لأنّ الله تعالى يقول: "الطلاق مرتان"، ففعلنا عن الله جل وعز أنّ ذلك إنّما يقع بإيقاع الزوج، وعلمنا أنّ الخلع لم يقع إلّا بإيقاع

الزوج"، الشافعي، الأم... المرجع السابق، ج. 06، ص. 504.

⁴⁹⁴- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشّاف القناع... المرجع السابق، ج. 07، ص. 2569.

⁴⁹⁵- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حرم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلّي... المرجع السابق، ص. 1800.

فتعاريف الفقهاء المسلمين كلّها تنصب على معنى واحد مشترك فيما بينها هو وقوع الفرقة بين الزوجين بتراضييهما، وبعوض تدفعه الزوجة لزوجها، فهو كالطلاق تنحل به الرابطة الزوجية، ولكن يختلف عنه بأنّ الخلع يتوقف وقوعه على رضا الزوجين وببديل الزوجة مالا لزوجها، أمّا الطلاق فهو تصرف بإرادة الزوج وحده وبدون عوض من الزوجة⁴⁹⁶.

فالخلع الرضائي هو الذي يتم بإيجاب وقبول من الطرفين. ولكونه عقد معاوضة، يجب أن يتطابق الإيجاب والقبول فيه تمام المطابقة، وفي ذلك يقول الإمام الغزالي: "في نسبة الخلع إلى المعاملات، والتفريع على أنه طلاق، فنقول: لو قال: خالعتك، أو طلقتك على ألف، فهو معاوضة محضة، حتى يجوز رجوعه قبل قبولها، ولا بدّ من قبولها باللفظ في المجلس، ولو قال طلقك ثلاثا على ألف، فقالت قبلت واحدة على ثلث الألف، لم يقع، كما لو قال: بعتك هذا العبد بألف، فقال قبلت ثلثه بثلاث الألف، ولو قبلت الواحدة بكامل الألف، وقع الثلاث على الأظهر، واستحق الألف. وقيل: يستحق مهر المثل، وقيل: لا يقع أصلا، وقيل: لا يقع إلا واحدة.

أمّا إذا أتى بصيغة التعليق، فقال: متى ما أعطيتني ألفا، فأنت طالق فهذا تعليق محض، فلا يحتاج إلى قبولها، ولا إلى إعطائها في المجلس، ولا له الرجوع قبل الإعطاء. فأما جانب المرأة، فمعاوضة محضة، حتى يجوز لها الرجوع قبل الجواب، وإن أتت بصريح صيغة التعليق، وقالت: متى ما طلقنتي، فلك ألف، ويختص الجواب بالمجلس أيضا"⁴⁹⁷.

فإنّ الخلع إن كان من جانب الرجل يعتبر يمينا أو تعليقا للطلاق على قبول المال، وإن كان من جانب المرأة يعتبر معاوضة لها شبه بالتبرعات، ولهذا الاعتبار المختلف ترتّب الأحكام التالية⁴⁹⁸:

إذا كان الزوج هو الذي صدر عنه الإيجاب، فلا يجوز له الرجوع فيه قبل قبول الزوجة، لأنّ التعليق لا يجوز الرجوع فيه. فإذا قال لها خلعتك على مائة فسكتت ولم تقم من مجلسها، واستمرت مترددة بين القبول والرد، فليس له في تلك الفترة أن يرجع، وإذا قام هو من المجلس لا يبطل الإيجاب،

⁴⁹⁶ - أنظر، عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج. 08، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط. 03، 1997، ص. 114.

⁴⁹⁷ - أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه... المرجع السابق، ج. 02، ص. 48-49.

⁴⁹⁸ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 330-331؛ عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص. 291-292.

لأنه إذا كان لا يبطل برجوعه الصريح، فأولى أن لا يبطل بقيامه من المجلس. ولكن يبطل بقيامها هي من غير رد أو قبول، لأنّ المعوضات والعقود المالية تبطل إذا تفرقت المجالس بعد الإيجاب وقبل القبول. وإن كان إيجابه وهي غائبة، فإنّها تتقيّد بمجلس علمها، فإن قامت من مجلس علمها قبل القبول بطل الإيجاب، ولم يعد لها الحق في القبول.

وإذا كانت هي الموجبة، فإنّ لها أن ترجع في إيجابها هذا قبل قبوله، وإذا قامت من مجلسها أو قام هو، يبطل الإيجاب. وذلك أنّ عقود التمليكات لا يتم الالتزام فيها قبل قبول الآخر، وتفرّق المجلس فيها يبطل الإيجاب بقيامها أو قيامه، إذ قيامه إعراض، وقيامها رجوع عن الإيجاب؛ وأيضا يجوز للزوج أن يعلّق إيجابه على شرط أو أمر من الأمور فيقول لها مثلا: خالعتك على مائة إن قبل أبوك، لأنّ التعليق يجوز على أمر آخر. وله أيضا إضافته إلى زمن مستقبل كقوله خالعتك على مائة أوّل الشهر القادم، فإن قبلت الزوجة عند وجود الشرط المعلّق عليه أو عند حلول الوقت المضاف إليه وقع الطلاق ولزمها المال.

غير أنّ الزوجة لا يجوز لها أن تعلّق إيجابها على أمر من الأمور، ولا أن تضيفه إلى زمن المستقبل، لأنّ عقود التمليكات لا يجوز تعليقها بل لا تكون إلاّ بصيغة منجزة، والخلع تمليك مال بالنسبة لها، فيأخذ كل أحكام التمليك؛

ولا يجوز للرجل أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع، لأنه لا يمكنه الرجوع عن الخلع واشتراط الخيار يجعل له الحق في الرجوع عنه في مدّة الخيار، وهذا يخالف مقتضى التصرف الذي صدر منه، والشرط إذا خالف مقتضى التصرف لا يكون صحيحا. في حين أنّه يجوز للزوجة أن تشتط لنفسها الخيار في مدّة معلومة يكون لها فيها الحق في القبول أو الرفض، لأنّ الخلع من جانبها معاوضة والمعاضات يصح فيها اشتراط الخيار؛

كما أنّ بدل الخلع لا يلزم الزوجة إلاّ إذا كانت أهلا للتبرع، بأن كانت بالغة، عاقلة، رشيدة، لأنّ الخلع وإن اعتبر معاوضة من جانب الزوجة إلاّ أنّه فيه شبهة بالتبرعات، فإذا لم تكن الزوجة أهلا للتبرع لا يلزمها المال.

وقد تمسكّ المشرع المغربي بموقف الجمهور، فاعتبر الخلع عقدا رضائيا بصريح نص المادة 115 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114

أعلاه". وهو أيضا ما أكدته المادة 120 من نفس المدونة بقولها: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الإصلاح بينهما".

وهكذا، جعل الخلع مبني على سلطان الإرادة، فهو اتفاق يتم بتراض بين الزوجين، ولا تنفرد الزوجة به، فليس لها الحرية التامة، موضوعه الأساسي خلاص الزوجة من زوجيتها نظير بذل تدفعه إليه. فهو طلاق يشترك فيه الزوجان معا، ولا يتم من جانب واحد. إذ يترتب عليه إسقاط حقوق الزوج قبل زوجته، فيشترط بذلك رضاه به، ويترتب عليه كذلك إلزام الزوجة بالعبء فلا بدّ إذا من رضاها. وإلا لا يصح الخلع ولا ينتج آثاره. وهو طلاق يجب أن تأذن به المحكمة⁴⁹⁹.

فهل رضا الزوج مطلوب وجوبا لحين توثيق الطلاق؟

إنّ رضا الزوج حول مبدأ الخلع مطلوب وجوبا لحين إيقاع الطلاق، فإن تمسك الزوج برفضه وتمسكت الزوجة بالخلع، فإنّ القاضي لا يوقعه وينبغي لها اللجوء إلى التطليق للشقاق، وفي هذا تأكيد على وجوب رضا الزوج. غير أنّه قد تواجهنا مشكلة موافقة الزوج على الخلع في الوثيقة ولكنّه يتراجع عن رضاه أمام المحكمة.

إنّ كل تراجع من الزوج عن رضاه أمام المحكمة يضع حدّا للقضية ويؤدّي إلى رفض الطلب. ويطبّق نفس الحكم في حالة ما إذا تراجعت الزوجة عن طلبها الخلع أثناء نظر المحكمة في القضية سواء كان تراجعاً صريحاً بحيث تتنازل عن دعواها وتؤكّد عن رغبتها في العودة إلى زوجها، فما على المحكمة إلاّ الإشهاد على تنازلها، أو اتخذ شكلاً ضمنياً بحيث تتخلّف عن حضور الجلسات⁵⁰⁰.

أمّا إذا تمسك برضاه إلى جانب رضا زوجته، فإنّ المحكمة تمنح الإذن بتوثيق الطلاق الخلعي والإشهاد عليه لدى عدلين، وفقاً ما ورد النص عليه في المادة 138 من المدونة: "يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين الإشهاد بعد إذن المحكمة به والإدلاء بمسند الزوجة".

⁴⁹⁹- أنظر، يحيى بكاي، اشتراط موافقة الزوج في الطلاق الخلعي من خلال مدونة الأسرة الجديدة، م. م. م. ق.، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2005، ع. 3-4، ص. 130؛ محمد الكشور، الوسيط في شرح... المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 104.

⁵⁰⁰- يحيى بكاي، المرجع السابق، ص. 132.

فبالاطلاع على النصوص القانونية المنظمة لمسألة الخلع في مدونة الأسرة المغربية، نجد أنّها جعلت الخلع طلاقاً بالتراضي، فاشتترط رضا الزوج وجوباً في جميع المراحل المتخذة إلى حين الإشهاد عليه، وهذا الموقف ليس بغريب، إذ نص عليه في مجلة الأحوال الشخصية وتمسك به في مدونة الأسرة⁵⁰¹. ما يعني أنّ المرأة ليست حرة في طلب الخلع وإثماً مقيدة بشرط رضا زوجها.

فماذا عن موقف المشرع الجزائري، هل سار على درب جمهور الفقهاء أسوةً بنظيره المغربي؟

نصت المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديلها على أنّه: "يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". فعبارة "يجوز للزوجة أن تخلع نفسها" توحى للوهلة الأولى أنّ المرأة يمكنها أن تطالب بالخلع دون موافقة زوجها، غير أنّه بالرجوع إلى الفقه القانوني الجزائري، نجد أنه جعل شرط موافقة الزوج أمراً وجوبياً مسائراً في ذلك غالبية الفقه الإسلامي.

وفي هذا الصدد، يقول الدكتور بلحاج العربي: "الخلع ليس إلا طلاقاً رضائياً مقابل مال تدفعه الزوجة إلى الزوج لقاء طلاقها. فلا يجب الخلط بين الخلع كرخصة للزوجة إذا تخاصم الزوجان وحصلت المشاققة ولم يتمكنوا من إقامة حدود الله (الوارد في المادة 54 من ق.أ)، وبين التطليق أو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة للأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة. فالخلع كعقد ثنائي الطرفين، أو اتفاق بين الزوج والزوجة لا يتم إلا بالإيجاب والقبول، ويشترط فيه ما يشترط في الطلاق من شروط وأركان، وأنّ الخلع لا يتم دون إرادة الزوج، ليس حقاً لها تطلبه متى تشاء، وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة"⁵⁰².

ونفس الموقف اتخذته الأستاذ عبد العزيز سعد، حيث جمع بين الطلاق بالتراضي والطلاق بواسطة الخلع تحت عنوان "الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين" فاعتبر الخلع عقداً رضائياً بالقول: "إنّ الخلع شرع أساساً لمصلحة الزوجة في صورة رخصة أو مكنة لتمكينها من طلب التطليق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه ولم تعد تركز إليه أو تحتمل عشرته، ولم يمنحه لها في صورة حق من حقوق

⁵⁰¹ - المادة 61 من مدونة الأحوال الشخصية: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع".

⁵⁰² - بلحاج العربي، الوجيز في... المرجع السابق، ص. 264 - 267.

الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، لأنه لو قلنا بأن الخلع حق للزوجة تطلبه متى شاءت وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة لكان يجب على القاضي أن يحكم لها بالتطليق بمجرد طلبها أو عرضها مالا مقابل الخلع دون أي اعتبار لإرادة الزوج⁵⁰³.

وإنّ هذا التفسير أيّدته المحكمة العليا في عدّة قرارات نذكر منها:

القرار الصادر بتاريخ 11 جوان 1984 والذي اقتضى: "من المقرّر شرعا، أنّ الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع؛

إذا كان من الثابت، من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه، أنّ قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع، وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق عن ذلك بين الزوجين، وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به، وأنّ الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك؛

فإنّ هؤلاء القضاة، بقضائهم بالخلع تلقائيا، انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه، تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي⁵⁰⁴.

والقرار الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1988 والذي جاء فيه: "من المقرّر فقها وقضاء، أنّ قبول الزوج للخلع وجوبي، وأنّ ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج. ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا لأحكام الفقه؛

لما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ المطعون ضدها طلبت التطليق، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإنّ القضاة بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعدّ مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع. ومتى كان كذلك، استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة⁵⁰⁵.

⁵⁰³ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص. 252.

⁵⁰⁴ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 11 / 06 / 1984، ملف رقم 33652، م. ق.، 1989، ع. 03، ص. 38.

⁵⁰⁵ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 21 / 11 / 1988، ملف رقم 51728، م. ق.، 1990، ع. 03، ص. 72.

وفي قرار آخر صدر بتاريخ 30 أبريل 1991 ورد فيه: "من المقرر شرعا وقانونا، أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي. ومن ثمة فإنّ القضاء بما يخاف هذا المبدأ يعدّ خرقاً لأحكام الخلع وخطأً في تطبيق القانون؛

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أنّ قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع، وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلاّ في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع، يكون بقضائه كما فعل أخطأً في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك، استوجب نقض الحكم المطعون فيه⁵⁰⁶.

فالقضاء الجزائري بدأ الحديث عن الخلع كعقد رضائي ولا يمكن وقوعه دون إيجاب وقبول، إذ لا بد من حصول اتفاق بين الزوجين على الطلاق بواسطة الخلع. وهذا الاتجاه يساير غالبية الفقه الإسلامي الذي جعل من موافقة الزوج شرطا ضروريا لقبول الخلع، وفي حالة عدم رضاه لا يحكم به. وعليه، فالقول بأنّ الخلع عقد رضائي، سيقيد من حرية الزوجة في التحرّر من الرابطة الزوجية لأنّ طلبها مرتبط برضا زوجها، وسيجعله ضمن صورة الطلاق بالتراضي.

ثانيا: الخلع طلاق بالتراضي ومكانة حرية المرأة منه

لأنّ مدونة الأسرة المغربية اشترطت تراضي الزوجين على الخلع، فإنّها نظمت "الطلاق بالاتفاق أو بالخلع" في القسم الخامس، فجاء الباب الأوّل منه مخصّصا للطلاق بالاتفاق، والباب الثاني متناولا الطلاق بالخلع.

كما أحال على تطبيق أحكام المادة 114 من المدونة والخاصّة بطلاق الاتفاق على الخلع، فالمادة 115 منها نصت على أنّه: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه". واقتضت المادة 114 منها ما يلي: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة ولا تضرّ بمصالح الأطفال؛

عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما التطبيق للمحكمة مرفقا بالإذن بتوثيقه".

⁵⁰⁶ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 04 / 04 / 1991، ملف رقم 73885، م. ق.، 1993، ع. 02، ص. 55.

فالخلع الاتفاقي هو صورة من صور الطلاق بالتراضي، كونه عقداً ينعقد بإيجاب وقبول، بأن تفتدي الزوجة نفسها ببذل مال للزوج، مع التزامها بذلك المال في مقابل خلاصها من الرابطة الزوجية، فهو بهذا يعتبر معاوضة من جانبها، ومن جانب الزوج يعتبر يمينا، لأنه علق طلاق زوجته على قبول المال⁵⁰⁷.

وعلى هذا يبقى الفرق بين الصورتين هو بدل الخلع الذي يشترط في الطلاق الخلعي، ولا يطالب به في الطلاق الإتفاقي.

وهذا القول كان ينطبق على قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل المادة 54 منها، أما وبعد التعديل فلا مجال للحديث عن وجود أوجه تشابه بينهما، كون أن الخلع لم يعد يشترط فيه رضا الزوج، ولهذا لا يطلق عليه الطلاق بالتراضي.

وقد نص المشرع الجزائري على هذه الصورة من فك الرابطة الزوجية بموجب المادة 48 من قانون الأسرة والتي جاء فيها ما يلي: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

وعرّفه بمقتضى المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الشكل التالي: "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".

وسار الفقه القانوني على نفس المعنى، فمن بين التعريفات التي عرّفت الطلاق بالتراضي نجد: "يقصد بهذه الصورة أنّ كل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة، على أنّ استمراريتها أصبحت ضرباً من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف التي تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متّحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق"⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 330.

⁵⁰⁸ - باديس الديابي، المرجع السابق، ص. 24.

فإنّ المشرع باستحداثه هذه الصورة لفك الرابطة الزوجية إنّما قصد بذلك ترك الحرية للزوجين للاتفاق بينهما فيما يريانه مناسباً لهما، ولأنّهُ طلاق يتم بالإرادة المشتركة للزوجين نص من خلال المادة 428 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: "في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط". كما أضاف بموجب المادة 431 من نفس القانون ما يلي: "يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما، يحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكناً؛

ينظر مع الزوجين أو وكلاهما في الاتفاق، وله أن يلغي أو يعدّل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام؛

يثبت القاضي إرادة الزوجين، بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرّح بالطلاق".

فبمقابلة المادة 431 من هذا القانون نستخلص، أولاً، أنّ الطلاق بالتراضي يخضع لإرادة الزوجين واتفاقهما، حول الشروط التي تتماشى مع رغبتهما باستثناء ما تعارض مع مصلحة الأولاد أو ما خالف النظام العام، فيتدخل القاضي لتعديله أو إلغائه لإرجاع الأمور إلى مكانها. وثانياً، دور القاضي يكون كاشفاً لإرادة الزوجين إذ يكتفي بتثبيت إرادتهما والإشهاد عليها. وثالثاً، أنّ الصلح إجراء وجوبي حتى في الطلاق بالتراضي على الرغم من أن لا فائدة ترجى منه في هذه الحالة كون أنّ إرادة الطرفين متّجهة نحو إنهاء العلاقة الزوجية، وقد اتفقا على ذلك مسبقاً.

ومن الاجتهادات القضائية التي كرّست الطلاق بالتراضي، القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18 جويلية 1988 والذي جاء فيه: "من المقرّر قانوناً أنّ الطلاق بالتراضي هو مجرد إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية، ولا يحق لأيّ من الزوجين الطعن فيه إلاّ عن طريق دعوى التزوير، ممّا يستوجب عدم قبول الطعن شكلاً"⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 18 / 07 / 1988، ملف رقم 49858، م. ق.، 1992، ع. 01، ص. 37.

والقرار الصادر عنها بتاريخ 08 ديسمبر 2011 واقتضى: "للطلاق بالتراضي أحكام خاصة، يجب مراعاتها من طرف القاضي، يجب عليه التأكد من قبول العريضة المشتركة، وبعد ذلك، الاستماع إلى الزوجين على انفراد، ثم مجتمعين، ويتأكد من رضاهما، ويجاوب الصلح بينهما، إن كان ذلك ممكناً"⁵¹⁰. وأيضاً القرار الصادر عنها بتاريخ 11 جويلية 2013 وفيه: "يخضع الطلاق بالتراضي لشروط وإجراءات مقررة قانوناً؛

لا تعدّ موافقة الزوجة في جلسة الصلح على تمسك الزوج بالطلاق، طلاقاً بالتراضي؛

موافقة الزوجة لا تعني المحكمة من التطرق لدعوى الطلاق بالإرادة المنفردة"⁵¹¹.

ومن هنا يظهر أنّ فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي، يتم بالإرادة المشتركة للزوجين لا بإرادة أحدهما المنفردة، وهذا من شأنه أن يحافظ على أسرار الزوجين، ويقلل من حدة الصراع والنزاع الطويل الأمد، من أجل التوصل إلى اتفاق يرضي الطرفين بخصوص الآثار المترتبة عن الطلاق، ماعدا تلك التي تمس حقوق الأطفال أو تخالف النظام العام.

ولأنّ المشرع التونسي لا يعترف بالخلع، فلا يمكن تكيفه على أنّه طلاق بالتراضي، إنّما نظم الطلاق بالاتفاق بالفقرة الأولى من الفصل 31 من المجلة، حيث يتفق الزوجان على الطلاق دون شقاق وبكل حرية ويعبرّان عن ذلك لدى المحكمة بصفة مشتركة وجوبا.

فهل الاستئناف في هذا الميدان مقبول؟

قد يبدو غريباً مبدئياً أنّ الطلاق بالتراضي يصدر بين الزوجين، ثم يترأى لأحدهما أن يستأنف الحكم بالطلاق، لأنّ هذا الأخير يكون قد صدر وفقاً لرغبتهما المشتركة في وضع حدّ للحياة الزوجية، وأنّ المحكمة ليس أمامها سوى تنفيذ هذه الإرادة.

غير أنّ هناك حالات تتم بالتوافق بين الطرفين، وهناك حالات أخرى تكون رغبة أحدهما أقوى من الآخر، وليس ببعيد أن تكون الموافقة قد صدرت نتيجة لإكراه معنوي، أو مغالطة، أو وعد بالقيام بشيء دون الوفاء به، وغالباً ما تكون هذه الحالات صادرة عن الزوج، فتضطر الزوجة

⁵¹⁰ - محكمة عليا، غ. ش. أ. م.، 08/12/2011، ملف رقم 76898، م. م. ع.، 2012، ع. 01، ص. 321.

⁵¹¹ - محكمة عليا، غ. ش. أ. م.، 11/07/2013، ملف رقم 0900166، م. م. ع.، 2014، ع. 01، ص. 314.

للموافقة على الطلاق لوضع حد للحميم الذي تعيشه أو الاستفادة بالعود التي طرحها عليها الزوج، فيحصل الاتفاق في الظاهر بين الزوجين ولكن في الباطن تكون إرادة الزوجة مسلوقة، فتعمد بعد وقوع الطلاق إلى استئنافه⁵¹².

وحتى وإن كانت إرادتهما مشتركة وعن اقتناع فقد يفضلان الاستئناف للعودة لحياتهما الزوجية عوض اللجوء إلى إبرام عقد جديد وما يتطلبه من مصاريف.

إنّ مجلة الأحوال الشخصية التونسية لا تتضمن الإجابة عن هذا السؤال، إلا أنّ فقه القضاء التونسي اتخذ موقفا واضحا بالنسبة لإقرار الحلول التي من شأنها أن تؤدي إلى الحفاظ على الرابطة الزوجية، بأن مكن محكمة الاستئناف من إجراء محاولة صلحية لدى الطور الثاني إذا بدا لها أنّ هناك أملا في الوصول إلى الصلح، كما اعتبرت محكمة التعقيب أنّه يمكن للزوجين أن يتصالحا حتى إذا كانت القضية منشورة لديها⁵¹³.

وفي هذا الصدد نذكر القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 08 جويلية 1971 والذي جاء فيه: "تراكن الزوجين أمام القاضي الصلحي على إيقاع الطلاق بينهما بالاتفاق لا يسمح لأحدهما بالعدول عنه دون موافقة الطرف الثاني"⁵¹⁴.

وقد أقرت محكمة التعقيب نفس الحل، إذ جاءت في قرارها الصادر في 12 جانفي 1982 بأنّه: "إذا اتفق الزوجان على الطلاق ووقع رفع الدعوى من أجله وثبت إصرارهما عليه بجلسة المصالحة وجلسة الحكم، فوقع القضاء به ابتدائيا عملا باتفاقهما، فإنّ ما أظهرته الزوجة بعد ذلك من الندم واستئناف الحكم مدعية الإكراه بشهادة البينة التي سمعتها محكمة الدرجة الثانية ولم تقدّر شهادتها وأقرت الحكم الابتدائي، فإنّ ذلك الحكم يكون في طريقه ولا مطعن فيه"⁵¹⁵.

⁵¹² - ساسي بن حليلة، دراسات في الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 268-269.

⁵¹³ - ساسي بن حليلة، دراسات في الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 271.

⁵¹⁴ - محكمة الاستئناف بتونس، 08/07/1971، ع. 30572، م. ق. ت، ص. 51.

⁵¹⁵ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 12/01/1982، مقتبس عن: الهادي كرو، المرأة في مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 29-

وفي قرار تعقيبي آخر صدر عنها بتاريخ 03 ديسمبر 1996 قضت بموجبه بأنه: "لا شيء يمنع قانونا المدعي من طلب الرجوع في دعواه أو طرحها أثناء نشرها لدى محكمة الموضوع بدرجتها وبالأحرى في دعوى الطلاق إذ أنّ الزواج وإن كان عقد بين رجل وامرأة طبق شروط معيّنة ملزما لها ومنتجا لآثار تعاقدية وقانونية إلاّ أنّه يعدّ مؤسّسة يجب المحافظة عليها وعدم التساهل في انقراضها بمجرد اتفاق بإثائها وقع الرجوع فيه وحينئذ تعين على المحكمة المطعون في حكمها الاستجابة لإعادة الجلسة الصلحية إصلاحا لذات البين بين الزوجين وإقرار الوفاق والتعايش بينهما واستقرار للعائلة وخاصة وأنّ لهما ابنا قاصرا، ولما لم تفعل ولم توضح الأسباب الواقعة لرفض الطلب وأنّ تعلّلها بما هو قانوني يكون حكمها قاصر التعليل مخالفاً بالقانون وحق الدفاع"⁵¹⁶.

من خلال هذه القرارات، وجب التنويه إلى أنّ محكمة الاستئناف بتونس تقضي بقبول الاستئناف إذا كان يهدف إلى تراجع الزوجين معا في رغبتهما في إيقاع الطلاق، وليس إذا كان التراجع من جانب واحد دون رضا الطرف الثاني، وذلك حفاظا على صورة الطلاق بالتراضي التي تفرض تلاقي وتشارك الإرادتين، أمّا إذا كان التراجع من طرف واحد فقط، فهذا لا يتماشى مع صورة الطلاق بالتراضي، وإتّما يسير مع صورة الطلاق للضرر، أو الطلاق الإنشائي الذي يكون برغبة من أحد الطرفين دون الثاني.

وبشأن الزوجة التي وافقت على الطلاق بالتراضي تحت الضغط أو الإكراه أو التغيرير، فعليها أن تثبت ذلك لتطبيق المبادئ العامة حول عيوب الرضا، ولو أنّ الإثبات هنا لا يكون سهلا، لأنّ الزوجة تكون قد عبّرت عن رضاها الحر والكامل في جلسة الصلح.

ولم يأخذ المشرع الجزائري بجواز الاستئناف للزوجين الراغبين في استئناف حياتهما الزوجية، كما هو الحال في القانون التونسي، فمتى صرّح القاضي بالطلاق لا يجوز لكلا الطرفين الرجوع عن موقفه الذي تمسك به في المرحلة الصلحية، كون الأحكام الناطقة بالطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف حتى في جوانبها المادية وهو ما يظهر جليا من الفقرة الأولى من المادة 57 من قانون الأسرة النّاصة على أن: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا

⁵¹⁶ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 03 / 12 / 1996، ع. 51728، ن. م. ت.، 1996، ج. 02، ص. 268.

جوانبها المادية". فلم تشتمل على الطلاق بالتراضي. وحتى وإن فرضنا أنّ النص جاء بصيغة عامّة وأنّ مصطلح "الطلاق" الوارد ضمن هذه المادة يشمل الطلاق بالإرادة المنفردة والطلاق بالتراضي، فإنّ ما جاءت به المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية النّاصة على أنّه: "أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف". دليل على استثناء الجوانب المادية، ولهذا لا يبقى أمامها سوى الطعن بالنقض حسب ما ورد بالمادة 434 من نفس القانون والتي جاء فيها: "يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم".

ويتأكّد هذا القول بما سارت عليه المحكمة العليا بموجب قرارها الصادر بتاريخ 14 جوان 2012 الذي استثنى صراحة الجوانب المادية إذ اقتضى: "حكم الطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف، حتى في جوانبه المادية. يطعن بالنقض في حكم الطلاق بالتراضي"⁵¹⁷.

وإنّ للطلاق بالتراضي عدّة تطبيقات على مستوى المحكمة العليا نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 26 نوفمبر 1991 وقد اقتضى: "متى كان مقرّراً قانوناً، أنّ الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية؛

فإنّ قضاة المجلس - في قضية الحال - بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم، القاضي بالطلاق بين الطرفين، خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات؛

ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة"⁵¹⁸.

وأيضاً القرار الصادر عنها بتاريخ 09 جويلية 1996 والذي جاء فيه: "من المقرّر قانوناً أن يتم الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ويثبت بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي؛

ومتى حصل الاتفاق بين الطرفين - كقضية الحال - فإنّ القاضي يصادق على شروطه ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه. ممّا يستوجب رفض الطعن الحالي"⁵¹⁹.

⁵¹⁷ - محكمة عليا، غ. ش. أ. م.، 14 / 06 / 2012، ملف رقم 692661، م. م. ع.، 2012، ع. 02، ص. 265.

⁵¹⁸ - محكمة عليا، غ. ش. أ. م.، 26 / 11 / 1991، ملف رقم 79858، م. م. ق.، 1993، ع. 03، ص. 86.

⁵¹⁹ - محكمة عليا، غ. ش. أ. م.، 09 / 07 / 1996، ملف رقم 138949، م. م. ق.، 1996، ع. 02، ص. 77.

وفي قرار آخر صدر بتاريخ 23 ماي 2000 أقرت المحكمة العليا بما يلي: "من المقرر قانوناً أنّ الطلاق بالتراضي هو مجرد إسهاد المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية ولا النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلاّ عن طريق دعوى التزوير. ممّا يستوجب عدم قبول الطعن شكلاً"⁵²⁰.

فاستناداً إلى النصوص القانونية، والقرارات القضائية المذكورة لا يمكن للزوجين استئناف حياتهما الزوجية بعد الحكم بالطلاق بالتراضي إلاّ بناء على عقد جديد، مالم يستوف الطلاق ثلاث طلقات⁵²¹.

وأكدت على ذلك المحكمة العليا بمقتضى قرارها المؤرخ في 18 جولية 1988 والذي تضمن: "من المقرر قانوناً أنّ الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين ولا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد. ومن ثم، فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ مخالفاً للقانون؛

ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أنّ قضاة الموضوع لما قضوا برجوع الزوجة رغم أنّ الطلاق وقع بالطلاق بالتراضي بينهما، وثمّ إثباته بحكم وبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون"⁵²².

وعليه، فإنّه في تونس إذا اتفق الزوجان على الطلاق وأصرّاً عليه في الجلسة الصلحية، فلا يمكن لأحدهما الرجوع في ذلك الاتفاق في المرحلة الاستئنافية إلاّ إذا وافق عليه الطرف الآخر، وهذا هو الاختلاف بين الحل الذي تبناه المشرع الجزائري وفقه القضاء التونسي، فالأول لا يجيز الاستئناف حتى وإن كان للزوجين رغبة في العدول عن الطلاق. أمّا الثاني، فإنّه لا يجوز الاستئناف إذا كان التراجع من جانب واحد دون رضا الطرف الثاني. أمّا إذا اتفقا على العودة معاً، فلا مانع لطرح القضية مرّة أخرى أمام الاستئناف.

⁵²⁰ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 23 / 05 / 2000، ملف رقم 243943، إ. ق. غ. أ. ش.، 2001، ع. خ.، ص. 112.

⁵²¹ - تنص المادة 50 من ق. أ. ج.، على أنّه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد؛" وتضيف المادة 51 من نفس القانون ما يلي: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرّات متتالية إلاّ بعد أن تتزوّج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

⁵²² - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 18 / 07 / 1988، ملف رقم 49858، م. ق.، 1992، ع. 01، ص. 11.

وبعد، فالطلاق بالتراضي هو طلاق ناتج عن قناعة الزوجين بضرورة وضع حدّ للعلاقة الزوجية، لأنّه عندما تبني الحياة الزوجية بين الرجل والمرأة تبني على أساس الرضا، وعندما يصبح استمرارها مستحيلا يمكنهما أيضا فكّها بالتراضي لعدم تصعيد المشاكل بينهما، ومراعاة لنفسية الأبناء فكما اجتماعا بالمعروف، يفترقان بإحسان. ولا تنفرد الزوجة به لوحدها، فحريتها في طلب فك الرابطة الزوجية تتلاقى بالتساوي مع حرية الزوج.

وهذا النوع من الطلاق يعرف بسرعة إجراءاته واختصارها، فعادة ما يتفق الطرفين على جميع فروع الطلاق، فيكون تدخل المحكمة فقط لإكساء رغبتهما صفة شرعية. فحتى محاولة الصلح التي يسعى القاضي إلى تحقيقها غالبا ما تبوء بالفشل لإصرار الزوجين وتمسكهما بإرادتهما⁵²³.

هذا وغني عن البيان أنّ الطلاق بالاتفاق أو بالتراضي لا يترتب عنه لأي من الطرفين حق مطالبة الطرف الآخر بالتعويض عمّا يكون قد أصابه من ضرر، فطالما أنّ إرادة الزوجين مشتركة وهما على وفاق تام لفك الرابطة الزوجية، فلا يتصوّر معه الضرر حتى يكون هناك تعويض وهذا على خلاف ما إذا كان الطلاق تعسفيا.

في الأخير نشير إلى أنّ موقف المشرع المغربي، وموقفى القضاء والمشرع الجزائريين لم يثبت على حاله، وذلك لتراجعهم عن تمسكهم بمبدأ الرضائية في الطلاق الخلعي، فتحرّرت الزوجة من موافقة زوجها.

الفرع الثاني

تحرّر المرأة من موافقة الزوج على الطلاق الخلعي

إنّ فرض رضا الزوج في الطلاق الخلعي فتح بابا للتعسف والابتزاز الممارس ضدّ الزوجة، وقيد من حريتها في التحرّر من رابطة زوجية هي كارهة لها ولا تستطيع الاستمرار فيها. ولهذا الأسباب اتجهت المحكمة العليا وكذا المشرع الجزائري نحو إلغاء موافقة الزوج على مبدأ الخلع صراحة، في حين

⁵²³- ثريا بن سعد، المرجع السابق، ص. 49.

أنّ المشرع المغربي جعل الرضائية في الخلع هي الأصل وأورد استثناء في حالة ما إذا أصر الزوج على رفضه وتمسكت الزوجة بالخلع (أولاً).

والحق، أنّ الارتقاء بالخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل بلا قيد ولا شرط، جعله طلاقاً بالإرادة المنفردة للزوجة تمارسه وقتما تشاء، ما وسّع من نطاق حريتها في فك الرابطة الزوجية. فتحوّل إلى وسيلة هدم للعلاقات الأسرية بعد أن أصبحت بعض الزوجات يتعسّفن في استعماله، وذلك باللجوء إليه لأتفه الأسباب أو حتى بدون سبب، فحاذ عن الغاية التي شرّع لأجلها (ثانياً).

وليس هذا فحسب، بل إنّ الإفراط في استعمال هذا الحق، انعكس سلباً على الزوجة والأبناء، والمجتمع ككل لما خلفه من آثار (ثالثاً).

أولاً: إلغاء موافقة الزوج في الطلاق الخلعي

حدّد المشرع التونسي بموجب الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية ثلاثة صور لإنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق وهي: تراضي الزوجين، أو بناء على الضرر، أو طلاق إنشأ. ولقد جاء في القرار التعقيبي الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 08 جوان 1999 مايلي: "أسباب الطلاق ثلاثة:

- التراضي؛

- الإنشاء؛

- الضرر؛

ولا يمكن للمحكمة أن تعتمد إلاّ أحد هذه الأسباب⁵²⁴.

ومن هنا يتضح عدم الاعتراف بطلاق الخلع، وليس هذا فحسب، بل إنّ فقه القضاء التونسي يرى في الخلع مساس بكرامة المرأة، وتعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسين، وهذا ما أعلنت عنه صراحة محكمة التعقيب في القرار الصادر بتاريخ 21 ماي 2009 والذي جاء فيه: "إنّ طلاق الخلع يناقض بشكل جوهري الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي القائمة على ضمان كرامة المرأة

⁵²⁴ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 08 / 06 / 1999، ملف ع. 70563، مقتبس عن: عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق،

وتكريس المساواة بين الجنسين وصون حرمة الحياة الخاصة واحترام حرية الزواج حتى بعد الطلاق مع ضمان حق الطعن في جميع النزاعات الشخصية وهي مبادئ أساسية مكفولة خاصة بالفصول 5 و6 و9 من الدستور وبالفقرة 1- أ وب من الفصل 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18 ديسمبر 1979؛

طالما أنّ طلب الزوجة الطلاق في بلد إقامة المطلوب لا يضمن لها الحق في فك الرابطة الزوجية بموجب حكم قابل للإعتراف به في النظام القانوني التونسي، فإنّ المحاكم التونسية تكون مختصة بالنظر في النزاع⁵²⁵.

إنّ ما اتجهت إليه محكمة التعقيب بشأن الخلع، دليل على فهم خاطئ لما جاءت به الشريعة الإسلامية، التي راعت شعور المرأة ومنحتها هذه الوسيلة لرفع الضرر اللاحق بها. وعلى توجه يرمي إلى مسايرة المجتمع الدولي والاتفاقيات الدولية وخاصة مدى التأثير باتفاقية القضاء على جميع أشكال تمييز ضد المرأة. فحقيقة أنّ عدم اعتبار الخلع يرجع إلى عدم تنظيمه من قبل المشرع التونسي، ولكن كيف يمس الخلع بكرامة المرأة؟ وهل ينتهك من حرمة الحياة الخاصة؟ وأين هي مظاهر عدم المساواة بين الجنسين؟

وفي خضم التطور الذي عرفه المجتمع الجزائري، أصبح شرط موافقة الزوج يثقل كاهل الزوجة ويلحق بها أضرارا مادية ومعنوية، إذ فتح باب الابتزاز والتعسف أمام الكثير من الأزواج، وهي حالات دفعت بالمحكمة العليا إلى العدول عن موقفها الأوّل، بأن ألغت شرط موافقة الزوج، فأصدرت قرارات أجازت النطق بالطلاق عن طريق الخلع بالاكْتفاء بإرادة الزوجة دون موافقة زوجها. من هذه القرارات نذكر:

القرار الصادر بتاريخ 21 جويلية 1992 والذي جاء فيه: "من المقرّر قانونا أنّه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم؛

⁵²⁵ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 21/05/2009، ملف ع. 32561، مقتبس عن: عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 29.

إنّ المادة المذكورة من (ق.أ) تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفاف إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً؛

وعليه فإنّ قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضاوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁵²⁶.

والقرار الصادر بتاريخ 30 جويلية 1996 والذي اقتضى: "من المقرّر قانوناً وشرعاً أنّ الخلع حق حوّلتته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً؛

ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لما قضاوا - في قضية الحال - بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسّكه بالرجوع فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبّقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب رفض قرار المطعون فيه⁵²⁷.

كما أنّ القرار الصادر بتاريخ 16 مارس 1999 تضمن ما يلي: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه؛

ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبّقوا صحيح القانون؛

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁵²⁸.

⁵²⁶ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 21 / 07 / 1992، ملف رقم 83603، م. ق.، ع. خ.، 2001، ص. 134.

⁵²⁷ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 30 / 07 / 1996، ملف رقم 141262، م. ق.، 1998، ع. 01، ص. 120.

⁵²⁸ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 16 / 03 / 1999، ملف رقم 216239، م. ق.، ع. خ.، 2001، ص. 138؛ ولقد لفت انتباهنا تعليق باديس الديباي عندما قال: حيث واضح من القرار أنه أخلط بين الرخصة والحق، إذ أن ما خلص إليه المقصود منه (حق) وليس (رخصة)، ذلك أن الحق هو رخصة الاستئثار بالشيء، وعندما نقر حقاً ل (أ) نتصور استعماله على طلاقته دون قيد ولا شرط في أي وقت نشاء، أما الرخصة فهي القيام بتصرف شرط إجازته كونه عمل يتوقف على موافقة من يرخصه ويجيزه"، باديس الديباي، المرجع السابق، ص. 79.

وكما أنّ القرار الصادر عنها بتاريخ 21 نوفمبر 2000 قضى بأنّ: "قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين"⁵²⁹.

وهكذا، تكون المحكمة العليا فسّرت المادة 54 قبل تعديلها تفسيرا آخر عكس ما اتجهت إليه في موقفها الأوّل⁵³⁰. وبشأن هذه المسألة، ترى الأستاذة الدكتورة زكية تشوار حميدو أنّ الحل الجديد الذي أتت به المحكمة العليا يوافق ويتمشى مع روح النصوص التشريعية، مرجعة ذلك إلى الحجج التالية:

- تقوم الحجة الأولى على أنّ المادة 54 من قانون الأسرة قد اكتفت بالاشتراط على أن تكون الموافقة بين الزوجين على بدل الخلع ولم تشترط في الطلاق ذاته، حيث اكتفت بالقول بأنّه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها"؛

- وأما الحجة الثانية، فتستمد من تفسير المادة 48 من نفس القانون النّاصة على أنّ: "الطلاق حل عقدة الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون". فيستشف منها أنّ المشرع لم يكيّف الخلع على أساس أنّه حالة من حالات الطلاق بالتراضي، وإنّما من الحالات التي تسمح للزوجة فك الرابطة الزوجية قضائيا.

- وفيما يخصّ الحجة الثالثة، فهي مستمدة من الفلسفة التي اتبعها المشرع عند وضعه لأحكام الطلاق، إذ يمكن الاستناد إلى المواد 48، 54 و56 من قانون الأسرة، والتي بموجبها يمكن للقاضي أن يلعب دورا مهما في رفع الضرر عن الزوجة الذي استعصي عليها إثباته، متى رفض الزوج الخلع، وتبيّن له أنّ رغبتها في المفارقة نابعة من جذور عميقة وليست مجرد نزوة، ولتحقيق ذلك يدعو القاضي الطرفين للتحكيم، فإن لم يوفقا في الإصلاح، رجع له الأمر للحكم بالخلع⁵³¹.

فتأسيسا على هذه الحجج تقول: "إنّ المادة 54 من قانون الأسرة اشترطت موافقة الزوجين على بدل الخلع لا على مبدأ الخلع في حدّ ذاته، وأنّ المادة 48 من نفس القانون لم تكيّف الخلع على

⁵²⁹ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 2000 / 11 / 21، ملف رقم 252994، م. ق.، 2001، ع. 01، ص. 293.

⁵³⁰ - بشأن هذا الموقف يراجع، قرارات المحكمة العليا التي اشترطت موافقة الزوج على الخلع، ص. 621-623 من هذه الرسالة.

⁵³¹ - زكية تشوار حميدو، الدور الإيجابي... المرجع السابق، ص. 13.

أنّه طلاق بالتراضي وإمّا هو طلاق بطلب من الزوجة، وطالما أنّ مهمة القاضي هو أن يكتشف أنّ طلب الزوجة الخلع ليس لنزوة وإمّا لإبعاد الضرر اللاحق بها، فما فائدة الاعتداد برضا الزوج؟⁵³².

فنظرا لما أفرزته الصياغة الغامضة وغير الواضحة لنص المادة 54 من قانون الأسرة من تضارب في آراء الفقه القانوني، وعدم استقرار وتوحيد للأحكام القضائية، حسم المشرع موقفه بأن أعلن صراحة عن إلغاء موافقة الزوج على مبدأ الخلع، لتصبح صياغة المادة بعد تعديلها على الشكل التالي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وبناء على هذا التعديل، أصبح الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة وهو حق خالص لها تستعمله وقت ما شاءت وليس مجرد رخصة حبيسة التزكية والموافقة من الزوج⁵³³. فالخلع كالطلاق لما كان بيد الرجل فإنّه لا ينظر فيه إلى موافقة المرأة أو عدم موافقتها على ذلك، فكذلك الأمر للخلع بالنسبة للرجل فلا يعتد بعدم موافقته⁵³⁴.

ولم يضع المشرع أي قيد لهذا الحق الذي تمارسه الزوجة بكل حرية، ومع وضوح النص لا يسع القاضي إلا الاستجابة لطلب الزوجة، وهو ما جسّدته محكمة سيدي عيش بولاية بجاية في الحكم الصادر عنها بتاريخ 07 ديسمبر 2008 والقاضي بتطبيق الزوجة خلعا ودون موافقة الزوج، بالمبلغ المقترح من الزوجة وقدره 1200 دج، مع إسناد الحضانة إليها وإلزام الزوج بدفع مبلغ 5000 دج شهريا عن كل واحد من الأبناء الأربعة كنفقة معاش تسري من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوط الحضانة⁵³⁵.

⁵³²- زكية تشورا حميدو، حكم بعض قضايا الخلع... المرجع السابق، ص. 47-48.

⁵³³- أنظر، نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة والحق الأصيل، دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2009، ع. 01، ص. 198.

⁵³⁴- أنظر، عماري نور الدين، الخلع من الرخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة لجزائريين، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2015، ع. 13، ص. 110.

⁵³⁵- حكم محكمة سيدي عيش بجاية، 07/12/2008، (غير منشور)، مقتبس عن: دليلة آيت شاوش سعيد، المرجع السابق، هامش ص. 356.

على أن تلتزم بحضور جلسة الصلح شخصياً، وهو ما اقتضاه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 10 جويلية 2014 من أن: "يعدّ مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات، القضاء بالخلع، بالرغم من عدم حضور الزوجة جلسة الصلح واكتفائها بإناة محاميها، الوكيل عنها بوكالة رسمية"⁵³⁶.

وهكذا، يكون المشرع قد سار بعكس ما اتجه إليه جمهور الفقهاء، وما ذهب إليه يجد أساساً له عند ابن رشد الحفيد حيث يقول: "والفقه أنّ الفداء إنّما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من الطلاق، فإنّه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"⁵³⁷.

فهل حسنا فعل المشرع الجزائري بإلغاء شرط موافقة الزوج؟

إذا تمّ القول بأنّه كان يتوجب على مشرعنا أن يبقى على شرط موافقة الزوج، فإنّ ذلك سيؤدّي لا محال في بعض الحالات إلى تعسّف الزوج للإضرار بالزوجة، أو حملها على طلب الخلع مكرهة ليستولي على بدل الخلع خاصّة في غياب نص قانوني يعطي حكم المختلعة المكرهة على خلاف المشرع المغربي الذي قضى باسترجاعها لبدل الخلع متى أثبتت أنّها كانت مكرهة على طلبه، وبهذا يتحوّل الخلع إلى صفقة تجارية مربحة.

وفي المقابل، إذا ما تمّ تأييد الموقف الأخير الذي اتخذه المشرع بإلغائه لرضا الزوج يكون من جهة، قد فتح الباب أمام الزوجة في أن تطالب بالخلع وتتخذة وسيلة للتلاعب بأحكام الشرع ولإشباع نزوة طائشة، ومن جهة أخرى، نشجع على ارتفاع نسبة الطلاق الخلعي وهدم الكيان الأسري الذي يقوم عليه المجتمع⁵³⁸.

لهذا، من الأجدر على المشرع، عدم إلغاء موافقة الزوج مع استناد الدور الإيجابي للقاضي. فإذا كانت الحياة مستقيمة والزوج قائماً بواجباته الزوجية وجب عدم إلزامه على الخلع ومحاولة إقناع الزوجة الرجوع إلى زوجها خاصّة إذا تعلّق الأمر بتسرّع أو لحظة غضب، وكان للزوج ميل ومحبة اتجاهها.

⁵³⁶ - محكمة عليا، غ. ش. أ. م.، 10 / 07 / 2014، ملف رقم 0950026، م. م. ع.، 2014، ع. 02، ص. 279.

⁵³⁷ - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد... المرجع السابق، ج. 03، ص. 133.

⁵³⁸ - حول ارتفاع نسبة الطلاق الخلعي يراجع، هامش ص. 606 من هذه الرسالة.

أمّا إذا تبيّن للقاضي أنّها تبغضه وتكرهه ولا تطيق العيش معه، فعليه أن يرشد الزوج ويدعوه إلى قبول الخلع كون أنّ العلاقة الزوجية لا تقوم ولا تستمرّ إلاّ إذا توفر ركن الرضا الذي ينتج المودة والرحمة والاستقرار النفسي والأسري. فإنّ أبي الزوج رغم امتلاك الزوجة لأسباب جدية تجعلها تتمسّك بجزئتها في إنهاء الرابطة الزوجية، أو إذا تبيّن للقاضي أنّ سبب طلب الخلع يرجع إلى سوء معاملة أو تقصير من الزوج ورغبة منه في الإضرار بها، أجاب الزوجة في طلبها الرامي إلى الخلع.

وإذا كان موقف المشرّع الجزائري تميّز بجرأته وبتخاذده موقفًا واضحًا يلغي موافقة الزوج في الطلاق الخلعي، فإنّ المشرّع المغربي بإضافته للفقرة الأخيرة من المادة 120 من مدونة الأسرة، والتي تنص على أنّه: "إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق"، يكون قد اتخذ موقفًا غريبًا. فمن جهة، أصرّ على التمسّك بالرضائية في الطلاق الخلعي، واعتبر الوحيد الذي تبيّن موقف جمهور الفقهاء مقارنةً بنظيره التونسي والجزائري. فلاقى استحسان جانب من الفقه القانوني الذي اشترط موافقة الزوج على الخلع، فبموجبه يمنح الزوج الطلاق الذي يملكه مقابل العوض المالي الذي تعطيه الزوجة⁵³⁹، مستشهدين بقول الله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، فعبارة "عليهما" تعود على الزوجين معاً، وفي تسميته سبحانه الخلع فدية، دليل على أنّ فيه معنى المعاوضة، ولهذا اعتبر فيه رضا الزوجين⁵⁴⁰.

ومستدلين بقول الرسول صلى الله عليه وسلّم لثابت بن قيس: "أقبل الحديقة وطلّقها تطليقة" فهو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب⁵⁴¹، لذا يجب توافر الرضا من جانب الزوج أيضاً. والمعنى في الحديث أنّه لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبيع بعوض جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض، كالشراء والبيع، فالنكاح كالشراء، والخلع كالبيع⁵⁴².

ومن جهة أخرى، حاول إرضاء الجانب الثاني من الفقه القانوني الذي يرى أنّ الخلع حق للمرأة لا يجوز تعليقه على شرط موافقة الزوج حتى لا يحيد عن المبتغى الذي شرّع من أجله⁵⁴³. فاستدل

⁵³⁹ - أنظر، علي فتحي عبد الله، الخلع بين الفقه والقانون، الدار الذهبية، المغرب، 2000، ص. 18.

⁵⁴⁰ - شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن قديم الجوزية، زاد المعاد... المرجع السابق، ج. 02، ص. 453.

⁵⁴¹ - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري... المرجع السابق، ج. 09، ص. 312.

⁵⁴² - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 03، ص. 347.

⁵⁴³ - يحيى بكاي، المرجع السابق، ص. 129 - 130؛ إدريس الفاخوري، واقع الطلاق الخلعي... المرجع السابق، ص. 33 - 35.

بكون مشروعية الخلع في الإسلام مستمدة من آيات سورة البقرة، ومن قصة ثابت بن قيس في السنة، وليس في أي منهما دليل على اشتراط رضا الزوج في الحكم بالخلع. وذلك لأن الآية 229 من سورة البقرة لا تعود على الزوجين كما زعم الفريق الأول، وإنما مرجعه إلى عامة المسلمين أي إلى السلطة العامة. وإنّ حديث الرسول صلى الله عليه وسلم بشأن قصة خلع امرأة ثابت بن قيس بن شماس لا يتضمّن أي دليل على موافقة الزوج لوقوع الخلع، فالرسول صلى الله عليه وسلم أمره بطلاقها دون أن يسأله إن كان موافقا على ذلك، وهو دليل قاطع على أنّ إذن الزوج غير ضروري وغير مطلوب في الطلاق الخلعي.

فما الداعي من تقييد الطلاق الخلعي برضا الزوج، ومن بعدها فتح الباب واسعا أمام الزوجة للجوء إلى مسطرة الشقاق في حالة رفضه، خاصة وأنّ هذه المسطرة سريعة ولا تشتت إثباتا أو ذكر الأسباب، ولا أن تتنازل عن حقوقها⁵⁴⁴؟

فكان أمامه حلّين، إمّا اعتبار الخلع عقدا رضائيا وعدم التنصيص على الفقرة الأخيرة من المادة 120 من مدونة الأسرة، أو إلغاء موافقة الزوج من الخلع مباشرة، بدل اعتماد الموقفين المتناقضين معا. لأنّ مسطرة الشقاق لعدم الاتفاق على الخلع تهدم مؤسّسة الخلع بكاملها، وتفرغ النصوص القانونية المنظمة لها من محتواها، وهو ما يفسّر عزوف الزوجات عن طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع واتجاههنّ نحو مسطرة الشقاق⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ - يراجع التطبيق للشقاق، ص. 657 وما بعدها من هذه الرسالة.

⁵⁴⁵ - وضعية الطلاق الخلعي بالمغرب من سنة 2004 إلى 2013، عرف انخفاضا مهما سنة بعد الأخرى، إذ لم يسجل خلال سنة 2013 إلا 4546 حالة طلاق خلعي، أي بنسبة 18,03% من مجموع حالات الطلاق. أمّا خلال سنة 2012 فسجل 4355 حالة وهو ما يعادل 17,62%، وسنة 2011 ما مجموعه 4147 أي بنسبة 18,08%، وخلال 2010 تم تسجيل 5263 حالة بنسبة 24,39%، وهي تقريبا نفس النسبة التي سجلت في السنوات 2009 و2008، وتقاربت النسبة في سنتي 2007 و2006 بما يعادل حوالي 9000 حالة، أي بنسبة حوالي 30%، وأمّا سنة 2004 فسجلت أعلى نسبة بمعدّل 11999 حالة طلاق خلعي أي بنسبة 42,49%.

من خلال هذه النسب نلاحظ تراجع حالات الطلاق الخلعي سنة بعد سنة، وهو ما يعني أنّ المتعاقدين ابتعدوا عن هذا النوع من الطلاق بشكل اضطرادي مع بداية تطبيق مدونة الأسرة. وتم إرجاع هذا الانخفاض المتتالي إلى اللجوء إلى مسطرة التطلاق للشقاق لسهولة وانخفاض مصاريفها، واحتفاظ المطلقة بحقوقها دون دفع بدل الخلع. كما يمكن تفسيره أيضا بتفضيل الأزواج الانفصال بطريقة ودية بعيدا عن النزاع والصراع عبر الطلاق الإتفاقي، وهو ما تؤكد الإحصائيات المرتفعة لهذين النوعين من الطلاق.، أنظر، القضاء الأسري: الواقع والآفاق، -عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة، دراسة تحليلية إحصائية 2004-2013-، وزارة العدل الحريات، مديرية الشؤون المدنية، المملكة المغربية، ماي 2014، ص. 55-56.

وبهذا الاتجاه الحديث للمشرعين الجزائري والمغربي، تحرّرت الزوجة من قيد موافقة الزوج ورضاه على مبدأ الخلع، ولكنّ ممّا لا شك فيه أنّ إطلاق حرية المرأة في فك الرابطة الزوجية بلا قيد ولا رقيب، من شأنه أن يجعلها متعسّفة في استعمال هذا الحق.

ثانيا: تعسّف المرأة في الطلاق الخلعي نتيجة إطلاق حريتها فيه

إذا كانت الغاية المقصودة من الخلع هي رفع الحرج والمشقة عن الزوجة التي افتقرت لأدلة إثبات الضرر، وخشيت أن لا تقيم حدود الله، فينبغي أن لا تتعسّف في ممارسة هذا الحق. ولذلك متى طلبته بدون مسوغ شرعي كانت آثمة، متعسّفة، ففيما تتمثل هذه الأسباب التي تعطي للمرأة حرية طلب الخلع (1)؟ وعلى فرض أنّها طالبت بالخلع دون مبرّر وسبب جديّ، هل يمكن مساءلتها ومطالبتها بتعويض الزوج عمّا لحقه من ضرر (2)؟

1- عدم تقييد حرية المرأة في طلب الخلع بذكر الأسباب

حقيقة أنّ الخلع جعل في يد الزوجة، غير أنّ من تخالعت زوجها بدون سبب تعتبر متعسّفة ومتعدّية لحدود الله، لأنّ القرآن الكريم أجاز الخلع للمرأة متى خافت أن لا تقيم حدود الله⁵⁴⁶، فحرّم الخلع من غير حاجة إليه لأنّه إضرار بالزوجين وضياع لمنافع النكاح⁵⁴⁷.

والمقصود بحدود الله، قيام الزوجة بواجباتها المترتبة على عقد الزواج تجاه زوجها، من الحفاظ على بيته وماله وحسن المعاشرة له وقبول العلاقة الجنسية معه...، فإن حصل لدى الزوجة يقين بأنّ ليس في طاقتها ومقدورها فعل ذلك لأنّ كرهها للزوج يقف حائلا، فلها طلب الخلع.

فمن الأسباب الموجبة لطلبها الخلع، أن تكون تكره زوجها لخلقه أو خُلِقَه أو دينه أو كبره أو ضعفه وخشيت ألاّ تؤدّي حق الله في طاعته⁵⁴⁸. فعن عكرمة عن ابن عباس قال: "أول خلع كان في الإسلام امرأة ثابت بن قيس، أتت النبي صلّى الله عليه وسلّم فقالت: يا رسول الله لا يجتمع رأسي ورأس ثابت أبدا، إنّي رفعت جانب الخباء فرأيتُه أقبّل في عدّة، فإذا هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة

⁵⁴⁶ - سورة البقرة، الآية رقم 229.

⁵⁴⁷ - أنظر، ادريس الفاخوري، واقع الطلاق الخلعي بالمغرب "المنطقة الشرقية نموذجا"، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون، دار الجسور، وجدة، المغرب، 2003، ع. 08، ص. 32.

⁵⁴⁸ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني... المرجع السابق، ج. 10، ص. 268.

وأقبحهم وجها. فقال أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم، وإن شاء زدته، ففرق بينهما⁵⁴⁹. وفي حديث آخر، عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أنّ امرأة ثابت ابن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: "يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال الرسول عليه السلام: أتردّين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة"⁵⁵⁰. ومعنى أكره الكفر في الإسلام، أي كفران العشير والتقصير فيما يجب له بسبب شدة بغضه، فشدّة كراهتها له قد تحملها على إظهار الكفر ليتفسخ نكاحها منه⁵⁵¹.

فالغالب أنّ سبب الخلع هو كراهية الزوجة لزوجها، لهذا شرع افتداء نفسها بمال وشرع للزوج قبوله. فإباحة الخلع جاء لرفع الحرج عن المرأة، مع تعويض الجانب المتضرر من المفارقة وهو الزوج. وفي هذا السياق، ذهب الحنابلة إلى اعتبار الخلع على ثلاثة أضرب: محظور، ومكروه، ومباح⁵⁵².

فالمحظور: أن يمنعها حقها ويكرهها بسوء عشرته لها لتفتدي نفسها، فالخلع باطل والعوض مردود، وهي على الزوجية إلا أن نقول: الخلع طلاق أو ينوي به الطلاق، فتقع طلقة رجعية. فإن كان بينهما شقاق فانتهى إلى ضربها، أو ضربها ظلما لا لتفتدي نفسها منه، فاختلعت نفسها منه جاز.

والمكروه: أن يخلعها مع استقامة الحال بينهما، فيصح الخلع مع الكراهة.

والمباح: أن يخافا ألاّ يقيما حدود الله، مثل أن تكره المرأة زوجها لخلقه أو لخلقه أو لدينه، فتخاف أن لا تقيم حدود الله فيما يلزمها له من الاستمتاع والمعاشرة، فلا بأس أن تفتدي نفسها منه.

وأیضا عند المالكية، يكون الخلع مباحا بالنسبة للزوجة إذا كرهت زوجها لسوء خلقه أو خلقه أو لنقص في دينه أو ضعفه أو كبره، وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعتها لزوجها. ويكون الخلع

⁵⁴⁹- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري... المرجع السابق، ج. 09، ص. 311.

⁵⁵⁰- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري... المرجع السابق، ص. 1344.

⁵⁵¹- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار... المرجع السابق، كتاب الخلع، ص. 1277.

⁵⁵²- نصير الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب... المرجع السابق، ج. 02، ص. 170.

مكروها، إذا لم يكن للمرأة عذرا مما ذكر أو مصلحة ما. ويكون حراما بالنسبة للزوج إذا ضيق على زوجته ومنعها حقوقها أو بعضا منها قصد افتداء نفسها بمال، وتقع الفرقة في جميع الحالات⁵⁵³.

فالظاهر أنّ الحديث عن الكراهة والحرمة لا يؤثر على صحّة الخلع فهو يقع، ومع ذلك، ليس للمرأة أن تطلبه من غير سبب أو لسبب تافه، لأنّ الشارع الحكيم شدّد في الوعيد لمن تفعل ذلك، فقد ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"⁵⁵⁴، وقوله أيضا: "المختلعات والمتنازعات هنّ المنافقات"⁵⁵⁵.

ولأنّ جزاء المخالعة بدون سبب ينحصر في كون المخالعة آثمة دون أن ينصرف إلى نفاذ الخلع، فإنّ المشرعين المغربي والجزائري لم يقيّدا الخلع بهذا الشرط، حيث وبالإطلاع على المواد من 115 إلى 120 من مدونة الأسرة نجدها لا تتضمنه، باستثناء ما ورد في المادة 120 منها التي اشترطت ذكر أسباب طلب الخلع ليس للحكم به من عدمه، وإثما ليستعين به القاضي كميّار لتقديره مقابل الخلع في حالة اختلاف الزوجين حوله.

وبالرجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، فإنّها لم تشترط في الخلع لا موافقة الزوج ولا ذكر الأسباب، كما أعطت السلطة للقاضي فقط لحسم النزاع حول بدل الخلع، لا مبدأ الخلع، وحتى في هذه الحالة هو مقيّد بالحكم بصدّق المثل.

فلا يشترط أن تقدّم الزوجة أي سبب للخلع كما هو عليه الحال في طلب التطليق، كما لا تحتاج إلى تقديم أدلة إثبات تبين فيها كراهيتها لزوجها، لأنّ أمر الكراهية والحب والطمأنينة من الأمور النفسية التي يعلمها صاحبها⁵⁵⁶. بل يكفي فقط أن تقول بأنّها تكرهه أو أنّها لا تستطيع العيش معه وتخاف أن لا تقيم حدود الله، والقاضي لا يطلب منه التأكيد من بغض الزوجة لزوجها لأنّ ذلك من

⁵⁵³ - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 341.

⁵⁵⁴ - أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير... المرجع السابق، ص. 478.

⁵⁵⁵ - أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ص. 478.

⁵⁵⁶ - أنظر، صديق سعوداوي، تغيرات مبدأ الرضاية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، ع. 01، ص. 168.

الأمر الباطنية، ويكفي فقط أن يتأكد خلال جلسة الصلح بأنها مصممة على طلب الخلع وأنها لا تعترم الاستمرار في حياتها الزوجية⁵⁵⁷.

وكان من المستحسن لو قيد مشرعنا الخلع خاصّة في ظلّ إغائه لموافقة الزوج، لأنّ التقييد الذي وضعه الفقه الإسلامي مؤداه إلى التقليل من حالات الفرقة بين الزوجين. وصحيح أنّ هذا التقييد يكون بأمور خفية، إلاّ أنّه بتدخل القاضي للإصلاح، قد يقلل من حالات الخلع، وربما رجعت كثير من الزوجات عن رأيهنّ إذا علمن إثم المخالعة دون سبب أو لسبب تافه⁵⁵⁸.

والحق، أنّ الواقع يثبت عديد من الزيجات فكّت عن طريق الخلع لأسباب تافهة وغير معقولة، فمن أطرف وأتفه أسباب الخلع، أن خلعت الزوجة زوجها لأنّه رفض الاستجابة لطلبها بقص شاربيه. وأخرى خلعت زوجها بعد ثلاثة أشهر زواج لأنّه رفض تغيير بيتهما الزوجي المسكون بالجن كما زعمت. وأخرى لأنّه منعها من حضور عرس. واعتبرت زوجة أمر رفض زوجها مبيتها عند صديقتها إهانة لكرامتها فطلبت الخلع منه. وتمسكت زوجة أخرى بخلع زوجها بعد عشرة استمرت عشرون سنة وأثمرت عن ستة أطفال بعدما حملته مسؤوليته عدم الاستفادة من إعانة مالية من الدولة لترميم منزلها الذي تهدّم في فيضان 2008. وأخرى خلعت زوجها ووالد ابنيها الاثني لإصابته بالعمى⁵⁵⁹.

وقصة أخرى تثير الاستغراب وتطرح عدّة تساؤلات حول المبررات التي دفعت بعجوز طاعنة في السن إلى المطالبة بخلع من شاركها حياتها وعاشت معه أربعين سنة، والمفاجأة كانت أنّها تريد الانتقام منه لأنّه خانها مع امرأة أخرى خلال السنوات الأولى من زواجه بها، وأنها ظلّت طيلة هذه السنوات تدس الضغينة داخل قلبها حفاظا على تربية أبنائها وخوفا من تفكّكهم. وامرأة أخرى طلبت خلع نفسها بعد ستة أشهر من الزواج بحجة أنّ الزوج فقد راتبه المغربي الذي كان يتقاضاه بالعملة الصعبة في شركة أجنبية بسبب إلغاء هذه الأخيرة المشروع. وأنها وافقت على الزواج به بناء على راتبه الشهري⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷- أنظر، لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، -دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة-، دار هومة، الجزائر، 2013، ص. 147.

⁵⁵⁸- المصري مبروك، الطلاق وآثاره... المرجع السابق، ص. 280.

⁵⁵⁹- أنظر، نادية سليمان، الشروق ترصد أغرب حالات الخلع في الجزائر، 10/ 03/ 2015، على موقع الانترنت: www.echoroukonline.com

⁵⁶⁰- أنظر، مكّي أم السعد، حسام حريشان، الخلع..ضربة جديدة لثماسك الأسرة الجزائرية، 26/ 02/ 2016، على موقع الانترنت:

ومن هذه الأمثلة يتضح أنّ عدم التعرّض لأسباب وشروط الخلع وموجباته أطلق العنان لحرية الزوجة في تفكيك الرابطة الزوجية على أنفه الأسباب. فهل تتحمّل المسؤولية في هذه الحالة وتجبر على تعويض الزوج عن الضرر الذي لحقه من جرّاء تعسّفها في استعمال حقها؟

2- عدم تقييد إرادة المرأة بالتعويض عن التعسّف في الطلاق الخلعي

نلمس معالجة المشرع المغربي لهذه الحالة من جهتين، فمن جهة، اشترطت المادة 115 من مدونة الأسرة موافقة الزوج على الخلع، ولهذا لا تطرح مشكلة تعسّف الزوجة في الطلاق الخلعي. ومن جهة ثانية، أجازت الفقرة الأخيرة من المادة 120 من نفس المدونة للزوجة اللجوء إلى مسطرة الشقاق إذا أصرت على الخلع، ولم يستجب لها الزوج. وبالمقابل منحت للزوج حق طلب التعويض على أساس الفقرة الأولى من المادة 97 من نفس المدونة النّاصة على: "في حالة تعدّد الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطبيق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر"⁵⁶¹.

غير أنّه في ظل قانون الأسرة الجزائري، أصبحت الزوجة حرّة في طلب الخلع وقت ما شاءت، وهي غير مجبرة على إثبات دوافعها لذلك أمام القاضي، فإن وافق الزوج على المبلغ المعروض عليه من طرف الزوجة كان لها ذلك، وإن لم يوافق تدخل القاضي لتحديد دون أن يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم. وبالتالي، فهو حق لها في مقابل حق الطلاق الذي منحه للزوج، ولهذا قد تعسّف في ممارسة حقها، فيلحق بالزوج ضرار من جرّاء ذلك⁵⁶².

فهل يحق للزوج المطالبة بالتعويض على أساس التعسّف في استعمال الحق؟

إنّ النتيجة المترتبة عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والخلع واحدة وهو الخلاص من رابطة زوجية غير مرغوب فيها، ممّا يوحي أنّ هناك تعويض في الحالتين كليهما ولا يوجد أي خلاف بين الوسيلتين في الجوهر.

⁵⁶¹ - يراجع التعويض عن التطلق للشقاق، ص. 681 وما بعدها من هذه الرسالة.

⁵⁶² - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص. 173.

غير أنّ المقابل المالي الذي تدفعه المرأة المختلعة للزوج لتحرّر نفسها من زيجتها، لا يمكن اعتباره تعويضاً له عمّا لحقه من ضرر. وذلك أنّ مقابل الخلع تلزم الزوجة بدفعه سواء كان لها أسباب ودوافع جدية، أو طالبت بالخلع لسبب تافه أو بغير سبب، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، وفي حالة عدم الاتفاق على مقابل الخلع يتدخل القاضي لتحديده بما لا يتجاوز صداق المثل، في حين أنّ الضرر المعنوي الذي يلحق بالزوج قد لا يتناسب مع هذه القيمة⁵⁶³.

كما أنّ التعويض في الطلاق التعسفي للزوج يخضع للسلطة التقديرية للقاضي لا إلى اتفاق الزوجين، في حين أنّ المقابل المالي للخلع يمكن للزوجين أن يتفقا عليه قليلاً أو كثيراً، وفي حالة الاختلاف فقط يتدخل القاضي للحكم بصداق المثل.

فلم يقرّر المشرع الأسري تعويضاً للزوج في حالة تضرره من مخالعة الزوجة له، وهذا على الرغم من أنّه منح الحق للزوجة بالمطالبة بالتعويض في حالة ما إذا تعسّف الزوج في استعمال حقه في الطلاق بالإرادة المنفردة، إذ جاء في المادة 52 من قانون الأسرة ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسّف الزوج في الطلاق حكم للمطلّقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

إذن، من غير المستبعد أن تعسّف الزوجة عند استعمال حقتها الأصيل في طلب الخلع، كأن تطالب به مع استقامة واستقرار حياتها الزوجية، ففي ترتيب مسؤولية المختلعة قبل زوجها ما لا يتعارض مع الشرع أو المنطق أو العقل، ولا مع القواعد القانونية المقررة للمسؤولية⁵⁶⁴.

ولهذا، فإنّ تقرير نص يلزم الزوجة المختلعة بتعويض الزوج في حالة تعسّفها في استعمال هذا الحق، لا يعدّ قيدياً لحريتها، بل حق للزوج لأنّ الطلاق لا يستند على مبررات، خاصّة وأنّ هذا الجزء مفروض على الزوج أيضاً في حالة إذا صدر الطلاق من جانبه. فالتعويض من شأنه أن ينصف الزوج ويجبره عمّا لحقه من ضرر، كما قد يؤدّي إلى التقليل من نسبة الخلع، ويحدّ من الحالات التي لا تستدعيه وتكون إمّا بدون سبب أو لسبب تافه.

⁵⁶³ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص. 188.

⁵⁶⁴ - فمن ينقلب النظر في المادة 124 مكرر من ق. م. ج. يجد أنّ حالات التعسّف في استعمال الحق تكون أولاً، في حالة إذا وقع الخطأ بقصد الإضرار بالغير. وثانياً، إذا كان يرمي إلى تحقيق فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر اللاحق بالغير. وثالثاً، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة. مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص. 186-187.

فعلى غرار المشرع التونسي الذي اعتبر أنّ حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة وإن كان مشروعاً، فإنّه يبقى ذو طابع تعسّفي لغياب سبب يستند عليه، ولهذا أقر بأحقية الطرف الآخر طلب التعويض، حيث نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية على أن: "يقضى لمن تضرّر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه".

فقد كيّف المشرع التونسي الطلاق بإنشاء أو الطلاق المزاجي كما يطلق عليه⁵⁶⁵، على أنّه طلاق تعسّفي موجب للتعويض، وهو ما سارت عليه محكمة استئناف تونس في قرارها الصادر في 15 نوفمبر 1971 والقاضي ب: "أنّ طلب الحكم بإنشاء الطلاق طبقاً للفقرة الثالثة من الفصل 31 من م.أ.ش تتولّد منه قرينة قانونية على أنّه طلب تعسّفي، وبالتالي فلا تكفي الإشارة إلى أنّ هناك ظروف استثنائية حملت المستأنف على إبرام عقدة الزواج لإثبات فقدان التعسّف في المطالبة بالطلاق"⁵⁶⁶.

وجاء عن محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 30 أبريل 1975 ما يلي: "لا يطالب القائم بالطلاق بإنشاء بيان الأسباب التي دفعته إلى ذلك القيام إذ له مطلق الحق في ذلك غير أنّه يتحمّل نتائج قيامه التعسّفي وذلك بتعويض الضرر الحاصل للطرف المقابل"⁵⁶⁷.

وهو أيضاً ما أكّده في قرار آخر صدر عنها بتاريخ 16 أكتوبر 1976 وقد اقتضى: "إنّ مجرد قيام أحد الزوجين بطلب الطلاق بإنشاء يحوّل للطرف المقابل المطالبة بالغرم"⁵⁶⁸.

فالمشرّع التونسي وإن أطلق حرية الزوجة في الطلاق بإرادتها المنفردة، إلاّ أنّه اعتبره طلاقاً تعسّفياً لغياب سبب يستند عليه، وهو ما يبرّر الحكم للزوج بتعويض لجبر الضرر اللاحق به.

وعليه، طالما أنّ الخلع حق للمرأة، وأنّ هذا الحق يخضع لمشيئتها وإرادتها الحرة، ينبغي إذن التعويض لبحث ضوابط استعمال هذا الحق، إذ المقرّر أنّ الحق، دائماً محدود بما ليس فيه مساس

⁵⁶⁵ - محمد اللحمي، المرجع السابق، ص. 386.

⁵⁶⁶ - محكمة الاستئناف بتونس، 28 / 11 / 1963، ع. 56369، مقتبس عن: علي صبيح النعماني، المرجع السابق، ص. 104.

⁵⁶⁷ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 30 / 04 / 1975، ع. 11786، 1975، ج. 02، ص. 24.

⁵⁶⁸ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 16 / 10 / 1976، ع. 630، مقتبس عن: علي صبيح النعماني، المرجع السابق، ص. 106.

بالغير، بإساءة استعماله أو التعسف فيه، وهي ضوابط أخلاقية في المقام الأول، وإن كفل لها القانون الحماية الواجبة. ولذا يتعيّن البحث عن كيفية استخدام الزوجة لحقها في طلب الخلع، ومدى اتفائه وسلوك الزوجة السوية في مثل هذه الحالة.

ونظرا للارتفاع الرهيب لنسبة الطلاق الخلعي بسبب إلغاء موافقة الزوج على الخلع، ولعدم تقييد الزوجة بذكر الأسباب ولا فرض تعويض إذا تعسّفت في استعمال حقها، يتوجب ذكر الآثار المترتبة عن استعمال الطلاق الخلعي بحرية مفرطة.

ثالثا: آثار الطلاق الخلعي على المطلقة

لا اختلاف في أنّ الخلع جائز، لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين، فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه لأسباب خلقية، أو خلقية، أو دينية، وتحشى أن لا تؤدّي حق الله في طاعته، فشرّع لها الخلع في موازاة الطلاق الخاص بالرجل، طريقا للخلاص من الزوجية، لدفع الحرج ورفع الضرر عنها، ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها لتحريرها⁵⁶⁹. غير أنّه وككل طلاق تترتب عليه بعض الأحكام الشرعية والقانونية، كما ولا يخلو من بعض الآثار الاجتماعية.

1- الأحكام الشرعية والقانونية المترتبة عن الطلاق الخلعي

إذا فكّت الرابطة الزوجية عن طريق الخلع يترتب عنها الأحكام الشرعية والقانونية التالية:

أ- يقع به طليقة بائنة ولو بدون عوض، فلا يجوز للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة لأنّها أصبحت أجنبية عنه. وإذا أراد مراجعتها فيجب أن يكون ذلك بإرادتها الحرة، وبناء على عقد جديد⁵⁷⁰.

فالخلع يقطع الرجعة، لأنّ المرأة تبذل العوض لإزالة الضرر عنها، وكل فرقة لإزالة الضرر فإنّها تقتضي قطع ما يعيدها إليه من ثبوت الرجعة عليها وإعادتها إلى الضرر، ولأنّها تعجز عن إقامة حقوق

⁵⁶⁹- أنظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، -في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له-، دار الخلدونية، الجزائر، ط. 01، 2007، ص. 267.

⁵⁷⁰- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي... المرجع السابق، ج. 03، ص. 203-204، المادة 123 من م. أ.م؛ المادة 50 من ق. أ. ج.

الله تعالى في ذات زوجها، فلم تستحق ذلك. ولأنّها فرقة لا يملك به الرجعة بحال، لا يلحق المختلعة طلاق، فلم يصح ورود الطلاق على المرأة في هذه الحال كالطلاق الثلاث واللعان⁵⁷¹.

ب- تعتبر المختلعة في حكم المطلقة، لذا يجب عليها أن تعتد، وعدّة المختلعة محل خلاف بين الفقهاء، فذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي إلى أنّ المختلعة تعتد بثلاثة قروء مثل المطلقة، لقوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"⁵⁷². ومن مبدأ أنّهم اعتبروا الخلع طلاقاً، فإنّه يسري عليه نفس الأحكام التي تسري على الطلاق. في حين ثبت عن الصحابة كابن عباس وعثمان بن عفان أنّ عدّة المختلعة حيضة واحدة لكون الرسول صلى الله عليه وسلم أمر زوجته ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة واحدة⁵⁷³.

وقانوناً، فبمقتضى المادة 136 من مدونة الأسرة المغربية، وتقابلها المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري، عدّة المطلقة المدخول بها غير الحامل ثلاث قروء، واليائس من المحيض ثلاثة أشهر، ابتداء من تاريخ التصريح بالطلاق من قبل القاضي.

ث- إنّ الخلع ينقص ما يملكه الزوج من الطلقات، فقد سئل مالك عن: "الرجل يطلق امرأته واحدة، ثم إنّها أعطته عشرة دنانير وهي في عدتها على ألا رجعة له عليها، ففعل، قال: أراه خلعا. قلت له أفتراه تطليقة أخرى مع الأولى التي طلق؟ قال: نعم، أراها تطليقتين"⁵⁷⁴. ولأنّ المشرع الجزائري ألغى موافقة الزوج على الخلع، فإنّ التساؤل الذي يطرح هل في هذه الحالة ينقص ما يملكه من الطلقات؟

شرعاً ولأنّه لم يتلفظ بالطلاق، وقد يقع الخلع دون رضاه، فإنّ عدد الطلقات لا ينتقص، غير أنّه قانوناً، ولأنّ المشرع لا يعتد إلاّ بالطلاق الصادر بموجب حكم قضائي، وبتقريب المواد 49، 50 و51 من قانون الأسرة يمكن القول أنّ الطلاق الخلعي يحتسب وينقص ما يملكه الزوج من طلقات.

⁵⁷¹- أنظر، القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المجلد 03، دار ابن القيم، السعودية، ط. 01، 2008، ص. 382-383.

⁵⁷²- سورة البقرة، الآية 228.

⁵⁷³- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 450.

⁵⁷⁴- أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل... المرجع السابق، ج. 05، ص. 236.

ج- لا يسقط بالخلع شيء من حقوق الزوجية عند الجمهور، سواء بلفظ الخلع أو المبارأة. وقد ذهب الإمام مالك إلى القول: "إن خالعت المرأة زوجها، إن كانت غير حامل، فلا نفقة لها ولا كسوة ولا يتوارثان ولا رجعة له عليها ولها السكنى. وإن كانت حاملا فلها النفقة والكسوة والسكنى حتى تنقضي عدتها"⁵⁷⁵.

وأما عند الحنابلة، فلا يسقط ما بين المتخالعين من حقوق النكاح كالمهر والنفقة أو غيره كقرض، بسكوت عنها، ولا تسقط نفقة عدّة الحامل⁵⁷⁶. وعند الشافعية لها السكنى ولا نفقة لها، لأنّ زوجها لا يملك الرجعة⁵⁷⁷.

وتسقط بالخلع عند أبي حنيفة كل الحقوق والديون التي تكون لكل واحد من الزوجين في ذمة الآخر، والتي تتعلّق بالزواج الذي وقع الخلع منه كالمهر والنفقة الماضية، لأنّ المقصود منه قطع المنازعة والخصومة بين الزوجين. أما الديون أو الحقوق التي لا تتعلّق بالزواج كالقرض والوديعة والرهن وثن المبيع ونحوها، فلا تسقط بالاتفاق، كما لا تسقط نفقة العدّة إلاّ بالنص على إسقاطها لأنّها تجب عند الدفع⁵⁷⁸.

ويقول ابن رشد القرطبي في: "الذي قال لامرأته أقضي ديني وأفارقك، ثم قال: لا أفارقك حق كان لي عليك فقضيتيه، إنّ ذلك يكون طلاقا إن كان على وجه الفدية، معناه، إذا ثبت أنّ ذلك كان على وجه الفدية ببساط، تقوم عليه بيّنة، مثل أن تسأله أن يطلقها على شيء تعطيه إيّاه، فيقول لها: اقضي ديني وأفارقك، وما أشبه ذلك، أو يقر بذلك على نفسه، فإذا ثبت ذلك أو أقر به على نفسه، كان خلعا ثابتا. فإن لم يثبت ذلك ولا أقر به، وادعا أن ذلك لم يكن منها على وجه الفدية، وأنّه لم يرد بذلك إيجاب الطلاق على نفسه، حلف كما قال على الوجهين جميعا، يحلف بالله ما كان على وجه الفدية، وما أراد إلاّ أن يطلقها بعد ذلك إذا قضته..."⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 338.

⁵⁷⁶- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات... المرجع السابق، ص. 69-70.

⁵⁷⁷- الشافعي، الأم... المرجع السابق، ج. 06، ص. 505.

⁵⁷⁸- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي... المرجع السابق، ج. 03، ص. 203-204.

⁵⁷⁹- أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل... المرجع السابق، ج. 05، ص. 208-209.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 84 من مدونة الأسرة المغربية على أن: "تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حدّدت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة".

وبالمقابل اقتضت المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري أن: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبيّنة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق". فيدخل في مفهوم هذه المادة المختلعة، بحيث لها الحق في السكنى وفي النفقة طالما ما زالت في عدتها.

خ- أجاز الفقه الإسلامي للمرأة أن تختلع سواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده⁵⁸⁰. ومع أنّ المشرّع الجزائري لم يفصح عن موقفه صراحة، إلا أنّ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 14 جوان 2006، منح الحق للزوجة في طلب الخلع بعد الدخول لا قبله، فاقتضى ما يلي: "حيث أنّ الحكم محل الطعن قد خالف القانون وأساء تطبيقه، وذلك لأنّ طلب الخلع لا يمكن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول، بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول، وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور، يتعدّد معه مواصلة العشرة الزوجية، الأمر الذي يجعل الحكم محل الطعن عرضة للنقض والإبطال"⁵⁸¹.

ففي قضية الحال استدلت المحكمة على انعدام السبب بعدم وجود عشرة زوجية لأنّ البناء لم يحصل، لكن هذا ليس دليلا كافيا لأنّ النفور والكراهية يمكن أن يحصلتا حتى مع انعدام الدخول، فقد يحصل النفور بمجرد النظر⁵⁸². ولأنّ الخطبة في ظل الوقت الراهن أصبحت في كثير من الحالات تستمر لما يفوق سنتين، وغالبا ما يصطحبها اختلاط وحديث بين الخطيبين، فإنّ أمر الكراهية والنفور لا يستبعد حتى قبل الدخول.

هذا عن آثار الخلع الفقهية والقانونية، فما هي آثاره الاجتماعية؟

⁵⁸⁰- أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، منتقى شرح موطأ... المرجع السابق، ص. 68.

⁵⁸¹- محكمة عليا، غ. أ. ش.، 14/06/2006، ملف رقم 258613، م. ع. ع.، 2006، ع. 02، ص. 424.

⁵⁸²- عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص. 239.

2- آثار الخلع على المرأة من الناحية الاجتماعية

قد يحدث الاضطراب والخلل وعدم الارتياح والرضا بين الزوجين، فيلجأ أحدهما إلى الطلاق وإنهاء العلاقة الزوجية التي فشلت في إشباع حاجاتهم النفسية والجنسية والاقتصادية الذي كان يتوقع إشباعها أو بعضها منها في ظلّ العلاقة الزوجية. الأمر الذي يؤدي إلى تصدّع هذه الأخيرة وكثرة الشقاق والنزاع بين الزوجين تصل لحد الكراهية وحمل مشاعر البغض العدائية تجاه بعضهما البعض. وهي مشاعر تجعل الزوج والزوجة في حالة اغتراب وعدم تقبّل للآخر، فلا يراعي ولا يحرص كل واحد منهما على حقوقه وواجباته ليجد نفسه مهملاً وغير راض على عيشته الزوجية. ومن هنا، يلجئ الزوج للطلاق لإنهاء معاناته الزوجية، كما ترى الزوجة في الخلع الحل الأمثل لوضع حدّ لعلاقة زوجية تنعدم فيها أواصر المحبة والتوافق، وهو حق مشروع لها.

فنجد أنّ كل من المطلّقين والمطلّقات يرون أنّ الشريك هو من يتحمّل المسؤولية المباشرة عن الطلاق، إذ أنّ لكل منهما أسبابه التي أدّت إلى ذلك. فالزوج يؤكّد مسؤولية الزوجة في انهيار علاقتها الزوجية من حيث انحراف سلوكها وسوء معاملتها له، وعدم قيامها بواجباتها الزوجية، وكثرة خروجاتها وحرّيتها الزائدة، وعدم طاعتها له ورغبتها في السيطرة وفرض رأيها عليه، وخضوعها لأهلها والسماح لهم بالتدخل في حياتها الزوجية، وعدم تقبّلها للزوج، واللجوء إلى المحاكم بهدف المصلحة المادية.

وأما الزوجة، فهي ترى أسباباً تتعلّق بمسؤولية الزوج المباشرة في حدوث الطلاق، ومنها: تقصيره في واجباته تجاهها واتجاه الأبناء، وإلقاء عبء المسؤولية كاملة على عاتقها، إيذاءها الجسدي والنفسي، التسلّط، الاستحواذ على راتبها الشهري، تدخل أهلها في مسائلهم وحياتهم الشخصية⁵⁸³.

وبغض النظر عن هذا وذاك، أضحت الخلع حقيقة اجتماعية تعكسها الأرقام المرتفعة لهذه الظاهرة، فمن الأسباب التي ساهمت في تنامي نسبة الطلاق الخلعي، خروج المرأة للدراسة، وسوق العمل، وهو ما منحها استقلالية اقتصادية، أعطيت بموجبها مزيداً من الحرية وعززت لديها فكرة

⁵⁸³- أنظر، أيمن الشبول، المتغيرات الاجتماعية والنقافية لظاهرة الطلاق، مجلة جامعة دمشق، 2010، ع. 3-4، ص. 686.

المساواة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية بينها وبين الرجل، فأصبحت تتصرّف بحياتها وفقا لإرادتها وميولها.

فولوجها إلى عالم الشغل، جعلها تتحرّر من التبعية المادية للرجل، وتمتّع باستقلالية مالية، فأصبحت المرأة تشارك الرجل في العملية الإنتاجية وأضحت أكثر استقلالية وتحزّرا في اتخاذ قراراتها. كما مكّنها من الحصول على إرضاء الذات من خلال أداء نوع العمل الذي تميل إليه.

غير أنّه، إذا كان عمل المرأة لا يزعزع حياتها الزوجية من الناحية الاقتصادية، فإنّه يزيد من فرص الاضطراب على صعيد تأديتها لواجباتها الزوجية والأسرية. حيث ساهم في شعورها بالضيق والتعب والضغط لعملها داخل البيت وخارجه، وهو ما انعكس سلبا على علاقتها مع زوجها لكثرة التوتر والصراع والمشاجرات، إضافة إلى الآثار السلبية على الأطفال كلّما طال غيابها عن البيت، وهي عوامل أفقدت الأسرة الانسجام والتواصل ممّا أدّى إلى تفكّكها.

وبنظرتها المختلفة عن مركز المرأة ودورها، ورفضها لنموذج المرأة القديمة إن صحّ التعبير، لم تعد قادرة على تحمّل زواج لا تتوافر فيه عوامل الاستقرار النفسي والمادي.

هذا وتؤدّي القيم الثقافية دورا مهماً ومؤثراً في حياة المرأة وفي طلبها للطلاق، فالطلاق يعدّ انعكاسا لمنظومة القيم الأخلاقية التي تستتر بقناع المساواة بين الجنسين والحرية التي يذهب ضحيّتها الأطفال. حيث يرى أستاذ علم الاجتماع بجامعة الجزائر يوسف حنطابلي أنّ ظاهرة الطلاق لا يمكن إلاّ أن تكون اجتماعية، على اعتبار أنّ المتغيرات التي تدخل في انفصال الزوجين تتجلّى في الوسط العائلي والاجتماعي الذي ينتمي له. ويضيف أن تنامي ظاهرة الطلاق يرجع لغياب الوازع الاجتماعي والعائلي الذي كان يرى في الطلاق تهديد للروابط العائلية، كما أن غياب معنى الزواج في تصوّر المرأة والرجل، حيث تحوّل مؤسسة اقتصادية أكثر منه مؤسّسة أخلاقية، وطغت عليه الحسابات المتعلقة بالجانب المادي والمصلحي والآني. وأنّ الطلاق بات يهدّد المجتمع ككل⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴ - أنظر، ياسين بودهان، الطلاق بالجزائر... أرقام تثير المخاوف، 30/10/2016 على موقع الإنترنت: www.aljazeera.net

هذا، ولا ننكر أنّ التعديلات الأخيرة التي مسّت القوانين المغاربية للأسرة ساهمت وبشكل كبير في ارتفاع نسبة الطلاق، لأنّها منحت حرية واسعة للزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع أو طلاق إنشاء، دون قيد ولا شرط ولا رقيب.

ومع ذلك، مهما تكن الأسباب المؤدّية إلى الطلاق وأسباب ارتفاع نسبته، فإنّه في واقع الحال يعكس وضعاً اجتماعياً غير صحي وحالة فريدة جديرة بالاهتمام، كون الذي يحدث ليس نتيجة تفاعلات واحتقانات للعلاقات بين الزوجين وأسرههم فحسب، بل هي في حقيقة الأمر نتاج للعديد من التحوّلات والتغيّرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي أخذت تعصف بمجتمعاتنا العربية والإسلامية. ويظهر ذلك من خلال ما يفرزه من آثار اجتماعية على المرأة والأبناء.

فبالنسبة لآثاره الإيجابية على المرأة، فتتمثل بالدرجة الأولى في التحرّر من تسلّط الزوج وجبروته، إذ هناك من النساء اللاتي عانين من الظلم من أزواج لا يتقون الله، ويتعمّدون نكايه المرأة وتركها معلّقة فلا هي زوجة ولا هي مطلّقة. أو إذا تعمّد الزوج إهمال الزوجة والأبناء لتجد نفسها تنفق وتتحمل مسؤولية الأسرة لوحدها. كما وقد تلجؤ إلى طريق الخلع في حالة كثرة المشاجرات واستمرارها لمُدّة طويلة تتولّد من خلالها الكراهية في نفس المرأة التي قد تخشى أن لا تقيم حدود الله. هذا، وتستعمله كوسيلة في الحالة التي يمارس فيها الزوج سلوكات منافية للأخلاق والآداب العائمة كأن يكون زانياً أو مقامراً، ولا تستطيع أن تثبت ذلك، أو في حالة إهانتها وهدر كرامتها وضربها أمام أبنائها وخاصّة إذا كانت متعلّمة ولديها مركز اجتماعي، فلا تستطيع البوح بذلك أمام الآخرين خشية انكسار كرامتها، وتحوّل النظرة إليها. ففي مثل هذه الحالات يعتبر الخلع الحل الأمثل والأسرع لمن رغبت في إنهاء العلاقة الزوجية⁵⁸⁵.

غير أنّه ومن زاوية أخرى، تتجلّى نتائجه السلبية من الناحية الاجتماعية في كسره لسوية العلاقات الاجتماعية بين الأسر المتصاهرة وإحلاله القطيعة بين الأهل. فعلى المستوى الأخلاقي يتّخذ المجتمع موقفاً ونظرة سلبية تجاه المرأة المطلّقة بصورة خاصّة. في حين يتسامح المجتمع مع الرجل، إلى حدود تقييد حرية المرأة وشعور الأهل بالخشية والخوف عليها أكثر من الابنة غير المتزوّجة. وكما

⁵⁸⁵- أنظر، منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، -أحكامه، آثاره-، دار الثقافة، عمان، ط. 01، 2009، ص. 234-235.

يكبّد الطلاق الزوج أموالا باهظة، فالمطلّقة أيضا ستخسر ما كانت تتمتع به من استقلالية وإعالة مالية كانت من حقها ومن مسؤولية الزوج. الأمر الذي يضعها في موقع اقتصادي متدن خاصة إن لم تكن عاملة، ويدفعها إلى البحث عن معونة حتى تتمكن من إعالة نفسها وأبنائها.

وإنّ سوء استعمال هذا الحق، والتسرّع في اتخاذ قرار التحرّر من الرابطة الزوجية وعدم الصبر والتحمّل إن كانا ممكنين، من شأنه أن يعود بالسلب على المرأة، والتي قد تواجه صعوبات ومتاعب نفسية واجتماعية بعودتها إلى بيت أهلها حاملة فشل حياتها الزوجية. ناهيك عمّا تواجهه من صعوبات في تربية أبنائها بمفردها لتجد نفسها تلعب دور الأم والأب في آن واحد، وخاصة إذا كانت تعمل خارج البيت وداخله ممّا قد يسبّب لها التوتر والقلق والإرهاق النفسي والجسدي. ومن المؤكّد أنّ الكثيرات ممن أقبلن على الخلع سيشرعن بالندم نتيجة تسرّعهنّ وعدم إدراكهنّ عواقب الأمور، ليحذن أنفسهن أمام إنهاء مشكلة وبداية مشكلات عديدة.

وأما على صعيد فوائد الخلع على الأطفال، فيظهر ذلك من خلال الحفاظ على نفسيّتهم وعدم تعرّضهم للأذى في كنف بيت أسري يعمّه الاضطراب وعدم التوافق، حيث أنّه من الأصلح للأبناء أن لا يعيشوا حياة فاسدة ومناخا مشحونا بالخلافات المستمرة بين الزوجين، حيث يسود فيه عدم الاحترام والكثير من الإهانات التي قد تصل إلى ضرب الأم وتمتد إلى سوء معاملة الأبناء. ولأنّ المجتمع الذي يعيش فيه الفرد عامل مهم في تكوين شخصيته، فلا ريب أنّ المشاكل الأسرية التي يشهدها أثناء نموه ستؤثر عليه سلبا، فيكون إنهاء العلاقة الزوجية المخرج الوحيد لتخليص الأبناء من حياة مضطربة غير مستقرة.

هذا الحديث، إن كانت الخلافات بين الزوجين علنية وأمام مرأى ومسمع الأبناء، وأما إذا تمكّن الزوجين من إخفاء مشاكلهما على الأبناء، واقتصر الخلاف والنفور بينهما بحيث لا يؤديان واجباتهما تجاه بعضهما البعض دون المساس بحقوق أطفالهما، فإنّ الخلع سيترك أثرا عميقا عند الأطفال والمراهقين تترجم على شكل العدوان والجنوح وظهور أعراض الاكتئاب، إضافة إلى الشعور بعدم الأمان وانعدام الثقة بالنفس، وهذه الأعراض إلى جانب اضطراب وضعيتهم المادية ستؤدّي إلى تراجع مستواهم التعليمي وبالتالي التأثير سلبا على مستقبلهم.

فالأطفال هم أول ضحايا الطلاق، لأنهم يراوحون داخل إطار قطيعة زواجية بين الأب والأم توازيها علاقة اغترابية ومبتورة اجتماعيا بين أسر والديهما، يفقدون أهم عوامل الاستقرار في حياتهم، إنّه حزن الأسرة، وسيحرمون من حنان أحد الأبوين وعطفه ورعايته، وغالبا ما يكون الأب لأنّ الحضانة تؤول إلى الأم.

فهم يعايشون الخصومات التي كانت بين الوالدين، المصحوبة بالصراخ والشتيم وأحيانا تصل إلى الضرب، وهذا ما يؤلّد عندهم عقدا نفسية تنعكس سلبا على حياتهم المستقبلية. كما يعايشون حياة ما بعد الطلاق وهي أشدّ فتكا بهم، فيكونون عرضة للضياع والاضطراب لتحوّل معيشتهم من الناحية المادية⁵⁸⁶.

ولهذا، فإنّ حفاظ المطلّقين على علاقة طيبة يعمل على التقليل من العوامل السلبية المؤثرة في الأطفال من جرّاء الطلاق، حتى وإن كان ذلك صعبا في مجتمعنا خصوصا إذا ارتبط كل واحد منهما بعلاقة زواج أخرى.

وعليه، من أجل التقليل من نسبة الطلاق والحد من آثاره السلبية إن كان على الأسرة أو على المجتمع ككل، لا بد من تفاعل عدّة عوامل، ومنها⁵⁸⁷:

- 1- كبداية لا بد من التريث في اختيار الشريك، مع مراعاة التقارب العمري والفكري والتجانس الثقافي والاجتماعي، وعدم تغليب رأي الأهل بما يتعارض والرغبة العقلية والعاطفية؛
- 2- احترام خصوصية الزوجين على الرغم من أنّ الزواج ليس ارتباط بين فردين بل ارتباط بين أسرتين، ومحاولة التقليل من حدّة المشاكل بينهما بدل تصعيد الخلاف؛
- 3- تكثيف دور المؤسسات الدينية والمدنية وكذلك المؤسسات الإعلامية ومراكز الإرشاد والتوجيه الأسري للحدّ من الطلاق، فتعمل على توعية المقبلين على الزواج بأهمية الأسرة، ونوعية العلاقة التي يتأسس عليها الزواج، وكذلك توعيتهم بمسؤولياتهم وواجباتهم الأسرية المستقبلية، والتحذير

⁵⁸⁶- أنظر، ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص. 168-169.

⁵⁸⁷- أيمن الشبول، المرجع السابق، ص. 698-699.

من مخاطر الطلاق على الأسرة والمجتمع ككل، وعرض خبرات وتجارب المطلّقين الذين تأثروا بنتائج الطلاق علّها تساعد على تجنّب حالات أخرى للطلاق.

4- استعمال هذا الحق للضرورة القصوى واللجوء إليه كرخصة واستثناء وليس كحق مطلق، فالحرية يجب أن يقابلها حس المسؤولية.

وبعد، فقد أصبح الخلع في قانون الأسرة الجزائري وكأنّه طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة من خلال إلغاء موافقة الزوج، وعدم تقييدها بذكر الأسباب الدافعة لإنهاء العلاقة الزوجية. وحتى ولئن حافظ المشرع المغربي على مبدأ الرضائية في الخلع إلا أنّ الاستثناء الذي أورده قضى على هذه المؤسسة. في حين كان المشرع التونسي صريحاً في عدم اعترافه بالخلع ومنح الزوجة الحرية المطلقة في إنهاء الرابطة الزوجية على قدم المساواة مع الرجل. والإفراط في تمتّع الزوجة بهذه الحرية لا يستبعد معه تعسّفها في استعمال هذا الحق الأصيل، ويساهم في ترتيب آثار وخيمة على المرأة والأبناء والمجتمع ككل.

وإذا كان الخلع بمفهومه الجديد قد منح للزوجة حرية واسعة في فك الرابطة الزوجية، فهناك إلى جانبه صوراً أخرى أطلقت العنان لهذه الحرية، فشكّلت تهديداً صريحاً للأسرة.

المبحث الثاني

مزيد من الحرية للمرأة في فك الرابطة الزوجية بطلب منها

بعد أن استغنى المشرعان المغربي والجزائري عن شرط موافقة الزوج على مبدأ الخلع، أصبح حق أصلي وأساسي تمارسه الزوجة وقتما تشاء دون قيد ولا رقيب. ولا تعتبر هذه الصورة الوحيدة التي منحت للزوجة الحرية في طلب فك الرابطة الزوجية، فإلى جانبها تظهر صورتين أخريتين.

فالصورة الأولى نستشفها من أسباب التطلاق، كون أنّ حرية الزوجة في طلب التطلاق مقيّدة بتوفر أحد الأسباب المنصوص عليها قانوناً، وضرورة إثبات الضرر، مع توقف ذلك على قبول القاضي أو رفضه لطلبها. غير أنّ طلبها التطلاق للشقاق لا يحتاج إلى إثبات الضرر، فيستجيب القاضي لها بمجرد تمسّكها بحريتها في عدم رغبتها في مواصلة الحياة الزوجية، ولهذا فتح باب التطلاق للزوجة على مصرعيه.

وأما الصورة الثانية، فتتحقق عندما يفوض الزوج لزوجته حق تطليق نفسها. فمن يملك حقا يملك الإنابة فيه، وبما أنّ الزوج يملك الحق في طلاق زوجته، جاز له أن يفوضه لها. عامل آخر لتتمسك بحريتها في إنهاء العلاقة الزوجية.

وبهذا يضاف إلى الخلع صورتين أخريتين منحت الزوجة بموجبها مزيدا من الحرية في إنهاء الرابطة الزوجية (المطلب الأول).

ولا شك أنّ تمكين المرأة من طلب فك ارابطة الزوجة دون قيد ولا شرط، مع تحريرها من عبء الإثبات سيجعلها على قدم من المساواة مع الرجل، هذا المبدأ أي عدم التمييز والمساواة يعدّ من المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان، ويفيد مبدأ المساواة تساوي الأفراد منذ ولادتهم في التمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، دون تمييز بسبب الدين أو العرق أو الجنس. وقد أكدت مواثيق حقوق الإنسان على أنّ مبدأ المساواة هو حق أساسي، تقليدي وطبيعي لا يمكن التغافل عنه، إذ يعدّ ركيزة بقية الحقوق، فالاعتراف بمبدأ المساواة بين الجنسين هو إقرار ببقية الحقوق. لهذا لم تغفل المواثيق الدولية الأوضاع الخاصّة بالمرأة وضرورة مساواتها مع الرجل في جميع الجالات ومنها شؤون العائلة، ومنحها ذات الحقوق فيما يتعلّق بقيام الرابطة الزوجية وإنحلالها.

فسواء تعلّق الأمر بالمواثيق الدولية العامّة، أو تلك الخاصّة بالمرأة، فكلّها تضمنت إشارة صريحة إلى تكريس حق المرأة وحريتها في طلب الطلاق تماما كما هو حق الرجل وحرته في ذلك. ولأنّ الدول المغاربية انضمت وصادقت على هذه الاتفاقيات الدولية، فإنّها حاولت ضبط نصوصها القانونية بما يتماشى وهذه الاتفاقيات. وهو ما دفعها إلى اعتماد الطلاق القضائي وحده، وإلى إلغاء موافقة الزوج في الطلاق الخلعي بالنسبة للتشريعين الأسريين المغربي والجزائري، وأما المشرع التونسي، فقد أعلن صراحة على حق الزوجة في الطلاق بإرادتها المنفردة بموجب الفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية.

فتأثر التشريعات المغاربية للأسرة بما جاءت به الاتفاقيات الدولية، ساهم وبشكل كبير في تعديل وصياغة النصوص القانونية بما يتماشى معها تفعيلا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فكانت النتيجة إطلاق حرية المرأة في إيقاع الطلاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

صور أخرى لحرية المرأة في طلب فك الرابطة الزوجية

يعتبر الشقاق المستمر بين الزوجين نوعاً من أنواع الضرر اللاحق بالزوجة، ولكن نظراً لصعوبة الإثبات في دعاوى التطليق للضرر وباقي الأسباب الأخرى الموجبة لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، سطرّ المشرع المغربي نصوصاً قانونية خاصة لمعالجة التطليق للشقاق بأن سمح لكلا الزوجين باللجوء إلى هذه المسطرة، دون حاجة إلى إثبات الضرر الواقع على أحدهما أو كلاهما، ولأنّ هذه المسطرة أعفت الزوجة من عناء إثبات الضرر ولكونها تميّزت ببساطتها وسرعتها، أصبح لها طابع الطلاق بالإرادة المنفردة. أمّا المشرع الجزائري فاكتفى بإضافة فقرة وحيدة ضمن مقتضيات المادة 53 من قانون الأسرة في آخر تعديل له، سمح من خلالها للزوجة، دون الزوج، باللجوء إلى طلب التطليق للشقاق المستمر، دون أن يفصل أكثر في الموضوع. في حين أنّ المشرع التونسي لم يعالجه بطريقة منفصلة وإنما اعتبرها من الحالات التي تندرج ضمن المفهوم العام للضرر (الفرع الأول).

نوع آخر، يجعلنا أمام الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة، فنكون أمامه عندما يفوّض الزوج لزوجته حق وحرية تطليق نفسها، وهذا ما يطلق عليه بطلاق التفويض. ورغم أنّه غير منتشر في المجتمعات المغاربية إلاّ أنّه عرف منذ القدم، حيث تناوله الفقه الإسلامي، وأجازته المشرع المغربي ضمن المادة 89 من مدونة الأسرة، في حين سكت عنه كل من المشرعين التونسي والجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التطليق للشقاق المسطرة المفضلة لدى الزوجات

يعتبر التطليق للشقاق من بين أهم المقتضيات المستجدة التي جاءت بها مدونة الأسرة المغربية خاصة بالنسبة للنساء، حيث يرى البعض أنّها شكّلت مكسباً هاماً في مسار تحقيق المساواة بين الرجال والنساء أمام القانون، ذلك أنّ تحويل الحق في اللجوء إلى هذه المسطرة الجديدة للزوجين معاً، يمنح المرأة نفس الإمكانية المخوّلة للرجل لإنهاء العلاقة الزوجية⁵⁸⁸.

⁵⁸⁸ - عائشة الحجامي، المرجع السابق، ص. 71.

فقد عمدت مدونة الأسرة إلى تبني مسطرة التطليق للشقاق لتضع حدًا للوضعية التي كانت سائدة في ظل قانون الأحوال الشخصية القديم، حيث كانت المرأة الراغبة في الانفصال عن زوجها لسبب أو لآخر تظل معلقة بإرادة الزوج أو باللجوء إلى القضاء في حالات محدّدة حصرياً بنص القانون ثم لا تحصل على حكم بالطلاق إلاّ بصعوبة بالغة نتيجة شرط إثبات الضرر المتعدّد في غالب الأحيان.

وبالتنصيص على مسطرة الشقاق أصبح بإمكان أحد الزوجين أو كليهما، اللجوء إلى القضاء لطلب حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وتقوم المحكمة عندئذ بكل المحاولات لإصلاح ذات البين، وفي حال فشل الصلح، تحكم المحكمة بالتطليق للشقاق، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقديرها لمستحقات الطرف المتضرّر.

وإذا كان المشرع المغربي قد تناول موضوع الشقاق في المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة، بالإضافة إلى نصوص أخرى متفرقة ضمنها، يظهر من خلالها خصائص الشقاق (أولاً)، وحالات اللجوء إليه (ثانياً)، وكذلك إجراءات الصلح (ثالثاً)، وتقدير مستحقات الزوجة والأطفال والحكم بالتعويض للطرف المتضرّر (رابعاً). فإنّ المشرع الجزائري اكتفى بالفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة دون أن يفصّل فيها. وأمّا المشرع التونسي فلم يشر إليها. ما يجعل دراسة هذا الموضوع تتركز على مدونة الأسرة المغربية لما جاء فيها من تفصيل.

أولاً: مدلول الشقاق وخصائصه

ظاهرة الشقاق بين الزوجين ليست شاذة، إذ غالباً ما تحدث بينهما، إمّا بسبب اكتشاف أحدهما في الآخر ما لم يكن يتوقعه، أو بسبب ظروف ووقائع خاصّة تجعل كلا منهما يتعد عن شريكه وينفر منه، إمّا لعدم حصول التوافق الفكري والشخصي والطباع، وغياب الانسجام الروحي والعاطفي بينهما لتكوين شخصية كل منهما، أو لأسباب تربوية، أو لعدم النضج بسبب الزواج المبكر، أو لانعدام الثقة بينهما، فلا يتنازل أي منهما ولا يحاول كل منهما تفهم الطرف الآخر

والسعي لاحتواء المشكلات وحلّها، فتتراكم وتتفاقم المشاكل للحدّ الذي يجعل استمرار الحياة الزوجية متعذراً⁵⁸⁹.

والشقاق لغة من شق وشاق يشق شقاق ومشاقة، يقال شاقه خالفه وعاداه، وهو غلبة العداوة والخلاف. وأمّا في الاصطلاح فهو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة. ومصدر مصطلح الشقاق مستمد من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ حِقَّتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾⁵⁹⁰.

وبالعودة إلى التشريعات المغاربية للأسرة، نجد أنّ هذه الحالة تندرج ضمن المفهوم العام للتطليق للضرر المنصوص عليه بالفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، في حين نص عليها صراحة كل من المشرعين المغربي والجزائري دون تحديد دقيق لمضمونه، الذي حوّل للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتقدير طبيعة ودرجة الشقاق المبرّر للحكم بالتطليق.

فقد خصّص المشرع الجزائري الفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة للتطليق للشقاق، والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة طلب التطليق... للشقاق المستمر بين الزوجين". وبهذا أضافت هذه الفقرة سببا آخر يمنح للزوجة حق طلب التطليق، يتمثل في الشقاق المستمر بين الزوجين، علما وأنّ إضافة هذه الفقرة هو تكريس لاجتهاد قضائي سابق، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 24 سبتمبر 1996 مايلي: "من المستقر عليه أنّ استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا؛

ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ المطعون ضدّها تضرّرت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة، ممّا نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب، وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما؛ فإنّ القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي طبّقوا صحيح القانون"⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ - أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة... المرجع السابق، ص. 274 - 275.

⁵⁹⁰ - سورة النساء، الآية رقم 35.

⁵⁹¹ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 09/24/1996، ملف رقم 139353، م. ق.، 1997، ع. 01، ص. 99.

وبهذا تكون المحكمة قد قضت بالتطليق بسبب الضرر الناتج عن الشقاق المستمر بين الزوجين، بعدما عرّفته على أنّه استفحال الخصام بين الزوجين لمدة طويلة تصبح معها الحياة الزوجية مستحيلة. وبدوره المشرع المغربي نص بموجب المادة 94 من مدونة الأسرة على أنّه: "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة 82 أعلاه". وتضيف المادة 97 من نفس المدونة: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق والمستحقات طبقاً للمواد 83 و84 و85 أعلاه".

من خلال استحضار هاتين المادتين، يتبيّن أنّ المشرع لم يحدّد طبيعة الشقاق المبرّر للتطليق وخصائصه، وهو الأمر الذي يفرض عدّة عوامل وتصوّرات: أولها، أنّ المشرع في بعض النصوص الخاصّة في مدونة الأسرة نص على المكنة المخوّلة لأحد الزوجين للجوء لمسطرة الشقاق، ومن خلال هذه النصوص الخاصّة افترض المشرع قيام حالة الشقاق. وثانيها، تبني طرح إلزام طالب التطليق للشقاق بالتدليل على الأسباب المعتمدة من طرفه وإثباتها بالرجوع للمبادئ التقليدية للتطليق من خلال الإلزام بإثبات الضرر. وثالث هذه العوامل والتصوّرات هو أنّ فتح هذا الباب قد يؤدي إلى نتائج اجتماعية وخيمة من خلال تزايد وارتفاع نسبة حالات التطليق⁵⁹².

وفي ظل غياب تحديد واضح لمعنى الشقاق تشريعياً، حاول القضاء وضع مفهوم له فجاء في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 09 أكتوبر 2006 ما يلي: "وحيث إنّ المقصود بالشقاق هو الخلاف والنزاع الحاد بين الزوجين والذي من شأنه أن يحدث شقا في العلاقة الزوجية بينهما بحيث يتعذر معه استمرارها إلّا بضرر لاحق لا محالة من أحدهما بالآخر"⁵⁹³.

⁵⁹² أنظر، محمد الكشور، يونس الزهري، حسين فتوح، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط. 01، 2006، ص. 47.

⁵⁹³ محكمة ابتدائية بالدار البيضاء، ع. 9395، 09/10/2006، ملف رقم 2005/5201، (غير منشور)، مقتبس عن: عادل حامدي، التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية، -دراسة فقهية وقضائية مسبوقة بآخر الاجتهادات القضائية على ضوء مدونة الأسرة-، مطبعة الأمنية، الرباط، ط. 01، 2007-2008، ص. 68.

من خلال التعريف الوارد في الحكم أعلاه، فالخلافات البسيطة لا تندرج ضمن حالات الشقاق الذي يعطي لأحد الزوجين حق اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق، وإنما لا بد أن يصل هذا الشقاق في شدة طبيعته وحدته إلى درجة يستحيل معها الاستمرار في المعاشرة الزوجية، فالخلاف يبلغ ذروته حتى أنّ كلا من الزوجين يجتهد في فعل ما يشق على الآخر وينغص عليه⁵⁹⁴.

ولهذا الشقاق المبرر للتفريق يتميّز بالخصائص والمميزات التالية⁵⁹⁵:

1- إنّه ممّا يتحرّز عنه ولا تظهر أسبابه قهرا، أي أنّه لا يتولّد من مجرد اختلاف وجهة النظر التي هي من مستلزمات العقل البشري.

2- يكون بصفة قوية يشق على النفس تحمّله ولا يستطاع معه دوام العشرة.

فيشترط في سبب الشقاق أن يكون جدّيا وعميقا بشكل يستحيل معه دوام العشرة، ويتعدّد الوصول إلى حل توفيقى لإنهائه ووضع حدّ له. ولا يكفي فيه مجرد حصول اختلاف وجهات النظر بين الزوجين، كما لا يكفي فيه أن يكون خلافا عاديا على النحو الذي لا تخلو منه أيّة علاقة زوجية. هذا ونضيف أنّه يلزم لاعتباره أن يكون سببه صادر عن الزوجين أو أحدهما ولا يعتدّ بالشقاق الذي يكون مصدره الأقارب.

ورغم وجوب توفر هذه الشروط في الأسباب المعتمدة في الشقاق، فإنّ الأمر يتعلّق بمجرد ادعاء طلب الشقاق لهذه الأسباب من غير تكليف له بإثباتها، لأنّ إثباتها يعني بالضرورة الرجوع إلى مسطرة التطليق للضرر. فيكفي لاعتبار حالة الشقاق قائمة تمسك طالبه برغبته في إنهاء الرابطة الزوجية، وتصريحه بأنّ استمرار الحياة الزوجية أصبح مستحيلا ومتعدّرا⁵⁹⁶.

وتأكيدا على ذلك، اعتبرت المحكمة الابتدائية بمراكش في حكم لها بتاريخ 03 مارس 2005 أنّ غاية المشرع هي السماح للزوجات اللاتي عجزن عن إثبات الضرر اللجوء إلى مسطرة الشقاق، ما يعني عدم وجوب إثبات أسباب الشقاق، وممّا جاء في تعليل هذا الحكم ما يلي: "حيث إنّّه وخلافا

⁵⁹⁴- أنظر، أحمد مجليل، التطليق بسبب الشقاق والضرر في الفقه المالكي والقانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسة العليا المعمقة، جامعة القرويين، كلية الشريعة، آيت ملول، 2003-2004، ص. 28 - 29.

⁵⁹⁵- أحمد مجليل، المرجع السابق، ص. 300.

⁵⁹⁶- محمد الكشور وبيونس الزهري وحسن فتوح، المرجع السابق، ص. 49-50.

لما ذهب إليه المدعى عليه في طرحه عند عرضه لدفعه فإنه ولكن كان المشرع قد حوّل لطرفي العلاقة الزوجية بمقتضى المادة 94 من مدونة الأسرة حق اللجوء للمحكمة بطريقة وقائية لحل المشاكل الزوجية التي يخاف منها الشقاق بينهما، فإن المحكمة قامت في إطار هذا الدور بمحاولتين للصلح بين الزوجين، باءتا بالفشل، وتم بعد ذلك بعث حكّامين من أهل الزوجين فلم يوفقا في مهمتهما الإصلاحية، وظلّت المدعية طيلة هذه المراحل متمسكة بطلبها الرامي إلى إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق التطلق، وتمسكها بطلبها هذا يجعل حالة الشقاق متوقّرة، وهو ما يبرّر إنهاء الرابطة الزوجية، ولا يشترط لاستجابة المحكمة لطلب الزوجة المذكور إثباتها للضرر ذلك أنّ المشرع فتح باب التطلق للشقاق للزوجات اللاتي فشلن في إثبات الضرر، ومن ثم يكون دفع المدعى عليه بعدم إثبات الضرر من طرف الزوجة هو دفع يفتقر إلى سنده التشريعي، وأنّ من شأن مسابته والالتفات إليه إفراغ تعديل مدونة الأسرة من روحه وفلسفته الرامية إلى التيسير على الزوجات في طلب التطلق حتى ولو عجزن عن إثبات الضرر أو استحيين من طرح خصوصيات علاقتهن الزوجية أمام أجهزة القضاء⁵⁹⁷.

إنّ المبدأ الذي انتهى إليه الحكم أعلاه هو تجسيد لفلسفة تعديل مدونة الأسرة والتي أراد من خلالها المشرع معاملة الزوجين على قدم المساواة فيما يتعلّق بإنهاء الرابطة الزوجية، فحتى وإن كانت مسطرة الشقاق حق لكل من الزوجين، فهي موجهة كما يبدو أكثر للزوجة التي تعدّ - من الناحية العملية - الطرف الأكثر استفادة منها اعتباراً لأنّ الزوج يملك حق الطلاق بإرادته المنفردة ولو لم يؤسّسه على أي سبب معقول فكذلك الزوجة أصبحت تمتلك هذا الحق، فلها حرية في التمسك بإنهاء العلاقة الزوجية عن طريق التطلق للشقاق متى أصبحت كارهة لزوجها.

ولهذا يثار التساؤل عن السبب الذي دفع المشرع إلى تحويل الزوج نفس الحق الممنوح للمرأة في اللجوء للتطلق للشقاق طالما أنّ مدونة الأسرة تحتفظ له بإمكانية الحصول على الطلاق بإرادته المنفردة، خاصّة وأنّه بإمكانه استخدام هذا الحق للتحايل على القانون، فيلجئ إلى مسطرة الشقاق بدافع التملص من أداء مستحقات الزوجة.

⁵⁹⁷ - محكمة ابتدائية بمراكش، قسم قضاء الأسرة، 03 / 03 / 2005، ع. 418، ملف رقم 2005 - 8 - 2004 (غير منشور)، مقتبس عن: محمد الكشيبور، يونس الزهري، وحسن الفتوح، المرجع السابق، ص. 51.

وهكذا، فإنّ دعوى التطليق للشقاق تتميز عن غيرها من دعاوي التطليق، بأنّ رافع الدعوى غير ملزم بتحديد نوع النزاع الذي بينه وبين الزوج الآخر، فيكون إثبات الشقاق غير ضروري ولا يعتبر من شروط الدعوى عكس ما هو عليه الحال في دعاوي التطليق التي ينبغي أن تؤسّس على إثبات محدّد لأسباب الخلاف بين الزوجين، بل أكثر من ذلك فإنّها يمكن أن تؤسّس على مجرد عدم رغبة أحد الزوجين في استمرار العلاقة الزوجية بينهما⁵⁹⁸.

فيظهر جليا أنّ دعوى الشقاق دعوى جديدة، الغاية منها توسيع حالات طلب التطليق الممنوحة للزوجة، والتطليق للشقاق بالنسبة لها مقابل حق الزوج في الطلاق، ولذا جاءت لمنح مزيد من الحرية للمرأة لوضع حد للرابطة الزوجية ولتحريرها من هذه العلاقة.

وتعتبر مسطرة الشقاق المسطرة المفضلة حاليا لدى المتقاضين -والزوجات على وجه الخصوص-

للأسباب التالية:

1- مسطرة سريعة: تستفاد سرعة المسطرة من مقتضيات المادة 95 من مدونة الأسرة النّاصة على: "يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب..."، وعلى هذا فدعوى التطليق للشقاق تحرّر الزوجة من العلاقة الزوجية في مدّة وجيزة وبواسطة حكم لا يقبل أي طعن إلاّ بخصوص المستحقات المالية المحكوم بها للزوجة وللأطفال.

2- عدم إلزامية إثبات الشقاق: بمراجعة المواد المنظمة للتطليق بسبب الشقاق من المادة 94 إلى 97 من مدونة الأسرة، نجد أنّ المشرع لا يلزم من يرفع دعوى التطليق بإثبات الشقاق، وهو الاتجاه الذي يسير فيه قضاء الأسرة بالمغرب.

فلقد جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 30 ماي 2005 مايلي:
"وحيث إنّه وبرجوع المحكمة إلى تصريحات الزوجين والشهود والحكمين تبين لها عدم وجود ضرر تتعرّض له الزوجة من زوجها كضرب وشتم وغيره، غير أنّ المحكمة تأكّد لها من هذه التصريحات

⁵⁹⁸- أنظر، عبد الباقي أعزيبو، دعوى التطليق للشقاق والإشكاليات العملية المثارة بشأنها، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحصيلة والمعوقات، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون الأسري يومي 15-16 مارس 2007، كلية الحقوق وجدة، سلسلة الندوات 02، مطبعة الجسور، وجدة، ط. 01، 2008، ص. 147.

استحالة استمرار المعاشرة الزوجية بين الطرفين وإمكانية حصول أضرار جسيمة في حالة استمرارها ما يتعيّن معه الاستجابة لطلب الزوجية التطليق بسبب الشقاق⁵⁹⁹.

ولأنّ الأمر كذلك، فمن شأن دعوى الشقاق مستقبلاً أن تجب باقي أسباب التطليق الأخرى، فقد أفادت الإحصائيات اكتساح التطليق للشقاق في السنة الأولى من بداية تطبيقه باقي أنواع التطليق الأخرى، حيث سجلت مدينة وجدة 156 حالة تطليق للشقاق وحالة واحدة للتطليق للضرر، وثلاث حالات تطليق للعيب، وثمان حالات تطليق للإيلاء والهجر. وسجلت مدينة طنجة 377 حالات تطليق للشقاق مقابل 90 حالة تطليق للضرر. وسجلت مدينة تطوان 79 حالة تطليق للشقاق، و44 حالة تطليق للضرر، وحالة واحدة للتطليق للإيلاء والهجر⁶⁰⁰.

فيتضح أنّ الزوجات أصبحن يستعملن هذا الحق كاملاً، وبحرية مطلقة وأحياناً بتعسف باد وظاهر يكون ضحيته ابتداء وانتهاء الأبناء. لهذا هناك من يرى ضرورة إثبات الشقاق كشرط لقبول دعوى التطليق المرفوعة من الزوج أو من الزوجة حسب الأحوال، حتى لا تصبح مؤسسة الزواج هشة تنتهي لمجرد نزوة تتاب أحد طرفيها⁶⁰¹.

إذن، نظراً لما تميّز به مسطرة الشقاق من يسر وسرعة وسهولة، أصبحت تشكل سلاح ذو حدين، فهي من جهة، تضع حدّاً لمعاناة بعض النساء في الحالات التي يتعسف فيها بعض الأزواج ولا يستطعن تخليص أنفسهن منه إلاّ بهذه المسطرة. ولكنها من جهة أخرى، فتحت باباً عريضاً للعواصف التي قد تجرف بنايات الأسرة، وترهق كاهل الزوج بتبعات ومستحققات لم يتسبّب فيها، بل وإثماً فتحت باباً واسعاً للاضطراب لدى كثير من العائلات⁶⁰².

ولأنّها أيضاً تتميز بطبيعة مطاطية، فهي تكاد تستوعب كل أسباب التطليق الأخرى، مادام طالب التطليق للشقاق غير ملزم بتحديد نوع النزاع الذي بينه وبين زوجته. كما أنّه غير ملزم بإثبات

⁵⁹⁹ - محكمة ابتدائية بفاس، ع. 2648، 30/05/2005، ملف رقم 2004/2123، مجلة المعيار، 2005، ع. 34، ص. 303.

⁶⁰⁰ - عادل حاميدي، المرجع السابق، ص. 71.

⁶⁰¹ - أنظر، محمد الكشور، ملاحظات بشأن أحكام التطليق في مدونة الأسرة، مجلة المناهج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، ع. 9-

ص. 11.

⁶⁰² - عبد الله ابن الطاهر السوسي التناي، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 151.

الشقاق أمام المحكمة، فالنزاع حول النفقة يشكّل شقاقا، والإضرار بالزوجة يشكّل شقاقا، وغيبة الزوج، وإخلاله بتنفيذ شروط عقد الزواج، وإخلاله بالالتزامات الزوجية كلّها حالات تسبّب الشقاق لدرجة تدفع للتساؤل عن جدوى الإبقاء عن أسباب التطلاق الأخرى.

وإذا كانت هذه هي مميزات وخصائص الشقاق والتي جعلته المسطرة المفضلة لدى الزوجات، فإنّ المشرع نص أيضا على خمس حالات أخرى تمنح للزوجة حرية طلب التطلاق للشقاق إلى جانب ما ورد بالمادة 94 من مدونة الأسرة.

ثانيا: حالات أخرى تمنح المرأة حرية اللجوء إلى مسطرة الشقاق في مدونة الأسرة

إنّ المتصفح لمدونة الأسرة المغربية يرى أنّ المشرع خصّ الباب الأوّل من القسم الرابع الخاص بالتطلاق بعنوان التطلاق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق، غير أنّ اللجوء إلى التطلاق للشقاق لا يقتصر على الخلاف القائم بين الزوجين والذي نظّمه المشرع ضمن المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة، بل يمكن اللجوء إليه في حالات أخرى نظرا لافتراض وجود نزاع مستحکم بين الزوجين. فقد أشار المشرع في مدونة الأسرة في مجموعة نصوص متفرقة من نصوصها إلى حالة الشقاق، حيث حوّل اللجوء إليها إمّا بصفة تلقائية من طرف المحكمة، أو بناء على طلب يقدمه من يعنيه الأمر من طرفي العلاقة الزوجية وهذه الحالات هي كالتالي:

1- حالة إصرار الزوج على التعدّد، ورفض الزوجة، وعدم طلبها التطلاق

هذه الحالة عالجتها المادة 45 من مدونة الأسرة التي نصت في فقرتها الأخيرة على أنّه: "إذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدّد، ولم توافق الزوجة المراد التزوّج عليها، ولم تطلب التطلاق، طلبت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده".

والملاحظ أنّه في هذه الحالة تلجأ المحكمة تلقائيا إلى الحكم بالتطلاق إذا تعدّر الإصلاح واستمر الشقاق، بالرغم من أنّ إرادة الزوجين أو أحدهما كانت تتجه نحو وضع حدّ للنزاع لا حدّ للعلاقة الزوجية حسب مقتضيات المادة 94 من مدونة الأسرة. وسنّدها القانوني في ذلك ما تضمنته المادة 97 من نفس المدونة بصريح النص أنّه: "في حالة تعدّر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطلاق والمستحقات طبقا للمادة 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل

من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر". وأيضاً ما نصت عليه المادة 45 من مدونة الأسرة: "إذا ثبت للمحكمة من خلال المناقشات تعذر استمرار العلاقة الزوجية، وأصرّت الزوجة المراد التزوُّج عليها على المطالبة بالتطليق، حدّدت المحكمة مبلغاً لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادها الملزم الزوج بالإفناق عليهم". ومن هنا نجد أنّ القضاء أصبح يتمتّع بالصفة في تطبيق مسطرة الشقاق ولو لم يتمسك بها أحد من الزوجين.

والحقيقة أنّ ما جاء به المشرع هنا يثير الاستغراب لكونه يهدف إلى هدم كيان الأسرة بدل الحفاظ عليه، فلا الزوج طالب بفك الرابطة الزوجية، ولا الزوجة هي الأخرى رغبت في إنهائها، فكيف للمحكمة أن تتدخل من تلقاء نفسها لوضع حدّ لها؟ فهذا فيه مساس بحرية الزوجة في الإبقاء على الرابطة الزوجية قائمة.

2- حالة الإخلال بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين

إذا أخلّ الزوجان كلاهما أو أحدهما بالحقوق والواجبات المتبادلة بينهما المنصوص عليها في المادة 51 من مدونة الأسرة، فإنّ المشرع أعطى الخيار للزوج المتضرّر من إخلال صاحبه بالواجبات الزوجية بين اللجوء إلى المحكمة لاستصدار حكم بإلزام المخل بالتنفيذ العيني متى كان ممكناً، أو أن يلجأ مباشرة للمحكمة لطلب تطبيق مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 وما بعدها. وهو ما نصت المادة 52 من مدونة الأسرة بقولها: "عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة، يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملتزم به، أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 بعده".

وبالرجوع إلى المادة 51 من نفس المدونة، نجد أنّ المشرع نص على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والتي تتمثل في:

- أ- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرّة زوجية وعدل وتسوية عند التعدّد، وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل؛
- ب- المعاشرّة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة؛

- ت- المساهمة في تسيير شؤون البيت ورعايته، حيث اقتضت الفقرة الثالثة من المادة 51 من مدونة الأسرة: "تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال"؛
- ث- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل؛
- ج- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف.
- ح- حق التوارث بينهما.

يظهر من خلال هذه الحقوق التي سطرها المادة 51 من مدونة الأسرة تطبيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فلم يعدّ المشرع يتحدث عن الحقوق المتبادلة بين الزوجين، ثم حقوق الزوجة على الزوج، فحقوق الزوج على زوجته، خلافا لما كان عليه الوضع في مدونة الأحوال الشخصية، بل هي حقوق واحدة متبادلة بين طرفي العلاقة الزوجية.

واستنادا لنص المادة 52 من نفس المدونة، فإنّ أي إخلال من الزوج بأحد هذه الحقوق والواجبات تمنح الحرية للزوجة في طلب التطلاق للشقاق. غير أنّه إذا كانت الفقرات الخمس الأولى من المادة 51 من المدونة تنسجم مع مقتضيات المادة 52 منها، فإنّ الفقرة السادسة والأخيرة تبدو غير سليمة وغير منسجمة، حيث لا مجال للحديث عن الإخلال بحق التوارث بين الزوجين قيد حياتهما، وعلى فرض حصوله فإنّه لا يعتد به قانونا لاتصال قواعد الإرث بصفة القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، وما دام الأمر كذلك لا يمكن تصوّر التطلاق لشقاق قائم على إخلال أحد طرفيه بحق التوارث⁶⁰³.

3- حالة عجز الزوجة عن إثبات الضرر في دعوى التطلاق للضرر

يعدّ التطلاق للضرر أحد الأسباب التشريعية المبرّرة لتطلاق الزوجة من عصمة زوجها متى أثبتت الضرر⁶⁰⁴، ولأنّ إثبات هذا الأخير يبقى أمرا صعبا أعطى المشرع للزوجات اللواتي عجزن عن إثبات الضرر، الحق في اللجوء إلى طلب التطلاق للشقاق، وهذه المكنة تضمنتها الفقرة الثانية من المادة

⁶⁰³ - محمد الكشور، يونس الزهري، حسن فتوخ، المرجع السابق، ص. 65-66.

⁶⁰⁴ - يراجع، ص. 469 وما بعدها من هذه الرسالة.

100 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: "إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصرّت على طلب التطليق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

فبعد أن قيّدت حرية الزوجة بإثبات الضرر للمطالبة بالتطليق، ثم تحريرها من هذا القيد من خلال منحها حرية طلب التطليق للشقاق.

4- حالة رفض الزوج لطلب الخلع المقدم من طرف الزوجة

بعدما نظم المشرع المغربي مسألة الخلع في المواد من 115 إلى 120 من مدونة الأسرة، والتي من خلالها أعطى الحق للزوجين في التراضي على الطلاق بالخلع، محتفظاً بحق الزوج في الرفض⁶⁰⁵، أوجد حيلة للزوجة تمكنها من اللجوء إلى طلب التطليق للشقاق في الحالة التي لا يقبل فيها الزوج بالإيجاب المقدم من طرف الزوجة والرامي للإختلاع منه، وذلك دون حاجة إلى فتح ملف جديد في الموضوع. وهذا استناداً لأحكام الفقرة الثانية من المادة 120 من مدونة الأسرة النّاصة على أنّه: "إذا أصرّت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

ولا يفهم توجه وفلسفة المشرع المغربي في هذه المسألة، إذ يحتفظ بحق الزوج في الموافقة على الخلع أو رفضه له، ثم يسقطه بموجب الفقرة الثانية من المادة 120 أعلاه، فكان حرياً أن يلغي موافقة الزوج من الأساس، ويستغني عن هذه الحالة كسبب مبرّر للتطليق للشقاق. لهذا فإنّ قيد حرية الزوجة في طلب الخلع بموافقة الزوج لا معنى له أمام وضع هذا الاستثناء والذي منحها حرية التخلّص من هذا القيد وطلب إنهاء الرابطة الزوجية بالتطليق للشقاق.

5- حالة رفض الزوجة لمراجعتها من طرف الزوج

الأصل في التشريع المغربي أنّ كل طلاق أوقعه الزوج فهو طلاق رجعي، إلّا ما استثني بنص، كما جاء في المادة 122 من مدونة الأسرة بقولها: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلّا في حالتي التطليق للإيلاء، وعدم الإنفاق". وتضيف المادة 123 من نفس المدونة أنّ الطلاق الواقع من

⁶⁰⁵ - يراجع، ص. 618-619 من هذه الرسالة.

الزوج يكون بائنا في حالة الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك.

ويترتب على وصف الطلاق بأنه رجعي حق الزوج في أن يراجع زوجته من غير صدق جديد ولا ولي، ولهذا أوجب المشرع على قاضي التوثيق قبل الخطاب على وثيقة الرجعة استدعاء الزوجة وإعلامها بذلك. فإن رفضت الرجعة جاز لها المطالبة بالتطليق للشقاق تطبيقاً لمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 124 من مدونة الأسرة والتي اقتضت ما يلي: "يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا استدعت ورفضت الرجوع، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه".

فالمفروض أنّ حق الزوج في مراجعة زوجته يجعلها غير حرة في رفض العودة إليه، إلاّ أنّه وأمام هذه الحالة المذكورة، منح المشرع لها الحرية في رفض الرجعة وحرية التمسك بطلب التطليق.

إذن هي خمس حالات جاءت في نصوص متفرقة من مدونة الأسرة تعتبر أسباباً للتطليق للشقاق، وما وردت إلاّ على سبيل المثال لا الحصر، إذ يمكن تكييفها على أنّها حالات ممتازة للشقاق، وباقي الحالات الأخرى يبقى للمحكمة واسع النظر فيها وتقدير ما إذا كانت ضمن حالات الشقاق المبررة للتطليق أم أنّها لا تغدو أن تكون مشاكل وتصدّعات عادية بين الزوجين.

وعلى سبيل الاستشهاد، اعتبرت ابتدائية مراكش أنّ تحلّف الزوج عن حضور جلسات الصلح يعدّ قرينة على قيام حالة الشقاق، لأنّ هذا الأخير يستهتر بمستقبل العلاقة الزوجية، ولا يظهر بمظهر الحريص على استمرارها، فقد ورد في حكمها الصادر بتاريخ 13 جانفي 2005 التالي: "حيث إنّ المدعية بقيت مصرّة طيلة إجراءات التقاضي على طلبها الرامي لإنهاء الرابطة الزوجية للشقاق، إذ أنّ زوجها في نظرها الشخصي هو المتسبّب في الوضعية الصحية المتردية التي آلت إليها أحوالها، ومن ثمّ فإنّ الشقاق بين الزوجين باعتباره تلك الحالة الواقعية التي يتعدّد فيها استمرار العلاقة الزوجية بين الطرفين لأنّ كل طرف منهما يكون في جانب بعيداً عن قرينه بسبب غلبة العداوة والمباغضة والكراهية على نحو تنتفي معه أواصر المودة وتتصدّع فيه السكينة والطمأنينة بينهما ويفرغ الزواج من أسس استقراره ويجول دون مباشرة الحقوق والواجبات المتبادلة بين طرفيه هي حالة قائمة في النازلة، إذ

أن الزوج يتعامل بنوع من الاستهتار والاستخفاف بالعلاقة الزوجية بدليل أنه لم يكلف نفسه عناء حضور جلسة الصلح، وكل ذلك يجعل الطلب مبررًا ويتعيّن الاستجابة له بتطبيق المدعية من عصمة زوجها بحكم نهائي في هذا الشق طلقه بائنة للشقاق⁶⁰⁶.

وبحسب هذه الحالات الخمس، يعتبر الشقاق تأشيرة صالحة للانتقال من مسطرة إلى أخرى، فالزوجة التي تعجز عن إثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر، يكفيها أن تتقدم وفي إطار نفس الدعوى بطلب تطليقها للشقاق، ويقضى وفق طلبها. وهو جزاء لضمان توازن العلاقة الزوجية وحفظها من كل إخلال بالحقوق والواجبات. وهو حق يسمح للزوجة بتعطيل مسطرة الرجعة. وحصن يحول دون ابتزاز الزوج لزوجته في الطلاق الخلعي. وهو مخرج للقاضي في الحالات المستعصية كالحالة التي يتمسك فيها الزوج بطلب الإذن بالتعدد ولا توافق الزوجة على طلبه ولا تطالب بالتطليق.

هذا وإنّ إرادة الطرفين ليست وحدها مصدر التطليق بسبب الشقاق، وإنّما قد يكون مصدره إرادة القضاء حيث يسعى الأخير إلى إصلاح ذات البين ووضع حدّ للشقاق وفي حالة فشله ينتهي إلى التصريح بالتطليق لخلو الحياة الزوجية من السكن والمودة والرحمة⁶⁰⁷.

فلأنّ التطليق للشقاق يفتح الباب أمام الزوجة لفك الرابطة الزوجية دون حاجة إلى إثبات الضرر أو الأسباب المؤدية إلى ذلك كما هو شأن أسباب التطليق الأخرى، فإنّه يعتبر طلاقاً بإرادتها المنفردة، وهو حق لها في مقابل حق الزوج في الطلاق. وأيضاً لم يكتف المشرع بالتنصيص عليه كحالة خاصة ضمن المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة فحسب، وإنّما أضاف الحالات الخمسة المذكورة أعلاه. وهو ما أعطى للزوجة مزيداً من الحرية في إنهاء الرابطة الزوجية. كما أنّ تنظيمه لمسطرة الشقاق بهذه المنهجية مستغرب، لأنّه لا يسير مع الفلسفة التي انتهجها ضمن مقتضيات المادة 70 من نفس المدونة والتي جاء فيها: "لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلاّ"

⁶⁰⁶ - حكم ابتدائية مراكش، ع. 169، 13 / 01 / 2005، ملف رقم 1860 - 8 - 2004، (غير منشور)، مقتبس عن محمد الكشور، يونس الزهري، حسن فتوح، المرجع السابق، ص. 52.

⁶⁰⁷ - أنظر، حفيظة توتة، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مدونة الأسرة بين النص والممارسة، أعمال الندوة الوطنية التي نظمتها شعبة القانون الخاص ومركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش وهيئة المحامين، يومي 27 و28 يناير 2006، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، ط. 01، 2006، ص. 128 - 129.

استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال".

غير أنه سواء تعلّق الأمر بالتطليق للشقاق، أو أي صورة من صور فك الرابطة الزوجية، فالحكم بإنهائها لا يصدر إلاّ بعد التقيّد بإجراء الصلح.

ثالثاً: تمسك المرأة بحريتها رغم محاولات الصلح

طبقاً لمدونة الأسرة المغربية تقوم المحكمة باستدعاء الزوجين لمحاولة الصلح⁶⁰⁸، فإذا لم يحضر الزوج للجلسة الصلحية عدّ متراجعا عن طلبه⁶⁰⁹، أمّا إذا توصلت الزوجة بالاستدعاء ولم تحضر، فإنّه يتم إشعارها من طرف المحكمة بواسطة النيابة العامة بأنّها ستبث في الطلب في غيبتها إن لم تحضر للجلسة الموالية⁶¹⁰. وأمّا إذا حضر الزوجين معاً، تجرى المناقشات في غرفة المشورة، وإذا كان بينهما أبناء فلا بد من إجراء محاولتين للصلح تفصل بينهما مدّة لا تقل عن 30 يوماً، فإذا تم الإصلاح بين الزوجين حرّر به محضر ويتم الإشهاد به من طرف المحكمة⁶¹¹.

وإن فشلت محاولات الصلح، فإنّ المحكمة تحدّد مبلغاً يودعه الزوج بكتابة الضبط خلال أجل أقصاه 30 يوماً لأداء مستحقات الزوجة والأطفال⁶¹²، والمتمثلة طبقاً للمادة 84 من المدونة في الصداق المؤجل إن وجد، نفقة العدّة، نفقة المتعة، تكاليف السكن، أجره الحضانة، نفقة الأولاد معيشة وتعليماً وصحة. فإن لم يودع الزوج المبلغ المحدّد من طرف المحكمة اعتبر تراجعاً منه عن رغبته في إيقاع الطلاق⁶¹³، وأمّا إذا أودعه فإنّ المحكمة تأذن له بتوثيق الطلاق⁶¹⁴.

⁶⁰⁸ - المادة 81 من م. أ. م.

⁶⁰⁹ - ف. 02 من المادة 81 من م. أ. م.

⁶¹⁰ - ف. 03 من المادة 81 من م. أ. م.

⁶¹¹ - المادة 82 من م. أ. م.

⁶¹² - المادة 83 من م. أ. م.

⁶¹³ - المادة 86 من م. أ. م.

⁶¹⁴ - المادة 87 من م. أ. م.

ولأنّ في الشقاق لا يعرف غالبا من المسيء من الزوجين، وضعت الشريعة الإسلامية حلاً لفض النزاع بينهما يجد أساسه في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ حِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁶¹⁵.

وقد تعامل المشرع المغربي مع هذه الإشكالية، فسطر له مسطرة خاصة بأن أناط للقاضي مهمة الإشراف على محاولة الصلح بين الزوجين المتنازعين، فقد أوجبت المادة 94 من مدونة الأسرة على المحكمة أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين، وإنّ ذات المادة أحالت في كيفية إجراء الصلح على المادة 82 منها، والتي خيّرت المحكمة بين ثلاث سبل لإجراء الصلح وهي إما انتداب حكّمين، أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين، وإن كانت المحاكم تميل في الغالب إلى تعيين حكّمين للتوفيق والسداد بين الزوجين⁶¹⁶.

علماً وأنّ مسطرة الشقاق وضعتها المدونة بهدف حل أي نزاع قد يؤدّي إلى الفرقة بين الزوجين ودمار الأسرة أي أنّها تهدف بالأساس إلى تحقيق الصلح بين الزوجين وإنهاء حالة الشقاق بينهما، وليس بهدف إنهاء العلاقة الزوجية بينهما، فهي في الأصل مسطرة وقائية إصلاحية توفيقية، كما يتجلى من نص المادة 94 من مدونة الأسرة التي لم تتكلم عن طلب مقدّم للتطبيق بل تتحدث عن طلب يرمي لحل نزاع يخاف منه الشقاق.

فيتم التطبيق للشقاق بتقديم طلب لحل النزاع من أحد الزوجين أو منهما معا لدى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية الموجود في نطاق نفوذها بيت الزوجية أو موطنها، أو المكان الذي أبرم فيه عقد الزواج طبقاً لمقتضيات المادتين 31 و32 من قانون المسطرة المدنية. وبعدها يتم استدعاء الطرفين من قبل المحكمة في محاولة منها للصلح بين الزوجين، فإن لم يفلح القاضي بإرجاع الأمور إلى طبيعتها، يستعين بحكّمين. فإذا توصل الحكّمين إلى الإصلاح بين الزوجين حرّرا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ، ويتم الإشهاد على ذلك من طرف نفس المحكمة على أساس الفقرة الثانية من المادة 95 من مدونة الأسرة. أمّا إذا باءت المحاولات بالفشل، أمكن للمحكمة أن تجري بحثاً إضافياً بالوسيلة التي تراها ملائمة وتتخذ ما تراه مناسباً من الإجراءات، فإن تعذّر عليها مرّة أخرى الإصلاح واستمر

⁶¹⁵ - سورة النساء، الآية رقم 35.

⁶¹⁶ - عادل حاميدي، المرجع السابق، ص. 193.

الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وبعد تحديد مستحقات الزوجة وأولادها، تأمر الزوج بإيداعه بصندوق المحكمة داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام، فإن تم الإيداع داخل الأجل المحدد أصدرت المحكمة حكماً بالتطليق غير قابل للطعن من حيث إنهاء العلاقة الزوجية⁶¹⁷.

وإضافة إلى التحكيم، أشارت المادة 82 من مدونة الأسرة إلى إمكانية انتداب مجلس العائلة بمناسبة عرض ملف الطلاق على القضاء، وأحالت المادة 94 من نفس المدونة على نفس المقتضيات عندما يتعلّق الأمر بطلب التطليق للشقاق. هذا وقد أضافت المادة 251 منها في فقرتها الثانية إلى إحداث مجلس للعائلة تناط به مهمة مساعدة القضاء في اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة، ويحدّد تكوينه ومهامه بمقتضى نص تنظيمي.

فصدر المرسوم رقم 88.04.2 بتاريخ 14 جوان 2004، ويتكوّن هذا المجلس من القاضي بصفته رئيس مجلس العائلة، ومن الأب أو الأم أو الوصي أو المقدم، ومن أربعة أعضاء يعيّنهم رئيس مجلس العائلة من بين الأقارب أو الأصهار بالتساوي من جهة الأب وجهة الأم، أو جهة الزوج حسب الأحوال، وإذا تعدّر توفرهم في الجهتين أمكن تكوينه من جهة واحدة، وعلى الرئيس أن يراعي عند اختيارهم درجة القرابة، ومكان إقامتهم وسنهم، ومؤهلاتهم وعلاقاتهم بالأسرة، ومدى استعدادهم للعناية بشؤونها وحرصهم على مصلحتها، على أن يكون هؤلاء الأعضاء كاملي الأهلية، ويجتمع مجلس العائلة بطلب من الأم أو القاصر أو المحجور أو بمبادرة من الرئيس أو بناء على طلب أحد أعضائه الآخرين، كلما دعت الضرورة لذلك⁶¹⁸.

غير أنّه، حسب آراء بعض القضاة فهذا الإجراء غير ذي فائدة وغير فعّال بالمرّة وذلك لعدّة أسباب أبرزها مسألة انتداب حكمين أو مجلس العائلة المنصوص عليها في المادة 82 من المدونة، فقد أجمعوا على أنّ عائلة الزوجين تكونان في الغالب طرفاً في النزاع وتساهمان في تفاقمه، فلا فائدة من انتداب الحكمين أو مجلس العائلة في مسطرة الصلح لأنّ ذلك من شأنه أن يزيد الوضع سوءاً بين الزوجين. هذا وإنّ النزاع بين الزوجين غالباً ما لا يتم عرضه على القضاء إلاّ بعد أن تكون محاولات الصلح العائلية قد استنفذت وباءت بالفشل وأضحى الانفصال بين الزوجين واقعا بالفعل. وهذا ما

⁶¹⁷ - أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة... المرجع السابق، ص. 277 وما بعدها.

⁶¹⁸ - حفيفة توتة، التطليق بسبب الشقاق... المرجع السابق، ص. 134.

يجعل المتقاضين يتعاملون مع مسطرة الصلح كمسطرة للتطبيق للشقاق، لا كوسيلة لإصلاح ذات البين⁶¹⁹.

وفي هذا السياق، نعرض حكمين قضائيين استعان القاضي من خلالهما بالحكمين إلا أنّهما فشلا في إجراء الصلح بين الزوجين، فالحكم الأول صادر عن محكمة أكادير بتاريخ 18 ماي 2005 والذي جاء فيه: "وحيث إنّ الزوجة أصرت على طلب الشقاق رغم محاولات الصلح التي قامت بها المحكمة والتي باءت بالفشل، وكذا فشل الحكمين المنتدبين من طرف المحكمة في التوفيق بين الطرفين وإجراء صلح بينهما"⁶²⁰. وأما الحكم الثاني فهو صادر عن محكمة العرائش بتاريخ 04 أفريل 2006 وقد اقتضى: "حيث تهدف المدعية من طلبها الحكم بتطليقها من عصمة زوجها للشقاق؛

وحيث إنّ محاولتي الصلح اللتين أجرتهما المحكمة باءتا بالفشل لإصرار الزوجة على التطلاق من زوجها وعدم رغبتها في الاستمرار معه؛

وحيث وإنه وأمام إصرار الزوجة على تعذر استمرارها في عصمة زوجها ورغبتها في التطلاق بسبب ما تدعيه من إخلال الزوج بواجباته الزوجية اتجاهها وأمام فشل محاولتي الصلح اللتين قامت بهما المحكمة واللتين عززتهما بتكليف حكمين مختارين من طرف الزوجان لإجراء محاولة التصالح انتهت بدورها بالفشل، فإنه يتعيّن الاستجابة لطلب الزوجة في فك العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها المدعى عليه استنادا على مقتضيات المادة 94 وما يليها من مدونة الأسرة..."⁶²¹.

فلا شك أنه عن تجربة توصل القضاة إلى القول أنّ تعيين الحكمين لا يثمر بنتائج إيجابية في الغالب، وأيضا محاولات الصلح التي تقوم بها المحكمة، فأمام إصرار الزوجة على طلب التطلاق وتمسكها بحريتها تستجيب المحكمة لطلبها، وهو ما فتح الباب على مصرعيه للزوجة لتتحرّر من الرابطة الزوجية.

⁶¹⁹ - عائشة الحجامي، المرجع السابق، ص. 74.

⁶²⁰ - المحكمة الابتدائية بأكادير، 18 / 05 / 2005، ملف ع. 19 / 2005، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 133 - 134.

⁶²¹ - المحكمة الابتدائية بالعرائش، 04 / 04 / 2006، ملف ع. 5 / 05 - 698، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 122 وما بعدها.

ومع ذلك، فإن المحكمة تلتزم بالقيام بمحاولتين للصلح بين طرفي دعوى التطليق للشقاق تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين (30) يوما في حالة وجود أبناء طبقا لأحكام المادة 82 من المدونة. وهكذا يكون المشرع قد حدّد حدّا أدنى لعدد محاولات الصلح في حالة وجود أبناء، دون تحديد حدّ أقصى في هذه الحالة، وأيضا في الحالة التي لا يكون فيها لطرفي الدعوى أبناء، تاركا أمر تحديدها للسلطة التقديرية للقاضي.

وقد ضرب المشرع مهلة ستة أشهر للفصل في دعوى الشقاق. غير أنّ تقييد القضاء بهذا الحل يعني المزاوجة بين أمرين على طرفي نقيض، فمن جهة، يتوجب عليهم احترام المدّة المقرّرة قانونا وعدم تجاوز 06 أشهر للفصل في دعوى التطليق للشقاق. ومن جهة أخرى، عليهم بذل ما في وسعهم لإنجاح مسعى الصلح والسداد بين طرفي الدعوى، ولأجل ذلك قد يستغرقون الأجل المذكور ويزيدون عليه.

فالمزاوجة بين التحكيم القضائي والتحكيم العائلي، مع تقييد القاضي بالبت في طلب التطليق بسبب الشقاق داخل أجل أقصاه ستة أشهر، جعلت مسطرة الصلح مطبوعة بكثير من التسرع والإرتجال. فضلا عن تفاقم المشاكل واحتمام الصراع نتيجة تدخل الحكّمين.

ولهذا، وبهدف جعل مسطرة الصلح وسيلة ناجحة كفيلة بالمساهمة في تحقيق الاستقرار والتماسك الأسري، على المشرع أن يعيد النظر في تنظيم آليات المصالحة التي يعهد إليها بتسوية النزاعات الأسرية كإنشاء مراكز متخصصة في فض الخلافات الأسرية، تضم متخصصين في القانون والفقهاء الإسلاميين، وأخصائيين في علم النفس وعلم الاجتماع، يتوفرن على تكوين متخصصين في شؤون الأسرة تؤهلهم للمساهمة في معالجة المشاكل الزوجية، وأيضا لا بد من التحسيس بأهمية التماسك الأسري وإشاعة ثقافة التسامح واحترام الآخر⁶²².

وبمقتضى قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائيين، فإنّه يتعيّن على الزوج تحرير عريضة افتتاحية وفقا للأشكال المقرّرة لرفع الدعوى، أمام قسم شؤون الأسرة، ثم يقوم بتبليغ المدعى

⁶²² - حفيفة توتة، التطليق بسبب الشقاق... المرجع السابق، ص. 176 - 177.

عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة رسمياً⁶²³. فتقوم المحكمة بتحديد جلسة للصلح يحضرها الطرفان⁶²⁴، فإذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاضٍ آخر لسماعه، أمّا إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح دون عذر رغم تبليغه شخصياً، حرّر القاضي محضراً بذلك⁶²⁵.

هذا ويتعيّن على القاضي إجراء عدّة محاولات للصلح على ألاّ تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى⁶²⁶، وأنّ عدد محاولات الصلح تخضع لسلطته التقديرية وفقاً لما استقرت عليه المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 13 مارس 2014 والذي جاء فيه: "استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة على خضوع عدد محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه"⁶²⁷.

غير أنّه يعاب على المشرع أنّه اشترط على القاضي إجراء عدّة محاولات صلح وقّيده بمدة زمنية لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فكيف يمكن للقاضي أن يبذل مزيداً من الجهد أو يخصّص وقتاً أكبر للتوصل إلى الصلح بين الزوجين؟ خاصّة مع كل الضغوطات التي يتعرّض لها جراء الملفات العديدة التي يتولّى مهمّة الفصل فيها. فأصبح إجراء الصلح من الناحية الواقعية إجراء بلا نتيجة، وأحياناً يؤدّي إلى الزيادة في الحُصام وشدّة الكراهية⁶²⁸.

وعليه أيضاً أن يحرّر محضراً بمساعي الصلح ونتائجه، يوقعه القاضي، أمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط⁶²⁹. فإذا أثمرت جلسة الصلح يحدّد القاضي جلسة للإشهاد على المصالحة، أمّا إذا باءت بالفشل فيحدّد القاضي جلسة النطق بالحكم بالطلاق ليسجّل وجوباً في سجلات الحالة

⁶²³ - المادتين 436 و438 من ق. إ. م. إ. ج.

⁶²⁴ - المادة 440 من ق. إ. م. إ. ج.

⁶²⁵ - المادة 441 من ق. إ. م. إ. ج.

⁶²⁶ - المادة 49 ف. 01 من ق. أ. ج؛ والمادة 442 ف. 02 ق. إ. م. إ. ج.

⁶²⁷ - محكمة عليا، غ. ش. أ. م.، 13/ 03/ 2014، ملف رقم 0870291، م. م. ع.، 2014، ع. 02، ص. 268.

⁶²⁸ - زكية تشوار حميدو، مدى حماية الأسرة... المرجع السابق، ص. 131-132.

⁶²⁹ - المادة 49 ف. 02 من ق. أ. ج؛ والمادة 443 ق. إ. م. إ. ج.

المدنية بسعي من النيابة العامة⁶³⁰. على أن تتم جلسات الصلح في جلسة سرية وهو إجراء جوهري من شأنه أن يعرض الحكم للطعن إن تم تجاهله⁶³¹.

وحرصاً من المشرع على محاولة الإصلاح قدر الإمكان نص على تعيين حكّامين لإصلاح ذات البين في حالة ما إذا لم يثبت الضرر، بمقتضى المادة 56 من قانون الأسرة تنص على أنه: "إذا اشتد الخصاص بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّامين للتوفيق بينهما. يعيّن القاضي الحكّامين، حكماً من أهل الزوج، وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّامين أن يقدّما تقريراً عن مهمّتهما في أجل شهرين". وأيضاً ضمن المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية النّاصة على أنه: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعيّن حكّامين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

غير أنّه بملاحظة المادتين المذكورتين يتبيّن وجود تباين في حكم اللجوء إلى التحكيم، حيث جاءت في المادة 56 من قانون الأسرة عبارة: "وجب تعيين حكّامين"، أمّا المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فتشير إلى جواز اللجوء إلى الحكّامين، ولأنّ المادة الأخيرة أشارت إلى التقيّد بمقتضيات قانون الأسرة وجب الحديث عن وجوب تعيين الحكّامين حال اشتداد الخصاص⁶³². غير أنّ المحكمة العليا لم تستسغ هذا القول بأن ذهبت إلى اعتبار أمر تعيين الحكّامين هو أمر جوازي، وذلك من خلال القرار الصادر عنها بتاريخ 14 أفريل 2011 إذ اقتضى بأن: "القاضي غير ملزم بتعيين الحكّامين، في حالة اشتداد الخصاص بين الزوجين، وثبوت الضرر"⁶³³.

⁶³⁰ - المادة 49 ف. 03 من ق. أ. ج.

⁶³¹ - المادة 439 من ق.إ.م.إ.ج؛ وهذا ما قضت به المحكمة العليا بقولها: "من المقرّر قانوناً أنّه لا يثبت الطلاق إلّا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون؛ ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أنّ قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه"، محكمة عليا، غ. أ. ش.، 18/06/1991، ملف رقم 75141، م. ق.، 1993، ع. 01، ص. 65؛ وفي قرار آخر جاء فيه ما يلي: "القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع، يخالف أحكام المادة 49 من قانون الأسرة"، محكمة عليا، غ. أ. ش.، 14/01/2009، ملف رقم 477546، م. م. ع.، 2009، ع. 02، ص. 279.

⁶³² - دليّة آيت شاوش سعيد، المرجع السابق، ص. 253-254.

⁶³³ - محكمة عليا، غ. ش. أ. م.، 14/04/2011، ملف رقم 620084، م. م. ع.، 2012، ع. 01، ص. 299.

وبموجب مجلة الأحوال الشخصية التونسية ترفع قضية الطلاق بمقتضى استدعاء يسلم للقاضي الصلحي الذي يجب أن يكون وكيل رئيس لما يتمتع به من تجربة وحنكة تجعل فرصة إنجاح المحاولة الصلحية أوفر. فيتعين على القاضي الصلحي أن يتأكد من أنّ الاستدعاء قد بلغ شخصيا للمدعى عليه، فأى تواطؤ أو تحايل عند التبليغ يعرض صاحبه لعقوبة السجن مدة عام⁶³⁴. وبعدها يحدد القاضي تاريخ الجلسة الصلحية بحضور الزوجين معا.

فإذا تغيب المدعى عن الجلسة، فإنّ مآل القضية هو الطرح، أمّا إذا تغيب المدعى عليه وكان غيابه بدون عذر يواصل القاضي في إجراءات الطلاق، وإذا كان بعذر يجزّر الكاتب محضر عدم الصلح ويمكن تعيين جلسة صلحية أخرى.

فإجراء الصلح وجوبي عملا بالفقرة الثانية من الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية، والتي جاء فيها: "ولا يحكم بالطلاق إلّا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك". وهو ما سارت عليه محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 2003، والذي جاء فيه: "الجلسات الصلحية في مادة الأحوال الشخصية وجوبية وإذا لم يحضر المدعى عليه بالجلسة الأولى لعدم بلوغ الاستدعاء إليه شخصيا فإنّ قاضي الأسرة يسعى لاستدعائه⁶³⁵".

وبحسب ما ورد في الفقرة الرابعة من نفس الفصل فإنّه: "وعند وجود ابن قاصر أو أكثر تتكرّر جلسة الصلح ثلاث مرات على أن تنعقد الواحدة منها 30 يوما بعد سابقتها على الأقل ويبذل خلالها القاضي مزيدا من الجهد للتوصل إلى الصلح ويستعين بمن يراه في ذلك". وهذا ما قضت به محكمة التعقيب في القرار الصادر بتاريخ 07 جوان 2001 بقولها: "عقد ثلاث جلسات صلحية عند

⁶³⁴ - الفصل 32 مكرر من م. أ. ش. ت.

⁶³⁵ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 26 / 12 / 2003، ملف ع. 27914، مقتبس عن عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق،

وجود قاصر أو أكثر إجراء وجوبي لتعلق مقتضيات قانون الأحوال الشخصية بالنظام العام العائلي باعتباره قانونا استثنائيا واجب التطبيق ولو دون طلب الخصوم⁶³⁶.

فالملاحظ أنّ المشرع التونسي وسعيا منه للحفاظ على الرابطة الزوجية ما استطاع، نص على عقد ثلاث جلسات صلحية إذا كان هناك ابن فأكثر حتى يجنبهم عواقب ما ينجم عن الطلاق باعتبارهم الأكثر تضررا منه، ويبقى الأمر متروكا لحرية في تكرار المحاولة حال عدم وجود أبناء، أو حالة رشدهم، كما يختصرها إذا تعلق الأمر بصورة الطلاق بالتراضي. وقد ضبط أجلا أدنى فاصل بين الجلسة والأخرى حدّد بشهر، إلاّ أنّه لم يضبط الحد الأقصى ما قد يعرّض الجلسة إلى التأجيل لشهور، لذلك يتعيّن هنا على القاضي أن يبذل مجهودا أكبر لكي لا يطيل في الجلسات الصلحية خاصة إذا تبين له أنّ العلاقة بين الطرفين متوترة ووصلت إلى طريق مسدود ما قد ينجم عنه مشاكل أكبر⁶³⁷.

والملفت أيضا أنّ المشرع استعمل عبارة "يستعين بمن يراه" دون أن يحدّد أو يضبط من هؤلاء الأشخاص بل ترك الحرية للقاضي الصلحي، إذ يمكنه أن يستعين بأحد من الأهل، أو بأصدقاء الزوجين، أو بمرشدة اجتماعية، والمجال يبقى مفتوحا حسب تقدير القاضي فيمن يراهم أجدر بهذه المهمة بدلا عنه⁶³⁸.

وهذا يذكرّ بالفصل 25 من المجلة السابقة حيث ورد فيه: "إذا شكّا أحد الزوجين من الأضرار به ولا بيّنة له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يعيّن حكمين وعلى الحكمين أن ينظرا فإن قدرا على الإصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال".

⁶³⁶ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 07 / 06 / 2001، ملف ع. 7013، مقتبس عن عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 46.

⁶³⁷ - ساسي بن حليمة، دراسات في الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 212 وما بعدها.

⁶³⁸ - أنظر، ساسي بن حليمة، دور قاضي الأسرة في قضايا الطلاق، مجلة الأحداث القانونية التونسية، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، 1992، ع. 06، ص. 37-38.

فالمشرع لم يعتمد صياغة الفصل 25 في التعديل الأخير، بل أعطى كما أشرنا أعلاه الحرية للقاضي في تعيين وتحديد من هم الحكماء، ربما لكونه أراد أن يزيد من فرص نجاح المحاولة الصلحية، لكن السؤال الذي يطرح هل فعلاً أنّ هذا الإجراء يتبع أم أنّه يبقى مجرد حبر على ورق؟

بالرجوع إلى الفقرة الرابعة من الفصل 32 من المجلة، نجد أنّ الصيغة التي جاءت فيها العبارة لا تعكس الطابع الإلزامي لهذا الإجراء، وتؤكد أنّ استعانة قاضي الأسرة بالغير على إتمام الصلح تبقى مجرد إمكانية لقاضي الأسرة يستطيع الاستغناء عنها. وأمام صمت المشرع التونسي، فإنّ عدم الاستعانة بالغير لا تأثير له على حكم الطلاق، وهو ما جعل أمر اعتماده على المستوى التطبيقي ضئيل جداً إن لم نقل منعدماً⁶³⁹.

إذ عادة ما يحاول القاضي الإصلاح بنفسه، فإن باءت المحاولة بالفشل يحرّر محضر بذلك، دون أن يسعى إلى تعيين الحكّمين نظراً لضيق الوقت وكثرة دعاوى الطلاق المرفوعة، خاصّة إذا تبين له أنّ الشقاق بين الزوجين لا أمل في إصلاحه وأنّ أي محاولات أخرى تعدّ مضيعة للوقت.

وبعد، فالتشريعات المغاربية للأسرة كلّها اعتبرت الصلح إجراءً وجوبياً، ولو أنّه على المستوى التطبيقي نجد أنّ دور القضاء في هذا الصدد محدود جدّاً، وأنّ المحاولة الصلحية التي يجربها القاضي لا تأتي أكلها إلّا في حالات نادرة وغالباً ما تعود إلى تصالح سابق بين الزوجين.

لذلك يمكن إكساء هذا الإجراء مزيداً من النجاعة بالسماح للقضاء بالاستعانة ببعض المنظمات والمؤسّسات الاجتماعية في إجراء المحاولة الصلحية، فعلى سبيل المثال أثبتت المنظمة التونسية للتربية والأسرة بھاكلها وعیاداتھا النفسية نجاعة تدخلاتھا في كثير من الخلافات العائلية، ثمّ فضّھا قبل الوصول إلى القضاء⁶⁴⁰. فالھاكل المتخصّصة في الوفاق العائلي من شأنھا التقليل من حدّة الطلاق خاصّة إذا اعتمدت كإجراء قبلي سابق للنزاع ولما لا حتى أثناء مرحلة التقاضي⁶⁴¹.

⁶³⁹- أنظر، رفيقة خالدي، التعليق على الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة تونس المنار، 2009-2010، ص. 62 وما بعدها.

⁶⁴⁰- أنظر، محمد رؤوف المراكشي، مركز المرأة المتزوجة في القانون المقارن، م. ق. ت.، الشركة التونسية لفنون الرسم، تونس، جوان 1980، ع. 06، ص. 37.

⁶⁴¹- رفيقة خالدي، المرجع السابق، ص. 65-66.

فإذا تمسكت الزوجة بجريرتها وفشلت محاولات الصلح، وجب الحكم بالتطليق للشقاق، فهل يمكن في هذه الحالة الحكم بالتعويض؟

رابعاً: التعويض عن الضرر في التطليق للشقاق

إنّ كل سلوك صادر عن أحد الزوجين يؤدي إلى استحالة استمرار العلاقة الزوجية ويكون سبباً في انتهاء مسطرة الشقاق بالتطليق يحوّل للزوج الآخر المطالبة بالتعويض وفقاً للمادة 97 من مدونة الأسرة بقولها: "...مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر".

وفي هذا الصدد، اعتبرت محكمة ابتدائية قلعة السراغنة تقديم الزوجة لطلبها الرامي إلى التطليق للشقاق وإصرارها عليه رغم المساعي والجهود التي بذلتها المحكمة والحكمين، ورغم إبداء الزوج استعداداً للاستجابة لكل مطالبها بغية الحفاظ على ابنه وعلى كيان الأسرة، مسؤولة عن ما آلت إليه العلاقة الزوجية، تسمح للزوج بالحصول على تعويض عمّا لحقه من ضرر جراء هذا الفراق.

حيث جاء في بعض حيثيات هذا الحكم: "وحيث أنّه بالرجوع إلى وثائق الملف ومستنداته وما راج بجلسات البحث والصلح يتبيّن أنّ الخلاف والشقاق بين الطرفين، قد وصل إلى الحد الذي أصبحت فيه المدعية لا تطيق العيش في كنف المدعى عليه، وذلك للعديد من المشاكل والنزاعات المعروضة أمام مختلف المحاكم منذ أربع سنوات خلت، منها ملفات الطلاق التي سبق أن عرضت أمام السيد قاضي التوثيق في ظل المدونة القديمة، وأحكام أخرى من أجل إيقاف النفقة، أو إسقاطها بالإضافة إلى قضايا أخرى جنحية...؛

وحيث يظهر بجلاء من خلال ما ذكر أعلاه، ما آلت إليه العلاقة الزوجية بين الطرفين طيلة الأربع سنوات الماضية، بحيث احتدم النزاع والصراع بينهما إلى أن شمل كذلك عائلي الطرفين، وأصبح النفور والعداء بينهما سيّد الميدان، وبذلك فقدت الحياة الزوجية أساسها الشرعي وبيقى الفراق هو الحل القانوني والشرعي الأنسب، الشيء الذي يتعيّن معه والحالة هذه الاستجابة لطلب المدعية والحكم بتطليقها من عصمة زوجها طليقة واحدة بائنة للشقاق...؛

وحيث أنه إذا كان المشرع بمقتضى المادة 97 من مدونة الأسرة قد حوّل لأحد الزوجين طلب التطليق للشقاق، فإنّه في مقابل ذلك قد منح للمحكمة إمكانية الحكم بالتعويض لفائدة من تضرّر من الزوجين بناء على طلبه...؛

وحيث إنّ الزوجة، تكون بسلوكها هذا قد ساهمت بشكل مباشر فيما آلت إليه العلاقة الزوجية، والتي انتهت بالفراق، وألحقت بزوجها المدعي ضررا ماديا ومعنويا نتيجة انفصام عرى الزوجية، وكذا فراقه لابنه، ويكون تبعا لذلك محقّا في طلب التعويض الذي ارتأت المحكمة لما لها من سلطة تقديرية تحديده في مبلغ 3000 درهم⁶⁴².

وهو أيضا ما قضت به محكمة الدار البيضاء بتاريخ 28 فيفري 2006 من أنّ: "حيث يرمي هذا الطلب الحكم لفائدة المدعي بتعويض باعتدال في درهم رمزي بسبب الضرر الذي أصابه من المدعية لتعسفها في إيقاع التطليق؛

وحيث إنّّه إذا كانت المادة 97 من مدونة الأسرة قد حولت لأحد الزوجين طلب التطليق بسبب الشقاق، فإنّه في مقابل ذلك قد منحت للمحكمة إمكانية الحكم بالتعويض لفائدة من تضرّر من الزوجين بناء على طلبه؛

وحيث إنّّه بتقديم الزوجة لطلبها الرامي إلى التطليق للشقاق وإصرارها على ذلك رغم المساعي والجهود التي بذلتها المحكمة والحكمين في عدّة جلسات وإبداء الزوج في جلسات الصلح استعدادا للاستجابة لجميع مطالب الزوجية والعدول عن طلبها المذكور، تكون قد ساهمت (أي الزوجة) وبشكل كبير فيما آلت إليه العلاقة الزوجية بين الطرفين والتي انتهت بالطلاق وألحقت بزوجها ضررا ماديا ومعنويا نتيجة ذلك، ويكون بالتالي محقّا في طلب التعويض الذي ارتأت معه المحكمة تحديده في درهم واحد حسب طلبه⁶⁴³.

يبدو جليا أنّ المحكمة حاولت تحديد المسؤول عن الفراق لتعويض الطرف الآخر المتضرر، إلّا أنّها لم تقف عند حرفية نص المادة 97 من مدونة الأسرة، لأنّ المشرع عندما أعطى للمحكمة

⁶⁴² - محكمة ابتدائية قلعة السراغنة، ملف 5536/2004، مقتبس عن: حفيظة توتة، التطليق بسبب الشقاق... المرجع السابق، ص. 153 وما بعدها.

⁶⁴³ - المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، 28/02/2006، ملف ع. 1608/2003، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 134.

صلاحية مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر، فإنه يقصد بالمسؤول الزوج الذي أتى أفعالا مخرجة بالواجبات الزوجية يستحيل معها استمرار رابطة الزواج ولم يقصد بذلك الزوج الذي يرفض مقترحات ومسااعي الصلح ويتمسك بالتطليق. فالمحكمة ارتأت أنّ الزوجة إذا أصرت على طلب التطليق للشقاق رغم مساعي الصلح، ورغم تمسك الزوج بمواصلة الحياة الزوجية والحفاظ على الأبناء والكيان الأسري، قرينة على أنّها متعسفة في طلب التطليق، ولهذا يحق للزوج الحصول على تعويض إن طلبه جبرا للضرر المادي والمعنوي الذي تسببت له فيه الزوجة.

وعلى خلاف المشرع المغربي الذي نص على جواز الحكم بالتعويض للطرف الآخر المتضرر لا إلى طالب التطليق للشقاق، فإنّ المشرع الجزائري أجاز إمكانية التعويض للزوجة طالبة التطليق بناء على نص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة. وهذا ما اعتمده المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 15 جوان 1999 والذي اقتضى ما يلي: "من المستقر قضاء أنّه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال طول الخصام بين الزوجين وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضرا شرعيا؛

ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، وأنّ الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنّه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، ممّا يجعل الزوجة متضررة ومحققة في طلبها التعويض؛

وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وتظلم الزوج طبّقوا صحيح القانون⁶⁴⁴.

ختاما، بالرغم من أنّ غاية المشرع المغربي من استحداث مسطرة التطليق للشقاق تمثلت في مساعدة الزوجات اللاتي فشلن في إثبات الضرر اللاحق بهن، أو مساعدتهن في وضع حدّ للعلاقة الزوجية حال وجود خلاف مستحكم لم يبق معه أمل في برئه أو الصبر عليه، مع الاحتفاظ بحقهن في الحصول على مستحقّتهن.

⁶⁴⁴ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 15/06/1999، ملف رقم 224655، ا. ق. غ. أ. ش.، 2001، ع. خ.، ص. 129.

فإنّ هناك طائفة من المشاكل ولّدتها هذه الدعوى، ومنها مفهوم الشقاق الواسع حتى غدت أغلب أنواع التطلاق الأخرى تدخل في عداده ومسماه، ونظرا لليسر الذي تمارس به دعاوى التطلاق للشقاق سواء من حيث الإعفاء من إثبات الشقاق، أو تحديد أجل للفصل في الدعوى، أو الجمع بين الرغبة في التطلاق والحصول على الواجبات المترتبة عنه، غدا هذا النوع من التطلاق اسما مألوفا فاستفحلت دعاوى التطلاق للشقاق وناقضت نتائجه المقاصد التي أرادها واضع النص التشريعي. فأصبحت تستعمل لداع مقبول أو مجرد الرغبة في الإضرار بالمطلوب في الدعوى، أو نزوة قد تكون عابرة أو رد فعل غير محسوب العواقب أو لأي سبب أو لآخر...، وبهذا أبانت التطبيقات العملية عن سوء في تطبيق مسطرة الشقاق، إذ عوض أن تتخذ كوسيلة لحل النزاع بين الزوجين والحفاظ على الكيان الأسري، أضحت الطريقة المثلى لإنهاء الرابطة الزوجية وضياع الأسر والأبناء⁶⁴⁵.

ولهذا سيشكل اللجوء المكثف إلى هذه المسطرة من طرف الزوجة عامل تهديد لاستقرار الأسرة وتماسكها، لاسيما وأنّ مصطلح "الشقاق" يحمل في طياته مفهوما واسعا في غياب تحديد دقيق لمضمونه من طرف المشرع، الذي خوّل للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتقدير طبيعته، وفي غياب أي قيد أو شرط لإثبات الضرر ممّا يمنح الحرية للزوجة في اللجوء إلى هذه المسطرة وقتما تشاء مع احتفاظها بمستحققاتها.

وإذا كانت مسطرة التطلاق للشقاق وسيلة أتاحها المشرع المغربي للزوجة ومنحتها مزيدا من الحرية في طلب فك الرابطة الزوجية، فإنّ طلاق التفويض يمنح لها من قبل الزوج، وهو عامل آخر لتمسك بحريتها.

الفرع الثاني

تفويض المرأة طلاقها بنفسها، عامل آخر للتمسك بحريتها

إنّ الزوج كما يملك الطلاق بنفسه يملك أن ينيب عنه غيره فيه، فله أن يوكل غيره في تطلاق امرأته. وكما له أن ينيب شخصا في أمر الطلاق بالتوكيل أو بالتفويض، فله أن ينيب زوجته فيه، ولا

⁶⁴⁵ - عادل حاميدي، المرجع السابق، ص. 205 - 206.

تكون إناة الزوجة في الطلاق إلاّ تفويضاً، لأنّه إذا أناها ولو بصيغة التوكيل، فقد جعل طلاقها تبعاً لمشيئتها، فإن شاءت طلّقت نفسها وإن شاءت لم تفعل فلها الحرية في ذلك⁶⁴⁶.

وتفويض المرأة هو تمليكها حق تطليق نفسها، ولا يمكن للزوج عزلها، بل إنّه يلزمه لأنّه علّق الطلاق على مشيئتها، ومن علّق الطلاق على أمر لا يمكنه الرجوع في كلامه ويلغي تعليقه. فالتعليق كاليمين دائماً، لا يجوز الرجوع فيه وإلغاؤه⁶⁴⁷. وليس معنى كون التفويض تمليكا أنّ ملكية الزوج للطلاق قد انتقلت إلى من فوضه ولم يعد هو مالكا، بل إنّه إشراك له فيما يملكه من تصرف، ولم يسلب حقه الأصل فيه⁶⁴⁸.

وللتفويض ثلاثة صور وهي⁶⁴⁹: التوكيل (أولاً)، والتخيير (ثانياً)، والتمليك (ثالثاً).

أولاً: توكيل المرأة طلاقها

هو جعل الزوج حق إنشاء الطلاق لغيره، زوجة أو غيرها، مع بقاء الحق له في منع الوكيل من إيقاع الطلاق. فإذا وكلّ الرجل المرأة على طلاقها، فلها أن تفعل ما وكلها عليه من طلاقة واحدة أو أكثر، وله أن يعزلها ما لم تفعل الموكل فيه لأنّه جعلها نائبة عنه في إيقاع الطلاق ولم يجعل ما كان يملكه ملكاً تاماً لها. إلاّ لتعلّق حقّها بالوكالة، فهنا لا يمكنه عزلها، كما إذا قال الرجل لزوجته: إن تزوّجت عليك فأمرك بيدك، فليس له عزلها عن الوكالة لتعلّق حقّها بالتوكيل، لأنّ رفع الضرر عنها قد تعلّق بالتوكيل، فليس له عزلها عنه⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 323.

⁶⁴⁷ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 324.

⁶⁴⁸ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 324.

⁶⁴⁹ - وهذا التقسيم وضعه المذهب المالكي. أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير... المرجع السابق، ج. 02، ص. 593-594؛

وهبة الزحيلي، الفقه المالكي... المرجع السابق، ج. 03، ص. 171-172.

⁶⁵⁰ - وهبة الزحيلي، الفقه المالكي... المرجع السابق، ج. 03، ص. 173.

ثانيا: حرية المرأة في الخيار بين البقاء مع زوجها أو تركه

التخيير: هو أن: "يخيّر الزوج زوجته بين البقاء معه أو تركه، فإن اختارت البقاء سقط حقها ولا يمكن أن تختار فراقه مرّة أخرى، وإن اختارت الفراق وقع الطلاق". وقد عرفه ابن عرفة على أنه: "جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثا حكما أو نصا عليها حقا لغيره"⁶⁵¹.

وهو جائز عند جمهور الفقهاء، وحجتهم في ذلك بأن الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خيّر نساءه بين المقام معه وبين مفارقتة لما نزل قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا وَإِنْ كُنْتُمْ تُرِيدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالذَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾⁶⁵². فلو لم يكن لاختيارهن الفرقة أثر لم يكن لتخييرهن معنى، فلما فوّض إليهن سبب الفراق وهو اختيار الدنيا جاز أن يفوّض إليهن المسبب الذي هو الفراق⁶⁵³.

وكان سبب نزول هذه الآية فيما روي عن عائشة زوج النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه سأله شيئا من متاع الدنيا إما زيادة في النفقة وإما غير ذلك من عرض الدنيا، فاعتزل رسول الله نساءه شهرا، فأمره الله أن يخيّرهن بهذه الآيات بين الصبر عليه والرضا بما قسم لهنّ والعمل بطاعة الله، وبين أن يمتعهنّ ويفارقهنّ إن لم يرضين بالذي يقسم لهنّ⁶⁵⁴.

فعن عائشة رضي الله عنها قالت: "لما أمر رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بتخيير أزواجه بدأ بي، فقال: إني ذاك لك أمرا، فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك، قالت: قد علم أنّ أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه، قالت: ثم قال: إنّ الله عزّ وجلّ قال لي: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا، وَإِنْ كُنْتُمْ تُرِيدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالذَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾⁶⁵⁵، قالت: فقلت: في هذا

⁶⁵¹ - أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة... المرجع السابق، ج. 01، ص. 285.

⁶⁵² - سورة الأحزاب، الآيتين رقم 28 - 29.

⁶⁵³ - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج... المرجع السابق، ج. 03، ص. 377.

⁶⁵⁴ - أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، الممهدات... المرجع السابق، ص. 585.

⁶⁵⁵ - سورة الأحزاب، الآية رقم 28 - 29.

أستأمر أبوي؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة، قالت: ثم فعل أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت⁶⁵⁶.

غير أنّ ابن رشد القرطبي يرى أنّ هذا التخيير الذي أمر الله به نبيّه صلى الله عليه وسلم وخيرّ به أزواجه ليس فيه تمليكهنّ الطلاق ولا جعله الأمر إليهنّ في الفراق، وإمّا هو عدة بالطلاق إن اخترته⁶⁵⁷.

وحتى الظاهرية لا يعتدّون بالتخيير لقولهم: "من خيرّ امرأته فاختارت نفسها، أو اختارت الطلاق، أو اختارت زوجها، أو لم تختّر شيئاً، فكل ذلك لا شيء، وكل ذلك سواء، ولا تطلق بذلك، ولا تحرم عليه، ولا لشيء من ذلك حكم، ولو كرّر التخيير وكرّرت هي اختيار نفسها، أو اختيار الطلاق ألف مرّة"⁶⁵⁸. ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا وَإِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالِدَارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾⁶⁵⁹. فإنّ ما نص الله تعالى أنّه عليه الصلاة والسلام إن أردن الدنيا، ولم يردن الآخرة، طلقهنّ حينئذ من قبل نفسه مختاراً للطلاق لا أهنّ طوالق بنفس اختيارهن الدنيا. ومن ادعى غير هذا فقد حرف كلام الله عزّ وجلّ وأقحم في حكم الآية كذبا محضاً ليس فيها منه نص ولا دليل⁶⁶⁰.

ومع ذلك أجمع الصحابة -رضي الله عنهم-، وجمهور الفقهاء على جواز التخيير، فإذا قال الرجل لامرأته اختاري، ينوي بذلك الطلاق، أو قال لها: طلقي نفسك، فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك، فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها لأنّ المخيرة لها المجلس، لأنّه تمليك الفعل منها، ولأنّ التمليك يقتضي جواباً في المجلس كما في البيع⁶⁶¹.

⁶⁵⁶- أبي الحسين مسلم ابن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم... المرجع السابق، المجلد الأول، ص. 679.

⁶⁵⁷- أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، الممهدات... المرجع السابق، ص. 586.

⁶⁵⁸- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن خرم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى... المرجع السابق، ص. 1723.

⁶⁵⁹- سورة الأحزاب، الآيتين رقم 28-29.

⁶⁶⁰- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن خرم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى... المرجع السابق، ص. 1727.

⁶⁶¹- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناء شرح... المرجع السابق، ج. 05، ص. 373-374.

ويقول مالك، إذا قال لها اختاري فقالت قد اخترت تطليقتين لا شيء لها إلا أن تطلق نفسها ثلاثاً لأنّ الخيار عنده ثلاث فإذا اختارت غير ما جعل لها الزوج فلا يقع ذلك عليها. وكذلك إذا قال لها اختاري في تطليقتين فاخترت واحدة قال لا يقع عليها شيء⁶⁶².

وإن قال لها اختاري اليوم كلّه فمضى ذلك اليوم ولم تختّر ليس لها أن تختار إذا مضى ذلك اليوم كلّه. فإن خيّرها فلم تختار حتى يفترقا فلا خيار لها. وإذا قال لها إن جاء غد فقد جعلت لك الخيار فتقضى أو ترد فإن وطئها قبل غد فلا شيء بيدها⁶⁶³.

ففي الخيار المطلق عند مالك ليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث، فإذا قال الرجل لامرأته وهي مدخول بها اختاري نفسك فقالت قد اخترت نفسي فناكرها، لا تنفعه المناكرة وهي ثلاث تطليقات⁶⁶⁴. وعند الحنفية، لو قال لها اختاري ينوي الطلاق فاخترت في مجلسها بانت بواحدة ولم تصح نية الثلاث، فإن قامت أو أخذت في عمل آخر بطل خيارها⁶⁶⁵. وإن قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة وقع الثلاث، ولو قالت طلّقت نفسي بتطليقة أو اخترت نفسي بتطليقة بانت بواحدة، ولو قال أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة فاخترت نفسها طلّقت رجعية⁶⁶⁶.

وأما عند الشافعي اختاري وأمرك بيدك سواء، ولا يكون ذلك طلاقاً إلا أن ينويه، وإن نواه فهو ما أراد فإن واحدة فواحدة وإن ثلاث فتلاث، وهي عنده إن طلّقت نفسها رجعية⁶⁶⁷. آخذاً بما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذ قال: "إن خيّرها زوجها فاخترت نفسها فهي واحدة وهو أحق بها، وإن اختارت زوجها فلا شيء، فهي امرأته كما كانت"⁶⁶⁸.

⁶⁶² - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 375.

⁶⁶³ - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 375.

⁶⁶⁴ - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 373.

⁶⁶⁵ - أنظر، أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدّين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج. 03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1997، ص. 539.

⁶⁶⁶ - أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدّين النسفي، البحر الرائق... المرجع السابق، ج. 03، ص. 545-548-549.

⁶⁶⁷ - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد... المرجع السابق، ج. 03، ص. 139.

⁶⁶⁸ - أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى... المرجع السابق، ج. 07، ص. 345.

ثالثاً: تمليك المرأة الحرية في طلاقها نفسها

التمليك هو أن: "يملك الرجل امرأته أن تطلق نفسها وذلك بأن يقول لها قد ملكتك أمرك وكذلك قوله طلاقك إليك أو بيدك، أو قال لها أمرك بيدك إن شئت فهذا كله تمليك محض. فإن قالت قبلت نفسي أو طلقت نفسي ثلاثاً أو بنت منك أو حرمت عليك أو برئت منك فإنه محمول على الثلاث ولا تسأل المرأة عما أرادت بذلك"⁶⁶⁹.

وقد عرّفه ابن عرفة بأنه: "كل لفظ دلّ على جعل الطلاق بيدها أو بيد غيرها دون تحيير"⁶⁷⁰.

وجواب المرأة في قصد التمليك قول أو فعل، أما القول فظاهر وهو ينقسم إلى صريح وكنائية، وأما الفعل، فكما إذا نقلت متاعاً لها، وارتحلت. وفي هذا الصدد قال ابن رشد: "إن فعلت ذلك ممّا يشبه الجواب فإنّها تسأل فإن قالت أردت الطلاق صدقت وإن أرادت الفراق ولا نية لها، فاختلف في ذلك فأنظره وتأمّل إطلاق الشيخ الفعل ففيه ما ينظر"⁶⁷¹.

فإذا قال الرجل لامرأته أمرك بيدك مطلقاً، أو أمرك بيدك إن شئت، ولم يؤقته بوقت، ويريد به الطلاق، فإنه يصير أمرها بيدها، ويصير الطلاق مفوضاً إليها، وتصير مالكة للتطبيق ما دامت في مجلسها ذلك، وهذا إذا كانت حاضرة أو سمعت الأمر من الزوج وعلمت به. فأما إذا كانت غائبة، فلها الخيار في مجلس بلغ إليها الخبر فيه، لأنّ هذا تمليك الطلاق، والتمليك يقتصر جوابه على المجلس، ويكون مؤقّتا به"⁶⁷².

فإن اختارت نفسها في المجلس تقع واحدة بائنة، إذا أراد الزوج به طلاقاً واحداً أو اثنين. فإن أراد الزوج ثلاثاً، فهي ثلاث. وكذلك إذا قالت طلقت نفسي، أو أبنت، أو أنا منك بائن، أو أنت منّي بائن، أو أنت عليّ حرام، فإنه يكون جواباً، لأنّ هذه الألفاظ للطلاق. وإما إذا وجد منها كلام

⁶⁶⁹- أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، منتقى شرح موطأ... المرجع السابق، ص. 16.

⁶⁷⁰- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرضاع، شرح حدود... المرجع السابق، ج. 01، ص. 286.

⁶⁷¹- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرضاع، شرح حدود... المرجع السابق، ج. 01، ص. 287.

⁶⁷²- أنظر، علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج. 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1984، ص. 187.

أو فعل يدل على الإعراض على اختيار النفس، فإنّه يبطل خيارها، ويخرج الأمر من يدها. تم إذا اختارت نفسها مرّة، ليس لها أن تختار ثانياً، ويبطل الخيار لأنّه فوّض إليها الخيار مرّة واحدة⁶⁷³.

وأما إذا قال أمرك بيدك كلّما شئت، فيكون الأمر في يدها، في ذلك المجلس وغيره، حتى تبين بثلاث لأنّ كلمة "كلّما" تقتضي التكرار، لكنّها لا تطلق نفسها في المجلس إلاّ مرّة واحدة، فما لم يتجدّد المجلس لا يتجدّد الخيار. وكذلك إذا قال لها أمرك بيدك ما شئت أو متى ما شئت، فلها الخيار في المجلس وغيره، إلاّ أنّه يكون لها الخيار مرّة، لأنّ هذه الألفاظ لا توجب التكرار⁶⁷⁴.

وإذا كان الأمر باليد مؤقتاً، بأن قال: أمرك بيدك يوماً، أو شهراً، أو هذا اليوم، أو هذه السنة، فلها الأمر في جميع ذلك الوقت، وإعراضها عن الجواب في ذلك المجلس وغيره، واشتغالها بغير الجواب من الأعمال والأقوال، لا يبطل خيارها ما بقي شيء من ذلك الوقت. مع الإشارة إلى أنّه إذا كان الوقت منكرًا، كقوله يوماً أو شهراً فلها الخيار من ساعته التي تكلم، إلى أن يتم الوقت ويكون الشهر بالأيام. وأما إذا عيّن فقال هذا اليوم أو هذا الشهر، فلها الخيار في بقية اليوم أو بقية الشهر، فينتهي بانتهاء الوقت. ولو اختارت زوجها في أوّل الشهر، تم أرادت أن تختار نفسها بعد ذلك، فلها في ذلك قول أبي حنيفة، لأنّه جعل إليها الخيار في جميع المدّة، واختيارها للزوج في اليوم إبطال للخيار فيه، فلا يوجب بطلان الخيار في يوم آخر، في ذلك الوقت⁶⁷⁵.

ولكن إذا قال لها أنت طالق إن شئت، فقالت شئت يقع الطلاق رجعيًا لا بائنًا، حتى وإن أراد الثالث، بخلاف لو قال طلقتي نفسك قاصداً الطلاق ثلاثاً فيقع ثلاثاً⁶⁷⁶.

وقد سئل مالك عن رجل قال لامرأته: أمرك بيدك، فقالت قد قبلت، ثم سئلت بعد ذلك على الذي أرادت، فقالت إنّما أردت واحدة، فقيل له: اتستحلف إنّما أرادت واحدة؟ فقال لا يستحلف النساء في التملك، لأنّ المرأة إذا جعل أمرها بيدها، صار الطلاق الذي كان بيد الزوج بيدها، والزوج

⁶⁷³ - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء... المرجع السابق، ج. 02، ص. 187 - 188.

⁶⁷⁴ - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء... المرجع السابق، ج. 02، ص. 188 - 189.

⁶⁷⁵ - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء... المرجع السابق، ج. 02، ص. 189.

⁶⁷⁶ - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء... المرجع السابق، ج. 02، ص. 190 - 191.

إذا ادّعى عليه الطلاق لا يحلف، فإذا كان الزوج لا يحلف مع تحقيق الدعوى، كان الأحرى ألاّ تحلف المرأة فيما لا يحقّق عليها فيه الدعوى⁶⁷⁷.

فإن ملكها، فلا يمكنه أن يمنعها من ممارستها أو أن يلغيه، ولا يخرج ذلك من يدها إلاّ السلطان أو تترك هي ذلك، وأمّا السلطان فيوقفها فيما تقضي وإمّا ترد ما جعل لها من ذلك. وللزوج أن يطأها قبل أن يوقفها السلطان، فإن مكنته من ذلك فيبطل الذي في يدها من ذلك وقد ردته حين أمكنته من الوطء⁶⁷⁸.

وبعد، فالتمليك يفترق عن التخيير بما رواه مالك حيث قال: "إذا ملك الرجل امرأته، فالقضاء ما قضت إلاّ أن ينكر عليها، فيقول لم أرد إلاّ واحدة فيحلف على ذلك، ويكون أملك لها ما دامت في العدة. أمّا التخيير فلا يكون إلاّ ثلاثاً في المدخول بها، فإن اختارت ثلاثاً، فهي ثلاث، وإن اختارت واحدة أو اثنتين، فلا يكون شيئاً، وليس له أن يناكرها، لأنّه إذا خيرها فإنما خيرها في أن تقيم معه في العصمة أو تخرج عنها، ولا تخرج عن العصمة إلاّ بالثلاث. وأمّا غير المدخول بها فحكمها حكم المملّكة عند المناكرة، لها أن تطلق نفسها بما دون الثلاث، لأنّها تبين منه وتخرج عن عصمته بما دون الثلاث"⁶⁷⁹.

والفرق عنده بين التمليك والتوكيل أنّ في التمليك له أن يعزلها قبل أن تطلق، وليس له ذلك في التمليك⁶⁸⁰. فإن وكل لها الطلاق فله عزل وكيله من زوجته قبل إيقاع الطلاق، وإن ملكها أو خيرها فليس له عزلها لأنّه فيهما قد جعل لها ما كان يملكه ملكاً لها، بخلاف التوكيل فإنّه جعلها نائبة عنه في إيقاعه⁶⁸¹.

وإن أجمع جمهور الفقهاء على جواز التمليك، فقد اختلفوا حول نوع الفرقة، فذهب مالك إلى أنّه لو ملكها فطلقت نفسها واحدة وقال الزوج كذلك أردت واحدة كان أملك بها، بمعنى أنّه يملك

⁶⁷⁷- أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل... المرجع السابق، ج. 05، ص. 224.

⁶⁷⁸- مالك بن أنس الأصبغي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 384.

⁶⁷⁹- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي... المرجع السابق، ج. 03، ص. 172-173.

⁶⁸⁰- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد... المرجع السابق، ج. 03، ص. 139.

⁶⁸¹- أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير... المرجع السابق، ج. 02، ص. 595.

الرجعة فيه⁶⁸². وقال الشافعي اختاري وأمرك بيدك سواء، ولا يكون ذلك طلاقاً إلا أن ينويه، وإن نواه فهو ما أراد، إن واحدة فواحدة وإن ثلاث فثلاث، فله عنده أن يناكرها في الطلاق نفسه، وفي العدد في الخيار أو التمليك، وهي عنده إن طلقت نفسها رجعية⁶⁸³. وأمّا أبو حنيفة وأصحابه، فيرون أنّه إن طلقت نفسها في التمليك واحدة فهي بائنة⁶⁸⁴.

وعلى صعيد القوانين المغاربية للأسرة يعتبر المشرع المغربي الوحيد الذي أقرّ بطلاق التمليك بموجب المادة 89 من مدونة الأسرة المغربية والتي اقتضت: "إذا ملّك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق، كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقاً لأحكام المادتين 79 و80 أعلاه؛

تتأكد المحكمة من توفر شروط التمليك المتفق عليها بين الزوجين، وتحاول الإصلاح بينهما طبقاً لأحكام المادتين 81 و82 أعلاه؛

إذا تعذرّ الإصلاح، تأذن المحكمة للزوجة بالإشهاد على الطلاق، وتبت في مستحقات الزوجة والأطفال عند الاقتضاء، تطبيقاً لأحكام المادتين 84 و85 أعلاه؛

لا يمكن للزوج أن يعزل زوجته من ممارسة حقها في التمليك الذي ملّكها إيّاه".

فالمادة المذكورة يلاحظ عليها ما يلي⁶⁸⁵:

أثما جعلت للتمليك صيغة واحدة هي صيغة الشروط الاتفاقية، ولم تشر إلى صيغة الالتزامات التي قد يلتزم فيها الزوج لزوجته بتحويلها هذا الحق، وهي صيغة واردة بكثرة في تطبيقات الفقه المالكي، الذي يعني أن هناك حالة هي من الأهمية بمكان مسكوت عنها في مواد المدونة، وهذا بطبيع الحال سيؤدي إلى التضارب والاختلاف في التطبيق، حتى ولو أعملت قاعدة الإحالة المنصوص عليها في المادة 400 من المدونة، وذلك بالرغم مما قد يقال إن المدونة إنما عبرت بالشروط ولكن المقصود

⁶⁸² - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى... المرجع السابق، ص. 374.

⁶⁸³ - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد... المرجع السابق، ج. 03، ص. 139.

⁶⁸⁴ - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد... المرجع السابق، ج. 03، ص. 139.

⁶⁸⁵ - أنظر، محمد الكشور، مدونة الأسرة والتوثيق العدلي، -دراسات وتعالق-، دار السلام، الرباط، ط. 01، 2005، ص. 106 وما بعدها.

بها كل التزام، فإنّ القانون ينبغي أن يكون مبنيًا على الوضوح لا على الغموض واللبس، ولأنّ الشرط يختلف عن التطوع اختلافًا جوهريًا.

فمثلا تنص المادة 47 من مدونة الأسرة على أنّ الشروط كلّها ملزمة، إلّا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده، في حين أنّ التطوّعات التي تأتي بعد عقد الزواج بالمدّة المعتمدة في الفقه المالكي تكون كلّها ملزمة حتى ولو كانت تخالف أحكام عقد الزواج ومقاصده.

فإذا تزوج الطرفان على شرط أن لا ينفق الزوج على زوجته وأنها هي التي تنفق عليه وعلى الأسرة، اعتبر الشرط مخالفاً لأحكام العقد ومقاصده. لكن إذا جاء هذا الشرط في صيغة الالتزام التطوعي بعد انعقاد الزواج بمدّة معتبرة، بأن التزمت الزوجة بإرادتها المنفردة على أنّها هي التي تنفق على زوجها وأسرته، صح التزامها وألزمّت بالإنفاق وفق ما تطوعت به بمحض إرادتها.

ويترتب عن ذلك أمور هامّة، ويتجلّى ذلك فيما يلي:

أ- بإمكان الزوج أن يدفع فيما بعد بكون التنفيذ العيني لشرط التملك أصبح مرهقا، ويطلب من المحكمة إعفائه منه أو تعديله وفقا لأحكام المادة 48 من المدونة.

ب- كذلك بإمكان الزوج الذي ملك زوجته حق إيقاع طلاق نفسها بنفسها بواسطة التطوع، أن يقوم بعزلها من ممارستها، ويدفع بكون المادة 89 من المدونة إنّما نصت على منعه من ذلك فيما إذا كان التملك بواسطة الشروط الإرادية.

ت- القيام بمحاولة الإصلاح بين الزوجين في حالة التملك قد لا يكون لها أي مبرر معقول، لا سيما في حالة عدم وجود الأطفال، لأنّه وإن كان هذا الإصلاح يتماشى والمقتضيات الجديدة الواردة في مدونة الأسرة في باب الطلاق، وأصبح الإصلاح من حيث المبدأ فعل مرغوب فيه شرعا وعرفا.

إلّا أنّ هناك فراقا جوهريا بين إيقاع الطلاق من طرف الزوج، وبين إيقاعه من طرف الزوجة في حالة التملك، وذلك أنّ الطلاق الذي يوقعه الزوج غالبا ما تكون الزوجة متضررة منه وتنازع فيه، وحتى ولو لم يشترط فيه رضاها شرعا وقانونا، كما أنّ لها حقوقا مرتبطة بإيقاعه، فاقترضت المصلحة

حماتها منه ويتعين بالتالي اللجوء إلى القضاء من أجل توفير هذه الحماية حفاظاً على حقوقها المادية والمعنوية.

أما الطلاق الذي توقعه المرأة أخذاً بشرطها أو طوعها فيأتي بعد تنازل الزوج عنه والتزامه لها بذلك عن طواعية واختيار، واستدعائه بقصد محاولة الإصلاح بينهما بعد ذلك قد لا يجدي نفعاً إلاّ التطويل في المساطر والإجراءات وتضييع الوقت والفرص عن الزوجة.

بل من جهة، قد تصبح محاولة الإصلاح هذه عملية ابتزازية للزوجة من أجل التنازل عن ممارسة حقها في إيقاع طلاق نفسها. ومن جهة أخرى، قد يترتب عن الإصلاح إشكالات عملية، منها مثلاً ما هي وضعية الزوجة التي تصالحت مع زوجها أمام القضاء، هل يسقط حقها في التملك بعد ذلك قياساً على رأي الفقه المالكي أو تبقى على حقها دائماً.

بالإضافة إلى الملاحظات التي ذكرت أعلاه، فإنّ المادة أغفلت إمكانية تعويض الزوج، لأنّه إذا كانت الزوجة مفوضة بتطبيق نفسها من زوجها أي أنّها صاحبة العصمة، وطلّقت نفسها من زوجها دون أسباب لمجرّد رغبتها بالخلّاص منه والإضرار به، فهل يعتبر ذلك تعسّفاً في استعمال حقها في تطبيق نفسها؟

يجيب الدكتور عبد الرحمن الصابوني قائلاً: "إنّ الزوجة إذا كانت تملك حق الطلاق بناءً على تفويض الزوج لها، فطلّقت نفسها طلاقاً تعسّفاً أصاب الزوج من جرائه ضرر فيجب عليها التعويض لزوجها، أي أنّ كلّ حالة طلّقت فيها الزوجة نفسها وأساءت استعمال هذا الحق بحيث لو طلّقتها زوجها بمثل هذه الحالة وجب عليه التعويض، فإنّنا لا نرى مبرراً للفرقة بين تعسّف الزوج في طلاقه وتعسّف الزوجة إذ في كلّ من الحالتين ضرر يصيب الآخر"⁶⁸⁶.

ولأنّ الزوج يعتبر مسؤولاً عن تعسّفه في استعمال حقه في الطلاق بإرادته المنفردة، فإنّه لا مانع من شمول الزوجة بهذا لتعسّف بناءً على إساءة استعمال الحق. فالقول بأنّ الزوج عندما يفوض زوجته تطبيق نفسها منه متى شاءت يكون على علم بأنّ زوجته قد تلجأ إلى هذا الحق المكتسب للخلّاص

⁶⁸⁶- أنظر، عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، -دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية-، ج. 01، دار الفكر، بيروت، ط. 02، 1968، ص. 118.

منه بناء على ذلك التفويض ولو بصفة تعسفية لا يجوز، طالما أنه لا يجوز لشخص أن يمنح لغيره أكثر مما له من الحقوق، وطالما أنّ صاحب الحق الأصلي مطالب بأن يمارس حقه دون تعسف فإنّ الزوجة المفوضة تطبيق نفسها مطالبة بالضرورة بأن لا تتعسف وإلا كان عليها التعويض لزوجها⁶⁸⁷.

ولذا كان يستحسن للمدونة أن تأخذ بما يلي⁶⁸⁸:

1- أن تضيف في كل المواد التي تتحدث الشروط الإرادية، مسألة الالتزامات أو التطوعات التي تنعقد بإرادة منفردة لأحد الزوجين، والتي تأتي بعد إبرام عقد الزواج وفق المدة المعتبرة في الفقه المالكي، أو وفق مدة يجتهد في تحديدها، مع مراعاة الفروق الجوهرية بين الشروط والتطوعات، وذلك ليستفيد الزوجان من الشروط المتفق عليها من طرفهما ومن الالتزامات التي يلتزم بها أحدهما بإرادته المفردة تجاه الآخر.

2- أن تنص في المادة 48 على وجوب استثناء أحكام المادة 89 من أحكامها، حتى لا يدفع الزوج بكون التنفيذ العيني لشرط أو التزام التمليك أصبح مرهقا، ولأن لا يمكن بالتالي من عزل زوجته من هذا الحق عن طريق المحكمة.

3- وتسهيلا على الزوجة في إيقاع طلاقها، وتخفيفا من الأعباء على المحكمة، كان الأفضل أن ينص في المادة 89 على الاكتفاء بتأكد قاضي الأسرة المكلف بالزواج بدلا من المحكمة من توفر شروط التمليك المتفق عليها من طرف الزوجين، أو توفر تطوع الزوج لزوجته بالتمليك، وبإذنه للزوجة بالإشهاد على طلاقها لدى عدلين منتصبين دون القيام باستدعاء الزوج والاستماع إليه، إذا أصرت الزوجة وهي صاحبة الحق في ذلك على عدم الصلح معه، لاسيما في حالة عدم وجود الأطفال.

4- أن تنص على أنّ الزوجة إذا اختارت الصلح مع زوجها يبقى لها الحق دائما في إيقاع طلاقها ولا يسقط حقها فيه إلا بتوقيعه من طرفها مرة واحدة، وأنه لا يتكرر لها الحق في توقيع طلاقها إلا بتحويلها زوجها هذا الحق مرة ثانية أو ثالثة.

⁶⁸⁷ - علي صبيح النعماني، المرجع السابق، ص. 27.

⁶⁸⁸ - محمد الكشور، مدونة الأسرة والتوثيق العدلي... المرجع السابق، ص. 108-109.

5- تحميل الزوجة مسؤولية الطلاق إن استعملته بدون سبب، أو قصد إلحاق الضرر بالزوج.

وعن نوع الفرقة في طلاق التملك، فقد سار المشرع المغربي على رأي أبي حنيفة، فاعتبر الطلاق المملّك من أنواع الطلاق البائن بمقتضى المادة 123 من مدونة الأسرة التي نصت على أن: "كل طلاق أو وقعة الزوج فهو رجعي، إلاّ المكمل للثلاث، والطلاق قبل البناء، والطلاق بالاتفاق، والخلع، والمملّك".

وبالرغم من عدم تنصيب المشرع الجزائري على هذه الصورة، إلاّ أنّه يمكن للزوجة طلاق نفسها إذا جعلته محلّ شرط، لكونه شرط صحيح لا يخالف مقتضيات الشرع ولا عقد الزواج، طبقا المادة 19 من قانون الأسرة. ولو أنّه لا يجب تشجيع هذا النوع من الطلاق، لأنّ الزوجة بطبيعتها سريعة الغضب، ومنتسّعة في اتخاذ قراراتها، ما سيجعلها تمارس هذا الحق في لحظة انفعال تم تندم بعدها حيث لا ينفع الندم. كما سيمنحها مزيدا من الحرية في إنهاء الرابطة الزوجية، وهو ما سيشكّل تهديدا للاستقرار الأسري.

وأما بالنسبة للمشرع التونسي، فهو ليس بحاجة إلى التنصيب على هذه الصورة، طالما اعترف صراحة بحق الزوجة في الطلاق بإرادتها المنفردة بمقتضى الفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية. فلا تحتاج الزوجة أيضا اشتراط هذا الشرط في عقد الزواج، لأنّها صاحبة حق، ومن كان صاحب حق فهو بالضرورة مفوّض للتصرّف به ولا يحتاج تفويضا من الغير.

وختاما، إذا كان للزوج الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة، فإنّ الزوجة أيضا يتقرّر لها هذا الحق سواء عن طريق الخلع، أو باللجوء إلى مسطرة الشقاق، أو بالتمليك إن نقل لها الزوج هذا الحق. وهي صور منحت للزوجة مزيدا من الحرية في طلب فك الرابطة الزوجية، ومّا لا شك فيه أنّ إطلاق هذه الحرية جاء نتيجة تفعيل مبدأ المساواة بينها وبين الرجل.

المطلب الثاني

إطلاق حرية المرأة نتيجة تفعيل مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق

سواء تعلّق الأمر بالخلع، أو مسطرة الشقاق كما نظمها المشرع المغربي، أو التفويض، فجميعها صور أطلقت حرية المرأة في طلب فك الرابطة الزوجية، وترتب ذلك نتيجة تأثر التشريعات المغربية للأسرة بالاتفاقيات الدولية الرامية إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق (الفرع الأول).

ومن منطلق مبدأ المساواة، عمدت القوانين الوضعية إلى تقييد حرية الزوج في إيقاع الطلاق من خلال جعله طلاقاً قضائياً، والاعتداد بالطلاق التعسفي، فأضحى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة في مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تأثر القوانين المغربية للأسرة بالاتفاقيات الدولية

تجسّد المجهود الدولي في جملة من المواثيق ذات الطابع العام، إلى جانب مجموعة مواثيق خاصة بوضعية المرأة مباشرة، وجميعها أكّدت على مبدأ المساواة بين الجنسين في جميع المجالات بما فيها شؤون العائلة، ومنح المرأة ذات حقوق الرجل فيما يخص انحلال الرابطة الزوجية.

ومن المواثيق الدولية ذات الطابع العام، والتي حثت على المساواة بين الرجل والمرأة في إنهاء العلاقة الزوجية، نذكر على سبيل المثال:

ث- ميثاق الأمم المتحدة الذي حث على العمل من أجل تحقيق المساواة بين الجنسين دون تفرقة.

ج- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي بدوره أكّد على المساواة بين جميع البشر، وقد جاءت الفقرة الأولى من المادة 16 منه واضحة وصريحة إذ أعطت للمرأة كامل الحق في التفكك من الرابطة الزوجية شأنها في ذلك شأن الرجل، حيث نصت على أنه: "للرجل والمرأة متى أدركا سن

البلوغ، حق التزوّج وتأسيس أسرة دون قيد بسبب العرف أو الجنسية أو الدين، وهما متساويان في الحقوق لدى التزوّج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله".

ح- العهدان الدوليان الخاصان بحقوق الإنسان، فأكدّ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على مبدأ المساواة في مادته الثالثة، ونادى بضرورة منح الأسرة أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة من خلال الفقرة الأولى من المادة العاشرة منه التي نصت على أن: "تقرّ الدول الأطراف في هذا العهد بما يلي: وجوب منح الأسرة، التي تشكّل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة، وخصوصاً لتكوين هذه الأسرة وطوال نھوضها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعيلهم ويجب أن ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء لا إكراه فيه".

ومن جهته، أقرّ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية كسابقه، بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في عدّة مجالات في مادته الثالثة، كما نصت الفقرة الرابعة من المادة 23 منه على المساواة في المجال الأسري بقولها: "تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتها لدى التزوّج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفي حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم".

وبالنسبة للمواثيق الدولية الخاصّة بالمرأة والمكرّسة لحقها في الطلاق فنذكر:

خ- اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، إذ تعتبر أشمل اتفاقية تخصّ المرأة على المستوى العالمي، فإلى جانب المواد التي تضمنت النص على مبدأ المساواة وعدم التمييز بين المرأة والرجل، تناولت المادة 16 منها حقوق المرأة المتعلّقة بالأحوال الشخصية سواء في عقد الزواج، أو حرية اختيار الزوج برضاها الكامل، إضافة إلى التساوي في الحقوق والمسؤوليات مع الزوج أثناء الزواج، وعند انحلاله.

والملفت للانتباه أنّ الحكومة التونسية تحفظت على البند "ج" من المادة أعلاه الذي ينص على: "تساوي الرجل والمرأة... نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند انحلاله"، مع أنّ القانون التونسي يقرّ مبدأ المساواة فيما يتعلّق بحق الطلاق بين الزوجين، ما يجعل هذا التحفظ غير مبرّر⁶⁸⁹.

د- إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، فجاء هذا الإعلان بإحدى عشر مادة كرّست منذ بدايتها مبدأ المساواة، وأنكرت أي ممارسة تخالف ذلك، كما أوجبت اتخاذ جميع التدابير المناسبة التي تكفل للمرأة حقوقها على قدم المساواة مع الرجل على أرض الواقع.

ذ- البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، إذ أكّد هذا البروتوكول على كافة الحقوق الأساسية للمرأة ومساواتها مع الرجل.

إذن، فهي نصوص دولية عديدة كرّست مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الحقوق والمجالات، وأنكرت بشدّة التمييز القائم بين الجنسين، كما حثت الدول على تبني هذه النصوص والمبادئ ضمن تشريعاتها الداخلية والتأكيد على تطبيقها.

وهنا تبقى الدول حرّة في تنظيم نصوصها بما يتماشى مع نظامها، عاداتها وتقاليدها، وروح الشريعة الإسلامية، مع التزامها بتنفيذ بنود الاتفاقيات المصادق عليها.

وتعدّ تونس أبرز دولة حاولت تجديد نصوصها بما يتماشى مع التطوّر، ومسار الاتفاقيات الدولية، فانفردت بأحكامها عن باقي الدول العربية، خاصّة فيما يتعلّق بمسألة فك الرابطة الزوجية، إذ ضربت عرض الحائط موقف الشريعة الإسلامية، فاعتمدت على صورة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 31 من المجلة التي تنص: "يحكم بالطلاق... عند رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به".

فالفقرة أعلاه توحى أنّه يحق لكلا الطرفين إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ولكن الملفت للانتباه الصياغة التي اعتمدها المشرع بقوله: "عند رغبة الزوج إنشاء الطلاق"، أو "مطالبة الزوجة به".

⁶⁸⁹ - أنظر، محمد الحبيب الشريف، الرصيد القانوني لحقوق المرأة في تونس 20 مارس 1959 - 1999، ج. 02، ص. 291.

فكلمة إنشاء الطلاق تختلف عن كلمة المطالبة به، لأنّ الأولى تعني أنّه يحق للزوج أن يطلق زوجته متى يشاء ويستجاب لطلبه، في حين أنّ الثانية تعني أنّ الزوجة تطالب به فقط، فيمكن أن يستجاب لطلبها كما يمكن رفضه.

فهذه الصياغة توضح أنّه حتى وإن أقرّ المشرع بحق المرأة في إيقاع الطلاق مساواة بحق الرجل، فإنّه بدى واضحا مدى تأثيره بالشريعة الإسلامية التي تجعل الطلاق حق مطلق للزوج ومطالباً به من قبل الزوجة، فأثار هذا المعنى الحرفي للنص جدلا كبيرا. إلا أنّ التطبيق القضائي قضى عليه بأن تجاوز ظاهر النص واعتبر أن لا فرق بين حق كلا الزوجين في طلب الطلاق دون قيد أو شرط، ليبقى الاختلاف نظريا لا عمليا⁶⁹⁰.

فمحكمة التعقيب تتعامل مع نص الفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية دون تفريق بين إنشاء الطلاق من قبل الزوج والمطالبة به من طرف الزوجة، ومن ذلك ما اقتضاه القرار الصادر عنها بتاريخ 07 ديسمبر 1982 من أنّ: "طلب الطلاق إنشاء من الزوج أو المطالبة به من الزوجة حسب الفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية ناشئ عن إرادة منفردة صادرة من أحد الزوجين ونافذة الأثر وجوبا بحكم القانون"⁶⁹¹.

وإنّ ما يميّز الفقرة الثالثة من الفصل 31 أنّها لا تجبر طالبه على تبرير طلبه، وبيان الأسباب التي جعلته يرغب في وضع حدّ للحياة الزوجية، كما لا يمكن للطرف الثاني التصدّي له ومنعه من تحقيق ما عزم عليه، والأكثر من ذلك حتى المحكمة نفسها لا تملك هذا الحق إذ يتعيّن عليها وبعد التأكد من إصرار المدّعي على طلب الطلاق أن تستجيب لطلبه سواء كان الزوج أو الزوجة.

وعلى هذا المعنى، سارت محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 1984 حيث اعتبرت أنّ: "الطلاق إنشاء من الزوج أو مطالبة الزوجة به هو ناشئ عن إرادة منفردة صادرة عن أحد الزوجين ونافذة الأثر وجوبا بحكم القانون، وبناء على ذلك فإنّ الطرف المقابل لا يملك أي حق

⁶⁹⁰ - علي صبيح النعماني، المرجع السابق، ص. 96.

⁶⁹¹ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 07 / 12 / 1982، ع. 7065، مقتبس عن: علي صبيح النعماني، المرجع السابق، ص. 97.

للتصدي، كما أنّ محكمة الموضوع ومحكمة الدرجة الثانية لا تملكان أي سلطة في تقدير وجاهة المطلب من عدمه⁶⁹².

وتمّ التأكيد عليه في القرار الصادر عنها بتاريخ 14 ماي 1996 والذي اقتضى: "طلب الطلاق الإنشائي من الزوج صادر عن إرادة منفردة بموجب القانون ولا تملك الزوجة حق التصدي له ولا تعطيله، ولا يمكن للمحكمة نفسها تقدير وجاهته من عدمه وليس لها إلاّ السعي لإصلاح ذات البين بين الزوجين لا غير"⁶⁹³.

بهذه المفاهيم يكون المشرع والقضاء التونسيين قد أقرّا بحق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة، والتي تمارسه بكل حرية، دون أن تتقيّد بذكر الأسباب ولا أن تتضايق بمعارضة زوجها لطلبها، ولا تدخل المحكمة، التي وفي حالة فشل المساعي الصلحية وأمام إصرار الزوجة على طلب الطلاق لا يسعها إلاّ أن تقضي به. فأصبح حقها في فك الرابطة الزوجية موازيا لحق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة.

ومسألة الخلع كانت موضع اهتمام المشرع الجزائري من يوم وضعه لقانون الأسرة، وبناء على التعديل الأخير له نلمس رغبته في تحقيق نوعا من المساواة بين الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق، فكما سمح للزوج بأن يطلق بإرادته المنفردة، اعترف بالمقابل للزوجة أن تخالع نفسها دون موافقة من زوجها⁶⁹⁴. وسبب جعل الطلاق حقا أصيلا للزوجة مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هو محاولة ضبط النصوص القانونية بما يتماشى ومبدأ المساواة المنصوص عليه ضمن اتفاقية سيداو.

وفي هذا الصدد تقول الأستاذة الدكتورة زكية تشوار حميدو: "هذه الفلسفة التشريعية في وضع الأحكام تدفع بالمشرع إلى تقرير نوع من التساوي بين الرجل والمرأة في الطلاق، بحيث إذا سمح للزوج أن يطلق قضائيا زوجته بالإرادة المنفردة، فإنّه بالمقابل اعترف للزوجة أن تطلق خلعا دون اشتراط

⁶⁹² - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 30 / 10 / 1984، ن. م. ت.، 1984، ج. 02، ص. 216.

⁶⁹³ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 14 / 05 / 1996، ع. 49277، ن. م. ت.، ج. 02، ص. 276.

⁶⁹⁴ - يراجع تحزّر المرأة من موافقة الزوج في الطلاق الخلعي، ص. 630 وما بعدها من هذه الرسالة.

موافقة الزوج، وفي نظرنا، فما هو إلا رضوخا إلى الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وعلى رأسها اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة⁶⁹⁵.

وبمعينة أحدث اجتهاد للمحكمة العليا يلاحظ أنّها قفزت قفزة نوعية بأن أعلنت صراحة المساواة بين الزوجة والزوج في إيقاع الطلاق. إذ اقتضى القرار الصادر عنها بتاريخ 15 سبتمبر 2011 ما يلي: "الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج"⁶⁹⁶.

وبهذا أصبح الخلع طلاقا بالإرادة المنفردة للزوجة تمارسه بكل حرية، فلا تقتيد بأي شرط ولا بذكر السبب الدافع إلى إنهاء الرابطة الزوجية. حيث علّلت المحكمة موقفها في نفس القرار المذكور أعلاه بالقول: "عن الوجه الوحيد: المأخوذ من انعدام الأسباب، والذي جاء فيه أنّه بمجرد طلب المطعون ضدها للخلع استجابت لها المحكمة بدون سبب جدّي؛

لكن حيث إنّه يتبيّن بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أنّ المحكمة سبّبت حكمها بأنّ الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للطاعن، ولا يعتد فيه بإرادة الطاعن واستندت إلى المادة 54 من قانون الأسرة، وبالتالي فإنّ الحكم المطعون فيه مسبّب بما فيه الكفاية ما دام أنّ قاضي المحكمة قام بإجراء محاولة الصلح وتوصل إلى أنّ المطعون ضدها تمسكت بطلب الخلع. وعليه فإنّ هذا الوجه غير مؤسّس ويتعيّن رفضه ويرفض الطعن"⁶⁹⁷.

وبالرغم من أنّ هذا القرار جاء واضحا وصريحا، إلاّ أنّه يثير عدّة تساؤلات، فإنّ ثمّ التسليم بأنّه أغفل موافقة الزوج وهذا تطبيقا للنص الصريح للمادة 54 من قانون الأسرة، فعلى أي أساس تجاهل ذكر الأسباب التي دفعت الزوجة للمطالبة بالخلع؟ وهل فعلا محاولة الصلح تعتبر مسبب كفاية للحكم بالخلع حتى وإن كان بدون سبب أو لسبب تافه؟ وهل أنّ الخلع يعتبر فعلا عصمة بيد الزوجة مقابل عصمة الزوج بالطلاق؟

⁶⁹⁵- زكية تشوار حميدو، بعض حقوق المرأة المستحدثة... المرجع السابق، ص. 80.

⁶⁹⁶- محكمة عليا، غ. ش. أ. م.، 15/09/2011، ملف رقم 656259، م. م. ع.، 2012، ع. 01، ص. 318.

⁶⁹⁷- محكمة عليا، غ. ش. أ. م.، 15/09/2011، ملف رقم 656259، م. م. ع.، 2012، ع. 01، ص. 319-320.

مما لا شك فيه أنّ الإجابات عن هذه الأسئلة ستختلف من شخص لآخر بين مؤيد ومعارض لها، ورغم ذلك لا ينبغي دعم هذا الاتجاه القضائي الحديث، لأنّ عدم اشتراط موافقة الزوج لا يطرح إشكالا بقدر ما يثيره عدم ذكر الأسباب. لأنّ الاستغناء عن هذا الأخير من شأنه أن يجعل الخلع مجرد وسيلة تلاعب في يد الزوجة تحقيقا لنزواتها، وبابا سهلا لفك رابطة مقدسة خاصة في ظل انخفاض الوازع الديني والأخلاقي.

زد على ذلك، فإنّ إجراء الصلح لا يعدّ بأي حال من الأحوال سببا مبررا وكافيا للخلع، وإتّما هو إجراء يتم في جميع صور الطلاق لمحاولة إعادة الأمور إلى مجاريها بين الزوجين. فالمقصود بالسبب الجدّي لطلب الخلع هو أن تكون المرأة كارهة فعلا لحياتها الزوجية وخائفة ألاّ تقيم حدود الله. فبحقّ أضحى الخلع طلاقا بالإرادة المنفردة للزوجة يقابل حق العصمة للزوج، ولو أنّه في الطلاق الخلعي لا يكتف على أنّه طلاق تعسّفي بالرغم من كونه لا يستند على مبرر، إذ يكفي أن تتمسك الزوجة بطلبه، فيستجاب لها.

ولهذا لنا أن نتساءل ألاّ يمكن للزوجة أن تتمتع بحقوقها بكل حرية في ظلّ الضوابط الشرعية والقانونية؟ أم أنّ الحرية تعني التحرر الفوضاوي ومسايرة التطور والمجتمع الدولي بعيدا عن الشريعة الحقة؟

فهذا التوجه الحديث للقضاء الجزائري يجعله مشابها للطلاق الإنشائي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ومقابل الخلع الذي يفرضه المشرع الجزائري يمثله التعويض الذي أقرّه المشرع التونسي.

وحتى المشرع المغربي الذي جعل الخلع عقدا رضائيا لا يتم إلاّ بموافقة الزوج بموجب المادة 115 من مدونة الأسرة، تجاوز ذلك بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 120 من نفس المدونة، بأن أعطى للزوجة حرية اللجوء إلى مسطرة التطلق للشقاق إذا أصرت على الخلع، وتمسك الزوج برفضه⁶⁹⁸. فإذا كان باشرطه موافقة الزوج على الخلع سيقف موقف حرج أمام مصادقته على اتفاقية القضاء على

⁶⁹⁸ - حول اشتراط موافقة الزوج على الخلع يراجع، ص. 618-619 من هذه الرسالة؛ وبشأن تجاوز هذا الشرط يراجع، ص. 668 من هذه الرسالة.

جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وخاصة في ظلّ رفع تحفظه على المادة 16 منها⁶⁹⁹. فإنّه بهذا الاستثناء سيتخذ منفا للخرج من الانتقادات.

فمن خلال ما تقدّم، يظهر جليا مدى تأثر المشرعين التونسي والجزائري والمغربي، بالاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في مادتها 16، والرامية إلى تفعيل مبدأ المساواة بين الزوجين في مجال انحلال الرابطة الزوجية. مخالفين بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فالخطاب في الخلع كان موجها للزوجين معا في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁷⁰⁰. على خلاف الخطاب في الطلاق الذي كان موجها للرجل فقط لقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁷⁰¹. أضف إلى ذلك، سمى الله الخلع فدية وهي تتضمن معنى المعاوضة، وقد عرّف الفقهاء بالإجماع الخلع على أنّه عقد بالتراضي، يشترط في صيغته الإيجاب والقبول⁷⁰².

فواضعوا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة اکتفوا بالاهتمام بمساواة شكلية تتعلق بتحقيق المظاهر عندما يتساوى الجنسين في إيقاع الطلاق. فمثل هذه المساواة لا يمكن التعويل عليها لاتقاء زعزعة الكيان الأسري. لأنّ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يعتبر وسيلة هدم، وتمكين المرأة من هذا السبيل أيضا ما هو إلاّ فتح باب آخر تحت تصرّف الأسرة للتعجيل في انهيارها⁷⁰³.

لأنّه إذا كانت نسبة حالات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج زادت عن حجمها بشكل مخيف، وما أفرزته من نتائج سلبية، فما بالك إذا مكنا المرأة أيضا من الطلاق بالإرادة المنفردة تحت ستار

⁶⁹⁹- حول رفع التحفظ يراجع، الباب الأوّل، ص. 235- 236 من هذه الرسالة.

⁷⁰⁰- سورة البقرة، الآية رقم 229.

⁷⁰¹- سورة الطلاق، الآية رقم 01.

⁷⁰²- أنظر، شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، م. ج. ع. ق. إق. س.، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، ع. 04، 2008، ص. 29.

⁷⁰³- أعمار يحيوي، المساواة في الحقوق... المرجع السابق، ص. 298.

المساواة. ففي الوقت الذي كان ينبغي فيه البحث عن آليات للتخفيف من حدّة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ثم إطلاق حرية الزوجة لتحرّر من الرابطة الزوجية، وزيادة نسبة التفكك الأسري⁷⁰⁴.

وردّا على المجتمع الدولي حول مسألة المساواة بين الرجل والمرأة في الطلاق نقول أنّ الشريعة السمحاء كانت السبابة بإحداثها مساواة فعلية لا مساواة شكلية، فحفاظا على الأسرة ولضمان استمرارية الحياة الزوجية ونظرا لقدسية عقد الزواج، فإنّها منحت الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في ظروف استثنائية وليس كمبدأ عام كيف لا وبالطلاق يهتز عرش الرحمان.

ومع ذلك، سارت القوانين المغاربية للأسرة على منوال الاتفاقيات الدولية، وليس هذا فحسب، فمن أجل تحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، عمدوا إلى تقييد إرادة الزوج في الطلاق.

الفرع الثاني

تقييد إرادة الزوج في الطلاق تحقيقا للمساواة بين الجنسين

أصبح الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج آفة اجتماعية، عوض أن يكون حلاً استثنائياً لحل رابطة استحال مواصلتها، نظرا لانخفاض الوازع الديني والأخلاقي، فمن أجل الحدّ من حالات الطلاق وضمنا لحقوق المرأة والأولاد وحماية للأسرة، قيّدت التشريعات المغاربية للأسرة طلاق الزوج بحكم القاضي (أولا).

ولأنّ طلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ولا يمكن للقاضي أن يرفض طلبه، فإنّه لا معنى لحرية الزوجة في حل الرابطة الزوجية في هذه الحالة، وبالمقابل ولأنّه لا يستبعد معه تعسّف الزوج في استعمال هذا الحق، فإنّه يتعيّن الحكم بالتعويض كجزاء له وجبرا للمرأة عن الضرر اللاحق بها. (ثانيا).

⁷⁰⁴- ذكر المرصد الجزائري للمرأة أنّ عدد القضايا المسجلة تتزايد بوتيرة سريعة حيث انتقلت من 29 ألف حالة عام 2010 إلى 65 ألف حالة نهاية 2015، ياسين بودهان، الطلاق بالجزائر... أرقام تثير المخاوف، 30 / 10 / 2016 على موقع الإنترنت: www.aljazeera.net؛ وكشفت إحصائية حديثة لوزارة العدل المغربية ارتفاع قضايا الطلاق في المغرب بنسبة 80 بالمئة، وأبرزت الإحصائية تفوق النساء على الرجال في طلبات الطلاق إذ رفعت 26547 قضية مقابل 40728. وبلغ عدد قضايا الطلاق للشقاق 24783 مقابل 55 قضية بسبب عيب في الزوج، 1071 بسبب الإخلال بأحد الشروط الاتفاقية، و2169 بسبب غياب الزوج، ارتفاع نسبة الطلاق بسبب مدونة الأسرة الجديدة، 09 نوفمبر 2012 على موقع الإنترنت: www.chtoukapress.com

أولاً: تقييد طلاق الزوج بحكم القاضي

يتمتع الزوج شرعاً بمطلق الحرية لتوقيع الطلاق بإرادته المنفردة، إلا أنه قانوناً فرضت التشريعات المغربية للأسرة سلطة القاضي، حيث يتدخل للكشف عن إرادة الزوج في إيقاع الطلاق، وذلك لوضع حدٍّ للتعسف وللتقليل من حالات الطلاق اللفظي، وكذلك ضماناً لحقوق المرأة والأبناء في وجود رقابة قضائية⁷⁰⁵.

حيث نص المشرع التونسي بالفصل 30 على أن: "لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة"⁷⁰⁶، وتقابله المادة 78 من مدونة الأسرة المغربية والتي جاء فيها: "الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقاً لأحكام هذه المدونة"⁷⁰⁷، وهذا موازاة مع المادة 49 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"⁷⁰⁸.

وهكذا أصبح لزاماً على الزوج الراغب في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة اللجوء إلى المحكمة، بكيفية تحول دون التسرع في إيقاعه، وتجعل اللجوء إليه متاحاً لكل من الزوج والزوجة على قدم

⁷⁰⁵ محمد جوهر، قراءات متقاطعة... المرجع السابق، ص. 63؛ باخساني الحسين، مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي ومدونة الأحوال الشخصية، مجلة الميادين، ع. 03، 1988، ص. 228.

⁷⁰⁶ يقول الطاهر الحداد أنه: "لا علاج لدرء حالات الطلاق اللفظي إلا بوضع مبدأ تحكيم القضاء في كل ما يقع من حوادث الطلاق والزواج، حتى لا يتم منهما إلا الموافق لغرض الشريعة ونصوصها. ولا يبقى مجرد لغو يصدر من فم رجل ينقض بيتاً بمن فيه من أهله ليصبح ذلك الرجل هو نفسه بعد قليل شاكياً باكياً على ما فرط منه، وملتمساً أوجه الخلاص مما وقع فيه بجهله واندفاعه. ولذلك كان حتماً علينا لو توفقتنا إلى الخير أن نؤسس محاكم الطلاق، نحفظ بما مقاصد الشريعة الإسلامية التي تتطلب هذه المحاكم بطبيعة الحال لرعاية نصوصها، وحمل الناس عليها، وهذا واجب المسلم اليوم"، الطاهر الحداد، المرجع السابق، ص. 78-79.

⁷⁰⁷ والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية كان يمارسه الزوج على إطلاقه وحتى في غيبة الزوجة. أما في إطار مدونة الأسرة لم يعد هناك وجود للطلاق الإنفرادي الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة بعيداً عن رقابة القضاء.

⁷⁰⁸ ذهب الأستاذ الدكتور جيلالي تشوار إلى القول: "لست أدري كيف يفهم من هذه العبارة ما قصده واضعوا قانون الأسرة منها، لأنّ المعنى الظاهر وهو أن الطلاق لا يتم إثباته إلا بحكم قضائي، وأنه عندما يقع عرفياً، فإنّ القاضي يمكنه أن يعتمد على البيئة الشرعية في إثباته، وهذا المعنى فاسد، وغير صحيح، لأنه يقتضي يقتضي أنّ الدعاوى التي تتعلق بإثبات الطلاق لا تسنع مطلقاً في حالة ما إذا وقع بعد صدور قانون الأسرة، ولعلّ أنّ المشرع يقصد أنّ الوسيلة العادية لإيقاع الطلاق هي الحكم الذي ينطق به القاضي، وأنه بانتفاء هذا الحكم لا يقع الطلاق إلا بصفة استثنائية بشأن الطلاق اللفظي الذي تم بين الفاتح من جويلية 1957 وتاريخ صدور قانون الأسرة، ويمكن للقاضي حينئذ أن يقبل البيئة الشرعية في إثباته. وقانون الأسرة لم يوفق في هذا النص لأنه لم يبيّن ما هي الحالة الاستثنائية التي يجوز فيها للقاضي أن يسمع دعوى إثبات الطلاق. كما أنه يوهم أنّ جميع أحكام الطلاق ليست من الأحكام الناشئة بل الكاشفة. ولهذا كان من المستحسن على المشرع أن يستعمل كلمة "لا يقع" بدل "لا يثبت"، جيلالي تشوار، حق الزوجة في الطلاق... المرجع السابق، ص. 74-75.

المساواة، وتضمن حقوق كل أفراد الأسرة وتحفظ مصالحهم المشروعة. وإن سبب وضع الطلاق تحت إشراف القضاء راجع إلى تعسف الأزواج في ذلك مما أدى إلى تشتيت وضياح عدّة عائلات، وأيضا يعود إلى مواقف القضاء الأوربي الذي يعتبر الطلاق بهذه الصورة مخالف للنظام العام عندهم، فكان يصّر على عدم الاعتراف به⁷⁰⁹.

فإثبات الطلاق بحكم صادر عن القاضي يعتبر كقييد على إرادة الزوج في الطلاق، إذ أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني، لأنه لا يعتد بتلفظ الزوج بالطلاق إلا بعد استصدار حكم قضائي يقضي بذلك بعد إجراء عدّة محاولات صلح قصد التوفيق بين الزوجين.

وإن تقييد حق الزوج في الطلاق باللجوء إلى القضاء، ليس سلبا لحق الرجل فيه، ولكنه تعديل له حتى يجيء طبق الغرض الذي أبيض له في الإسلام. وحتى يعرف الضار من المتضرر بالطلاق. وحتى وإن سلم أنّ في جعل الطلاق بيد القضاء سلبا حقيقيا لحق الرجل فيه، فإنّ في فرضه سلامة العائلة والمجتمع من التفكك، وهنا يجب أن يضيع حق الفرد أمام حق المجتمع⁷¹⁰.

ولأنّ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج القائم على دوافع تافهة يعتبر عبئا ثقيلا على المرأة، وعلى الأسرة كعماد المجتمع أيضا⁷¹¹. يكتف على أنّه طلاق تعسفي موجب للتعويض.

ثانيا: لا معنى لحرية الزوجة في رفض حل الرابطة الزوجية أمام تمسك الزوج برغبته في الطلاق

لقد سمحت المادة 48 من قانون الأسرة للزوج حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وبالمقابل نجد أنّ المادة 49 من نفس القانون فرضت على القاضي إجراء عدّة محاولات صلح قبل النطق بحكم الطلاق. ومن خلال جلسات الصلح يتمكن القاضي من فحص أسباب الطلاق والتأكد من جدّيتها ودوافعها، وإن كان الزوج غير ملزم بالإفصاح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، وهذا ما أقرت به المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 15 جوان 1999 والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنّه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محلّه، ومتى تبين في قضية الحال أنّ للزوج الحق في تحمّل مسؤولية

⁷⁰⁹ - محمد الكشور، الوسيط في شرح... المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 132.

⁷¹⁰ - الطاهر الحداد، المرجع السابق، ص. 79.

⁷¹¹ - Cf. Djilali TCHOUAR, op. cit., p. 165.

الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنباً للحرج، أو تخطياً لقواعد الإثبات، خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبّقوا صحيح القانون⁷¹².

فالقاضي يحكم بالطلاق بناء على إرادة الزوج حتى لو لم يقدم هذا الأخير البيّنة أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم قدرته على إثباتها أو لتجنّب الحرج، وعدم الرغبة في الإعلان عن الأمور الشخصية. وحتى وإن رفضت الزوجة حل الرابطة الزوجية، فإنّه لا يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار رفضها ولن يقف ذلك حائلاً أمام رغبة الزوج في إيقاع الطلاق، ما يسمح بالقول أنّه لا معنى لحرية الزوجة في رفض إنهاء العلاقة الزوجية. وهنا لا يسع القاضي إلاّ الكشف عن إرادة الزوج وتكييف ما إذا كان الطلاق تعسّفاً أم لا للحكم بالتعويض.

فإن تبث للقاضي أنّ الطلاق لم يكن لسبب جدّي، ولا لدفع ضرر واقع من الزوجة، ولا لأيّ حكمة من الحكم التي شرّع الطلاق من أجلها، أو أنّ الزوج تعمد عدم الإفصاح عن الأسباب الداعية إلى طلب الطلاق، يكيّف الطلاق على أنّه تعسّفاً ويحكم للمطلّقة بالتعويض. حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17 نوفمبر 1998 ما يلي: "من المقرّر قانوناً أنّ الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسّفه في الطلاق. ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ مخالفاً للقانون. ومتى تبيّن من قضية الحال، أنّ قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض، دون أن يحصل من الطاعن أيّ تعسّف أو نشوز، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً"⁷¹³.

فمن الحالات التي اعتبرتها المحكمة العليا طلاقاً تعسّفاً موجباً للتعويض، نذكر منها ما قضى به القرار الصادر عنها بتاريخ 15 نوفمبر 2006 من أنّه: "يحق للزوجة، في حالة الطلاق قبل الدخول بها، الحصول على تعويض، من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير، عليها"⁷¹⁴. وما جاء به القرار الصادر عنها بتاريخ 15 نوفمبر 2006 بقوله: "عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعدّ

⁷¹² - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 15 / 06 / 1999، ملف رقم 223019، إ. ق. غ. أ. ش.، 2001، ع. خ.، ص. 104.

⁷¹³ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 17 / 11 / 1998، ملف رقم 210451، إ. ق. غ. أ. ش.، 2001، ع. خ.، ص. 252.

⁷¹⁴ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 15 / 11 / 2006، ملف رقم 372290، م. م. ع.، 2007، ع. 01، ص. 487.

سببا من الأسباب الشرعية والقانونية المخوّلة للزوج حق الطلاق، بتظلم الزوجة⁷¹⁵. وما ورد في القرار الصادر عنها بتاريخ 11 فيفري 2009 بأنه: "يعدّ مخالفا القانون، حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسّفي، ما دام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة"⁷¹⁶.

وبهذا، إذا لم يؤسّس الزوج طلاقه على سبب جدي اعتبر متعسّفا، والقاضي من خلال فحص مواقف الطرفين يتمكّن من الموازنة بين الدافع إلى استخدام الزوج لحق الطلاق وبين الآثار المترتبة عن هذا الاستعمال، فيستنتج التعسّف من الدوافع التي أدّت بالزوج إلى الطلاق هل هي مبرّرة أم غير مبرّرة.

ومع ذلك، فتدخل القاضي يكون سلبيا لعدم البحث في الأسباب والاكتفاء بتقدير التعويض، ولهذا هناك من يقترح تحديد أسباب الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حتى يترث الأخير عند التفكير في الطلاق دون سبب أو لسبب تافه، وحتى يتمكن القاضي من عدم قبول دعاوى الطلاق القائمة على أسباب تافهة ومنها يقلّل من نسبة الطلاق ويحمي المرأة والأسرة بوجه عام⁷¹⁷.

حيث يرى الأستاذ الدكتور جيلالي تشوار بأنّ: "الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يعدّ حاليا آفة اجتماعية، وهو ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر الطلاق حلاّ استثنائيا. ومن أجل الحدّ من حالات الطلاق يجب أن تتدخّل الدولة، نظرا لضعف الوازع الديني، لضمان احترام حقوق الغير، ويتعلّق الأمر بحقوق المرأة والأولاد، وحماية الأسرة. فرغم اعتبار الفقه الحق في الطلاق حقا خالصا للرجل، إلّا أنّه لا حرج في أن تتدخّل الدولة لحصره في بعض الأسباب تحقيقا لمنفعة اجتماعية، لأنّ الله تعالى قد حظر الطلاق إلّا لسبب مشروع لقول الحديث الطلاق يهتز له عرش الرحمن.

فيعدّ تدخّل الدولة ذا أهمية بالغة لأنّه يهدف إلى إقامة مساواة تامّة بين الرجل والمرأة، لكن في اتجاهها الحسن، لكون مبدأ المساواة في هذا الإطار يعتبر بالدرجة الأولى المثل الأعلى الذي يجب أن يكون عنصرا فعّالا في انسجام العلاقات الاجتماعية، ما دام أنّه يضع حداّ للتعسّف. فعندما يعلم

⁷¹⁵ - محكمة عليا، غ.أ. ش.، 15/11/2006، ملف رقم 373707، م.م.ع.، 2007، ع. 01، ص. 499.

⁷¹⁶ - محكمة عليا، غ.أ. ش.، 11/02/2009، ملف رقم 480264، م.م.ع.، 2009، ع. 01، ص. 283.

⁷¹⁷ - Cf. Djilali TCHOUAR, op.cit., pp. 204 et s.

الزوج أنّ دعوى الطلاق لن تكون مقبولة، يتردّد لرفعها لأسباب تافهة. وبمثل هذا الحل يتناقص عدد حالات الطلاق. وعليه، فتحديد الأسباب ما هو إلاّ مكبح قوي لطلبات الطلاق غير المؤسّسة، ويبحث كثيرا من الأزواج على القيام بواجباتهم بكل نزاهة⁷¹⁸.

ولا يرى الدكتور أعمر يجاوي ضرورة تقييد الزوج في الطلاق بذكر الأسباب، لأنّ الشريعة الإسلامية لا تجيز تدخّل الدولة بأي شكل من الأشكال، لتفرض على أحدهما علاقة قوامها البغض والتنافر هذا من جهة. ومن جهة ثانية، لأنّ القاضي إذا رفض دعوى الزوج لانعدام السبب أو قصوره، فإنّ ذلك لن يردعه، ولن يغيّر حالته النفسية الباغضة، بل سيتمادى في النشوز وفي إهمال واجباته فتتأذى الزوجة والأبناء. ومن جهة ثالثة، إذا تعدّر على الزوج إثبات السبب، فإنّه سيلجأ إلى الكذب واصطناع الأسباب بما قد يؤدّي إلى المساس بسمعة وشخصية والحياة الخاصّة للزوجة⁷¹⁹.

ولهذه الأسباب، فهو يقترح ضرورة تضيق مجال الطلاق، ومفاد ذلك أن يكون التشدّد في الطلاق من عدّة نواحي: فمن ناحية الشخص، فيجب أن يكون الطلاق صادرا من الزوج شخصيا باعتباره صاحب العصمة دون الاعتداد بالتفويض والتوكيل، وأن يكون قاصدا للطلاق فلا يقع طلاق السكران والغضبان. ومن ناحية اللفظ، اقترح حصر ألفاظ الطلاق والاعتماد فقط على الألفاظ الصريحة وحصرها في ثلاث دون سواها: الطلاق، الفراق، السراح، فيعتدّ باللفظ الصريح لا بالكناية لوضع حدّ للعبث بعقد الزواج. وكذلك جعل الطلاق الثلاث في مجلس واحد طلقة واحدة رجعية. أمّا من ناحية الوقت، فيعني بذلك عدم إيقاع الطلاق البدعي ولا الطلاق المعلق والمضاف. وأخيرا من ناحية الإشهاد، أي أن لا يقع الطلاق إلاّ بيّنة⁷²⁰.

إنّ الاقتراح الرامي إلى تضيق مجال الطلاق لن يجد مكانا له على أرض الواقع، فالتشريعات الأسرية لا تعترف إلاّ بالطلاق الصادر بحكم قضائي، لهذا يصعب علينا أن نتصوّر هذه الحالات عند رفع الدعوى. فالزوج إذا تلفظ بالطلاق، فإنّه لا يؤخذ به بعين الاعتبار ما لم يصدر حكم قضائي بذلك. وعلى فرض أنّ المشرّع قام بتعديل النصوص القانونية الخاصّة بالطلاق على غرار ما ذهبت

⁷¹⁸ - Cf. Djilali TCHOUAR, op. cit., pp. 202- 204- 206.

⁷¹⁹ - أعمر يجاوي، المساواة في الحقوق... المرجع السابق، ص. 301- 302.

⁷²⁰ - أعمر يجاوي، المساواة في الحقوق... المرجع السابق، ص. 303 وما بعدها.

إليه الشريعة الإسلامية، فإنّ ذلك لن يساهم في التقليل من ظاهرة الطلاق، إذ نظرا لانخفاض الوازع الديني والأخلاقي، وأمام عدم تحمّل ضغوطات الحياة إن كان ذلك لعوامل اجتماعية أو اقتصادية ستتصاعد نسب الطلاق اللفظي بشكل رهيب، لن يتحقّق معه سوى هدم عديد من الأسر.

ولهذا، فالافتراح المقدم من قبل الأستاذ جيلالي تشوار يعتبر أكثر منطقية وواقعية، إذ بغض النظر عن تقرير المساواة بين الرجل والمرأة، فإنّ فيه حماية لمؤسسة الزواج وعدم العبث بها، ومن شأنه أن يقلّل من حالات الطلاق اللفظي إذا ما انتشر الوعي لدى الأزواج بأن لا طلاق إلاّ بحكم، وإنّ إعمال فكرة تقييد الزوج بأسباب جدّية للطلاق من شأنه أن يحث الأزواج على احترام قدسية وأهمية عقد الزواج.

فالطلاق القضائي ورغم محاسنه إلاّ أنّه لم يستطع في الواقع أن يحدّ كثيرا من الطلاق التعسّفي لأنّ دور القاضي محدود فلا يملك سلطة رفض الحكم بالطلاق، وإنّما يقتصر على الحكم بالغرامة حالة الطلاق التعسّفي. فإذا تم تقييد الزوج بذكر الأسباب، فمن شأن القاضي أن يكون له دورا إيجابيا في التقليل من حالات فك الرابطة الزوجية.

ولم يتبنّ المشرع التونسي فكرة تقييد الزوج بذكر أسباب الطلاق، غير أنّه جعل طلاق إنشاء موجبا للتعويض في جميع الحالات، لأنّه وإن كان حقا مشروعاً، فإنّ طابعه غير المبرّر يجعله تعسّفا موجبا للتعويض، ظلّا منه أنّ هذا الحل من شأنه أن يحول دون زيادة نسبة قضايا الطلاق الإنشائي، إلاّ أنّه اتضح عمليا العكس نظرا لأنّ المحاكم تحكم بمبالغ زهيدة كتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق⁷²¹.

وقد سار فقه القضاء التونسي على هذا الاتجاه، فمن يرغب في الطلاق بإرادته المنفردة له ذلك دون بيان أسبابه ودوافعه شريطة أن يتحمّل الغرامات المترتبة عن فك الرابطة الزوجية. فقد ورد في القرار التعقيبي الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 30 أفريل 1975 ما يلي: "لا تقدّر غرامة الطلاق

⁷²¹ - ساسي بن حليلة، محاضرات في... المرجع السابق، ص. 105.

التعسفي على أساس السبب أو الداعي إليه، وإثما على أساس النتائج الناجمة عنه للطرف المكره على الطلاق وظروف كل من الطرفين"⁷²².

وعليه، فمجرد اللجوء إلى طلاق إنشاء يعدّ قرينة على تعسف الزوج في الطلاق دون حاجة إلى ذكر الأسباب، ويوجب التعويض، على خلاف ما استقرت عليه المحكمة العليا بالجزائر، بحيث إن كان للزوج مبرر شرعي وسبب جدّي يعفى من التعويض، أمّا إن طلق بدون سبب أو كان السبب تافها، ففي هذه الحالة يعدّ طلاقه تعسفيا يقتضي التعويض.

والملاحظ أيضا أنّ المشرع التونسي من خلال الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، ساوى بين الزوجين في طلب الطلاق، حيث يمكن لكل واحد منهما اللجوء إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة، وعلى القاضي الاستجابة لطلبهما دون البحث في الأسباب والدوافع المؤدّية إلى ذلك، على أنّ طالب الطلاق ملزم بتعويض الطرف الآخر. وهذا ما قضت به محكمة التعقيب في القرار الصادر عنها بتاريخ 02 ديسمبر 2010 والذي جاء فيه: "إنّ المشرع ساوى بين الزوجين في حق غرم الضربين المادي والأدبي الناجمين على الطلاق ولم يميّز المرأة إلاّ من خلال إمكانية خيار تعويض ضررها المادي في شكل جناية عمرية أو رأسمال وفي ذلك تكريسا من المشرع للمساواة بين الجنسين وإقامة العلاقة بينهما على أساس الندية والشراكة، لذلك مكّن الفصل 31 المذكور للزوج المطلّق أن يطالب بغرم ضرره المادي الناجم عن الطلاق والمتمثل في فقدانه لدخل إضافي كان يوفره عمل الزوجة للأسرة كفقده لحق مكّنه منه الفصل 23 من م. أ. ش. الذي أوجب على الزوجة أن تساهم في مصاريف الأسرة إن كان لها مال خاصة وقد ثبت أنّ المعقب ضدها تتقاضى راتبا محترما"⁷²³.

وهذا لا يلمس عند المشرع الجزائري الذي قيّد الزوج باللجوء إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية، وأنّ القضاء دأب على مساءلة الزوج عن الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق وإلاّ عدّ طلاقه تعسفيا موجبا للتعويض. في حين أنّ الزوجة يمكنها طلب الخلع دون موافقة الزوج ودون ذكر

⁷²² - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 30/04/1975، ع. 11786، ن. م. ت.، 1975، ج. 02، ص. 24.

⁷²³ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 02/12/2010، ملف ع. 52737، مقتبس عن: عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق،

الأسباب وعلى القاضي أن يستجيب لطلبها وهي غير ملزمة لا قانونا ولا قضاء بالتعويض في حالة ما إذا كان خلعا خلعاً تعسفياً، وهو ما جعل أمر المساواة بين الجنسين غير محقق.

فاستحقاق المطلقة للتعويض في التشريع التونسي يجد أساسه في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية. فهو يعدّ الأمثل والأوحد للتعويض الذي يعتبر قانونياً بمجرد وقوع الطلاق، حاجة المتضرر إلى إثبات الضرر، وهو ما أكدّه القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 25 سبتمبر 1990 والذي جاء فيه ما يلي: "أنّ الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية هو الأساس القانوني الأمثل الذي اختاره المشرع للتعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق وليس لمحكمة الموضوع أن تدخل عناصر الفصل 107 من مجلة الالتزامات والعقود عند تقرير الغرامة لتعلق هذا الفصل بتعويض الضرر الناجم عن الجنحة وما شابهها"⁷²⁴.

وأيضاً القرار الصادر عنها بتاريخ 01 فيفري 2007 الذي قضت بموجبه بأنّ "طالما أنّ الدعوى في مضمونها هي دعوى شخصية وتتعلّق أساساً بالطلاق فإنّ المشرع قد خصّ هذه الدعوى بأحكام الفصل 31 من م. أ. ش الذي وضعه المشرع كأساس للتعويض الناجم عن الطلاق سواء في المادي منه أو في المعنوي وأضحى الحكم المعتمد في قضائه لتقدير الغرامات بالفصل 107 من م. أ. ش. ع مجاناً للصواب"⁷²⁵.

بالإضافة إلى ما ورد في القرار الصادر عنها بتاريخ 19 نوفمبر 2009 من أنّ: "يستشف من روح التشريع أنّ المشرّع وضع قرينة حصول الضرر لمن سلط عليه الطلاق قهراً، وهو لذلك غير مطالب بإثبات مضرّته وإثماً على من يدّعي عدم حصولها أن يقدّم الدليل على زعمه"⁷²⁶.

⁷²⁴ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 25/09/1990، ملف ع. 26158، ن. م. ت.، 1990، ص. 145.

⁷²⁵ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 01/02/2007، ع. 9494، مقتبس عن: عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 39.

⁷²⁶ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 19/11/2009، ملف ع. 39553، مقتبس عن: عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 37.

وبالمقابل، أساس التعويض في التشريع الجزائري هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية، وهو ما يستشف من المادة 52 من قانون الأسرة النّاصة على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلّقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وهو أيضا ما اتجهت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 22 فيفري 2000 والذي اقتضى: "إنّ الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا للمسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"⁷²⁷.

أمّا المشرع المغربي فلم يتبنّ نظرية التعسف في استعمال الحق خلافا للمشرعين الجزائري والتونسي، وإتّما جعل تعسف الزوج معيارا من المعايير المعتمدة في تقدير المتعة بحسب مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 84 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه".

وعلى الرغم من أنّ هناك من يفضل استعمال مصطلح المتعة بدلا من التعويض لأنّ هذا الأخير يكون عن خطأ، أمّا المتعة فهي من التبعات المالية للطلاق مهما اختلفت أسبابه، كما أنّ أي تعويض لا يغني المرأة عن زوجها وبيتها ووضعها الاجتماعي والمتعة تغطي معنويا ما لا يستطيع التعويض تغطيته⁷²⁸. إلاّ أنّه كان على المشرع المغربي أن يفرّق بين المتعة والطلاق التعسفي وأن ينص صراحة على الحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمطلّقة في جميع الحالات التي يثبت فيها أنّ الزوج قد تعسف في استعمال حقه في الطلاق سواء كاف الضرر اللاحق بالمطلّقة ماديا أو معنويا⁷²⁹.

فمحكمة الاستئناف بالرباط اعتبرت أنّ معيار الحكم بالتعويض في الطلاق هو حصول الضرر من عدمه، وذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ 14 جانفي 2009 والذي اقتضى بأن: "حصول

⁷²⁷ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 2000 / 02 / 22، ملف رقم 335656، م. ق.، 2000، ع. 01، ص. 282.

⁷²⁸ - أنظر، عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوى إلى التغيير، مطبعة فضالة، المحمدية، ط. 01، 1999، ص. 189 وما بعدها.

⁷²⁹ - أنظر، نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمّقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المغرب، 2005-2006، ص. 37-38.

الضرر أساس الحكم بالتعويض في الطلاق... نعم، يكون حكم القاضي بعدم قبول طلب التعويض قد صادف الصواب، طالما أنه لا يوجد ما يفيد تضرر الزوجين من جراء الطلاق⁷³⁰.

ولأول مرة قام المجلس الأعلى بتوضيح حالات الحكم بالمتعة في الفراق بين الزوجين وحالات الحكم بالتعويض لمن يلحقه ضرر من الآخر، وذلك بمناسبة القرار الصادر عنه بتاريخ 21 سبتمبر 2010، فقد بين بشكل واضح أنّ المتعة لا يحكم بها إلا في حالة الفراق الذي يطلبه الزوج، وأمّا الفراق التي تطلبه الزوجة، فإنّه لا يحكم لها بالمتعة، وإّما يحكم لها بالتعويض إذا أثبتت الضرر طبقاً للقواعد العامة، كما أنّه يحكم للزوج بالتعويض إذا ثبت تضرره من التطلق الذي طلبته الزوجة⁷³¹.

⁷³⁰ - محكمة الاستئناف بالرباط، 14 / 01 / 2009، مقتبس عن: محمد الشافعي، قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 75.

⁷³¹ - تمثلت وقائع القرار فيما يلي: "حيث يستفاد من أوراق الملف ومن القرار المطعون فيه رقم 735 الصادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 05 نوفمبر 2008 في الملف رقم 742 / 07 أنّ المدعية تقدّمت بواسطة دفاعها أمام المحكمة الابتدائية بوجدة في مواجهة المدعى عليه المسمى... تعرّض فيه أنّها متزوجة به غير أنّه منذ زواجهما وهو يسيء معاملتها ويقوم بضررها ويمنعها من زيارة عائلتها وأنّه استناداً إلى مقتضيات المواد 83 و84 و85 من مدونة الأسرة فإنّها تلتزم: الحكم بتطليقها من المدعى عليها بسبب الشقاق أدائه لها تعويضاً قدره أربعون ألف درهم لكونه مسؤولاً عن الفراق، وأدلت بوثائق؛

وأجاب المدعى عليه بأن ادعاءات المدعية باطلة وتفتقر إلى الدليل، وأنّه أعد لها سكناً جديداً ومستقلاً عن عائلته وقد مكثت فيه أكثر من تسعة أشهر ثم غادرت بيت الزوجية بدون سبب، وقد رفع ضدها دعوى من أجل الرجوع إلى بيت الزوجية وصدر حكم بذلك بتاريخ 19 / 04 / 2007 في الملف رقم 63 / 07 وأنّها امتنعت عن الرجوع إليه حسب محضر الامتناع في ملف التنفيذ عدد 54 / 07، ملتسماً برفض الطلب، وأدلى بوثائق؛ وبعد إجراء محاولة الصلح بين الطرفين وفضله، تقدّمت المدعية بواسطة دفاعها بتاريخ 06 / 08 / 2007 بطلب إضافي التمسّت فيه الحكم على المدعى عليه بأدائه لها نفقتها حسب 800 درهم شهرياً ابتداء من تاريخ الإهمال 31 / 12 / 2006 إلى تاريخ الحكم بالتطليق، وبأدائه لها صداقها وقدره عشرة آلاف درهم، وتحديد مدة الإجمار في الأقصى مع النفاذ المعجل والصارئ؛

وبعد انتهاء الإجراءات قضت المحكمة بتاريخ 09 / 10 / 2007 في الملف رقم 07/307 بتطبيق المدعية المسماة... من المدعى عليه المسمى... طليقة بائنة للشقاق، وبأدائه لها مؤخر صداقها المحدد في 10.000 درهم ومنتعتها بحسب 8000 درهم وتكاليف سكناه حسب 1500 درهم ونفقتها حسب 350 درهم شهرياً ابتداء من 01/01/2007 إلى تاريخ 17/05/2007، مع النفاذ المعجل والصارئ، ويتوجبه ملخص هذا الحكم لضابط الحالة المدنية لمكان ازدياد الطرفين لانتخاب المتعين، فاستأنفه الطرفان بواسطة دفاعهما، حيث استأنفه المدعى عليه استئنافاً أصلياً في حين استأنفته المدعية استئنافاً فرعياً. وبعد انتهاء الإجراءات، قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف، وهذا هو القرار المطلوب نقضه من طرف الطاعن بواسطة دفاعه بمقال يتضمن وسيلتين أحاب عنه دفاع المطلوبة في النقض بمذكرة ترمي إلى رفض الطلب؛

فيما يتعلّق بالمقطع الأول من الوسيلة الثانية المتخذة من خرق المادة 84 من مدونة الأسرة: ذلك أنّ الطاعن أثار بأن هذه المادة تنص على أنّه يراعي في تقدير مستحقات الزوجة فترة الزواج والوضعية المادية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه، إلا أنّ المحكمة قد عمّمت الحديث عن مسؤولية التطلق دون الحديث عن أسباب ومسؤولية الزوجة في إيقاعه، لأنّ المعارض لا مسؤولية له في النازلة، وقد أدلى بما يفيد امتناعها عن الرجوع لبيت الزوجية.

ومع ذلك حكم لها بواجب المتعة المقدر في 8000 درهم مع أنّها المسؤولة الوحيدة عن طلب التطلق، وما ادعته في جلسة الإصلاح يبقى مجرداً عن الإثبات، والقرار المطعون فيه لما لم يجب عما أثاره الطاعن في شأن مسؤوليتها عن التطلق فإنه جاء غير معلل ومعرضاً للنقض.

حيث تبين صحة ما أثاره الطاعن في هذا المقطع من الوسيلة الثانية، ذلك أنّ المطلوبة قد طلبت في مقالها الرامي إلى التطلق بسبب الشقاق تعويضها بمبلغ 40.000 درهم باعتبار الطاعن هو المسؤول عن سبب الفراق، بينما قضت لها المحكمة بمتعة قدرها 8000 درهم، وأنّه بمقتضى المادة 84 =

وقد أرجعت التشريعات المغاربية مسألة تقدير أهمية الضرر والتعويض عنه لاختصاص محكمة الموضوع، ومتى علّلت رأيها فلا رقابة عليها. حيث جاء في القرار التعقيبي الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 13 فيفري 1996 ما يلي: "مسألة تعويض الضرر الناشئ عن طلاق أمر موكول لمطلق اجتهاد محكمة الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك طالما كان رأيها معللاً تعليلاً صحيحاً ومؤدياً للنتيجة التي انتهت إليها بحكمها وبناء على ذلك تعتبر قد علّلت رأيها تعليلاً سائغاً المحكمة التي رأت بأنّ المبلغ المحكوم به يتناسب وقدرة الزوج المادية على ضوء الأوراق والوثائق المطروفة بالملف والكاشفة لوضعه المادي والاجتماعي"⁷³².

وعن المجلس الأعلى المغربي، فقد اقتضى القرار الصادر عنه بتاريخ 22 نوفمبر 2006 ما يلي: "تقدير مستحقات الطلاق تستقل به محكمة الموضوع طالما كان تقديرها معللاً طبقاً للقانون. والمحكمة علّلت قرارها بأنّ الطالب كان يعمل مترجماً حسب ما هو مذكور في عقد النكاح وأنّه كان

=مدونة الأسرة فإن المتعة إنما يحكم بها في حالة الطلاق أو التطلق الذي يتم بطلب الزوج، والمحكمة لما حكمت لها بالمتعة رغم أنّها طلبت الحكم بالتعويض، ودون أن تحدد مسؤوليته عن الفراق لترتب على ذلك التعويض المستحق لها عند الاقتضاء، فإنّها تكون قد خرقت المادة المحتج بها وعرضت قرارها للنقض جزئياً فيما ذلك.

وحيث يعيب الطاعن في الوسيلة الأولى، المتخذة من عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني وسوء التعليل أنّ محكمة الاستئناف لم تجب عن الدفع كون المطلوبة في النقض قد تنازلت عن الدعوى التي التمسست بمقتضاها الحكم لها بنفقتها عن الفترة ما قبل الطلاق، وأنّه أدلى بنسخة حكم يفيد تنازلاً عن تلك الفترة ومن ثم فإن المدة المحكوم لها بالنفقة لا تمت إلى الحقيقة بصله، فضلاً على أنه حكم لها بالصدّاق مع أنّها أخذته تبعاً للتنازل المذكور. لكن حيث إن التنازل المتمسك به من طرف الطاعن يتعلق بفترة ابتدئ من 2006/06/22، في حين أنّ الطاعن يقرّ أثناء جلسة البحث بأنّ زوجته خرجت من بيت الزوجية ابتداء من 2007/01/01 وهو التاريخ الذي اعتمدته محكمة الموضوع للحكم لها بنفقتها، وبالتالي فإنّ التنازل لا علاقة له بالمدّة المحكوم بها، كما أنّ الطاعن لم يثبت أداء كالتى الصدّاق بحجة مقبولة، وأنّ الثابت كتابة لا يزول إلا بالكتابة، وأنّ التنازل لا يشير إلى براءة ذمته منه لذلك يبقى النعي غير مؤسس.

وحيث يعيب الطاعن في المقطع الثاني من الوسيلة الثانية، بأنّه مقتنع كون القضية ستحال على ابتدائية بركان، لعدم الاختصاص المكاني لابتدائية وجدة باعتبار أنّ بيت الزوجية يتواجد بمدينة السعيدية، وأنّ ما أدلت به المستأنف عليها من شهادة السكنى هو تحريف للحقيقة لأنّها لا تسكن بمدينة وجدة وأنّ القرار المطعون فيه لم يجب على هذا الدفع لذلك يتعيّن نقضه.

لكن حيث إنّ من جهة قد صدر حكم بالتطبيق للشقاق، وأنّه استناداً إلى المادة 128 من مدونة الأسرة فإنّ المقررات القضائية الصادرة بالتطبيق تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية، ومن جهة أخرى فإنّ المحكمة مختصة استناداً إلى عقد الزواج المعتمد بدائرتها وشهادة سكنى المطلوبة المدلى بها بالملف، لذلك يبقى ما أثير غير مقبول في جزء منه وغير مؤسس في الجزء الآخر. لهذه الأسباب:

قضى المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما قضى به من متعة المطلوبة، "مجلس أعلى"، 21/09/2010، ملف عدد 623/1/2009، مجلة القضاء والقانون، ع. 72. مرفقاً بتعليق للأستاذ إبراهيم بحمان، منشور على موقع الإنترنت: www.maghress.com.

⁷³² - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 13/02/1996، ع. 47512، ن. م. ت.، 1996، ج. 02، ص. 248.

متعسفا في طلاق المطلوبة، إلا أنه لم يبرر الطلاق بسبب مقبول، وبذلك فإنها تكون قد راعت وضعية العارض باعتبارها مترجما، وأنه كان يؤكد بأنه مستعد لأداء جميع مستحقات الطلاق، وأنه أنذر من طرف المحكمة لإثبات وضعيته المالية، ولم يدل بشيء مقبول، كما أخذت بعين الاعتبار وضعية المطلوبة التي طلقت بدون سبب مقبول، مما يجعل قرارها مبنيا على أساس⁷³³.

هذا، وقد سارت المحكمة العليا في الجزائر على نفس المبدأ من خلال قرارها الصادر بتاريخ 18 جوان 1991 والذي جاء فيه: "من المستقر عليه قضاء أنّ تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ قصورا في التعليل"⁷³⁴. ويتجلى أيضا في القرار الصادر عنها بتاريخ 12 جويلية 2007 بقولها أنّ: "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعدّ من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع بدون غيرهم"⁷³⁵.

فتقدير التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في قضية الطلاق، وهو يخضع لسلطته التقديرية، غير أنه ملزم بذكر أسباب تحديده. وليس للزوجة إرادة فيه، فلا حرية لها في تحديده.

ومن جانب آخر، نص المشرع التونسي صراحة وبكل وضوح على أنّ التعويض يكون لجبر الضرر المادي والمعنوي طبقا لأحكام الفقرة الرابعة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، بقولها: "ويقتضى لمن تضرّر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه". علما وأنّ الفقرة الثالثة من نفس الفصل تنص على أنّه يحكم بالطلاق بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

وهو المبدأ الذي كرّسته محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 1989 بقولها: "اقتضى الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية بفقرته الأخيرة أنّ الزوجة إذا طلّقت إنشاء وبرغبة من الزوج تستحق التعويض عما يلحقها من الضرر المترتب على هذا الطلاق التعسفي، وهذا الضرر

⁷³³ - مجلس أعلى، 22 / 11 / 2006، ملف عدد 06/208، مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 13.

⁷³⁴ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 18/06/1991، ملف رقم 75099، م. ق.، 1999، ع. 01، ص. 69.

⁷³⁵ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 12 / 07 / 2007، ملف 368660، م. م. ع.، ع. 02، ص. 483.

كما يكون أدبيا يكون حسيا. وتستحق التعويض عن الحالتين ولها في خصوص الضرر المادي أن تطلبه في قالب جناية عمرية تدفع لها مشاهرة وباللحلول والمحكمة هي التي تنظر إلى كل الضررين بناء على ما يتجمع لها من الأدلة في نطاق اجتهادها المطلق الذي لا رقابة عليها من محكمة التعقيب⁷³⁶.

فإذا كان الضرر ماديا، فللزوجة حرية الخيار بين أخذ رأسمال أو جناية عمرية حسب الفقرة الأخيرة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية. وهذه الجناية لها صبغة مزدوجة، فهي ذات صبغة تعويضية لأنها تهدف إلى تعويض الضرر الناجم عن الطلاق، ومن ناحية أخرى لها صبغة معاشية هدفها تحقيق نفس المستوى من المعيشة الذي اعتادته الزوجة في ظل الحياة الزوجية⁷³⁷. وهو ما جاء في القرار التعقيبي الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 23 أبريل 1991 بقولها: "إنّ التعويض عن الضرر الناشئ عن إنشاء الطلاق من طرف الزوج هو حق راجع لكل زوجة يتسلط عليها هذا الطلاق مهما كانت حالتها المادية، وقد جعل المشرع هذا التعويض في شكل رأس مال أو جناية عمرية حسب الأحوال حرصا منه على تحقيق التعويض العادل جبرا للضرر اللاحق بها من جراء الطلاق الإنشائي المسلط عليها وأعطى الزوجة الخيار بحسب ظروفها"⁷³⁸.

وفي قرار تعقيبي آخر صادر عنها في 18 مارس 1997 قضت بأنّ: "التعويض المادي للزوجة المتضررة من الطلاق الإنشائي في شكل جناية عمرية ضمان لها لما اعتادت عليه من مستوى عيش في ظلّ الرابطة الزوجية ليحقق لها وضعا ماديا قارا يحفظ كرامتها وبقائها من الحاجة"⁷³⁹.

ويمنح لها التعويض عن الضرر المادي على شكل جناية شريطة أن لا تكون عاملة ولها دخلا قار يجعلها في غنى عن هذه الجناية وهو ما يستشف من خلال القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 28 ماي 1996 والذي جاء فيه أنّ: "القضاء بجناية عمرية تعويضا للزوجة على ضررها المادي على اعتبار أنّها فقدت الزوج المحمول عليه واجب الإنفاق عليها رغم عملها، يعدّ خرقا لأحكام الفقرة

⁷³⁶ - محكمة التعقيب، قسم مدني، 12/12/1989، ع. 23702، ن. م. ت.، 1989، ص. 472.

⁷³⁷ - ينبغي أن نشير إلى أنّ الضرر المادي إذا اشتكى منه الزوج، فإنّه يتحصل على تعويض على شكل رأسمال. وأما إذا أصاب الزوجة، فلها الخيار بين رأس المال والجناية العمرية وهذا حماية للزوجة.، ساسي بن حليلة، محاضرات في... المرجع السابق، ص. 123 وما بعدها.

⁷³⁸ - محكمة التعقيب، قسم مدني، 23/04/1991، ع. 27245، ن. م. ت.، 1991، ص. 153.

⁷³⁹ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 18/03/1997، ع. 49084، ن. م. ت.، 1997، ص. 275.

الأخيرة من الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993 الذي أصبح بموجبه الزوجة مطالبة وجوبا بالمساهمة في الإنفاق على الأسرة إلى جانب الزوج إن كان لها مال، كما أنه على المحكمة أن توضح إن كانت الزوجة في غنى عن الجراية أم لا، وهو عنصر وإن كان لا يعتمد كمسقط لحقها في التعويض عن الضرر المادي، إلا أنه يخرجها من خيار المطالبة بالجراية أو التمتع برأس المال وفق الفصل 31 من نفس المجلة⁷⁴⁰.

وقد تمسكت بنفس المبدأ في القرار الصادر عنها بتاريخ 02 نوفمبر 1996 حيث قضت: "إنّ مراد المشرع وغايته من التنقيح المدخل على صيغة الفصل 31 من م. أ. ش. بحسب القانون عدد 7 المؤرخ في 18 فيفري 1981، وهو تنقيح يؤكّد على قيام مبدأ التعويض عن الضرر المادي بالنسبة للمرأة المطلقة يمنح لها في شكل جراية عمرية تدفع لها مشاهرة بعد انقضاء مدة العدة على قدر اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية، وقد رأت المحكمة في نطاق اجتهادها وسلطتها التقديرية من خلال ما قدّم لها من وثائق وأسانيد أنّ المعقب ضدها تحتاج إلى تعويض عن ذلك الضرر في شكل جراية عمرية لانتفاء ما يثبت أنّها تعمل وأنّ لها دخلا قارا يجعلها في غنى عن تلك الجراية"⁷⁴¹.

فلهذا إذا كانت الزوجة عاملة ولها رزق يضمن لها معيشة كريمة، فإنّه ليس لها الحرية في المطالبة بالجراية وإنّما لها طلب التعويض حتى لا تجمع بين دخلين قارين، وهو ما اتجهت إليه محكمة التعقيب في القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 09 فيفري 1998 حيث ورد فيه: "إنّ الخيار الذي منحه المشرع في التعويض عن الضرر المادي المتأّي من الطلاق يخصّ المرأة التي ليس لها دخل قار، أمّا إذا كانت تعمل ولها دخل قار فإنّه لا يمكنها المطالبة بجراية عمرية حتى لا تجمع بين دخلين قارين؛

مسألة تقدير مقدار النفقة وقيمة التعويض مسألة موضوعية ترجع للاجتهاد المطلق لمحكمة الموضوع"⁷⁴².

فمن خلال هذه القرارات، نجد أنّ المطلقة لها حرية الخيار للمطالبة بتعويض الضرر المادي المترتب لها عن الطلاق إمّا في شكل رأس مال يدفع لها مرّة واحدة، أو في شكل جراية عمرية تصرف

⁷⁴⁰ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 28 / 05 / 1996، ع. 49390، ن. م. ت.، 1996، ج. 02، ص. 256.

⁷⁴¹ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 02 / 11 / 1996، ع. 51162، ن. م. ت. 1996، ج. 02، ص. 251.

⁷⁴² - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 09 / 02 / 1998، ع. 262404، ن. م. ت.، 1998، ج. 02، ص. 494.

لها مشاهرة وبالحلول مباشرة بعد انقضاء عدتها على قدر ما اعتادته في ظل الحياة الزوجية. غير أنه إذا كانت ذات مال أو كانت تتعاطى مهنة تدر عليها كسبا يسمح لها بمجابهة تكاليف معيشتها بإمكانياتها الذاتية، فإنّ التعويض عن الضرر المادي الذي يحكم لها به لا يكون إلاّ في شكل رأس مال يمنح لها دفعة واحدة. ولهذا إذا ما اختارت الزوجة جبر الضرر المادي الحاصل لها من جراء الطلاق في شكل جناية عمرية، فلا يتسنى للمحكمة المتعدهة بذلك الطلب سوى أن تقضي لها بتعويضات عن هذا العنصر من الضرر في شكل رأس مال إلاّ بتعليل سائغ ومقنع.

وباعتبار أنّ هذه الجناية تقدّر مثل النفقة، فإنّها قابلة للمراجعة وذلك على ضوء ما يطرأ من متغيّرات طبقاً للفقرة الأخيرة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، فللزوجة الحرية في طلب الزيادة في النفقة، ويرجع النظر في ذلك للقاضي. فلقد جاء في القرار التعقيبي الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 22 نوفمبر 1994 بأنّ: "القانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1987 أدخل طريقة جديدة في منح التعويض عن الضرر المادي المستحق للمتضررة من الطلاق، وذلك بأنّ تخيّر بأن يمنح لها ذلك التعويض في شكل جناية شهرية قابلة للمراجعة ارتفاعاً وانخفاضاً بحسب ما يطرأ من متغيّرات وتستمر إلى وفاة المفارقة أو تغيّر وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجناية أو يقع دفع الغرامة في شكل رأس مال، وترتيباً على ذلك، فإنّ الحكم للطاعنة بالتعويض لها عن ضررها المادي في قالب رأس مال والحال أنّها طلبت صرفها لها في شكل جناية عمرية فيه مخالفة لأحكام الفصل 31 من م. أ. ش. المنقح بالقانون المذكور"⁷⁴³.

إضافة إلى القرار التعقيبي الصادر عنها في 03 ديسمبر 1996 الذي قضى بأن: "نص الفصل 31 من م. أ. ش. على أنّ الجناية العمرية تدفع للمتضررة من الطلاق المبني على رغبة الزوج إنشاءً بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحلول على قدر ما اعتادته من العيش في ظلّ الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن وتكون هذه الجناية قابلة للمراجعة ارتفاعاً وانخفاضاً أو انقراضاً بحسب ما يطرأ من المتغيّرات، عددها المشرع بتغيّر وضع المطلقة اجتماعياً بزواج جديد أو بحصولها على مال تكون معه في غنى عن الجناية. وقد استقر فقه القضاء وتداول الأحكام على اعتماد أنّ هذه الجناية لا يمكن أن تسند لمن

⁷⁴³ - محكمة التعقيب، قسم مدني، 22 / 11 / 1994، ع. 41915، ن. م. ت.، 1994، ج. 02، ص. 290.

كانت تعمل ولها دخل راتب أو مورد رزق تعيش منها يقيها الحاجة أو الخصاصة أو الحرمان وحماية لها من الإهمال والاحتياج⁷⁴⁴.

وتستمر هذه الجراية إلى أن تتوفى المفارقة أو يتغيّر وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجراية. وإذا توفي الزوج تصبح الجراية دينا على التركة وتصفى عندئذ بالتراضي مع الورثة أو على طرق القضاء بتسديد المبلغ دفعة واحدة بحسب ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية.

ونظرا للصعوبات التي تواجهها المطلقات في الحصول على جراية الطلاق، بادر المشرع التونسي منذ سنة 1993 ببعث صندوق خاص لضمان دفع النفقة وجراية الطلاق الصادرة في شأنها أحكام باثة لفائدة المطلقات وأولادهنّ إذا تعدّ تنفيذها على المحكوم عليهم مباشرة بسبب تهرّبهم في تسديد ما عليهم، رغم مضي ما يزيد عن شهر من تاريخ مبادرتهم بإعلام المحكوم عليه بتلك الأحكام ورغم رفع أمرهنّ للنيابة بغرض تتبّع المحكوم عليه جزائيا من أجل ذلك التقاعس المشكل لجريمة الإهمال العائلي، على أن يحلّ الصندوق المذكور، بعد ذلك، محل المحكوم لهم لاسترجاع المبالغ التي دفعها من المحكوم عليهم وذلك حفاظا على توازناته المالية⁷⁴⁵.

فينحصر تدخل صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق في تسديد مال النفقة وجراية الطلاق المحكوم بها لفائدة المطلقات الصادرة في شأنها أحكام باثة، بما يعني أنّه لا تنضوي في مجال تدخله النفقة المحكوم بها لفائدة الأصول والمحمولة على الفروع، ولا حتى النفقة المحكوم بها لفائدة المطلقات إذا كانت الأحكام القاضية بها لا تزال قابلة للطعن بالاستئناف أو بالتعقيب. ولا يتدخل الصندوق لتسديد تلك الأموال إلاّ من تاريخ تقديم الطلب للجهة المكلفة بالتصرّف في أمواله وإتمام تكوين الملف اللازم لذلك، بما يعني أنّه لا يضمن تسديد مبالغ النفقة أو جراية الطلاق التي حلّت قبل ذلك التاريخ والتي يتأخر المحكوم عليه في تسديدها، وذلك باعتبار أنّ المتخلّد في الذمة من مال النفقة عن فترات سابقة عن تاريخ المطالبة يفقد صبغته المعيشية ويأخذ حكم الديون المدنية العادية⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ - محكمة التعقيب، قسم مدني، 03 / 12 / 1996، ع. 48773، ن. م. ت.، 1996، ج. 02، ص. 259.

⁷⁴⁵ - أحدث صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق بموجب القانون عدد 65 لسنة 1993 المؤرخ في 05 / 07 / 1993.

⁷⁴⁶ - محمد اللحمي، المرجع السابق، ص. 519 - 520.

وحتى لا يفضي تدخل الصندوق إلى تشجيع المدين سيء النية على التماذي في التهرب من دفع جناية الطلاق، من جهة، وحفاظا على توازنات الصندوق المالية من جهة أخرى، نص الفصل الثالث من القانون عدد 65 لسنة 1993 على حق الصندوق في الحل محل مستحقي جناية الطلاق فيما لهم من حقوق على الشخص المطالب بأداء المبالغ المحكوم بها، بما يمنحه الصفة القانونية التي تخوله استرجاع تلك المبالغ في حدود ما قام بدفعه بسائر الطرق القانونية المتاحة. زيادة على ذلك وعملا بأحكام الفصلين الخامس والسادس من نفس القانون، فرض المشرع غرامة تأخير تحمل على المدين لفائدة الصندوق وتحسب على أساس الفائض القانوني المعمول به في المادة المدنية بداية من تاريخ إنذار المدين من طرف مصالح الصندوق، كما وظف عليه لفائدة الصندوق معلوم يدفع مع أصل الدين يقدر بخمسة بالمائة من تلك المبالغ بعنوان مصاريف التصرف، وأيضا يحق للصندوق استرجاع مصاريف استخلاص الدين الذي دفعه.

ولكن، حتى وإن كانت نية المشرع التونسي عند استحداثه لصندوق النفقة تتجه نحو حماية الحقوق المالية للمطلقة، إلا أنّ ذلك من شأنه أن يشجع على ارتفاع نسبة الطلاق برغبة منها بشكل كبير، ويهدد الاستقرار الأسري، لأنه زيادة على منحها الحرية في إنهاء الرابطة الزوجية، لها حرية اللجوء إلى صندوق النفقة للمطالبة بمستحققاتها متى توافرت الشروط المنصوص عليها والمذكورة أعلاه.

هذا عن تعويض الضرر المادي الناجم عن الطلاق، أمّا عن الضرر المعنوي والذي يطول المشاعر والأحاسيس ويمس من معنويات الشخص وأدبياته ويؤثر سلبا في عمق ما بنفسه، فإنّ تعويضه يقدر دائما وفي كل الأحوال في شكل رأس مال إجمالي، وليس للزوجة الحرية في الخيار كما هو الحال بالنسبة للتعويض عن الضرر المعنوي.

وهو يخضع لاجتهاد وتقدير المحكمة، والتي تأخذ بعين الاعتبار طول مدّة المعاشرة الزوجية أو قصرها، ووقع الطلاق على نفسية المطلقة ومشاعرها وآثارها في محيطها الاجتماعي، وما قد يكون قد نشأ لها من صدمة نفسية وانعكاس على معنوياتها، وعدد الأبناء، وكذلك سنّها في تاريخ الطلاق، والوضعية الاجتماعية للطرفين.⁷⁴⁷

⁷⁴⁷ - محمد اللحمي، المرجع السابق، ص. 415 - 416.

ولمحكمة التعقيب قرارات بشأن التعويض عن الضرر المعنوي، نذكر منها ما جاء به القرار الصادر عنها بتاريخ 06 أكتوبر 2005 من أن: "إنّ تقدير الضرر المعنوي لا يمكن تقييمه بماديات ولا تحكمه ضوابط قانونية يمكن الحديث عن خرقها، فاعتباراً لنوعية هذا الضرر، فإنّ مجرد التغميم مهما كان المبلغ المحكوم به لقاءه يكفي لبلوغ الغاية منه، ضرورة أنّ الشعور لا يقدر بمال ولئن كان يقضى به فهو مجرد منح للمتضرر لا تحمي ما أحسّ به من ألم"⁷⁴⁸. وأيضاً ما اقتضاه القرار الصادر عنها بتاريخ 12 جانفي 2006 من أن: "إنّ التعويض عن الضرر المعنوي هو حق أقرّه المشرع لفائدة الزوج المكره على الطلاق لما يترتب على الطلاق التعسّفي من تأثير نفسي ومعنوي على الزوج المكره عنه كيفما يتجلّى ذلك بوضوح من أحكام الفصل 31 من م. أ. ش.⁷⁴⁹".

وكذلك ما ورد بالقرار الصادر عنها بتاريخ 02 مارس 2006 من أن: "إنّ ما قضت به محكمة البداية من غرامة معنوية وجراية عمرية كان في طريقه إذا ما أخذ بعين الاعتبار مخلفات الطلاق النفسية على الزوجية بعد قضائها لما يناهز العشرين سنة في ظلّ الحياة الزوجية وسعي الزوج للطلاق إنشاء وتعسّف منه إلى جانب وأنّ الزوجة لم تنجب أطفالاً يكونون لها سنداً معنوياً في محتتها خاصّة وأتمّ تقدّمت في السن وانعدمت فرصتها في إعادة الزواج مرّة ثانية"⁷⁵⁰.

وبهذا يكون كل من المشرع والقضاء التونسيين أقرّا بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي للزوجة عن طلاق الانشاء من الزوج، وهذه الدقة في التعامل مع مسألة تعويض المرأة عن الطلاق المزاجي، لا نجدّها عند المشرّع الجزائري، فمن جهة جاءت صياغة المادة 52 من قانون الأسرة عامّة، لا يتضح منها إذا كان التعويض يشمل الضررين المادي والمعنوي معاً أم أنّه يقتصر على الضرر المادي فقط. غير أنّ المحكمة العليا أخذت بجبر الضررين معاً، وذلك بمناسبة القرار الصادر عنها بتاريخ 08 أفريل 1985 والذي جاء فيه: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تخفيفاً لها عن

⁷⁴⁸ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 06 / 10 / 2005، ملف ع. 1717، مقتبس عن: عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 43.

⁷⁴⁹ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 12 / 01 / 2006، ملف ع. 5582، مقتبس عن: عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 43.

⁷⁵⁰ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 02 / 03 / 2006، ملف ع. 8322، مقتبس عن: عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية... المرجع السابق، ص. 43.

ألم فراق زوجها هي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي باسم المتعة وآخر كتعويضها"⁷⁵¹.

وحقيقة أنّ هذا القرار كان يهدف إلى عدم الجمع بين التعويض والمتعة، إلاّ أنّه يستشف منه إمكانية الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي عندما يكون الطلاق تعسّفا.

ومن جهة أخرى، فالتعويض يدفع دفعة واحدة على شكل رأسمال، وهنا الإشكال، لأنّ مبلغ التعويض يكون غير كافي لتسديد حاجات المرأة خاصّة إذا لم يكن لديها دخل مالي، ورفض أهلها عودتها. ولأنّه لا يمكن شرعا إلزام الزوج على الإنفاق عليها بعد انقضاء عدّتها لأنّها تصبح أجنبية عنه، فإنّه لا بد من إيجاد حل عملي يرفع الضرر الذي تعاني منه المرأة نتيجة لهذا الطلاق التعسّفي.

وحول هذه المسألة، اقترح الدكتور الرشيد بن شويخ تحديد مدّة معيّنة كافية للزوجة يتحمّل فيها الزوج المسؤولية تجاهها بسبب طلاقه التعسّفي لا تعارض الشرع، لأنّها تكيف على أنّها تعويض لا إنفاق على الأقل مدّة سنتين حتى تسمح للمرأة الخروج من وضعيتها، وهو الموقف الذي تبنته عدّة تشريعات عربية كسوريا ومصر⁷⁵².

والمواقع، أنّ الوسيلة التي انفرد بها المشرع التونسي والمتمثلة في دفع التعويض عن الضرر المادي على شكل جناية للمطلّقة التي ليس لها دخل، تعتبر الأحسن لحماية المرأة والأبناء. مع العلم أنّ المشرع الجزائري هو الآخر استحدث صندوقا للنفقة سنة 2015⁷⁵³، إلاّ أنّ التعويض عن الطلاق التعسّفي لا يندرج ضمن تدخله⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 1985 / 04 / 08، ملف رقم 35912، م. ق.، 1989، ع. 01، ص. 89.

⁷⁵² - أنظر، بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، م. ع. ق. إق. س.، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ع. 12، ص. 108 - 109.

⁷⁵³ - قانون رقم 15 - 01 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 4 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج. ر. ع. 01، الصادرة بتاريخ 16 ربيع الأول عام 1436 الموافق 7 يناير 2015.

⁷⁵⁴ - يستنتج ذلك من نص المادة 02 من القانون رقم 15 - 01، فالمستحقات المالية التي يشملها صندوق النفقة هي نفقة الأطفال المحضونين والمرأة المطلّقة، حيث اقتضت هذه المادة ما يلي: "يقصد في مفهوم هذا القانون، بالمصطلحات التالية:

- النفقة: النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلّقة؛ =

وجرى عمل المحاكم على أن تأخذ بعين الاعتبار عدّة عناصر عند تقدير الضرر من بينها الحالة المادية للطرفين، مدّة الزواج، عدد الأبناء، ومدى تأثيره ووقعه على الزوجة. حيث اقتضى القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 08 مارس 1994 بأن: "من المتفق عليه فقها وقضاء لتقدير التعويض بفرعيه المعنوي والمادي للمتضررة من الطلاق المبني على رغبة الزوج إنشاء يعتمد مدّة المعاشرة وعمل الزوج ودخله الحقيقي وأهمية الضرر الناتج عن ذلك الطلاق ووقعه على مشاعرها وآثاره في محيطها الاجتماعي، وما ألفته من نمط الحياة في ظلّ الرابطة الزوجية، على أن يكون التعويض عادلا، وهي أسس أكّدها المشرع وركز عليها أحكامه بالفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية"⁷⁵⁵.

كما جاء في القرار الصادر عنها بتاريخ 23 جانفي 1995 ما يلي: "إنّ حالة الزوج المادية تشكّل عنصرا هاما يجب مراعاته عند تقدير التعويض بفرعيه المادي والمعنوي عن الضرر الناتج عن الطلاق إنشاء تطبيقا لأحكام الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية"⁷⁵⁶.

ومن ذلك أيضا ما اقتضاه القرار الصادر عنها بتاريخ 13 فيفري 1996 من أن: "تستحق الزوجة التعويض بما يتناسب وأهمية الضرر الناتج عن الطلاق برغبة خاصّة من زوجها ووقعه على مشاعرها وحياتها المستقبلية وآثاره على مستوى عيشها في محيطها الاجتماعي وما ألفته من نمط حياة في ظلّ الرابطة الزوجية"⁷⁵⁷.

== المستحقات المالية: المبلغ الذي يدفعه صندوق النفقة للدائن بها والذي يساوي مبلغ النفقة وفقا لتعريفها المحد أعلاه؛
- المستفيد أو الدائن بالنفقة: الطفل أو الأطفال المحضون ممثلين من قبل المرأة الحاضرة في مفهوم قانون الأسرة، وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة؛
- المدّين بالنفقة: والد الطفل أو الأطفال المحضون أو الزوج السابق؛
- سقوط حق الاستفادة من المستحقات المالية: سقوط الحق في الحضانة أو انقضاؤها طبقا لأحكام قانون الأسرة أو ثبوت دفع النفقة من قبل المدّين بها؛
- المصالح المختصة: المصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني؛
- القاضي المختص: القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليميا".
⁷⁵⁵ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 08 / 03 / 1994، ع. 38803، ن. م. ت. 1994، ص. 296.
⁷⁵⁶ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 23 / 01 / 1995، ع. 44636، ن. م. ت. 1995، ص. 424.
⁷⁵⁷ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 13 / 02 / 1996، ع. 48068، ن. م. ت. 1996، ج. 02، ص. 242.

وتضمن القرار الصادر عنها بتاريخ 13 ديسمبر 2007 ما يلي: "إنّ تقدير غرامة الطلاق إنشاء من الزوج سواء المادية أو المعنوية يتم على أساس أهمية الضرر وما رتبته من ألم ولوعة وخسارة للزوجة بالنظر لسنها عند الطلاق والمدّة التي قضتها في المعاشرة الزوجية مع التعويض بالبيان للحالة الاجتماعية والمادية للطرفين والوقوف على حقيقة الوضع المادي للزوج لاستبانة ما اعتادته الزوجة من نمط عيش في ظلّ الحياة الزوجية للوصول إلى ملائمة الضرر وعدل التقدير"⁷⁵⁸.

ومن جهته، نصّ المشرع المغربي بموجب المادة 84 من مدونة الأسرة على أنّ: "تشمل مستحقات الزوجة: "الصدّاق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسّف الزوج في توقيعه؛

تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعدّر ذلك حدّدت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة".

وقد صدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 28 نوفمبر 2007 والذي قضى بأنّ: "تعسّف الزوج في إيقاع الطلاق ليس بالعنصر الوحيد في تقدير المتعة، وإنّما يؤخذ بعين الاعتبار بقية العناصر الأخرى المنصوص عليها في المادة 84 والتي تدخل ضمن السلطة التقديرية للمحكمة التي لا معقب عليها إذ بنت قضائها على أسباب سائغة، ممّا يجعل الفرع من الوسيلة بدون جدوى"⁷⁵⁹.

علما وأنّه تطبيقا لنص المادة 86 من مدونة الأسرة، فإنّ الزوج إذا لم يودع المبلغ الذي حدّده المحكمة كمستحقات للزوجة والأطفال الملزم بالإففاق عليهم داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما، اعتبر متراجعا عن رغبته في الطلاق.

وحتى قضاة الموضوع بالجزائر يأخذون بعين الاعتبار مدّة الزواج، وحال الطرفين وأهمية الضرر اللاحق بالزوجة لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، إذ يظهر ذلك من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 12 جويلية 2006 حيث استند الطاعن في طعنه بدعوى أنّ القرار

⁷⁵⁸ - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، 13 / 12 / 2007، ع. 14648، ن. م. ت.، 2008، ص. 259.

⁷⁵⁹ - مجلس أعلى، 28 / 11 / 2007، مقتبس عن: محمد الشافعي، قانون الأسرة... المرجع السابق، ص. 73 - 74.

المطعون فيه ناقص التسيب إذ اكتفى بالقول أنّ العشرة الزوجية دامت مدّة طويلة تفوق 40 سنة وبالتالي جبرا للضرر اللاحق بالمستأنفة يتعيّن رفع مبلغ التعويض المحكوم به إلى الحد المعقول ليقضي برفع مبلغ التعويض إلى ثلاثين مليون سنتم وأنّ المبلغ المحكوم به جدّ مبالغ فيه بالنظر إلى القدرة المالية للطاعن الذي لا يتقاضى إلاّ منحة التقاعد التي لا تكاد تكفيه. إلاّ أنّ المحكمة ردّت بالقول: "حيث أنّ تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعدّ من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم، إضافة إلى ذلك فإنّ طلاق امرأة بعد زواج دام أربعين سنة لا يعوّض بأي مبلغ من المال، الأمر الذي يجعل وجهي الطعن غير مؤسّسين ممّا يستلزم ردّهما وتبعاً لذلك رفض الطعن"⁷⁶⁰.

فمّمّا تقدّم، نتوصّل إلى أنّ المشرّع وفقه القضاء التونسيين جعلاً الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة، بحيث لها الحرية في اللجوء إلى المحكمة للتحرّر من الرابطة الزوجية، ودون حاجة إلى ذكر الأسباب، ولا يمكن للزوج التصدي لها، ولا يسع المحكمة إلاّ الاستجابة لطلبها، مع الحكم للزوج بالتعويض، فتحوّل طلبها إلى طلاق إنشأ شأنها شأن الزوج.

وعلى غرارهما، اتجه المشرّع والقضاء الجزائريين نحو إلغاء موافقة الزوج، ممّا جعل الخلع طلاقاً بالإرادة المنفردة للزوجة، فتم تحويله من استثناء ورخصة إلى حق أصيل وأساسي تلحّو إليه الزوجة وقتما تشاء، فحريتها غير مقيّدة، لا بذكر الأسباب ولا بدفع التعويض.

ومن جانبه المشرّع المغربي، فقد تشدّد في البداية وقيّد حرية الزوجة في الخلع بموافقة الزوج، إلاّ أنّ تنظيمه لمسطرة الشقاق فتح لها الباب على مصرعيه، فأضحى طلاقاً بإرادتها المنفردة كونها لا تتقيّد بإثبات الضرر، ويكفي أن تصرّ على إنهاء الرابطة الزوجية والقول أنّها لا تستطيع مواصلة حياتها مع زوجها، لتستجيب المحكمة لطلبها.

فما اتجهت إليه التشريعات المغاربية للأسرة، وأيدتها فيه المحاكم القضائية، جعل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة بمقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج. وهذه المساواة بين الجنسين في إيقاع الطلاق تمخضت عن تأثرها بما جاءت به الاتفاقيات الدولية، وعلى وجه الخصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة، وأيضا نتيجة للاعتبارات السياسية.

⁷⁶⁰ - محكمة عليا، غ. أ. ش.، 12 / 07 / 2006، ملف رقم 368660، م. م. ع.، 2006، ع. 02، ص. 485 - 486.

وبهذا، فسعي المشرعين نحو إرضاء المجتمع الدولي والانسحاق للأفكار التحررية، ساهم وبشكل كبير في إطلاق حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية، وهو ما يعكسه الواقع من خلال الإحصائيات والنسب التي سجلت في السنوات الأخيرة، هذه الحرية غير المنضبطة بشروط وقيود قانونية، ولا قيود أخلاقية، انعكست سلبا على المرأة، والأسرة والمجتمع ككل.

الخاتمة

بعد هذه الدراسة، يتبيّن أنّه لئن أعلنت الاتفاقيات الدولية عن حق المرأة في الزواج وفي تأسيس أسرة بمجرد إدراك سن البلوغ ودون أي تمييز على أساس العرق أو الجنس أو الدين، فإنّ معظمها لم تتحدّث عن حرية الزواج بصريح العبارة في أي مادة من موادها¹، ما عدا اتفاقية سيداو والتي كانت أكثر جرأة فتناولت مسألة الحرية ضمن الفقرتين (ب) و(هـ) من المادة 16 منها².

وأيضاً، التشريعات المغاربية للأسرة وإن أولت أهمية بالحق في الزواج، إلّا أنّها لم تتحدّث مطلقاً بصريح النص عن حرية المرأة. ومع أنّها لم تفصح عن حرية المرأة في الزواج بصريح النص لا في التقنيات السابقة ولا اللاحقة إلّا أنّ مراعاتها لتلك الحرية أمر لا شكّ فيه، ومن ذلك أنّها اعتبرت الخطبة وعدا غير ملزم، يحق للمخطوبة العدول عنها، آخذة بذلك بمبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه في المستقبل دون ضغط أو إكراه، ممّا وجب معه بقاء حرية الاختيار متحتمة في علاقة المخطوبة بمخاطبها ضمناً لإقامة مؤسّسة زواج على أسس سليمة. فالتواعد بالزواج لا يفقد حرية المرأة في الرجوع فيما تواعدت به، إذ أنّ حرية العدول عن الخطبة من حرية الزواج، ورغم ذلك، فهي مقيدة بشرط عدم استعمالها بقصد الإضرار بالمخاطب، فللتراجع عنها انعكاس على حكم التعويض، ومآل الهدايا والصداق.

ولأنّ المرأة تعتبر طرفاً أصيلاً في عقد الزواج فقد راع المشرعون أن تتمتع بالحرية الكاملة في التعبير عن رضاها في الزواج، فالتأكيد على حضورها الشخصي لإبرام عقد الزواج، ما هو إلّا ضمان وتفعيل لمبدأ الحرية في التراضي. على أنّ الحالات الاستثنائية التي يتعذر معها حضور مجلس العقد، يلجؤ بشأنها إلى الوكالة المقيّدة.

¹ - تراجع المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ المادة 01 من اتفاقية نيويورك؛ المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية؛ المادة 10 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

² - إذ نصت في الفقرة (ب) على: "نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلّا برضاها الحر الكامل". وجاء أيضاً في الفقرة (هـ) بأنّ لها: "نفس الحقوق في أن تقرّر بحرية وبشعور من المسؤولية عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكنها من ممارسة هذه الحقوق".

وتدعيما لهذه الحرية، يجب أن يصدر رضاها خاليا من أي عيب من عيوب الإرادة، والتي انفرد المشرع المغربي بتنظيم عيب الإكراه والتدليس ضمن مدونة الأسرة، في حين اكتفى المشرعان التونسي والجزائري بمعالجتها ضمن القانون المدني.

ورغم أنّ حرية المرأة في إبرام عقد الزواج مطلب هام وضروري لتقوم العلاقة على أسس سليمة، إلاّ أنّه لا يمكن إطلاقها إطلاقا تاما، إذ لا يمكن في أي مجتمع منظم أن يتمتع الشخص بالحرية المطلقة، حتى لا يؤدي ذلك إلى الفوضى، لذا من الضروري أن تحدّد حريات الأفراد داخل الهيئة الاجتماعية بقوانين، فما بالك إذا كان الأمر متعلق بالأسرة وهي عصب المجتمع.

ولهذا نستشف أنّ ما يميّز عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقوانين المغاربية للأسرة أنّه يعتمد على اختلاف طرفيه من حيث الجنس، فهذا الاختلاف يعتبر من الأركان الجوهرية في عقد الزواج، ولا يمكن أن يقوم بدونه أو يحل محله أي نوع آخر. فالعلاقات القائمة بين شخصين من نفس الجنس أو ما يعرف بالمثلثية الجنسية تكون منعدمة، ليس هذا فحسب بل ومعاقب عليها جنائيا. وهذا النوع لا بد من التعامل معه بصرامة ونبذ من قبل أفراد ومؤسسات المجتمع حتى لا يتحوّل إلى ظاهرة عادية، فانتشارها دون حسيب ولا رقيب وتقنينها تحت طائلة الحرية الشخصية من شأنه أن يهدم الفرد والمجتمع على حد سواء.

وكذلك الأمر بالنسبة للمغير الجنسي الذي لا يعاني من تشوه خلقي، وحالته تتعارض مع الشرع والقانون، فلا بد من إنكار علاقته بالآخر إنكارا مطلقا. ولا ينطبق هذا القول على الخنثى، الذي لا يغيّر جنسه وإنما يصححه، فمتى تبين جنسه بطريقة عادية أو عن طريق عملية جراحية، تصحّح أوراقه الرسمية ويصبح خاضعا لنفس الأحكام التي يخضع لها الشخص العادي، فلو ثبت أنّها امرأة يحق لها اختيار شريك حياتها وإبرام عقد زواجها بكل حرية.

فقيد الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي الوارد على حرية المرأة في اختيار شريك حياتها وإبرام عقد زواجها هدفه المحافظة على العلاقات السوية التي تفرضها الأحكام الشرعية والقانونية، واستبعاد العلاقات المشينة التي تتعارض مع النظام العام الأسري وتهدّد استقراره.

وحفاظا على السلامة الصحية للمرأة والأسرة، فرضت التشريعات المغاربية تقديم الشهادة الطبية قبل الزواج، ولتؤدّي دورها الذي شرّعت من أجله من جهة، وحتى لا تمس بحرية الشخص في الزواج من جهة أخرى، كان لا بد من حظر إبرام عقود الزواج دون استظهار الشهادة الطبية على أن لا تؤثر نتائجها على حرية الزواج فلا تعدّ مانعا من إبرامه.

ومع أنّ أهمّ ميزة للتشريعات المغاربية الأسرية في مادّة الزواج هي منعها تزويج الصغار وقد أقرّت بهذا المبدأ عندما اشترطت الأهلية في المترشّح للزواج وحددتها بسن معيّنة. إلاّ أنّه يعاب عليها عدم تحديد سن دنيا لمنح الإذن بالزواج، ولا تقرير جزاء إبرام عقد الزواج دون اكتمال الأهلية، لأنّ توقّر أهلية الزواج كاملة وقت إبرام العقد يحافظ على رضائية العقد، ويمكن المرأة من الاختيار الحر.

وما يلاحظ أيضا، أنّ نصوص الولاية بالنسبة للمرأة الراشدة في التشريعات المغاربية للأسرة جاءت متسرّعة منقادة إلى المطالب النسائية ومتأثرة بالاتفاقيات الدولية، ومنافية لواقع المجتمعات العربية، فالأصل أنّ الولي الصالح يرحب بزواج ابنته ويباركه. والاستثناء أن يعارضه ويرفضه. ولهذا كان ينبغي الإبقاء على مؤسّسة الولي بالنسبة للمرأة الراشدة، أو على الأقل الأخذ بموقف المذهب الحنفي على إطلاقه من حيث منح الحرية للمرأة الراشدة بعقد زواجها بنفسها، مقيّدة بحق اعتراض الولي إذا كان الزوج غير كفاء لها. وهنا تتحقق الموازنة بين مواكبة المستجدات والحفاظ على الموروث الفقهي.

فلمرأة الحرية في اختيار شريك حياتها لأنّ الزواج يبني على المودّة والرّحمة والسّكون النفسي وهذه الأمور لا تتحقّق إلاّ بتوقّر الإرادة، غير أنّ هذا لا يعني استبدالها في الاختيار وضربها لإرادة وليّها عرض الحائط فلكل حرية حدود، وحدودها هنا الاختيار الحسن. فللولي سلطة الرقابة على هذا الاختيار، فإن رأى إساءة فيه جاز له الاعتراض وطلب الفسخ، أمّا إذا كان اعتراضه بلا مبرر ثبت لها الحق في رفع أمرها للقاضي الذي يقدر الأمور بحسب قدرها.

وإذا كانت مسألة الولي أثارت جدلا ونقاشا حادين لاعتبارها متعارضة مع حرية المرأة في اختيار الشريك، فإنّ مسألة منع زواج المسلمة بغير المسلم تعتبر أكثر حساسية وخطورة، والمساس بها يعني حرق قاعدة ثابتة وتجاوز التحريم الوارد بنص قرآني. وهو ما اتجهت إليه تونس والتي ألغت هذا المنع

بحجة احترام الحرية الدينية، وتقف حاليا المغرب موقف حرج لرفع تحفظها على كامل المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. ولهذا ناشد الحكومة الجزائرية بعدم الرضوخ للمطالب النسوية، والتيارات السياسية، والضغطات الدولية والتمسك بتحفظها على ذات المادة، لأن لا نعرض الأسرة للهلاك، ونرجو من المشرع عدم صياغة نصوص قانونية فيها تعارض صارخ مع مبادئ الشريعة، إذ لا مجال للاجتهاد في المسائل التي ورد فيها نص قطعي الثبوت، قطعي الأدلة، وإثما الاجتهاد يكون في الوقائع والحوادث التي لم يرد فيها نص ولا إجماع³.

كما فعل المشرعون بتبنيهم الرأي الموسع للاشتراط، فعلى الرغم من أنه اتجاه معاكس لرأي جمهور الفقهاء، إلا أنه اختيار في محله، وبهذا منحت المرأة الحرية الواسعة في الاشتراط. غير أن هذه الحرية غير مطلقة بل مقيّدة بعدم مخالفة أحكام عقد الزواج، ولا مقاصد الشرع، ولا النظام العام والآداب العامة. كما تتقيّد هذه الحرية أيضا في الحالة التي يتحوّل فيها الالتزام بتنفيذ الشرط إلى مستحيل أو إلى عبء يرهق الزوج، وهنا يجب إلغاء الشرط أو تعديله بتدخل من القاضي الذي يضمن إعادة إرجاع توازن العقد.

وعلى صعيد آخر، عندما أقروا نظام الاشتراك في الأموال مسايرة للتطور، وللواقع الأسري المعاش. لأنه إذا كانت المرأة تتمتع بحرية تامة في التصرف في مالها فقها، وقانونا انطلاقا من مبدأ استقلالية الذم المالية، فإنّ هذه النظرة لا تعدو أن تكون مجرد نظرة سطحية، ذلك أنّ معيشة الزوجين في أسرة واحدة واتصال الحياة بينهما يستتبعان وجود علاقات مالية مشتركة على أرض الواقع، وهو ما أفرز عدّة مشاكل، منها ما يتعلّق بصعوبة الإثبات لعدم الحصول على الدليل الكتابي. ولهذا أصبح للمرأة حرية الخيار بين الأصل وهو انفصال ذمتها المالية عن زوجها أو الاستثناء بتبني نظام الاشتراك المالي. فلم تعد الرضائية تقتصر على الشروط الاتفاقية في عقد الزواج وإثما امتدت إلى المشاركات المالية.

وما ثم التوصل إليه بهذا الخصوص هو أنّ العلاقات المالية بين الزوجين جاءت منظمة في القانون التونسي بخلاف ما عليه الأمر في كل من القانونين المغربي والجزائري، فلا يمكن الحديث من

³- جيلالي تشوار، أحكام الأسرة بين الاجتهاد والتقنين... المرجع السابق، ص. 241-242.

خلالهما عن نظام مالي واضح المعالم لكثرة الثغرات التشريعية الواردة فيهما. فاكتمل بيان الشكل الذي يفرغ فيه الاتفاق وأغفلا بقية الجوانب الأخرى كبيان كيفية إدارة المال المشترك وما ينجم عنه من ديون، وأسباب انتهائه وكيفية تصفيته وتقسيمه. وهي نقائص من شأنها أن تخلق مشاكل بين الزوجين. ناهيك عن أنّ هذا النظام لا يزال غير مألوف في مجتمعنا لأسباب أخلاقية ونفسية واجتماعية. ولهذا يستحسن منهما إعادة تنظيم النظام المالي للزوجين تنظيماً دقيقاً وواضحاً يزيلان من خلاله اللبس والغموض الذي يعتري النصوص القانونية، فلحد الساعة لا تزال الزوجة تحظى بحرية نظرية وتقييد واقعي أدى إلى ضياع حقوقها المالية.

ومظاهر حرية المرأة في الزواج تظهر أيضاً في إنهاء الرابطة الزوجية، فالطلاق يعتبر من الظواهر الاجتماعية التي لا يخلو منها أي مجتمع من المجتمعات الإنسانية لارتباطها الوثيق بحركة العلاقات الاجتماعية السائدة بين الأفراد والجماعات. غير أنّ ارتفاع معدلاته إلى نسب عالية حوّلت من مجرد ظاهرة إلى مشكلة اجتماعية، تلقي بظلال سود على الواقع الاجتماعي، كما تلقي بظلالها على النظام الاقتصادي والسياسي بقدر تأثيرها على النظام الاجتماعي.

وهذا على الرغم من تنظيمه من قبل التشريعات المغاربية للأسرة، فالمشرع التونسي حصر أسباب اللجوء إلى طلب الطلاق من الزوجة في ثلاثة أسباب وهي: الطلاق لمخالفة الشروط الاتفاقية، والطلاق للإعسار بالنفقة، والطلاق للغيبة.

وأما بقية الأسباب الأخرى فلم يتناولها صراحة وإنما اكتفى بالتنصيص على الحق في اللجوء لطلب الطلاق للضرر، وكون أنّ جل الأسباب تلحق ضرراً بالزوجة، فإنّها تندرج ضمن هذا المفهوم العام للضرر. فألقى العبء والمسؤولية على فقه القضاء، المطالب بأن يلعب دوراً هاماً في تكييف هذه الأسباب، وبأن يتشدّد قدر الإمكان حتى لا يفتح الباب على مصرعيه لفك الروابط الزوجية بطلب من الزوجة. وليس هذا فحسب بل عمد إلى تقرير حق المرأة في إيقاع الطلاق شأنها في ذلك شأن الرجل تفعيلاً لمبدأ المساواة بينهما. فلم يكن بحاجة إلى الاعتراف بطلاق التفويض ولا إلى تنظيم الطلاق الخلعي.

والمشرع الجزائري من جهته، لم يكن موفقاً، فالفلسفة التي اتبعها بشأن فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق هي فلسفة غير مجدية. نظراً للعدد المتشعب والمتنوع الذي تبناه من الأسباب المفدية إلى التطليق، ولأنه خصّص مادة وحيدة لمعالجة عشرة أسباب مختلفة، فاكتنفها الإبهام والغموض تارة، والنقص التشريعي تارة أخرى، وهو ما جعله عرضة للعديد من الانتقادات.

في حين أنّ المشرع المغربي فكان مرّة أخرى أكثر دقة ووضوحاً، بتخصيصه عدّة مواد لكل سبب على حدى، والتي من خلالها يظهر اهتمامه بمسألة التطليق إن كان من جانبها الشكلي، أو الموضوعي، أو الإجرائي.

فقد حاولت التشريعات المغاربية للأسرة لعلاج المشكلات الأسرية، ومع أنّها قيّدت المرأة بإثبات الضرر لطلب التطليق وجعلت ذلك خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي. إلا أنّ كثرة أسباب التطليق وتنوّعها، ساهم في خلق العديد من المشكلات وأهمّها الارتفاع الملحوظ في طلبات فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة. وهذا إن كان يدل على شيء فإنّما يدل على مساحة الحرية التي أصبحت تتمتع بها.

وبالخلع تتأكد حرية المرأة في فك الرابطة الزوجية لأنّها بإمكانها ودون موافقة الزوج أن تطلب من القاضي فكها، وليس له إلاّ الحكم بذلك أمام إصرارها عليه. فبعدما كان الخلع رخصة تلجأ إليها الزوجة خشية أن لا تقيم حدود الله لبغضها وكرهها لزوجها، أصبح اليوم حقاً أصيلاً تتمتع به بكل حرية فتستعمله وقتما تشاء وحتى لأتفه الأسباب في القانون الأسري الجزائري. وفي مدونة الأسرة المغربية ونظراً لتأثر المشرع بالتغيرات التي طرأت على المجتمع وإرضاء للمجتمع الدولي اتخذ موقفاً متناقضاً لتمسّكه بموافقة الزوج على الخلع، وبالمقابل فتح المجال للمرأة في طلب تطبيق مسطرة الشقاق عند رفض الزوج للخلع وتمسّك الزوجة بحريتها.

وتتأكد هذه الحرية أيضاً بالتطليق للشقاق الذي أفرغ النصوص القانونية من محتواها، فأضحت هذه الأخيرة المسطرة المفضلة لدى الزوجات لما تتميز به من سرعة ومرونة، ولتخلّصهنّ من عبء الإثبات المفروض عليهنّ في أسباب التطليق الأخرى، ومحافظتهن على حقوقهن بعدم التنازل عنها، ما

دفعهن إلى اللجوء إلى هذه المسطرة بكثرة، إلى درجة أصبحت تهدد الكيان الأسري واستحوذت على جميع أسباب التطلاق الأخرى، ففتحت الباب على مصراعيه لتحزّر الزوجة من الرابطة الزوجية.

وإلى جانب ذلك، هناك عامل آخر يجعل المرأة تتمسك بحريتها يكمن في طلاق التفويض المنصوص عليه صراحة ضمن مدونة الأسرة المغربية، وحتى في ظل غياب تنظيمه في قانون الأسرة الجزائري فإنه جائر لإجماع الفقه الإسلامي على صحته، كما يمكن للمرأة أن تشتترطه في عقد الزواج.

وبهذا يكون حرص التشريعات المغاربية للأسرة على تحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق تماشياً مع الاتفاقيات الدولية، وخصوصاً المادة 16 من اتفاقية سيداو، قد أثر على صياغتهم للنصوص القانونية، الأمر الذي ساهم وبشكل كبير في إطلاق حرية المرأة في وضع حدّ للعلاقة الزوجية.

هذه الحرية التي أثرت في مفهوم قدسية الزواج وأهميته، لتجعل اللجوء إلى إنهاء العلاقة الزوجية لأتفه الأسباب دون التحلي بالصبر والتنازل لصالح استمرار العلاقة الزوجية. ففي الوقت الذي كان لجوء المرأة إلى فك الرابطة الزوجية يعد على أصابع اليد، لما كان لها من الحياء والتخوف من نظرة المجتمع، وإيماناً وحرصاً منها على المحافظة على البيت الزوجي والاستقرار النفسي والعائلي لأبنائها، أصبحت اليوم تساهم في هدم الأسرة مجرد نزوة عابرة أو لفترة غضب وتعصب أو من باب العند، ضاربة بعرض الحائط وغير آبهة أو مدركة لما ينجم عنه من آثار سلبية على أرض الواقع.

خاصة مع الدور السلبي الذي تلعبه بعض العائلات، فيزيد تدخلها سوءاً وتفاقماً للمشاكل بين الزوجين. وكلّها أمور انعكست سلبياً على العلاقة الزوجية وامتدت إلى الأبناء، وهو الطرف المتضرر بالدرجة الأولى إن كان على المستوى النفسي أم التعليمي، أم الاجتماعي. ومن بعدها نطالب بمجتمع سوي صالح، كيف ذلك واللبنة الأساسية والأولى له مهددة بالتفكك وعدم الاستقرار؟

فليس القصد أن لا تلجأ المرأة لفك الرابطة الزوجية، لأنّ الإبقاء على زوجة كارهة ومبغضة لزوجها وبيتها قد يؤدي إلى كثير من الانحرافات، ومنع المنكر واجب، ولأنّ هناك حالات لا يكون علاجها إلاّ بالفراق الذي يبقى الحل الأنسب لكل العائلة. ولكن القصد أن يكون ذلك بشروط

وحدود، فالطلاق يجب أن يبقى الحل النهائي والوحيد لرفع الظلم والحرج عن المرأة كونه يبقى أبغض الحلال عند الله، ولا بدّ أن يتخذ كرخصة أو استثناء لا كحق أصيل، والرخصة والاستثناء لا يتوسّع فيهما.

ولهذا، ينبغي حل مشكلات الأسرة بالطريق الأمثل الذي يحقق مصالح الفرد والمجتمع، لا على أساس إطلاق حرية المرأة في فك الرابطة الزوجية وتشتيت العائلة وهدم المجتمع بناء على مبدأ المساواة التغريبي.

وبعد، فمن خلال الاعتماد على هذه الدراسة المقارنة، نقف عند بعض الملاحظات والاقتراحات بهذا لو أنّها تأخذ بعين الاعتبار من قبل المشرعين الثلاث، نبدأ أولاً بالمشروع التونسي والذي لم يخل تنظيمه لمجلة الأحوال الشخصية من عدّة نقائص وثغرات تاركا الأمر لفقهاء القضاء والذي بدوره لعب دورا هاماً في سدّها وإيجاد حلول لها:

- 1- فراغ تشريعي واضح فيما يتعلّق بمسألة الخطبة إذ اكتفى بتحديد طبيعتها القانونية وأغفل أحكام العدول عنها، وحكم المهر المقدم في هذه الفترة؛
- 2- يستحسن تنظيم عيوب الإرادة في عقد الزواج صلب مجلة الأحوال الشخصية، بدلا من الرجوع إلى القواعد العامّة المنظمة في مجلة الالتزامات والعقود، وذلك نظرا لأهميتها البالغة وتأثيرها على حرية المرأة في اختيار الشريك وإبرام عقد الزواج؛
- 3- تنظيم مسألتي الخنثى والمغيّر الجنسي والتفريق بينهما حتى لا يلتبس الأمر على فقهاء القضاء؛
- 4- فيما يتعلّق بتنظيمه لأهلية الزواج، يحتاج إلى بيان القاضي المختص بمنح الإذن، وإلى تحديد سن دنيا للزواج، وترتيب جزاء تخلف الأهلية، إضافة إلى الاهتمام بزواج المصابين بإعاقة ذهنية من منطلق مبدأ حرية الزواج، وكذا ضرورة إلغاء الفقرة الرابعة من الفصل 227 مكرر من المجلة الجزائرية الرامي إلى وقف التبعات الجزائرية حال زواج القاصرة بمختطفها؛
- 5- ترتيب جزاء عدم استظهار الشهادة الطبية قبل الزواج حتى لا تفرغ النصوص القانونية المنظمة لها من محتواها، وحتى تحقّق الأهداف المرجوة منها؛

- 6- التنصيص على أحكام النزاع حول الصداق؛
- 7- يلاحظ قصور في معالجة مسألة الاشتراط في عقد الزواج، لعدم النص صراحة على إلزامية الشرط الإتفاقي، وشروطه، وعدم اعتماد نظرية الظروف الطارئة؛
- 8- إعادة النظر في النصوص القانونية التي تشكل خرقا واضحا لنص قرآني وتمس بالثواب الشرعية، فمثلا لم يكن موقفا يجعله الطلاق الثلاث مانعا مؤبدا، والأخطر من ذلك عندما أباح زواج المسلمة بغير المسلم تحت مسمى الحرية الشخصية وعدم التمييز على أساس الدين؛
- 9- تحقيق المساواة الرقمية بين الرجل والمرأة إرضاء للمجتمع الدولي لن يخدم بالضرورة الأسرة، ولهذا لم يكن موقفا عندما اعترف للمرأة بحريتها في إيقاع الطلاق شأنها في ذلك شأن الرجل؛
- 10- نظرا للتدخل المحتشم للمشرع في عدّة مسائل قانونية متعلّقة بالزواج أو الطلاق وإلقاء العبء على عاتق فقه القضاء، وفق هذا الأخير في بعض الاجتهادات كتمسكه بالرضائية في عقد الزواج، وعدم اعترافه بالتغيير الجنسي، ومعالجة الأسباب الموجبة للتطليق، ولم يوفق في أخرى كسماحة بزواج المسلمة بغير المسلم قبل أن يصدر القرار الحكومي المؤكّد لذلك، وكذا إلحاق نسب ابن الخاطب لأبيه واعتباره ابنا شرعيا.
- 11- عدم إحالة المشرع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل التي لم يرد نص قانوني بشأنها دفع بفقه القضاء إلى تطبيق أحكام الشريعة تارة وإلى إسقاط أحكام مجلة الالتزامات والعقود تارة أخرى، وفي حالات أخرى خرج تماما عنهما مطبّقا ما نادى به الاتفاقيات الدولية بالرغم من خطورة ذلك على الكيان الأسري.
- وبخصوص المشرع المغربي، فعلى العموم كان موقفا في عدّة مسائل مقارنة بنظيره التونسي والمغربي فكان أكثر دقة ووضوحا وقام بتخصيص عدّة نصوص قانونية للمسألة الواحدة، ولهذا نكتفي بالاقترحات التالية:

- 1- تحديد سن دنيا للزواج، وتقرير جزاء تخلف الأهلية؛
- 2- تنظيم مسألتى الخنثى والمغيّر الجنسي؛
- 3- تنظيم الفحص الطبي قبل الزواج تنظيما دقيقا وحمله محمل الجد؛

- 4- إعادة صياغة المادة 156 من مدونة الأسرة، وعدم الخلط بين الابن الشرعي وابن الزنا، ونتيجة لذلك عدم الاعتراف بنسب الابن الناجم في فترة الخطبة لأنها لا ترقى إلى مرتبة الزواج؛
- 5- إعادة النظر في مسطرة الشقاق لأنها استحوذت على جميع أسباب التطليق، وشكلت تهديدا صارخا للأسرة والمجتمع؛
- 6- إعادة النظر في صياغة المادة 120 من مدونة الأسرة، لأنها تهدم مؤسّسة الخلع بكاملها؛
- 7- رغم الدقة والحذر اللذين توخاهما في تنظيم المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة، والإحالة على المذهب الملكي والاجتهاد المعاصر في كل ما لم يرد نص بشأنه، إلا أنه لم يكن موفقا بمجاراته ورضوخه للمطالب النسوية والدولية بأن رفع تحفظه على كامل المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وذلك لمساسها بالأسرة وبالثوابت الشرعية وعدم تماشيها مع عادات وتقاليد المجتمع.

وأما بالنسبة للمشرع الجزائري، فنورد الملاحظات والاقتراحات التالية:

- 1- لم يكن موفقا في استعمال لفظ "الوعد"، فحبذا لو يتبني مصطلح "تمهيد" ليؤدّي الغرض المقصود منه، أو "تواعد" الذي اعتمده المشرع المغربي عوض مصطلح "وعد". لإبراز الدور الإيجابي للمرأة في التعبير عن إرادتها، بعدما كانت الصياغة السابقة توحي أنّ الأمر يتعلّق بتصرّف بإرادة منفردة صادر عن الخاطب وحده ولا دور للمخطوبة فيه؛
- 2- إعادة صياغة المادة 05 من قانون الأسرة، وجعل المتسبّب في العدول عن الخطبة هو المسؤول، وكذلك بأن يلتزم الأخير برد الهدايا القائمة، وأما المستهلكة فيتم إرجاع مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات. مع ترتيب أحكام المهر المقدم في هذه الفترة؛
- 3- الرضا ضمان وتجسيد فعّال لحرية المرأة في الزواج، ولهذا من المستحسن أن ينظم المشرع عيوب الرضا في عقد الزواج ضمن أحكام التشريع الأسري؛ هذا وتحتاج المادة 10 من قانون الأسرة إلى تعديل بسيط وذلك باعتماد عبارة "يعتد بالألفاظ التي تفيد معنى النكاح لغة أو عرفا"، وترتيب طرق التعبير عن الإرادة ابتداء باللفظ فالكثابة وبعدها الإشارة؛

- 4- لم يكن موفقا بإلغائه للوكالة في الزواج فذلك خروج عن القواعد الشرعية والقانونية، فلضمان حرية المرأة في الزواج في جميع الحالات العادية منها والاستثنائية، بإمكانه الإبقاء على الوكالة وإحاطتها بشروط صارمة كما فعل المشرعين التونسي والمغربي؛
- 5- يحسب للمشرع تأكيده على الركن البيولوجي في عقد الزواج، إلا أنه حبذا لو يتم إصدار تشريع خاص يتضمن الأحكام القانونية المتعلقة بحالات تغيير الجنس، إلى جانب حاجة المجتمع لإنشاء مراكز ومؤسسات لمعالجة والتصدي لحالات المثلية الجنسية، والمطالين بالتغيير الجنسي، لاستفحال مثل هذه الحالات نتيجة العولمة المتوحشة، وتحت مسمى الحرية الجنسية؛
- 6- مع أنّ المشرع حاول ترشيد الزوج القاصر، إلا أنّ هذا الترشيح يقتصر على أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، ولا يمتد إلى مسائل الطلاق ولا يشمل التصرفات المالية، ولهذا يقترح الدكتور بلحاج العربي إضافة عبارة "ويستثنى من ذلك إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج" إلى الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الأسرة⁴؛
- 7- حماية وضمانا لحرية المرأة في الاختيار، لا بد من تحديد سن دنيا للزواج، ومن تقرير جزاء على مخالفة أهلية الزواج، وكذا تخصيص نص قانوني عن زواج المصاب بإعاقة ذهنية، وحبذا لو يقوم باستبدال مصطلحي "المصلحة والضرورة" الوارد بالمادة 07 من قانون الأسرة ب "المصلحة والأسباب الجدية"، بالإضافة إلى إلغاء الفقرة الثانية من المادة 326 من قانون العقوبات لمساسها بمبدأي الرضائية والحرية في الزواج؛
- 8- جعل الفحص الطبي إلزاميا بخصوص الفحص العيادي الشامل وتحليل فصيلة الدم، أمّا الأمراض المعدية أو الوراثية الخطيرة فجعلها اختيارية. ومن المستحسن أن يجعل الفحص إلزاميا بشأن هذه الأمراض الأخيرة، حتى لا تؤثر على مقاصد الزواج ولا تشكل خطرا حقيقيا للقرين وبعدها لأبنائه. إضافة إلى ضرورة تقرير جزاء في حالة إبرام عقد الزواج دون استظهار الشهادة الطبية، حتى لا تفرغ النصوص القانونية المنظمة لها من محتواها؛
- 9- لا يمكن منع تعدد الزوجات لأنه حق شرعي للزوج من جهة، ومن جهة ثانية، مرغوب فيه في حالات استثنائية. ومع أنّ التضييق من نطاقه ليس فيه ما يتعارض مع الشرع، لأنّ

⁴ - بلحاج العربي، أحكام الزواج... المرجع السابق، ص. 165.

الغاية من وراء ذلك حماية حقوق المرأة والأبناء، إلا أنه على المشرع تدارك الثغرة القانونية الواردة بالمادة 08 مكرر1 من قانون الأسرة، والتي أفرغت النصوص المنظمة لمسألة التعدد من محتواها، وكذلك النظر في مسألة الزواج العربي؛

10- لم يشر قانون الأسرة ولا في نص من نصوصه المنظمة للولاية إلى مشمولات الولاية على النفس، ولا على الشروط الواجب توافرها في الولي، ولا على الصلاحيات التي يتمتع بها. وعلى الرغم من الإحالة على المادة 222 من هذا القانون، إلا أنه وفي ظل الخروج الصارخ للمشرع على الفقه الإسلامي في بعض المسائل المرتبطة بالولاية، فإنه يصعب تطبيق المبادئ التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وذلك كله يتطلب تدخل المشرع لتوضيح ما هو غامض في النصوص، ولتنسيق بعضها البعض⁵؛

11- إعادة صياغة الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة، فعبارة "أي شخص آخر تختاره" لا تستقيم مع عاداتنا وبيئتنا، ناهيك عما ستلحقه من ضرر للمرأة. فإما أن يتحلّى بالجرأة ويلغيه تماما، ولو أننا لا نميل لهذا الحل، أو أن يشرك الولي في اختيار المرأة، على أن يؤدي دوره بما يحفظ لها حريتها الشخصية في الاختيار والزواج، وأن يمنع عليه منعا قاطعا إكراهها أو إجبارها على الزواج ممن لا ترغب فيه، ولا أن يمنعها من ذلك إن كان في الزواج مصلحة لها، وإلا رجع الأمر للقاضي؛

12- النص على القوة الملزمة للشرط في عقد الزواج، حتى لا تبقى حرية المرأة في الاشتراط مجرد حبر على ورق، مع التنصيص على إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال الاشتراط في عقد الزواج لعدم التحجير على الزوج؛

13- كان حريا على المشرع أن يتعرّض لإمكانية المطالبة بالوفاء بالشرط الإنفاقي أولا أمام القضاء، وكذا إمكانية إجبار الزوج على التنفيذ. فإذا لم يمثل أو استحال التنفيذ لسبب غير قاهر جاز المطالبة بالتطبيق كآخر إجراء، حفاظا على الأسرة؛

⁵- جيلالي تشوار، الولاية على القاصر... المرجع السابق، ص. 53-54.

14- إنّ الشرط الوارد في المادة 35 من قانون الأسرة هو الشرط الذي يسقط ما ألزمه الشرع على أحد الزوجين، وهو يعود لمعنى زائد في العقد لهذا يبطل ولا يؤثر على صحة العقد. وأمّا الشرط الوارد في المادة 32 من نفس القانون فهو ينافي مقتضى العقد أي يمس أصله لذا وجب إبطالهما معا. ولذا تحتاج المادة 32 منه إلى إعادة صياغتها وذلك بحذف عبارة "أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" لرفع التناقض وتحقيق الانسجام مع المادة 35 من نفس القانون.

15- حتى تماشى النصوص القانونية والواقع الأسري المعاش والحماية الحقوق المالية للزوجة، لا بد من السماح لها بإثبات مساهمتها في تنمية أموال الأسرة بجميع وسائل الإثبات، إذ كان حريا على المشرع أن ييقي على الصياغة التي وردت في المادة 73 من مشروع قانون الأسرة حيث نصت الفقرة الثالثة على ما يلي: "وفي حالة النزاع بين الزوجين أو ورثتهما حول الممتلكات المنقولة الأخرى، والعقارات يتم اقتسامها حسب مساهمة كل من الزوجين، يتم الإثبات بكل الوسائل، ويقوم الحكم محل سند الملكية". أو بإمكانه زيادة فقرة ثالثة للمادة 37 من قانون الأسرة تصاغ على الشكل التالي: "إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

16- لا يمكن الحديث عن نظام مالي مشترك واضح المعالم لكثرة الثغرات التشريعية الواردة فيه، ولهذا يستحسن إعادة تنظيم النظام المالي للزوجين تنظيما دقيقا وواضحا يزيل من خلاله اللبس والغموض الذي يعتري النصوص القانونية؛

17- مراجعة النصوص القانونية المنظمة للتطليق، إذ أنّ تخصيص فقرة واحدة لكل سبب غير كاف، ممّا يجعلها تارة مبهمة وتارة أخرى ناقصة؛

18- لا تكفي مادة وحيدة لتنظيم الطلاق الخلعي، فمن الضروري تخصيص عدّة مواد لهذه الصورة، يتناول من خلالها شروط صحة الخلع وما يصح أن يكون بدلا للخلع، والحالة التي تتنازل فيها الزوجة عن بعض حقوقها أو حقوق أطفالها الصغار من نفقة وحضانة ورضاع، وكذلك الحالة التي تكون فيها الزوجة مكرهة على طلب الخلع. أو غير مكتملة الأهلية، والمختلعة المريضة مرض الموت؛

19- نظراً لأنّ الإحصائيات أثبتت عدم فائدة إلغاء موافقة الزوج على الطلاق الخلعي، وأنّ تحويله إلى طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة أدّى إلى اللجوء إليه بسبب وبدون سبب، وأمام ارتفاع نسبه ارتفاعاً رهيباً، يرجى إعادة النظر في صياغة المادة 54 من قانون الأسرة، وإسناد الدور الإيجابي للقاضي؛

20- إنشاء مراكز للإصلاح بين الزوجين نظم أخصائيين نفسانيين واجتماعيين وقانونيين، بهدف نشر التوعية وإلقاء الضوء على الآثار التي تنجم عن الطلاق ومدى تضرر الزوجة والأبناء بالدرجة الأولى، من شأنه أن يدفع بالعديد من الزوجات إلى التراجع عن قرارهنّ بطلب الخلع، وخاصة إذا اتخذ في حالة غضب وتسرع أو لسبب تافه أو لمشاكل عادية وروتينية من شأنها أن تطل أيّة أسرة ولكنّها لا تستدعي هدم الأسرة وإتّما تتطلّب الصبر. عبر نشر الوعي بأهمية التماسك والاستقرار الأسري، ودور الزواج في بناء الأسرة وتماسك المجتمع.

21- المواضيع المتصلة بالأسرة في غاية الأهمية والحساسية، ولهذا ناشد المشرع بالحفاظ على الثوابت وعدم خرق قاعدة مثبتة بنص قرآني، فالهدف هو حماية هذه الأسرة والحفاظ على استقرارها لا السير وراء إرضاء المجتمع الدولي، والحركات التحررية التي تنادي بتحقيق مساواة تغريبية. ومن ذلك عدم إضفاء الشرعية على نسب الولد الناجم في فترة الخطبة أو نتيجة العلاقات الحرة، وإن ثبت هذا النسب بالإقرار أو بالتحليل الجيني، كون أنّ الأمر متعلّق بإحدى الكليات الخمس التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بأحكام دقيقة لا يمكن خرقها مهما كان الدافع أو المصلحة المرجوة منه. وكذلك، عدم الاعتراف بزواج المسلمة بغير المسلم بداعي ضمان الحرية في الزواج واحترام الحرية الدينية، لما تمثله من خرق صارخ لنص قرآني، ولا منع التعدّد؛

22- الاجتهاد بما يحافظ على الأصالة ويواكب التطور والواقع المعاش في المجال الأسري مطلب ضروري، على أن لا يتم تقليد القوانين الغربية تقليداً أعمى، إذ ناشد المشرع بعدم رفع تحفظه على المادة 16 من اتفاقية سيداو، لما قد يشكله ذلك من خطورة على الأسرة والمجتمع، ولما فيه من قضاء على الهوية العربية الإسلامية؛

23- من واجب المشرع أن يلتزم بالقيم الإنسانية التي أقرّها الإسلام، فلا يأتي بحكم تأباه الفطرة، ولا يلتزم بموقف يناقض حرية الإنسان وكرامته⁶.

وفي الأخير، نختتم هذه الدراسة بنتيجة مفادها أنّه لا مانع من أن تتمتع المرأة بقدر من الحرية في مجال الزواج، وكذا الطلاق، غير أنّ هذه الحرية لا يمكن تركها على إطلاقها، إذ ينبغي أن تمارس وفقاً لحدود وضوابط باسم النظام العام العائلي، ذلك أنّ الحرية لا تساوي شيئاً دون نظام، وهي تنقلب إلى نقمة عندما تكون محرّرة من كل ضابط.

فالدعوة إلى إصلاح مفاهيمنا عن المرأة ليست بحال من الأحوال دعوة إلى تفلت المرأة من العفاف الاجتماعي والانغماس في الشهوات والاستهتار بالقيم، ولا هي بالضرورة دعوة إلى التساهل في سائر المسائل، كإباحة زواج المسلمة بغير المسلم من منطلق حرية الديانة.

لينهض النساء ما شئن أن ينهضن، ولكن ليحذر الآخذون بيدها، والداعون إلى نهضتها التواء القصد، والتباس الطريق، والتنكب عن صراط الله المستقيم، وشرعه القويم، فينالها الزلل، وتلج بها العثرات، وإنّ من ظلال الطريق اتخاذاً امرأتنا المرأة الغربية مثالا يحتذى به، فلا يحدعنا ما يدعيه الغرب من أنّ المرأة عندهم حظيت بتكريم حقيقي، فإنّها إنّما أعطيت مظاهر كاذبة تستغل من ورائها، تحت ما أسموه حرية ورقياً⁷.

إذ لا بدّ من الفهم الصحيح لمبادئ الشريعة الإسلامية، والتي تعتبر أوّل من كرّمت المرأة واعترفت لها بحقوقها وساوتها مع الرجل مساواة فعلية، آخذة بعين الاعتبار الفوارق الفطرية بينهما. وهي أوّل من حرّرت المرأة، وحافظت على مالها وجسدها.

ولن يجدي نفعا الانسياق وراء الاتفاقيات الدولية وتقليد المجتمع الغربي تقليداً أعمى، ولا أن نتاجر بالمرأة وصولاً لمكاسب سياسية وإرضاء للمجتمع الدولي حتى يقال عن مجتمعاتنا بأنّها مجتمعات متحضرة ومتحرّرة. فالسياسة التغريبية التي تدعي التحرّر لم تصل فيها المرأة إلى ربع ما منحتها إياها

⁶- جيلالي تشوار، عدم المذهبية الصرف... المرجع السابق، ص. 320.

⁷- محمد أحمد اسماعيل المقدم، المرجع السابق، ص. 630.

شريعتنا السمحاء، أنبهر بصورة امرأتهم التي تعرض جسدها وتعتبر مصدرا للفتن والغرائز، أليس أكرم لامرأتنا أن تعيش معززة مكرمة في كنف زوجها وأولادها؟

فتحرير المرأة ينبغي أن يكون في إطار البعد الإنساني الحضاري ولا على أساس الإباحية المطلقة الرامية إلى الفساد والتلاعب بجسم المرأة كونها وسيلة متميزة لجلب الأموال الباهظة. والمساواة التي ينادي بها أنصار الحركات التحررية ما هي إلا مساواة رقمية لانبهارهم بمجتمع غربي لا يكثرث للانفلات الديني والأخلاقي، أمّا المساواة الفعلية فتتحقق عند إعطاء كل ذي حق حقه بمراعاة الفوارق بين الرجل والمرأة.

فيا أيّها الرجل لا تنسى قول الرسول صلى الله عليه وسلّم: "استوصوا بالنساء خيرا"، وقوله عليه الصلاة والسلام: "النساء شقائق الرجال"، فكن حريصا على كرامتها، أمينا على مالها، فهي الأم والزوجة والبنت. ويا أيّتها المرأة، اتخذي من الرجل لباسا لك، فهو السند والأنس، وكوني كما قال الرسول عليه أفضل الصلاة والسلام: "خير النساء من إذا نظرت إليها أسرتك ومن غبت عنها حفظتك في عرضك ومالك". فأنت مربية الجيل الجديد ممن يعوّل عليهم في بناء هذا الوطن.

قائمة المراجع

- القرآن الكريم
- أولاً: المراجع العامة
- 1- باللغة العربية
- 1- إبراهيم بجماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة -مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، مكتبة دار السلام، المغرب، 2008.
- 2- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الصغير، السنن الثالث، تحقيق -عبد المعطي أمين قلعجي-، دار الوفاء، الطبعة 01، 1979.
- 3- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، الجزء 08، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة 01، 2001.
- 4- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، الجزء. 03، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 2003.
- 5- أبو محمد علي بن سعيد بن حزم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى في شرح المحلى بالحجج والآثار، بيت الأفكار الدولية، السعودية، دون سنة نشر.
- 6- أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، -ضبط وتصحيح الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1995.
- 7- أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير، -على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك-، الجزء 02، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1991.
- 8- أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، الجزء 03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1997.
- 9- أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، الجزء 04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1997.
- 10- أبي الحسن علي بن عبد السلام التوسلي، البهجة في شرح التحفة، الجزء 01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1998.

- 11- أبي الحسن علي بن محمد اللخمي، التبصرة، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة 02، 2012، ص. 1779 - 1780.
- 12- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، - في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني-، الجزء 09، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1994.
- 13- أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، المجلد الأول، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة 01، 2006.
- 14- أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء 01، دار طيبة، الرياض، الطبعة 02، 1999.
- 15- أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء 05، دار طيبة، الرياض، الطبعة 02، 1999.
- 16- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 01، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر.
- 17- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 06، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر.
- 18- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 07، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر.
- 19- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 14، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر.
- 20- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 15، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر.
- 21- أبي الوليد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، الجزء 04، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 1988.

- 22- أبي الوليد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، الجزء 05، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 1988.
- 23- أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك بن أنس، الجزء 04، دار الكتاب الإسلامي، مصر، الطبعة 02، 1332 هـ.
- 24- أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهّدة، الجزء 01، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة 01، 1988.
- 25- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 01، دار ابن حزم، مصر، 1999.
- 26- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 02، دار الجبل، 2004،
- 27- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 03، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة 01، 1415 هـ.
- 28- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، الجزء 07، مؤسسة جواد، بيروت، لبنان، ط. 01، 1353 هـ.
- 29- أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار الآفاق العربية، القاهرة، مصر، الطبعة 01، 2011.
- 30- أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، الجزء 02، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، الطبعة 01، 1997.
- 31- أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، الجزء 9، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، الطبعة 01، 2009.
- 32- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، -الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية-، الجزء 01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1993.

- 33- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، الطبعة 01، 2002.
- 34- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي الشهير بالحطّاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، الجزء 04، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، الطبعة 01، 2010.
- 35- أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجه، سنن ابن ماجه، دار الفكر، بيروت، الطبعة 01، 2003.
- 36- أبي عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، الاستذكار، المجلد 16، دار قتيبة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة 01، 1993.
- 37- أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الصحيح، -سنن الترمذي-، الجزء 01، شركة مصطفى الحلبي، الطبعة 02، 1978.
- 38- أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، المجلد الثاني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة 01، 1996.
- 39- أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، مكتبة المعارف، الرياض، 1997.
- 40- أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان الفضل الدارمي، المسند الجامع، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 2013.
- 41- أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، -الزواج والطلاق-، الجزء 01، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، الطبعة 03، 1994.
- 42- أحمد الخليلي، وجهة نظر، الجزء 02، دار نشر المعرفة، المغرب، 1988.
- 43- أحمد بن حنبل الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة 01، 2009.
- 44- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، الجزء 03، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة 01، 2006.

- 45- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء 09، دار الريان للتراث، القاهرة، الجزء 01، 1986.
- 46- أحمد سليم سعيغان، الحريات العامة وحقوق الإنسان، -دراسة تاريخية وفلسفية وسياسية وقانونية مقارنة-، الجزء 01، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، الطبعة 01، 2010.
- 47- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، -النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 03، 2014.
- 48- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 49- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 50- أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
- 51- إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر تعديلات ظهير 10.09.1993، دار الجسور، المغرب، 2001.
- 52- إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية -دراسة مقارنة-، دار الحامد، الأردن، الطبعة 01، 2009.
- 53- باديس الديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- 54- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 1964.
- 55- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، شباب الجامعة، الإسكندرية، 1967.
- 56- بشير البيلاي، قوانين الأحوال الشخصية في لبنان، دار العلم للملايين، الطبعة 05، 1997.
- 57- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 58- بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع تعديلات 2005 ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

- 59- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد - وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء 01، دار الثقافة، الأردن، الطبعة 01، 2012.
- 60- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 61- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 03، 2004.
- 62- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 03، 2004.
- 63- بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلّقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 04، 2012.
- 64- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، -دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة 01، 2008.
- 65- تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1987.
- 66- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، 1992.
- 67- ثريا بن سعد، آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي، -تونس نموذجاً-، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2009.
- 68- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1983.
- 69- جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي الحنفي، نصب الراية لأحاديث الهدايا، مؤسسة الريان، جدة، دون سنة نشر.
- 70- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 01، 2001.

- 71- الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم، الجزء 02، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة 06، 1987.
- 72- حسن بن محمد الحفناوي، الأسرة المسلمة وتحديات العصر، المجمع الثقافي، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة 01، 2001.
- 73- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة 01، 2009.
- 74- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة 01، 2007.
- 75- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة نشر.
- 76- ساسي بن حليلة، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012.
- 77- ساسي بن حليلة، مجموعة تعاليق على قرارات في مادة الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012.
- 78- ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011.
- 79- سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بـ "ابن الملقن"، البدر المنير في تخریج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المجلد 07، دار الهجرة، 2006.
- 80- سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان، موسوعة القانون الدولي 3، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة 01، 2009.
- 81- السيد سابق، فقه السنة، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة 01، 2002.
- 82- سيدي محمد بن أحمد بن محمد ابن يوسف الرهوني، حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر الخليل، الجزء 03، المطبعة الأميرية، مصر، الطبعة 01، 1306 هـ.

- 83- شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن قيّم الجوزية، الداء والدواء، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة 01، 1996.
- 84- شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن قيّم الجوزية، بدائع الفوائد، مجلد 01، الجزء 04، دار الكتاب العربي، بيروت، دون سنة نشر.
- 85- شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء 05، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- 86- شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء 12، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- 87- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبي البركات سيدي أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 02، دار إحياء الكتب العربية، دون سنة نشر.
- 88- شمس الدين الشيخ، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار الأمة، الطبعة 01، 2003.
- 89- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 03، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1997.
- 90- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.
- 91- الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، البجيرمي على الخطيب، -المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب-، الجزء 04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1996.
- 92- الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل، -شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل-، الجزء 01، المكتبة الثقافية، بيروت، دون سنة نشر.
- 93- الشيخ صالح عبد سميع لأبي الأزهرى، جواهر الإكليل، شرح مختصر -شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل-، الجزء 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1997.
- 94- صاحب عبيد الفتلاوي، تحوّل العقد، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1997.

- 95- طارق صديق رشيد كه ردى، حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي، -دراسة تحليلية مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 2011.
- 96- الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، الجزء 01، طاكسياج كوم، الجزائر، الطبعة 01، 2007.
- 97- الطاهر كركري، العدالة الأسرية، دراسة في ضوء مدونة الأسرة، كتاب الزواج، مطبعة آنفو، المغرب، الطبعة 01، 2009.
- 98- عائشة الحجامي، مدونة الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، الطبعة 01، 2009.
- 99- عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، الجزء 03، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة 01، 2002.
- 100- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، -الزواج وآثاره-، الجزء 01، جامعة دمشق، سوريا، دون سنة نشر.
- 101- عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 2011.
- 102- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليوي و ابراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، الجزء 01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1998.
- 103- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، -دراسة مقارنة بالفقه الغربي-، الجزء 03، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة 01، دون سنة نشر.
- 104- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 01، دار النهضة العربية، مصر، 1998.
- 105- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، -نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام-، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- 106- عبد العزيز بن إبراهيم العمري، الولاية على البلدان في عصر الخلفاء الراشدين، دار إشبيلية، الرياض، السعودية، الطبعة 01، 2001.

- 107- عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار، من 1957 إلى 2002، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002.
- 108- عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 109- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، الطبعة 02، 1989.
- 110- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة 03، 1996.
- 111- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد - الزواج والطلاق بعد التعديل -، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 112- عبد القادر الداودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010.
- 113- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، -في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له-، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة 01، 2007.
- 114- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة 06، دون سنة نشر.
- 115- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 08، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 03، 1997.
- 116- عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، الطبعة 01، 2006.
- 117- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء 01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة 01، 2006.
- 118- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء 01، مكتبة الرشاد، محمد الخامس، المغرب، الطبعة 01، 2006.

- 119- عبد الله ابن الطاهر السوسي الثاني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، الكتاب الأول، -الزواج-، النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة 01، 2005.
- 120- عبد الله ابن الطاهر السوسي الثاني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، -دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، الكتاب الثاني، الطلاق-، مطبعة فنون القرن 21، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة 01، 2007.
- 121- عبد الله با الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، الجزء 03، الشؤون الدينية بدولة قطر، الجزء 01، 1982.
- 122- عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الأدب المفرد، المطبعة السلفية، القاهرة، 1375 هـ.
- 123- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، -دراسة مقارنة فقها وقضاء- ، مؤسسة المختار، مصر، الطبعة 01، 2004.
- 124- عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية، -محيثة ومثارة بفقهاء القضاء-، تونس، 2011.
- 125- علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلبي الدمشقي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1950.
- 126- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 2003.
- 127- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 2003.
- 128- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، الجزء 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1984.
- 129- علاء الدين حسين رحال ومروان إبراهيم القيسي، نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن، الطبعة 01، 2010.
- 130- علي حسين الفطناسي، من أحكام العائلة، التعااضدية العمالية للطباعة والنشر، صفاقس، تونس، 1988.

- 131- عليا الشريف الشّمّاري، الزواج، جمعية النساء التونسيات للبحث والتنمية، أليف- منشورات البحر الأبيض المتوسط، تونس، 1995.
- 132- عمر بن رسلان البلقيني الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي، الجزء 03، دار القبلتين، الرياض، السعودية، الطبعة 01، 2012.
- 133- عمر سليمان عبد الله الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، الطبعة 04، 2012.
- 134- عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، الطبعة 04، 1963.
- 135- عمرو لمزرع، غمز العيون في أحكام الزواج وانحلاله، مطبعة آنفو، المغرب، 2006.
- 136- عيسى حداد، عقد الزواج، -دراسة مقارنة-، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.
- 137- الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الجزء 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 138- فاطمة الزهراء بن محمود، حسين بن سليمة، سامية دولة، مجلة الأحوال الشخصية، تونس، 2008.
- 139- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء 02، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة 01، 1313 هـ.
- 140- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة، مطبعة طالب، الجزائر، 2007-2008.
- 141- فضيل العيش، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 142- فضيل سعد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 143- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، -الزواج و الطلاق-، الجزء 01، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، الجزائر، 1986.

- 144- القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المجلد 03، دار ابن القيم، السعودية، الطبعة 01، 2008.
- 145- كامل محمد عويضة، الجامع في فقه النساء، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996.
- 146- كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة، تونس، دون سنة نشر.
- 147- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في أحكام قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة 01، 2008.
- 148- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء 01، دار هومة، الجزائر، 2005.
- 149- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، -رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم العتقي، الجزء 04، دار سدار، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- 150- مالك بن أنس، الموطأ، الجزء 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985.
- 151- مالك بن أنس، الموطأ، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 2013.
- 152- مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 153- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز، القاموس المحيط، دار الجليل بيروت، دون سنة نشر.
- 154- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بأمر 02- 05، دار الوعي، روية، الجزائر، 2013.
- 155- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، دون سنة نشر.
- 156- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، 1950.
- 157- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.
- 158- محمد أحمد سراج، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 159- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، -أحكام الأسرة-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة 01، 2004.

- 160- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، -الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة ونتائجها-، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة 07، 2015.
- 161- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مطبعة دار النشر المغربية، الطبعة 03، 2008.
- 162- محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي -التجليات-، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006.
- 163- محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، الطبعة 03، 1998.
- 164- محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، الطبعة 01، 2005.
- 165- محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة 01، 2010.
- 166- محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هوم، الجزائر، 1999.
- 167- محمد الغزالي، الحق المر، دار الشروق، القاهرة، الطبعة 02، 1990.
- 168- محمد الغزالي، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، دار المعرفة، الجزائر، 2001.
- 169- محمد الكشيبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، -انحلال ميثاق الزوجية وآثاره-، الكتاب الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة 02، 2009.
- 170- محمد الكشيبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، -عقد الزواج وآثاره-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة 02، 2009.
- 171- محمد الكشيبور، مدونة الأسرة والتوثيق العدلي، -دراسات وتعليق-، دار السلام، الرباط، الطبعة 01، 2005.
- 172- محمد اللجمي، قانون الأسرة، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، الطبعة 01، 2008.

- 173- محمد المنوني، المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية ، مطبعة النجاح الجديدة ،الدار البيضاء، المغرب، الطبعة 01، 1995.
- 174- محمد المهدي، المقتضب في أحكام الأسرة، -من خلال قانون الأسرة المغربي-، الجزء 01، مطبعة آنفو، فاس، المغرب، الطبعة 01، 2004.
- 175- محمد الهادي بن عبد الله، الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية من خلال مبادئ فقه القضاء المدني التونسي، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، 2009.
- 176- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء 05، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003.
- 177- محمد أمين المشهور بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 02، 2003.
- 178- محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، الجزء 03، دار القلم، دمشق، الطبعة 01، 2000.
- 179- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، -النص الكامل لمدونة الأسرة، نصوص تنظيمية وقرارات ومناشير وزارية، قضاء المجلس الأعلى، قضاء محاكم الاستئناف، قضاء محاكم الدرجة الأولى-، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين، العدد 01، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 2006.
- 180- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء 06، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة 01، 2001.
- 181- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 01، 1993.
- 182- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004.
- 183- محمد تقية، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1994.
- 184- محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1994.

- 185- محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 02، 1981.
- 186- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء 01، دار الهدى، الجزائر، الطبعة 02، 2004.
- 187- محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.
- 188- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، - الخطبة والزواج-، الجزء 01، شهاب، 1985.
- 189- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، - الخطبة والزواج-، الجزء 01، دار شهاب، الجزائر، الطبعة 02، 2000.
- 190- محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، -المدخل، المصادر، الحكم الشرعي-، الجزء 01، دار الخير، دمشق، سوريا، الطبعة 02، 2006.
- 191- محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة 03، 1977.
- 192- محمد ناصر الدين الألباني، مختصر صحيح الإمام البخاري، المجلد الرابع، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، الطبعة 01، 2002.
- 193- محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار العدوي، الأردن، الطبعة 01، 1981.
- 194- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، الجزء 05، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 2000.
- 195- محمود حسن، الأسرة ومشكلاتها، دار النهضة العربية، بيروت، دون سنة نشر.
- 196- محمود شلتوت، الفتاوى، دراسات لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، دار الشروق، القاهرة، الطبعة 08، 1975.

- 197- محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن ، 2000.
- 198- محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، شرح النووي على مسلم، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، دون سنة نشر.
- 199- محي الدين إسماعيل، نظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 03، 1994.
- 200- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، -الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد-، الجزء 01، دار القلم، دمشق، الطبعة 01، 1998.
- 201- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دمشق، 1957.
- 202- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، -المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى-، الجزء 03، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1993.
- 203- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء 07، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.
- 204- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء 08، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.
- 205- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي وشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي وعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الجزء 20، هجر للطباعة، الطبعة 01، 1996.
- 206- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء 03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1994.
- 207- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 09، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة 03، 1997.
- 208- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 10، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة 03، 1997.

- 209- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 11، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة 03، 1997.
- 210- ناجي بلقاسم علاي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 211- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، -مصادر الالتزام-، الجزء 01، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 212- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، 2006.
- 213- نصير الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، الجزء 02، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، الطبعة 02، 2003.
- 214- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، -الأحوال الشخصية-، الجزء 07، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 02، 1985.
- 215- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، -النظريات الفقهية والعقود-، الجزء 04، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 02، 1985.
- 216- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، -تتمة العقود، الملكية وتوابعها-، الجزء 05، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 02، 1985.
- 217- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، -أحكام الأسرة-، الجزء 03، دار الكلم الطيب، دمشق، 2010.
- 218- يحيى أحمد الكعكي، العولمة الإسلامية العربية، النهضة العربية، لبنان، الطبعة 02، 2003.
- 219- يسري السيد محمد، جامع الفقه، -كتاب النكاح-، الجزء 05، دار الوفاء، الطبعة 01، 2000.
- 220- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة الهلال، بيروت، لبنان، الطبعة 02، 1990.
- 221- يوسف القرضاوي، ملامح المجتمع المسلم، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، 2001.
- 222- يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2011.

223- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة - الزواج والطلاق -، دار هومة، الجزائر، 2007.

2- باللغة الفرنسية

- 1- Djilali Tchouar, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, OPU, Alger, 2004.
- 2- Ghaouti Benmelha, Le droit algérien de la famille, O.P.U, Alger.
- 3- Lexiques termes juridiques, 10 Ed. DALLOZ, imprimerie usine de la flèche, 1996.
- 4- Mohammed DABBAB et Tahar ABID, La justice en Tunisie,-Un siècle d'histoire judiciaire-, essai: de 1856 jusqu'à la veille de l'indépendance, éd. Centre d'études juridiques et judiciaires, Tunis, 1998.
- 5- Patrick COURBE, droit de la famille, armand colin, 3 ed., 2003.
- 6- Rajaa NAJI EL MEKKAOUI, La Moudawanah,- code marocain de la famille-, le référentiel et le conventionnel en harmonie, tome 2, Bouregreg, Rabat, 3ème éd. 2009.

- ثانيا: المراجع الخاصة

أ- المؤلفات

1- باللغة العربية

- 1- إبراهيم علواني، مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، دار الكتاب القانوني، مصر، 2009.
- 2- أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، الطبعة 01، 1983.
- 3- أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والحمل والإجهاض، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص. 48.
- 4- أعمار يحيى، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 5- أعمار يحيى، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل، الجزائر، 2010.
- 6- إميل خليل بيديس، واجبات الزوج الجنسية، دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة 01، 1985.

- 7- بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، -دراسة فقهية مقارنة-، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة 01، 2011.
- 8- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة -في الفقه والقانون-، دار الحامد، الأردن، الطبعة 01، 2009.
- 9- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج -الخطبة في الفقه والقانون-، دار الحامد، الأردن، الطبعة 01، 2009.
- 10- حاسم بن محمد بن مهلهل الياسين، فقه المرأة من المهد إلى اللحد، مؤسّسة الريان، الطبعة 01، 2005.
- 11- خاشع حقي، تعدّد الزوجات أم تعدّد العشيقات، -دراسة علمية مقارنة-، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 1997.
- 12- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية، -بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة 01، 2014.
- 13- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، -دراسة فقهية مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
- 14- خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكليفه الشرعي، دار النفائس، الأردن، الطبعة 01، 2010.
- 15- رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج، في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001.
- 16- رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج، في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، -دراسة مقارنة-، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة 01، 2011.
- 17- رقية المصدق، المرأة والسياسة، دار توبقال، الدار البيضاء، المغرب، ط. 01، 1990.
- 18- سعاد سطحي ونصر سلمان، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، -دراسة مقارنة مع قانون الأسرة-، دار السلام، الجزائر، بدون سنة نشر.

- 19- شوقي ابراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية، -دراسة مقارنة- ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، الطبعة 01، 2011.
- 20- شيماء الصراف، أحكام المرأة بين الاجتهاد والتقليد، -دراسة مقارنة في الشريعة والفقہ والقانون والاجتماع-، دار القلم، باريس، الطبعة 01، 2001.
- 21- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقہ الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 22- الطاهر الحداد، امرأتنا في الشريعة والمجتمع، -تقديم حافظ قويعة-، دار محمد علي، صفاقس، تونس، دون سنة نشر.
- 23- عادل حامدي، التطبيق للشقاق وإشكالاته القضائية، دراسة فقهية وقضائية مسبقة بآخر الاجتهادات القضائية على ضوء مدونة الأسرة، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة 01، 2007-2008.
- 24- عباسية لعسري، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى، الجزائر 2006.
- 25- عبد الجليل القاسمي، والبكر يستأمرها أبوها، مجمع الفقہ الإسلامي بالهند، مجموعة من البحوث الفقهية والأصولية حول موضوع الإجماع على الزواج وما يتعلّق به من مفهوم الولاية وسلطات الأولياء وتزويجهم للصغار من الأبناء والبنات الذين هم تحت ولايتهم، ومكانة الأولياء وضرورتهم وسلطات الأبناء والبنات، وطريقة استخدام تلك السلطات-، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة 01، 2007.
- 26- عبد الرحمان محمد العيسوي، الجريمة والشذوذ الفعلي، منشورات الحلبي، لبنان، الطبعة 01، 2004.
- 27- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، -دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية-، الجزء 01، دار الفكر، بيروت، الطبعة 02، 1968.
- 28- عبد الفتاح أحمد أبو كليلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، -دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة 01، 2008.

- 29- عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوى إلى التغيير، مطبعة فضالة، المحمدية، الطبعة 01، 1999.
- 30- عبد الله عبد النعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، -دراسة مقارنة-، دار النفائس، الأردن، الطبعة 01، 2011.
- 31- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة 01، 2007.
- 32- عرفان بن سليم العشا حسونة الدمشقي، نكاح المسيار وأحكام الأنكحة المحرمة، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2002.
- 33- عصمت الدين كركر الهيلة، المرأة من خلال الآيات القرآنية، الشركة التونسية، قرطاج، تونس، دون سنة نشر.
- 34- علي فتحي عبد الله، الخلع بين الفقه والقانون، الدار الذهبية، المغرب، 2000.
- 35- علي محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة للنشر، مصر، 2005.
- 36- عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين، -جدلية التقليد والتجديد في القانونين التونسي والمقارن-، مركز النشر الجامعي، 2007.
- 37- عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة 01، 2010.
- 38- فتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، أسانيدها ومقاصدها، -دراسة مقارنة-، دار النفائس، الأردن، الطبعة 01، 2011.
- 39- فاخوري سبيرو، العقم عند الرجال والنساء - أسبابه وعلاجه -، دار العلم للملايين، لبنان، الطبعة 06، 1991.
- 40- فاخوري سبيرو، العقم عند الرجال والنساء، دار العلم للملايين، لبنان، الطبعة 05، 1988.
- 41- فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

- 42- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، -دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة-، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 43- ليلي بن سدرين الشريف الكتاني، حقوق المرأة بين الفقه والقانون في المغرب، -مدونة الأسرة والمواثيق الدولية-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة 01، 2015.
- 44- مجمع الفقه الإسلامي بالهند، الإجماع على الزواج، -مجموعة من البحوث الفقهية والأصولية حول موضوع الإجماع على الزواج وما يتعلق به من مفهوم الولاية وسلطات الأولياء وتزويجهم للصغار من الأبناء والبنات الذين هم تحت ولايتهم، ومكانة الأولياء وضرورتهم وسلطات الأبناء والبنات، وطريقة استخدام تلك السلطات-، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة 01، 2007.
- 45- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، مصر، 1994.
- 46- محمد أحمد إسماعيل المقدم، المرأة بين تكريم الإسلام وإهانة الجاهلية، دار الإيمان، الإسكندرية، مصر، الطبعة 01، 2005.
- 47- محمد الحبش، المرأة بين الشريعة والحياة، دار الأحباب، سوريا، الطبعة 05، 2005.
- 48- محمد الحبيب الشريف، الإذن القضائي بالزواج، الطبعة 01، دار الميزان للنشر، سوسة، 2000.
- 49- محمد الحبيب الشريف، الرصيد القانوني لحقوق المرأة في تونس 20 مارس 1959 - 1999، الجزء 02، مركز البحوث والدراسات والثوثيق حول المرأة، تونس، 1999.
- 50- محمد الزحيلي، المرأة المسلمة المعاصرة، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2008.
- 51- محمد الكشور، يونس الزهري، حسين فتوخ، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة 01، 2006.
- 52- محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة 01، 2003.
- 53- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 54- محمد حسين فضل الله، تأملات إسلامية حول المرأة، دار الملاك، الطبعة 02، 1992.

- 55- محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، الطبعة 02، 2004.
- 56- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دار اليازوري العلمية، الأردن، 2010.
- 57- محمد سعيد القطاري، المرأة، -صانعة الأجيال، مكانتها، منزلتها-، مكتبة قرطاج، صفاقس، تونس، الطبعة 01، 2005.
- 58- محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المتعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2000.
- 59- محمد أمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة 01، 2004.
- 60- محمد أمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة 02، 2006.
- 61- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار السلام، دار الوراق، بيروت، الطبعة 07، 1999.
- 62- الملكي الحسين بن عبد السلام، نظام الكد والسعاية، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة 03، 2010.
- 63- منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، -أحكامه، آثاره-، دار الثقافة، عمان، الطبعة 01، 2009.
- 64- مولاي ملياني بغداداي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، الجزائر، 1997.
- 65- نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، الجزء 01، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة 01، 1997.
- 66- نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، -دراسة مقارنة-، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة 01، 2003.
- 67- وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1998.

68- يوسف بوشي، الحق في سلامة الجسم وأثر التطور الطبي على حمايته جنائيا، -دراسة مقارنة- ، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة 01، 2015.

2- باللغة الفرنسية

1- Lucie PRUVOST, Femme d'Algérie, Casbah édition, Alger, 2002.

ب- رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

I- رسائل الدكتوراه

1- باللغة العربية

1- أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية-، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

2- بشير يوسف مصطفى عاشور، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1984.

3- حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضمائنها، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.

4- دليلا آيت شاوش سعيد، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية-، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

5- رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين، في التشريع الجزائري -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006.

6- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005.

- 7- الشهابي ابراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس وآثاره، -دراسة مقارنة-، دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2002.
- 8- صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009-2010.
- 9- عبد القادر علاق، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.
- 10- عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقہ في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، 2000.
- 11- عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
- 12- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، -تخصص فقه وأصوله-، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009.
- 13- محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
- 14- محمد حسين، التنظير المقاصدي عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، السنة الجامعية 2002-2003.
- 15- محمد رحموني، تنظيم ممارسة حرية التجمع في القانون الجزائري، -الجمعيات والأحزاب السياسية أمودجين-، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

- 16- مختارية حلحال، الحماية القضائية الإدارية المستعجلة للحريات الأساسية، -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016- 2017.
- 17- مراد بن عودة حسكر، الحماية الجنائية للأسرة في القانون الوضعي-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012- 2013.
- 18- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009- 2010.
- 19- وهبية مكرلوف، الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015- 2016.
- 20- يوسف بوشي، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، -دراسة مقارنة-، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012- 2013.

2- باللغة الفرنسية

- 1- Jean-Pierre AGARRA, aspect médico-légal et social du transsexualisme, thèse, faculté de médecine de marseille, 1991.
- 2- MALTI Nihar Faiza, la liberté de religion entre l'universalité et les spécificités, La liberté de religion entre l'universalité et les spécificités, Thèse de doctorat en droit, faculté de droit ; Université Abou Bakr BELKAID Tlemcen, 2016- 2017.

II- مذكرات الماجستير

- 1- أحمد بجليل، التطبيق بسبب الشقاق والضرر في الفقه المالكي والقانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسة العليا المعمقة، جامعة القرويين، كلية الشريعة، آيت ملول، 2003- 2004.
- 2- رفيقة خالدي، التعليق على الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة تونس المنار، 2009- 2010.

- 3- سمية المرناوي، الالتزامات غير المالية للزوجين، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية الأساسية، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، جامعة 7 نوفمبر بقرطاج، 2003-2004.
- 4- شادية عبد الاوي، خيارات المشرع التونسي في سن مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة للإحراز على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، تونس، 2007-2008.
- 5- صباح خليفة، إنفاق المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية الأساسية، جامعة 7 نوفمبر بقرطاج، تونس، 2009-2010.
- 6- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2001-2002.
- 7- علي صبيح النعماني، حق المرأة في طلب الطلاق - دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والتونسي -، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2007 - 2008.
- 8- عمر المزكلدي، حق الكد والسعاية، -محاولة في التأسيس-، بحث في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمّقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال- الرباط، 2005-2006.
- 9- فاتن العايب، واجب المساكنة بين الزوجين، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1998-1999.
- 10- لخضر بن عائشة، إثبات الحقوق المالية للزوجين - دراسة مقارنة نقدية -، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
- 11- محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمّقة في القانون الخاص، -قانون الأسرة والطفولة-، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب.

- 12- محمد لاتي، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2001 - 2002.
- 13- موسى السماتي، زواج القاصر في القانون التونسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية الأساسية، كلية العلوم القانونية والسياسية الاجتماعية، جامعة 7 نوفمبر بقرطاج، تونس، 2003-2004.
- 14- نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمّقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المغرب، 2005-2006.
- 15- هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي - دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري -، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006 - 2007.

- ثالثا: المقالات

1- باللغة العربية

- 1- إبراهيم بحماني، من أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة بشأن الخطبة، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحاصلة والمعوقات، سلسلة الندوات 2، مطبعة الجسور، وجدة، الطبعة 1، 2008.
- 2- إبراهيم زعيم، الزواج المختلط -ضوابطه وإشكالاته-، مجلة القضاء والقانون، العدد 147.
- 3- أحسن بوسقيعة، أثر القرابة المباشرة على الدعوى العمومية في بعض الجرائم ضد الأموال - تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر في 2008/01/15 عن غرفة الجناح والمخالفات، القسم الأول، ملف رقم 420105، مجلة المحكمة العليا، 2009، العدد 02.
- 4- أحمد حمراوي، تأسيس دعوى التطليق على عدم إنجاب الزوج، مجلة قضائية، 1995، العدد 02.
- 5- أحمد خرطة، آثار العدول عن الخطبة وفق مدونة الأسرة المغربية، -إشكالات تطبيقية-، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحاصلة والمعوقات، سلسلة الندوات 2، مطبعة الجسور، وجدة، الطبعة 01، 2008.

- 6- إدريس الفاخوري، ترجيح الاتجاهات الأخلاقية في مجال العقود والالتزامات، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، جوان 2000، العدد 01.
- 7- إدريس الفاخوري، دور الإرادة في إبرام عقود الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة الجديدة، مجلة القصر، 2004، العدد 09.
- 8- إدريس الفاخوري، واقع الطلاق الخلعي بالمغرب "المنطقة الشرقية نموذجاً"، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون، دار الجسور، وجدة، المغرب، 2003، العدد 08.
- 9- أسماء الغيام، تعدد الزوجات ما بين الواقع والقانون، مشاكل المرأة المغربية مع القانون، الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، العدد 03.
- 10- أحمد العسيري، مؤسسة قاضي الأسرة المكلف بالزواج بين النظرية والتطبيق، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى - الندوة الجهوية الثانية-، مطبعة الأمنية، الرباط، المغرب، 08- 09 مارس 2007.
- 11- أيمن الشبول، المتغيرات الاجتماعية والثقافية لظاهرة الطلاق، مجلة جامعة دمشق، 2010، العدد 3- 4.
- 12- إيناس معطر، دور القضاء في تجسيم مبادئ مجلة الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية، معامل فني، تونس، أكتوبر 2006، ع. 08.
- 13- باخساني الحسين، مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي ومدونة الأحوال الشخصية، مجلة الميادين، العدد 03، 1988.
- 14- بديع بن عباس، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين بين الواقع والقانون، مجلة القضاء والتشريع، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2009، العدد 08.
- 15- البسام عبد الرحمن، أطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الجزء 01، 1986، العدد 02.
- 16- بشرى العاصمي، قراءة في قانون الأسرة، -جرد وتحليل-، مجلة المنتدى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005، العدد 05.

- 17- بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد 01.
- 18- بن شويخ الرشيد، أحكام الخطبة في الزواج، -دراسة مقارنة في أحكام الفقه والقانون والقضاء-، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحاصلة والمعوقات، سلسلة الندوات 2، مطبعة الجسور، وجدة، الطبعة 01، 2008.
- 19- بن شويخ الرشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، -دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء-، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، العدد 03.
- 20- بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، العدد 12.
- 21- بن سالم أوديجا، دور قاضي التوثيق في التعدد في ضوء أحكام مدونة الأسرة، -الضمانات- الرقابة- القيود-، مجلة القضاء والقانون، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007، العدد 154.
- 22- جلال الدين بوكتيف، نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين، مجلة القضاء والتشريع، شركة أوريس، تونس، العدد 08، 1999.
- 23- جويدة قيقة، المجلة ومسار التدعيم والتثبيت، مجلة الأحوال الشخصية: من النشأة الوطنية إلى الإشعاع الدولي، سلسلة دراسات برلمانية، مكتب البحوث والدراسات البرلمانية، تونس، جويلية 2006، العدد 09.
- 24- جيلالي تشوار، أحكام الأسرة بين الاجتهاد والتقنين، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2001، العدد 04.
- 25- جيلالي تشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2010، ع. 10.

- 26- جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ع. 12.
- 27- جيلالي تشوار، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص القانونية والتطور الاجتماعي، قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2007.
- 28- جيلالي تشوار، حق الشخص في التصرف في جسمه -الرتق، العذري والتغيير الجنسي نموذجاً-، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، العدد 06.
- 29- جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، 2006، العدد 04.
- 30- جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، الجزء 37، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 1999، العدد 04.
- 31- جيلالي تشوار، عدم المذهبية الصرف كمنهج تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، العدد 03.
- 32- جيلالي تشوار، عوامة بعض الاكتشافات المعاصرة للعلوم الطبية والبيولوجية ومدى تأثيرها على حقوق الإنسان الأسرية، المجلة القانونية التونسية، 2003.
- 33- جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، العدد 03.
- 34- جيلالي تشوار، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، -أية عدالة قانونية أم قضائية-، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، 2010، العدد 10.
- 35- حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة بدون زواج، مجلة القصر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2008، العدد 19.

- 36- حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة بدون زواج، مجلة محكمة، دار أبي رقرق، الرباط، 2008، العدد 04.
- 37- حفيظة الشافعي، تنفيذ العقد المالي المبرم بين الزوجين، مجلة القصر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ماي 2010، العدد 26.
- 38- حفيظة توتة، الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية بين النص القانوني والعمل القضائي، مجلة المعيار، 2008، العدد 39.
- 39- حفيظة توتة، التطبيق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مدونة الأسرة بين النص والممارسة، أعمال الندوة الوطنية التي نظمتها شعبة القانون الخاص ومركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش وهيئة المحامين، يومي 27 و 28 يناير 2006، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، الطبعة 01، 2006.
- 40- حليلة آيت حمودي، حكم امتناع الولي عن تزويج ابنته، التعليق على قرار المحكمة العليا بتاريخ 30-03-1993، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 90468، مجلة العلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، 2000، الجزء 41، العدد 01.
- 41- خليل عمرو، نظام تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية بين الإباحة والتقييد، مجلة العلوم القانونية، الإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015، العدد 19.
- 42- دامية بن خويا، تعدد الزوجات والمقاربة الاجتماعية، مشاكل المرأة المغربية مع القانون، الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، العدد 03.
- 43- دامية بن خويا، مدونة الأحوال الشخصية، قراءة في التعديل، المجلة العربية لحقوق الإنسان، تونس، 1994، العدد 01.
- 44- رشيد عمري، تنازع الزوجين في جهاز ومتاع البيت - دراسة مقارنة - مجلة الراشدية، جامعة معسكر، الجزائر، 2010، العدد 02.
- 45- رشيد مسعودي، الشهادة الطبية قبل الزواج - دراسة مقارنة -، مجلة الراشدية، دار الغرب، المركز الجامعي مصطفى اسطنبولي، معسكر، 2008، العدد 01.

- 46- رشيد مسعودي، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، مجلة الحقيقة، أدرار، الجزائر، 2004، العدد 04.
- 47- رؤوف المراكشي، مركز المرأة المتزوجة في القانون المقارن، مجلة القضاء والتشريع، الشركة التونسية لفنون الرسم، تونس، جوان 1980، ع. 06.
- 48- زكية تشوار حميدو، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، 2003، العدد 02.
- 49- زكية تشوار حميدو، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، 2011، العدد 12.
- 50- زكية تشوار حميدو، حكم بعض قضايا الخلع بين الفقه والقضاء، مجلة القضاء والتشريع، مركز النشر الجامعي، تونس، 2002.
- 51- زكية تشوار حميدو، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق - عدالة القانون أم القاضي -، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، العدد 10.
- 52- زكية حميدو تشوار، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، 2003، العدد 01.
- 53- زهور الحر، حق الزوجة في الاستفادة من الثروة بين السند الشرعي والرأي الفقهي والعمل القضائي"، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، وزارة العدل، العدد 5، مطبعة دار السلام للطبع و النشر والتوزيع، عدد 5.
- 54- سارة بن شويخ، أثر اختلاف الدين بين الزوجين على بعض مسائل الزواج والطلاق، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015، العدد 19.
- 55- ساسي بن حليلة، إثبات نسب ابن الزنا بالإقرار، -تعليق على حكم أصدرته المحكمة الابتدائية بقفصة تحت عدد 43979 بتاريخ 21 فيفري 1994-، مجلة الأحداث القانونية التونسية، 1992، العدد 06.
- 56- ساسي بن حليلة، دور قاضي الأسرة في قضايا الطلاق، مجلة الأحداث القانونية التونسية، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، 1992، العدد 06.

- 57- ساسي بن حليلة، زواج التونسية المسلمة بغير مسلم بطلان- لا طلاق، مجلة الأحداث القانونية التونسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2013، العدد 23.
- 58- سامية دولة، تكريس مبدأ عدم التمييز الجنسي في المنظومة القانونية، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية، معامل فنون، تونس، نوفمبر 2007، العدد 09.
- 59- سامية دولة، حق الزوجة في الملكية المشتركة للسكن العائلي في ضوء قانون نظام الاشتراك في الأملاك، م. ق. ت.، شركة أوربيس، 2005، العدد 06.
- 60- سامية دولة، مجلة الأحوال الشخصية بين الاجتهادات التشريعية والقضائية، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية، معامل فنون، جانفي 2007، ع. 01.
- 61- سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2004، العدد 09.
- 62- سعيد الروبيو، تدبير الأموال المكتسبة أثناء الزواج، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق - الحصيلة والمعوقات -، سلسلة الندوات 02، مطبعة الجسور، وجدة، المغرب، الطبعة 01، 2008.
- 63- سنية العش ملاك، مساهمة الزوجة في الإنفاق على الأسرة، مركز النشر الجامعي، تونس، المجلة القانونية التونسية، 2007.
- 64- السيد علي الفطناسي، أحكام الخطبة، -دراسة مقارنة-، مجلة القضاء والتشريع، الشركة التونسية لفنون الرسم، تونس، مارس 1982.
- 65- شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، العدد 04، 2008.
- 66- صالح حمليل، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، 2005، العدد 06.
- 67- صالح حمليل، نفقة المتعة والتعويض بين الفقه والقانون والقضاء، مجلة الحقيقة، أدرار، الجزائر، 2004، العدد 04.

- 68- صديق سعوداوي، تغيّرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلة كلية الحقوق، سعد دحلب، البليدة، 2009، العدد 01.
- 69- طارق حسن كسّار، مشروعية التحوّل الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ذي قار، كلية الآداب، قسم علوم القرآن، المجلد 05، 2015، العدد 01.
- 70- الطيب اللومي، دراسة حول القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلّق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 1999.
- 71- عائشة الخماس، أسس التعدد في الفقه الإسلامي، مشاكل المرأة المغربية مع القانون، الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، العدد 03.
- 72- عبد الباسط خالدي، الترشيد بالزواج، مجلة القضاء والتشريع، أورييس، تونس، 1995، العدد 08.
- 73- عبد الباسط عبد المحسن، الحماية القانونية للمرأة في تشريعات العمل العربية، -دراسة للواقع والمأمول في ضوء معايير العمل الدولية والعربية-، الورشة الأولى لمؤتمر قضايا المرأة وتحديات العصر، المنامة مملكة البحرين، 20-21 نوفمبر 2013.
- 74- عبد الباقي أعزيبو، دعوى التطلق للشقاق والإشكاليات العملية المثارة بشأنها، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحصيلة والمعوقات، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة الباحثين في القانون الأسري يومي 15-16 مارس 2007، كلية الحقوق وجدة، سلسلة الندوات 02، مطبعة الجسور، وجدة، الطبعة 01، 2008.
- 75- عبد الرحمن اللمتوني، إثبات النسب والشبهة خلال مرحلة الخطوبة، -قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة-، مجلة القضاء والقانون، العدد 152.
- 76- عبد الرحمن بن عمر، أوجه الاختلاف والتعارض ما بين التشريع المغربي والمواثيق الدولية، مجلة المحاكم المغربية، 1991، العدد 62.
- 77- عبد السلام زوير، مستجدات مدونة الأسرة، -دراسة لبعض الحالات الخاصة-، المجلة الالكترونية لندوات محاكم فاس، 2007، العدد 07.

- 78- عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء. 41، 2003، العدد 02.
- 79- عبد اللطيف الأنصاري، الإطار التطبيقي للشروط الاتفاقية بين الزوجين، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثانية بمكناس يومي 08 و09 مارس، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007.
- 80- عبد الله الأحمد، المجلة والقانون المقارن، مجلة الأحوال الشخصية: من النشأة الوطنية إلى الإشعاع الدولي، سلسلة دراسات برلمانية، تونس، جويلية 2006، العدد 09.
- 81- عبد الله سهيل، تعدد الزوجات بين قانون الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، أعمال الندوة الوطنية التي نظمتها شعبة القانون الخاص ومركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و28 يناير 2006، تحت عنوان: مدونة الأسرة بين النص والممارسة، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، الطبعة 01، 2006، العدد 25.
- 82- عبد الناصر بن موسى، اقتراح العقد بشرط تقييدي في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية في المملكة الهاشمية الأردنية، اللقاء للبحوث والدراسات، الأردن، 1995، العدد 01.
- 83- عز الدين الماحي، التطليق بسبب حبس الزوج أو سجنه من خلال مدونة الأسرة، مجلة المنتدى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005.
- 84- عصام الأحمر، تغيير الجنس، م. ق. ت.، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2010، العدد 09.
- 85- علي الأشعل، تطور قانون المرأة عبر العصور، مجلة القضاء والتشريع، الشركة التونسية لفنون الرسم، فيفري 1986، العدد 02.
- 86- علي فيلاي، التعليق على قرار ملف رقم 90468 بتاريخ 30-03-1993، قضية (ر.ب) ضد (ر.ز) و (ص.م)، مجلة العلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، 2000، الجزء 41، العدد 01.
- 87- عمار عبد الواحد عمار الداودي، الشروط الشكلية لعقد الزواج، -دراسة مقارنة-، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2005.

- 88- عماري نور الدين، الخلع من الرخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة لجزائريين، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2015، العدد 13.
- 89- عمر بكاري، أهلية الزوجة في التبرع بين الإطلاق والتقييد على ضوء الفقه والتقنين، مجلة كلية الشريعة، أكادير، 2003، العدد 02.
- 90- عمر لمين، مدونة الأسرة بعد سنة من التطبيق، الأيام الدراسية حول: المدونة دعامة للأسرة المغربية المتوازنة، مكتبة دار السلام، الرباط، المغرب، 2006، العدد 08.
- 91- فاتح كمال، دراسة أولية لأهم الإشكالات المثارة بخصوص مسطرة الإذن بتزويج من لم يبلغ سن الزواج،-تحديد الاختصاص المحلي ونطاق السلطة التقديرية لقاضي الأسرة المكلف بالزواج-، مجلة الملف، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2008، العدد 12.
- 92- فاروق أبو سراج الذهب، مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، الجزائر، 2004، العدد 08.
- 93- فاطمة الزهراء بن محمود، تطوّر قانون الأسرة من خلال مجلة الأحوال الشخصية، م. ق. ت.، مركز الدراسات القانونية والقضائية، معامل فنزي، تونس، مارس 2006، العدد 03.
- 94- فخري رياض، تعدّد الزوجات بين الدين والقانون، أعمال الندوة الوطنية التي نظمتها شعبة القانون الخاص ومركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و28 يناير 2006، تحت عنوان: مدونة الأسرة بين النص والممارسة، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، الطبعة 01، 2006، العدد 25.
- 95- فوزي أوصديق، تطوّر المركز القانوني للمرأة على ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة دراسات، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- 96- فيصل نسيغة ورياض دنش، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مارس 2006، العدد 05.

- 97- القضاء الأسري: الواقع والآفاق، -عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة، دراسة تحليلية إحصائية 2004 - 2013-، وزارة العدل الحريات، مديرية الشؤون المدنية، المملكة المغربية، ماي 2014.
- 98- كمال لدرع، نظرة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2001، العدد 01.
- 99- مبروكة مقنانه، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة ماجستير، -فرع العقود والمسؤولية-، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008 - 2009.
- 100- مجموعة 95 المغاربية من أجل المساواة، ، دليل من أجل المساواة في الأسرة المغاربية، منشورات مجموعة 95 المغاربية، ماي 2003.
- 101- محمد التريكي، الضرر في دعوى الطلاق، مجلة القضاء والتشريع، ماي 1998، العدد 05.
- 102- محمد الحبيب الشريف، تعليق على قرار مدني حول تأثير العجز الجنسي للزوج على قيام العلاقة الزوجية وانفصالها، قرار عدد 16285 بتاريخ 18 نوفمبر 1986 صادر عن محكمة التعقيب، مجلة القضاء والتشريع، الشركة التونسية لفنون الرسم، 30 جوان 1988.
- 103- محمد الحبيب الشريف، حول الحداثة والهوية في مجلة الأحوال الشخصية، mouvements du droit contemporain, mélanges offerts au professeur Sassi BEN HALIMA, centre de publication universitaire Tunis, 2005
- 104- محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، سلسلة البحوث القانونية، مراكش، الطبعة 01، 2009.
- 105- محمد الشافعي، قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق - الحصيللة والمعوقات -، سلسلة الندوات 02، مطبعة الجسور، وجدة، المغرب، الطبعة 01، 2008.
- 106- محمد الشافعي، قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة، مدونة الأسرة بين النص والممارسة، منشورات كلية الحقوق بمراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، 2006، العدد 25.
- 107- محمد الكشور، ملاحظات بشأن أحكام التطبيق في مدونة الأسرة، مجلة المناهج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، العدد 9 - 10.

- 108- محمد المحجوب الطريطر، حول تغيير الجنس بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1994، العدد 01.
- 109- محمد المهدي، مؤسسة الولي في الزواج: ضرورة أم اختيار؟ -دراسة فقهية قانونية-، مجلة الملف، فضالة، المحمدية، المغرب، 2007، العدد 10.
- 110- محمد برحيلي، التعدّد والإشكاليات المثارة بشأنه، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2008، العدد 7-8.
- 111- محمد تقية، تطور المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال الأحوال الشخصية، مجلة الفكر القانوني، الجزائر، 1984، العدد 01.
- 112- محمد جوهر، إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، 2004، العدد 50.
- 113- محمد جوهر، قراءات متقاطعة في مجلة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، دراسات قانونية، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، كلية الحقوق بصفاقص، تونس، 2007، العدد 14.
- 114- محمد شوقي، ضوابط المصلحة والموازنة بينها، مجلة دراسات قانونية، الجزائر، 2003، العدد 08.
- 115- مصطفى قلوش، تعدّد الزوجات في إطار مشروع مدونة الأسرة، جريد العصر، 19 / 01 / 2004، العدد 302، ص. 14-15.
- 116- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء 01، مطبعة إيت، المغرب، 2009، العدد 10.
- 117- نبيل القن وجمال الزرلي، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين في القانون التونسي على ضوء القانون عدد 94 لسنة 1998، مجلة القضاء والتشريع، شركة أوريس، تونس، 1999، العدد 06.
- 118- نبيل قرقور، الجرائم الماسة بجرية المعتقد في ظل ضوابط حرية الرأي والتعبير وحقوق الإنسان، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2011، العدد 23.
- 119- نجية البودالي، التعدّد من خلال قراءة للملفات، مشاكل المرأة المغربية مع القانون، الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، العدد 03.

- 120- نصير سمارة، المرأة والسياسة في الجزائر، مجلة دراسات إستراتيجية، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، العدد 11.
- 121- نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة والحق الأصل، دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، العدد 01.
- 122- نعيمة البالي، الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي المغربي، -اتفاقية حقوق الإنسان نموذجاً-، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، جويلية- أوت 2007، العدد 75.
- 123- الهادي كرو، المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، 1977، العدد 02.
- 124- الهادي كرو، زواج المسلمة بغير المسلم ومصادقة الدولة التونسية على اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 ديسمبر 1962، مجلة القضاء والتشريع، 1972، العدد 02.
- 125- هجيرة خدام، حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، مجلة المعيار، المركز الجامعي تيسمسيلت، 2015، العدد 11.
- 126- هجيرة دنوبي، المستحدث من تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، 2010، العدد 07.
- 127- هجيرة دنوبي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، 1994، العدد 01.
- 128- هجيرة دنوبي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، 2004، العدد 50.
- 129- وزارة العدل، مجلة قضاء الأسرة، مجلة متخصصة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، المغرب 2005، العدد 01.
- 130- يحيى بكاي، اشتراط موافقة الزوج في الطلاق الخلعي من خلال مدونة الأسرة الجديدة، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2005، العدد 3-4.
- 131- يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول، مجلة الكويت، 2002، العدد 02.

- 132- يمينة رحاوي، قراءة مدونة الأسرة: المستجدات وعوائق التطبيق -الولاية نموذجاً-، مجلة المناظرة، النخلة للكتاب، وجدة، المغرب، 2004، العدد 09.
- 133- يوسف بناصر، مدونة الأسرة... المسار والتطلّعات... قراءة تحليلية وتقويمية في مستجدات مدونة الأسرة الجديدة 03- 70، مجلة الواحة القانونية، العدد 02، السنة الرابعة.
- 134- يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مجلة المنتدى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2005، العدد 05.

2- باللغة الفرنسية

- 1- Dalila ZENNAKI, Egalité homme femme en Algérie et conformité aux normes internationales : le cas de la convention sur l'éliminations de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Etudes de droit,- Mélanges en hommage à Abdallah Benhamou-, éd., kounouz, 2013.
- 2- Djilali TCHOUAR, droit algérien de la famille, quels principes d'égalité ?, Etude de droit,- mélanges en hommage à Abdallah Benhamou-, éd., kounouz, 2013.
- 3- Djilali TCHOUAR, le mariage polygamique entre le fiqh et le droit positif algérien, R. A. S. J. E. P., Université d'Alger, 1997, n° 2.

- رابعا: المقالات عبر الإنترنت

- 1- Académie des sciences morales et politique, site www. Asmp. Fr
- 2- إحصائيات حول المصابين بمرض السيدا بتونس: akherkhabaronline.com
- 3- إدريس لكربي، الكوتا وواقع مشاركة المرأة في البرلمان، الحوار المتمدن، 2009/03/13، العدد 2584، على موقع الإنترنت: www.ahewar.org.
- 4- ارتفاع نسبة الطلاق بسبب مدونة الأسرة الجديدة، 09 نوفمبر 2012، على موقع الإنترنت: www.chtoukappress.com.
- 5- أسرار وتاريخ عمليات تغيير الجنس في المغرب، مقال نشر بتاريخ 27 /03 /2015، على موقع الانترنت: quotidienpress.com.
- 6- إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام، المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان الدورة الرابعة، جنيف 19 أبريل - 7 ماي 1993، على موقع الأنترنت: www.arahumanrights.org.
- 7- أنا هنا" مبادرة لتعزيز دور المرأة في الاقتصاد والمجتمع، على موقع الانترنت: www.arabesque.tn
- 8- أنس العمري، مجموعة الدفاع عن المثليين "كيف كيف" تطالب بإلغاء الفصل 489 من القانون الجنائي، مقال نشر 27 /04 /2011، على موقع الانترنت: www.maghress.com.

- 9- بلقاسم حوام، دلولة حديدان، ياسمين دريش، حظوظ المرأة الجزائرية في الحياة السياسية ضعيفة ولا تتعدى 7 بالمائة، مقال كتب بجريدة الشروق بتاريخ 2010.03.07، على الموقع: www.echoroukonline.com
- 10- تونس: المثلثيون يكسرون حاجز الصمت ويفضون تهميشهم، مقال نشر بتاريخ 05 /17 /2016 على موقع الإنترنت: amp.france24.com
- 11- جمال الخمار، تنفيذ الأحكام البلجيكية المتعلقة بالأحوال الشخصية في المغرب، 21 /12 /2016، منشور على موقع الانترنت: www.marocdroit.com
- 12- حسن الأشرف، العقم يؤرق 15 بالمائة من أزواج المغرب، 03 /04 /2017، على موقع الإنترنت: www.alaraby.co.uk
- 13- حسين العبد الله، تغيير الجنس يمثل تعقيدات قانونية من جهة العمل والنظام العام وقواعد الإرث والوصايا، جريدة القبس الإلكتروني، 19 /09 /2004، على الموقع الإلكتروني: alqabas.com
- 14- حفصة الوهابي، أثر الاتفاقيات الدولية بشأن اختلاف الدين في القانون المغربي، 01 /10 /2013، منشور على موقع الانترنت: www.marocdroit.com
- 15- حكم ابتدائي بزاكورة، 25 /05 /2017، نشر على موقع الانترنت: www.legal-agenda.com
- 16- حماد القباج، رفع التحفظات... السياق والتساؤل، 04 /10 /2011، على موقع الانترنت: m.hespress.com
- 17- حنان س.، المرأة وعالم الشغل في الجزائر -تطور مشجع رغم كثرة العراقيل-، جريدة المساء يوم 07 -03 -2008، على موقع الإنترنت: djazairress.com/elmassa
- 18- حورية رقان، رئيسة مصلحة قسم التوليد وطب النساء بالنيابة بمستشفى نفيسة حمود بحسين داي الجزائر على موقع الانترنت: esslamonline.com
- 19- خيرة لعروسي، بالإضافة إلى 20 ألف حالة غير مشخصة، 9600 إصابة مؤكدة بالسيدا في الجزائر، 30 نوفمبر 2015، جريدة الخبر، على الموقع: www.elkhabar.com
- 20- رشيد برادة، تاريخ النظام الأسري، -الأحوال الشخصية المغربية عبر التاريخ من 1957 إلى 2004، 27 /03 /2013، على موقع الإنترنت: www.m.ahewar.org

- 21- سحب تحفظات تونس عن مواد وفصول في اتفاقية سيداو: www.albawabhnews.com
- 22- ع. رضوان، الأطفال غير الشرعيين على طاولة الحكومة، 29 جويلية 2015، على الموقع الإلكتروني: www.elkhabar.com.
- 23- عائشة القرشي، الولاية في الزواج بين الحرية الشخصية والوظيفة الاجتماعية، مقال نشر بتاريخ 01/12/2013، على موقع الانترنت التالي: modawanat-elosra.blogspot.com.
- 24- عائشة غلوم، التمثيل السياسي للمرأة بنظام الكوتا، المغرب نموذجا، على موقع الإنترنت: www.womengateway.com.
- 25- عبد النور ادريس، المرأة ومدونة الشغل المغربية -مقاربة سوسيولوجية-، الحوار المتمدن، 30/10/2005، ع. 1363، على موقع الانترنت التالي: www.ahewar.org.
- 26- عزيزة الغرفاوي، نهاية إفلات المعتصب من العقاب، مقال نشر بالمجلة الإلكترونية المغربية بتاريخ 27/10/2014 على الموقع: www.almaghribia.ma.
- 27- الفحص الطبي قبل الزواج في تونس: www.attounissia.com.tn
- 28- فريدة لكحل، الشارع تحت الصدمة، -جزائريات يتزوجن دون ولي-، جريدة الشروق اليومي، 11/07/2010، على موقع الإنترنت: www.echo.com في تحقيق للديوان الوطني للإحصائيات -مليونان و275 ألف امرأة عاملة في الجزائر-، يوم 07-10-2014 على موقع الانترنت: www.echoroukonline.comroukonline.com.
- 29- في تحقيق للديوان الوطني للإحصائيات -مليونان و275 ألف امرأة عاملة في الجزائر-، يوم 07-10-2014 على موقع الانترنت: www.echoroukonline.com.
- 30- قرار مجلس جامعة الدول العربية بالمصادقة على الميثاق العربي لحقوق الإنسان (121)، 23/05/2004، ومجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي يونيو 1981. على موقع الانترنت: www.umn.eduLhumanrts/arab.
- 31- قرار مجمع الفقه الإسلامي في حكم عمليات تحويل الجنس، على موقع الإنترنت: www.aahlalhadeeth.com.
- 32- متحدية الأعراف والتقاليد، المرأة المغربية تقتحم مختلف المجالات، على موقع الإنترنت: www.maghress.com.

- 33- مجلس أعلى، 21 / 09 / 2010، ملف عدد 2009 / 1 / 623، مجلة القضاء والقانون، ع. 72. مرفقا بتعليق للأستاذ إبراهيم بحماني، منشور على موقع الإنترنت: www.maghress.com.
- 34- المجلس الإسلامي للإفتاء، ما هو حكم زواج المسلمة بغير المسلم؟، على موقع الإنترنت: www.fatawah.com.
- 35- محسن الندوي، إلى أين يتجه المغرب برفع تحفظاته عن اتفاقية سيداو، مقال نشر بتاريخ 12 / 10 / 2011، في الحوار المتمدن، على موقع الانترنت: www.m.ahewar.org.
- 36- محكمة الاستئناف بالمنستير، 16 / 10 / 2009، نشر على موقع الإنترنت: Lejuriste.montadalhilal.com.
- 37- محمد بوزغيبية، هل مجلة الأحوال الشخصية التونسية شرعية أو علمانية لائكية، مقال منشور على موقع شفاف الشرق الأوسط، بتاريخ 09 أكتوبر 2004، www.mettransparent.com.
- 38- محمد علي الحسيني، زواج الميسار، www.banishem.org/alkotob/06/05/.htm.
- 39- مشروع قانون رقم 47.14، يتعلق بالمساعدة الطبيّة على الانجاب، منشور على موقع الإنترنت: www.chambredeprepresentants.ma.
- 40- مصطفى بسطامي، 20 ألف حالة خلع في الجزائر عام 2013... والسبب الخيانة الزوجية، 13 / 12 / 2013، على موقع الإنترنت: www.ennaharonline.com.
- 41- مكّي أم السعد، حسام حريشان، الخلع..ضربة جديدة لتماسك الأسرة الجزائرية، 26 / 02 / 2016، على موقع الانترنت: www.elkhabar.com.
- 42- الموقع الإلكتروني للجمعية العامة للأمم المتحدة: www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp?type=declarat.
- 43- نادية سليمان وزهيرة مجراب، العقم...وباء يربع الجزائريين، الاثنين 13 / 04 / 2015، على موقع الانترنت: www.echoroukonline.com.
- 44- نادية سليمان، الشروق ترصد أغرب حالات الخلع في الجزائر، 10 / 03 / 2015، على موقع الانترنت: www.echoroukonline.com.
- 45- نص التحفظات والإعلانات المقدّمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 22 / 05 / 1996 نشرت على موقع الانترنت: hrlibrary.umn.edu.

46- النهوض بالحقوق الإنسانية للنساء في المغرب، الجزائر وتونس من خلال الاستعمال الاستراتيجي لعقود الزواج، -البحث الميداني مع السلطات المحلية حول استعمال عقود الزواج-، على موقع الإنترنت: 2011، www.globalrights.org.

47- هيفاء زعيتو، كيف تتعاطى القوانين العربية مع المثلية الجنسية؟، مقال نشر بتاريخ 04 /04 /2016، على موقع الانترنت: raseef22.com.

48- ياسين بودهان، الطلاق بالجزائر...أرقام تثير المخاوف، 30 /10 /2016 على موقع الإنترنت: www.aljazeera.net.

49- يوسف القرضاوي، زواج المسلم بغير المسلمة، مقال كتب بتاريخ 25 /10 /2011، منشور على موقع الإنترنت: www.qaradawi.net.

- خامسا: القوانين والمراسيم

1- باللغة العربية:

1- الأمر المؤرخ في 13 /08 /1956، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، الصادر في 17 /08 /1956، ص. 1544-1554.

2- قانون عدد 129 لسنة 1959 مؤرخ في 05 أكتوبر 1959 يتعلق بإدراج القانون التجاري، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 13 نوفمبر 1959.

3- القانون ع. 46- 64 المؤرخ في 03 نوفمبر 1964، والمتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادر في 03 نوفمبر 1964.

4- الأمر رقم 76- 79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن قانون الصحة العمومية، جريدة رسمية عدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1976.

5- القانون 84 /11، المؤرخ في 09 جوان 1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 24، الصادرة بتاريخ 12 /06 /1984.

6- القانون رقم 85- 05، المؤرخ في 16 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 08، المؤرخة في 17 فبراير 1985.

- 7- القانون 90-11 المؤرخ في 01 شوال 1410 الموافق ل 21 أفريل 1990. المعدل والمتمم بالقانون 91-29 المؤرخ في 14 جمادى الثانية 1412 الموافق ل 21/12 /1991، والمتضمن علاقات العمل. جريدة رسمية عدد 68 مؤرخة في 25 ديسمبر 1991.
- 8- القانون رقم 90-36 المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1411، الموافق ل 31 ديسمبر 1990، يتضمن قانون المالية لسنة 1991، جريدة رسمية عدد 57 مؤرخة في 31 ديسمبر 1990.
- 9- المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 07 محرم عام 1413 الموافق ل 06 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 52، الصادرة في 08 جويلية 1992.
- 10- القانون ع. 74 المؤرخ في 12 /07 /1993، المعدل والمتمم الأمر المؤرخ في 13 /08 /1956، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع. 66.
- 11- القانون رقم 1.93.347، الصادر بتاريخ 22 ربيع الأول 1414، الموافق ل 10 /09 /1993، والمتضمن مدونة الأسرة المغربية، جريدة رسمية عدد 4222، الصادرة بتاريخ 29 /09 /1993.
- 12- ظهير الشريف بمثابة قانون المتعلق بالرعاية الاجتماعية للمعاقين صادر في 10 /09 /1993، جريدة رسمية عدد 4225، 20 /10 /1993.
- 13- قرار وزيرى الداخلية والصحة العمومية المؤرخ في 28 جويلية 1995، المتعلق بتعميم الشهادة الطبية على كامل تراب الجمهورية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 08 أوت 1995.
- 14- قرار وزير الصحة العمومية مؤرخ في 16 ديسمبر 1995، يتعلق بضبط نموذج الشهادة الطبية السابقة للزواج والبيانات التي يجب أن تتضمنها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 26 ديسمبر 1995.
- 15- ظهير شريف رقم 83-96-1 صادر في 15 ربيع الأول 1417 بتنفيذ القانون رقم 95-15 صادر في 24 ذي الحجة 1416 الموافق 13 ماي 1996 المتعلق بمدونة التجارة، ج. ر. 03 أكتوبر 1996.

- 16- الأمر 96-17 المؤرخ في 20 صفر 1417 الموافق ل06 يوليو 1996، المعدل والمتمم للقانون 83-11، المؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق ل 02 يوليو 1983، والمتضمن التأمينات الاجتماعية. جريدة رسمية عدد 42، المؤرخة في 07 يوليو 1996.
- 17- القانون عدد 94 لسنة 98 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 والمتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك، وقد جاء هذا القانون تحت عدد 91 في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 13 نوفمبر 1998، ثم تمّ بالرائد الرسمي عدد 15 المؤرخ في 21 نوفمبر 1998، لإصلاح غلط متعلق بعدد القانون ليبدل إلى 94.
- 18- القانون عدد 93 لسنة 2001، المؤرخ في 07 أوت 2001، والمتعلق بالطب الإنجابي، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63، بتاريخ 07/08/2001.
- 19- ظهير شريف رقم 194-03-1 المؤرخ ب 14 رجب 1424 الموافق 11 شتنبر 2003، الصادر بتنفيذ القانون رقم 99-65 المتعلق بمدونة الشغل، جريدة رسمية عدد 5167، مؤرخة في 08 ديسمبر 2003.
- 20- ظهير شريف رقم 1.04.22، الصادر في 03/02/2004، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 70.03، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، 5184، الصادرة في 05/02/2004، ص. 418؛ كما تم تعديله بالقانون رقم 08.09، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.103، بتاريخ 16/07/2010، جريدة رسمية عدد 5859، الصادرة في 26 جويلية 2010.
- 21- قرار مشترك لوزير العدل ووزير الصحة رقم 04.347، الصادر في 10 محرم 1425 الموافق ل 02 مارس 2004، بتحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج، جريدة رسمية عدد 5192، بتاريخ 12 محرم 1425 الموافق ل 04 مارس 2004.
- 22- قانون رقم 05-02 مؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق ل06 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 75-59 المؤرخ 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 11 مؤرخة في 09 فبراير 2005.
- 23- الأمر 05/02، المؤرخ في 27/02/2005، المعدل والمتمم للقانون 84/11 المؤرخ في 09/06/1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 27/02/2005.

- 24- القانون ع. 46 لسنة 2005، مؤرخ في 06 جوان 2005، المعدل والمتمم لأمر علي المؤرخ في 09 جويلية 1913، والمتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة الجنائية التونسية وإعادة صياغتها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 48، صادر 17 / 06 / 2005، ص. 1412.
- 25- القانون رقم 05- 10 المؤرخ في 12 جمادى الأولى الموافق ل 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري. جريدة رسمية عدد رقم 44 مؤرخة في 26 يونيو 2005.
- 26- قانون عدد 87، المؤرخ في 15 / 08 / 2005، المعدل للأمر المؤرخ في 03 / 08 / 1956، والمتضمن مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 68، المؤرخ في 15 / 08 / 2005.
- 27- مرسوم تنفيذي رقم 06- 154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني 1427 الموافق ل11 ماي 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 31، المؤرخة في 14 ماي 2006.
- 28- الأمر رقم 06- 03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق ل 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جريدة رسمية عدد 46 مؤرخة في 16 يوليو 2006.
- 29- القانون رقم 07- 05، المؤرخ في 13 / 05 / 2007، المعدل والمتمم للأمر رقم 75- 58، المؤرخ في 26 / 09 / 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية عدد 31، مؤرخة في 13 / 05 / 2007.
- 30- القانون ع. 32، المؤرخ في 14 / 05 / 2007، والمتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادرة في 25 / 05 / 2007، س. 150، ع. 42.
- 31- القانون رقم 08- 09، مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير سنة 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 66- 154، المؤرخ في 08 جوان 1066، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 / 04 / 2008.

- 32- ظهير شريف رقم 91.11.1 الصادر في 27 شعبان 1432 الموافق ل 29 /07 /2011، بتنفيذ نص الدستور المغربي، جريدة رسمية عدد 5964 مكرر، الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 الموافق ل 30 /07 /2011.
- 33- ظهير شريف الصادر في 01 رمضان 1432 الموافق 02 /08 /2011، بنشر الإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المضمنة في وثائق الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 /12 /1979، جريدة رسمية عدد 5974، الصادرة بتاريخ 02 شوال 1432 الموافق 01 /09 /2011.
- 34- ظهير شريف رقم 1.11.140، الصادر في 17 /08 /2011، المعدل والمتمم لظهير شريف 12 /08 /1913، والمتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي، جريدة رسمية عدد 5980، صادرة بتاريخ، 22 /09 /2011، ص. 4678.
- 35- ظهير شريف رقم 178. 11. 1 صادر في 25 ذي الحجة 1432 الموافق ل 22 نوفمبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 08. 39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية.
- 36- دستور تونس الصادر بتاريخ 26 ربيع الأول 1435 الموافق ل27 جانفي 2014.
- 37- القانون رقم 14- 01 المؤرخ في 04 /02 /2014، والمتضمن قانون العقوبات الجزائري، جريدة رسمية عدد 7 مؤرخة في 16 فبراير 2014.
- 38- الظهير الشريف رقم 1.14.14، بتاريخ 06 مارس 2014، المعدل لظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447، بتاريخ 28 سبتمبر 1974، والمتضمن قانون المسطرة المدنية، جريدة رسمية عدد 6240، الصادرة بتاريخ 20 /03 /2014، ص. 3229.
- 39- قانون رقم 15- 19، مؤرخ في 30 /12 /2015، المعدل والمتمم للأمر 66-156، مؤرخ في 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات الجزائري، جريدة رسمية عدد 71، مؤرخة في 30 /12 /2015.
- 40- القانون رقم 102.15، الرامي إلى تعديل المادة 16 من القانون رقم 70.03، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.2، بتاريخ 12 /01 /2016، جريدة رسمية عدد 6433، الصادرة في 25 /01 /2016، ص. 420.

- 41- القانون رقم 16- 01 المؤرخ في 06 /03 /2016، جريدة رسمية عدد 14، الصادرة في 07 /03 /2016، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 96- 438، المؤرخ في 07 /12 /1996، والمتضمن الدستور الجزائري، جريدة رسمية عدد 76، المؤرخة في 08 /12 /1996.
- 42- الظهير الشريف رقم 1.16.104، الصادر بتاريخ 18 /07 /2016، المعدل والمتمم لظهير رقم 1.59.413، صادر في 26 /11 /1962، والمتضمن القانون الجنائي المغربي، جريدة رسمية عدد 6491، مؤرخة في 15 /08 /2016، ص. 5992.

1- باللغة الفرنسية:

- 1- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013.

الفهرس

1.....	مقدمة.....
32.....	الباب الأول: حرية المرأة في الزواج.....
33.....	الفصل الأول: حرية المرأة في إبرام عقد الزواج.....
34.....	المبحث الأول: حرية المرأة في اختيار شريك حياتها.....
35.....	المطلب الأول: حرية المرأة في اختيار شريك حياتها في المرحلة التمهيدية للزواج.....
36.....	الفرع الأول: دور الإرادة في فترة الخطبة.....
36.....	أولاً: المرأة التي تحل خطبتها.....
40.....	ثانياً: حدود حرية المخطوبة في النظر إلى خطيبها.....
41.....	ثالثاً: حرية المخطوبة في إبرام عقد الزواج مع الخطيب الثاني.....
42.....	الفرع الثاني: حرية المرأة في عدم الزواج ورفضه بعد خطبتها.....
43.....	أولاً: مدى إلزامية الخطبة.....
47.....	ثانياً: عدول حر بشرط عدم التعسف فيه.....
49.....	1- التعويض عن الضرر المترتب عن عدول المرأة.....
57.....	2- مآل الهدايا والصداق في حالة العدول عن الخطبة من المخطوبة.....
68.....	الفرع الثالث: مخاطر حرية المرأة في الاختلاط بخطيبها.....
68.....	أولاً: لا تعويض عن الأفعال المحرمة.....
70.....	ثانياً: نسب الولد الناجم عن الخطبة.....
91.....	المطلب الثاني: الرضا تجسيد لحرية المرأة في اختيار شريك حياتها.....

الفرع الأول: تعزيز حرية المرأة في اختيار شريك حياتها بمقتضى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في	
الزواج	93
أولاً: التأكيد على الحضور الشخصي للمرأة أثناء إبرام عقد الزواج	95
1- الشروط الواجب توافرها في الصيغة	95
2- طرق التعبير عن الإرادة	98
أ- التعبير عن الرضا بالصيغة اللفظية	98
ب- التعبير عن الرضا بالكتابة أو الإشارة	101
ت- استعمال الوسائل الحديثة للتعبير عن الإرادة	104
ثانياً: تأثير الوكالة على حرية المرأة في إبرام عقد الزواج	105
الفرع الثاني: تعارض الإرادة المعيبة مع حرية المرأة في اختيار شريك الحياة	108
أولاً: مصير عقد زواج المرأة المكرهه على إبرامه	109
ثانياً: مدى تأثير التدليس على حرية المرأة في اختيار الزوج	116
ثالثاً: وقوع المرأة في غلط يحملها على التعاقد	120
1- الغلط في ذات الشخص	120
2- الغلط في الصفات الثانوية للشخص	120
3- الغلط في صفة جوهرية في الشخص	121
المبحث الثاني: القيود الواردة على حرية المرأة في إبرام عقد الزواج	129
المطلب الأول: القيود البيولوجية التي تحد من حرية المرأة في إبرام عقد زواجها	130
الفرع الأول: الاختلاف في الجنس	130

131	أولاً: حرية المرأة في الزواج المثلي
135	ثانياً: أحقية الخنثى في إبرام عقد الزواج
140	ثالثاً: حرية المرأة في تغيير جنسها
155	الفرع الثاني: تقييد حرية المرأة في إبرام عقد الزواج بتوفر الأهلية
155	أولاً: بلوغ المرأة السن القانوني للزواج
159	ثانياً: منح المرأة دون السن القانوني الحرية في الزواج
160	1- القاضي المختص بمنح الإذن القضائي بالزواج
161	2- تحقق شرطي المصلحة والضرورة
172	3- إرساء المفهوم الترشيدي لزواج القاصرة
176	ثالثاً: عدم حماية حق المرأة في الزواج لغياب جزاء تخلف الأهلية
181	الفرع الثالث: مدى تعارض الفحص الطبي قبل الزواج مع حرية المرأة
182	أولاً: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج وأهميته
184	ثانياً: مكانة الفحص الطبي في التشريعات المغاربية
189	ثالثاً: طبيعة الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج
190	1- حظر إبرام عقود الزواج دون إجراء الفحص الطبي السابق للزواج
194	2- لا تأثير لنتيجة الفحص الطبي على حرية الزواج
197	3- جزاء الإخلال بالفحص الطبي قبل الزواج
201	المطلب الثاني: القيود الاجتماعية والدينية التي تحد من حرية المرأة في الزواج
201	الفرع الأول: مدى تأثير سلطة الولي على حرية المرأة في الزواج

202	أولاً: حرية المرأة الراشدة في مباشرة عقد زواجها بنفسها
218	ثانياً: مركز الولي بالنسبة لزواج المرأة القاصرة
228	الفرع الثاني: تقييد حرية المرأة في الزواج بمانع الإسلام
229	أولاً: عدم المساواة بين الرجل والمرأة في حرية اختيار الشريك
238	ثانياً: حرية المرأة في الزواج بغير مسلم بين المنع والإباحة
251	الفصل الثاني: حرية المرأة في الشروط الإرادية في عقد الزواج
252	المبحث الأول: حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج
255	المطلب الأول: إطلاق حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج
255	الفرع الأول: حرية المرأة في اشتراط ما يتمشى ومقتضيات عقد الزواج
256	أولاً: اشتراط المرأة شروطاً يقتضيها عقد الزواج
258	ثانياً: اشتراط المرأة شروطاً لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وفيه منفعة لها
267	ثالثاً: أهم الشروط الاتفاقية المشترطة من قبل المرأة
267	1- حرية المرأة في اشتراط عدم التعدد
271	2- حرية المرأة في اشتراط العمل
276	الفرع الثاني: الأثر المترتب عن حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج
276	أولاً: القوة الملزمة للشروط الاتفاقية
283	ثانياً: حرية المرأة في التنازل عن الشرط
285	المطلب الثاني: الحد من حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج
285	الفرع الأول: تقييد حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بضوابط الاشتراط

- 286 أولًا: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة.....
- 288 ثانيًا: مراعاة النظام العام والآداب العامة.....
- 292 ثالثًا: جدية المصلحة.....
- 295 الفرع الثاني: بطلان الشرط التعاقدي الذي يتنافى ومقتضيات عقد الزواج.....
- 295 أولًا: الشرط الباطل الذي لا يبطل معه عقد النكاح.....
- 299 ثانيًا: الشرط الباطل الذي يبطل معه عقد النكاح.....
- 307 الفرع الثالث: الحد من حرية المرأة في الاشتراط من خلال تعديل الشرط أو الإعفاء منه...
 أولًا: تقييد حرية المرأة في الاشتراط بتعديل الشرط أو الإعفاء منه لظهور ظروف أو وقائع
 طارئة.....
- 308 طارئة.....
- 311 ثانيًا: تقييد حرية المرأة في تعديل الشرط أو الإعفاء منه بتدخل سلطة القاضي.....
- 314 المبحث الثاني: حرية المرأة في المشاركات المالية.....
- 317 المطلب الأول: استقلالية المرأة بذمتها المالية.....
- 318 الفرع الأول: مصادر أموال المرأة.....
- 318 أولًا: أموال المرأة بمقتضى عقد الزواج.....
- 323 ثانيًا: أموال المرأة من عملها.....
- 332 ثالثًا: أموال المرأة من الإرث والتبرعات.....
- 334 الفرع الثاني: سلطات المرأة على مالها الخاص.....
- 334 أولًا: حرية المرأة في التصرف في مالها.....
- 343 ثانيًا: تحمل المرأة ما يترتب عن التزاماتها المالية.....

- 347المطلب الثاني: اختلاط أموال الزوجين بسبب الواقع
- 348الفرع الأول: مساهمة الزوجة في الإنفاق
- 349أولاً: مساهمة الزوجة في الإنفاق واقعياً
- 351ثانياً: إقحام الزوجة في الإنفاق قانوناً
- 3511- نزعة الحدأة في مساهمة الزوجة في الإنفاق
- 3542- موقف فقه القضاء التونسي من إلزامية مساهمة الزوجة في الإنفاق
- 358ثالثاً: تكليف الزوجة أصالة بالإنفاق
- 359الفرع الثاني: المنازعات المالية بين الزوجين ومشكلة الإثبات
- 360أولاً: حل النزاعات المالية بين الزوجين
- 365ثانياً: حق الكد والسعاية
- 379المطلب الثالث: حرية الزوجة في اختيار نظام الاشتراك في الأموال
- 381الفرع الأول: الصبغة الاختيارية لنظام الاشتراك في الأموال
- 382أولاً: حرية اختيار نظام الاشتراك أثناء إبرام العقد أو أثناء قيام العلاقة الزوجية
- 389ثانياً: حرية توسيع نطاق الاشتراك في الأملاك
- 391الفرع الثاني: آثار قيام نظام الاشتراك
- 392أولاً: حرية الزوجة في إدارة المال المشترك
- 396ثانياً: تحمّل الزوجة الديون المترتبة على الأملاك المشتركة
- 398الفرع الثالث: انتهاء نظام الاشتراك
- 399أولاً: طرق انتهاء نظام الاشتراك في الأموال

- 399 1- انتهاء الاشتراك أثناء قيام العلاقة الزوجية
- 399 أ- إنهاء الاشتراك في الأملاك بالاتفاق بين الزوجين
- 401 ب- إنهاء الاشتراك في الأملاك قضائياً
- 402 2- إنهاء الاشتراك بسبب فك الرابطة الزوجية
- 403 أ- انتهاء الاشتراك في الأملاك بالوفاة
- 406 ب- انتهاء الاشتراك في الأملاك بالطلاق
- 407 ثانياً: الآثار المترتبة على انتهاء نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين
- 408 1- تصفية المال المشترك
- 411 2- قسمة المال المشترك
- 417 **الباب الثاني: حرية المرأة في فك الرابطة الزوجية**
- 418 الفصل الأول: تقييد حرية المرأة في طلب فك الرابطة الزوجية
- 420 المبحث الأول: تقييد حرية المرأة في طلب التطلاق بإثبات الضرر المادي
- 420 المطلب الأول: مدى حرية المرأة في طلب التطلاق للإحلال بالالتزامات الزوجية
- 421 الفرع الأول: عدم إطلاق حرية المرأة في طلب التطلاق للتوقف عن الإنفاق
- 423 أولاً: مكانة حرية المرأة في طلب التطلاق لعدم الإنفاق شرعاً وقانوناً
- 429 ثانياً: الشروط المقيّدة لحرية المرأة في طلب التطلاق لعدم الإنفاق
- 429 1- أن لا تكون عاملة بإعسار زوجها وقت إبرام العقد
- 431 2- التوقف عن الإنفاق
- 438 3- صدور حكم بوجوب النفقة

- 442 ثالثا: نوع الفرقة في التطليق لعدم الإنفاق
- 443 الفرع الثاني: الحد من حرية المرأة في طلب التطليق لبعده الزوج
- 444 أولا: تقييد حرية المرأة في طلب التطليق لغيبه الزوج بتحقيق شروط الغيبة
- 445 1- الغيبة لمدة سنة
- 449 2- الاختلاف حول الغيبة بعذر أو دون عذر
- 451 3- شرط النفقة في الغيبة
- 455 ثانيا: حرية المرأة في طلب التطليق في مواجهة سجن الزوج وارتكابه فاحشة مبيّنة
- 469 المطلب الثاني: توسيع نطاق حرية المرأة في طلب التطليق للمفهوم العام للضرر
- 470 الفرع الأول: التطليق للضرر من منظور الفقه الإسلامي
- 472 الفرع الثاني: التطليق للضرر من الناحية القانونية
- 473 أولا: المعنى الواسع للضرر
- 476 ثانيا: بعض الحالات التي تمنح المرأة حرية طلب التطليق للضرر
- 485 ثالثا: الشروط التي تحدّ من النطاق الواسع لحرية المرأة في طلب التطليق للضرر
- 487 المبحث الثاني: تقييد حرية المرأة في طلب التطليق بإثبات الضرر المعنوي
- 487 المطلب الأول: حرية المرأة في الخيار للعيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج
- 489 الفرع الأول: حرية المرأة في الخيار للعيوب المانعة من المعاشرة الزوجية
- 504 الفرع الثاني: حرية المرأة بين البقاء مع زوجها العقيم وتحقيق حلم الأمومة
- 515 أولا: واجب الإنجاب
- 516 ثانيا: حرية المرأة في اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي

- 521 الفرع الثالث: تمسك المرأة بحريتها في ترك زوجها لإصابته بمرض خطير أو عيب منفر
- 527 الفرع الرابع: الشروط المقيدة لحرية المرأة في طلب التخليق للعيب
- 528 أولاً: إمهال الزوج مدّة سنة للعلاج
- 531 ثانياً: ألا تكون عاملة بالعيب وقت إبرام عقد الزواج ولا راضية بعد العلم به
- 535 المطلب الثاني: حرية المرأة بين التمسك بها والتخليق عنها
- 536 الفرع الأول: حرية المرأة في حالة التعدّد
- 537 أولاً: عدم حرية المرأة في التعدّد كما الرجل
- 540 ثانياً: مكانة حرية المرأة في التعدّد المقيد بشروط
- 541 1- لا حرية للمرأة عند حصول الزوج على الإذن بالتعدّد
- 541 أ- وجود المبرر الشرعي
- 546 ب- توفر العدل
- 549 ت- وجود الموارد المالية الكافية لإعالة أسرتين أو أكثر
- 550 ث- إخبار الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة بالتعدّد
- 554 ج- الحصول على ترخيص بالزواج
- 558 ثانياً: حرية المرأة في الإبقاء على التعدّد أو طلب التخليق لمخالفة الأحكام المتعلقة به ...
- 562 ثالثاً: حماية حرية المرأة في رفضها للتعدّد
- 1- حماية حرية المرأة في رفضها للتعدّد من خلال منعه في مجلة الأحوال الشخصية
التونسية.....
- 563.....
- 2- حماية حرية المرأة في رفض التعدّد بالشرط المانع له في مدونة الأسرة المغربية ...
- 566

الفرع الثاني: تمسك المرأة بحريتها أو التخلي عنها في حالتي الإخلال بالشرط الاتفاقي وواجب	
المساكنة	567
أولاً: تمسك المرأة بحريتها أو التخلي عنها للإخلال بالشرط الاتفاقي	567
ثانياً: الحرية التامة للمرأة في التمسك بالتطبيق أو التخلي عنها للإخلال بواجب المساكنة	
.....	572
الفصل الثاني: إطلاق حرية المرأة في طلب فك الرابطة الزوجية	581
المبحث الأول: مدى حرية المرأة في الطلاق الخلعي	582
المطلب الأول: أحكام الخلع المقررة لحرية المرأة في اللجوء إلى الطلاق الخلعي	583
الفرع الأول: تكييف الخلع ومكانة حرية المرأة منه	583
أولاً: حرية المرأة في طلب الخلع من منطلق مشروعيته	583
ثانياً: طبيعة الخلع المؤكدة على حرية المرأة في طلبه	587
الفرع الثاني: قيد حرية المرأة بالشروط الواجب توافرها في المختلعة	590
أولاً: قيد حرية المرأة في طلب الخلع بالأهلية	590
1- خلع المرأة غير الرشيدة	590
2- حرية المرأة في مواجهة الإكراه على الخلع	593
3- الاختلاف حول حرية المرأة المريضة مرض الموت في طلب الخلع	598
ثانياً: افتداء المرأة نفسها بمقابل لاسترجاع حريتها	600
1- ما يصح أن يكون مقابلاً للخلع	601
2- مكانة حرية المرأة عند تحديد البدل	603
3- مساس المرأة بحقوق الأطفال للتحرر من الزواج	607

- 4- الفرق بين الخلع والطلاق على مال 613
- المطلب الثاني: تأثير موافقة الزوج من عدمه على حرية المرأة في الطلاق الخلعي 615
- الفرع الأول: تقييد حرية المرأة في الطلاق الخلعي بموافقة الزوج 616
- أولاً: قيد حرية المرأة للتمسك برضا الزوج في الطلاق الخلعي 616
- ثانياً: الخلع طلاق بالتراضي ومكانة حرية المرأة منه 622
- الفرع الثاني: تحرر المرأة من موافقة الزوج على الطلاق الخلعي 630
- أولاً: إلغاء موافقة الزوج في الطلاق الخلعي 631
- ثانياً: تعسف المرأة في الطلاق الخلعي نتيجة إطلاق حريتها فيه 639
- 1- عدم تقييد حرية المرأة في طلب الخلع بذكر الأسباب 639
- 2- عدم تقييد إرادة المرأة بالتعويض عن التعسف في الطلاق الخلعي 643
- ثالثاً: آثار الطلاق الخلعي على المطلقة 646
- 1- الأحكام الشرعية والقانونية المترتبة عن الطلاق الخلعي 646
- 2- آثار الخلع على المرأة من الناحية الاجتماعية 650
- المبحث الثاني: مزيد من الحرية للمرأة في فك الرابطة الزوجية بطلب منها 655
- المطلب الأول: صور أخرى لحرية المرأة في طلب فك الرابطة الزوجية 657
- الفرع الأول: التطبيق للشقاق المسطرة المفضلة لدى الزوجات 657
- أولاً: مدلول الشقاق وخصائصه 658
- ثانياً: حالات أخرى تمنح المرأة حرية اللجوء إلى مسطرة الشقاق في مدونة الأسرة 665
- 1- حالة إصرار الزوج على التعدد، ورفض الزوجة، وعدم طلبها التطلق 665

- 666 2- حالة الإخلال بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين
- 667 3- حالة عجز الزوجة عن إثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر
- 668 4- حالة رفض الزوج لطلب الخلع المقدم من طرف الزوجة
- 668..... 5- حالة رفض الزوجة لمراجعتها من طرف الزوج
- 671 ثالثا: تمسك المرأة بحريتها رغم محاولات الصلح
- 681 رابعا: التعويض عن الضرر في التطليق للشقاق
- 684 الفرع الثاني: تفويض المرأة طلاقها بنفسها، عامل آخر للتمسك بحريتها
- 685 أولا: توكيل المرأة طلاقها
- 686 ثانيا: حرية المرأة في الخيار بين البقاء مع زوجها أو تركه
- 689 ثالثا: تمليك المرأة الحرية في طلاقها نفسها
- المطلب الثاني: إطلاق حرية المرأة نتيجة تفعيل مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق
- 697
- 697 الفرع الأول: تأثير القوانين المغاربية للأسرة بالاتفاقيات الدولية
- 705 الفرع الثاني: تقييد إرادة الزوج في الطلاق تحقيقا للمساواة بين الجنسين
- 706 أولا: تقييد طلاق الزوج بحكم القاضي
- ثانيا: لا معنى لحرية الزوجة في رفض حل الرابطة الزوجية أمام تمسك الزوج برغبته في الطلاق
- 707
- 730 الخاتمة
- 747 قائمة المراجع
- 799 الفهرس

الملخص

حرية المرأة في الزواج تملئها بدهاءة الأمور باعتبارها تتصل بأعمق ما في الإنسان وبأخص خصوصيات حياته الشخصية، وهي من المسلمات التي تفرضها طبيعة الأشياء ومفهوم الزواج ذاته. ولأنّ الحياة الزوجية قد تتعرض لما يعكس صفوها ويمنع استمرارها، فللمرأة الحرية في طلب إنائها. والحرية لا تعني التحلل من كل قيد أو ضابط أو مانع يضبطها ويرسم لها حدودها باسم النظام العام العائلي، ذلك أنّ الحرية لا تساوي شيئاً دون نظام.

ولئن لم تفصح التشريعات المغاربية للأسرة عن حرية المرأة في الزواج أو في طلب الطلاق بصريح النص، إلا أنّ مراعاتها لتلك الحرية أمر لا شك فيه، حيث يتجلى ذلك ضمناً من النصوص القانونية الأسرية التي راعت وحرصت من خلالها على ضمان حرية المرأة في الزواج والطلاق. فهل وفقت في ذلك؟ وهل هذه الحرية مطلقة أم مقيدة؟ وكيف انعكس ذلك على المرأة والأسرة خاصة في ظل مصادقتها على الاتفاقيات الدولية وفي ظل تحديات العولمة؟

الكلمات المفتاحية

حرية، المرأة، زواج، الرضا، أهلية، اشتراط، ذمة مالية، تطليق، خلع.

Résumé :

La liberté de la femme quant au mariage est dictée par l'évidence des préceptes en relation avec le plus profond de l'être humain et surtout les particularités de sa vie privé. Cette évidence est imposée par la nature des choses et le concept même du mariage. Or la vie conjugale peut être exposée à des problèmes qui empêchent sa pérennité, ainsi la femme est libre de demander la résiliation du contrat du mariage. La liberté ne signifie pas l'annulation de toute restriction, évidence ou empêchement qui la contrôle et délimite ses frontières au nom de l'ordre public familial du fait que la liberté n'est rien sans un système.

Bien que les législations maghrébines de la famille n'aient pas déclaré explicitement la liberté des femmes de se marier ou de demander le divorce. Néanmoins elles ont pris soins de cette liberté, précepte incontestable. Ceci se reflète d'une manière indirecte dans les textes juridiques de la famille qui ont pris soins de garantir la liberté des femmes dans le mariage et le divorce. Ont-elles réussi à établir cette liberté ? Cette liberté est-elle absolue ou restreinte ? Comment cela s'est reflété sur la femme et la famille, surtout à la lumière de la ratification des accords internationaux et des défis de la mondialisation.

Les mots clés :

Liberté, femme, mariage, consentement, capacité, stipulation, patrimoine, divorce, khol'à.

Abstract :

The freedom to get married for women is dictated by the obvious fact of the questions in connection with the deepest of human being and particularly with the confidentialities of his private life. It is a hypothesis imposed by the nature of things and the concept of marriage. And since the married life can be exposed to what disturbs and prevents her continuation, the woman has the freedom to ask for its termination. And freedom does not mean the decomposition of every limitation, adjustment or hindrance which controls it and bounds its borders in the name of the family law and order. And this because freedom is nothing without system.

Although the legislation of the Maghreb did not explicitly reveal the freedom of women to get married or to ask for the divorce, his respect for this freedom is indisputable. This is undoubtedly reflected in the legal texts of the family which took care of guaranteeing the freedom of women in the marriage and the divorce. Did they manage to establish this freedom? Is this freedom absolute or restricted? How it was reflected on women and family, especially in the light of agreements' ratification and globalization?

Keywords:

Freedom, women, marriage, Consent, Capacity, Stipulation, Patrimony, divorces, khol'à.