



جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

أحكام الزواج بين الثابت والمتغير في القوانين المغربية للأسرة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف:

د. علال أمال

من إعداد الطالب:

أولال علي حسن

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	تشوار جيلالي
مشرفا ومقرا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضرة "أ"	علال أمال
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	حميدوزكية
مناقشا	المركز الجامعي - مغنية-	أستاذ التعليم العالي	نعوم مراد

السنة الجامعية: 2022-2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد ﷺ وعلى آله وصحبه

أجمعين، وبعد:

يقول المولى عز وجل: ﴿يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾

وإنّا نحمد الله ونستعين به على تمكيننا من إنجاز هذا العمل المتواضع، ولا يسعنا إلا القول بما قال

تعالى: ﴿سُبْحَانَ الَّذِي سَخَّرَ لَنَا هَذَا وَمَا كُنَّا لَهُ مُقْرِنِينَ وَإِنَّا إِلَى رَبِّنَا لَمُنْقَلِبُونَ﴾.

أتقدم إلى أساتذتي الكرام أعضاء لجنة المناقشة: الدكتور تشوار جيلالي؛ الدكتور نعوم مراد؛

الدكتورة حميدو زكية؛ والدكتورة علال أمال. بأسمى عبارات الحب والاحترام والتقدير، ولو أننا نقف

دائماً عاجزين عن التعبير أمام ما قدمتموه لنا برحابة صدر كبير، نسأل الله عز وجل أن يجزيكم عنا

خير الجزاء وأن يجعل كل ما قدمتموه لنا في ميزان حسناتكم حفظكم الله ورعاكم وادام الله نعمة البصيرة

لكم.

منكم تعلمنا النجاح، ومنكم تعلمنا أن الأفكار الملهمة تحتاج إلى من يغرسها بعقول طلابها،

فلكم الشكر على جهودكم القيمة، بارك الله فيكم وجزاكم عن كل ما فعلتموه لأجلنا كل الخير إن شاء

الله.

الإبراء

إلى ذلك النبع الصافي، إلى شجري التي لا تدبل، إلى ظهري الذي لا ينكسر، إلى الظل الذي آوي إليه في كل حين. أبي، أمي، ربما لم أبركم تمام البر لكني أعلم أنّ قلبكم أكبر من أي بر، رعاكم المولى وجزاكم من الثواب أجزاءه، فلکم کل الشکر والتقدير والامتنان، فأنتم من نزل في حقكم قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۗ إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا وَلَا تُهْزِمَهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا وَأَخْفِصْ لَهُمَا جَنَاحَ الذَّلِيلِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾.

بالأمس كنت أسمى الطالب فلان؛ واليوم يقال لي الدكتور فلان؛ وما أنا والله إلا حسنة من حسناتكم، فالفضل لكم أبي وأمي وجزاكم الله عني خير الجزاء.

إلى إخوتي وأخواتي؛ من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات والصعاب، وكل العائلة الكريمة التي ساندتني ولا زالت تساندني.

وإلى كل طالب للعلم خفض جناح الذل لإخوانه، وكان رفيقا بهم؛ ونقول له بالحنن من الجفاء والجلافة وغمط الناس ورد الحق! فإن الوقت يمر مرّ البرق، وصوارف الحق تعرض كل حين، ولا مخرج لك من كل هذا إلا حبل الله المتين، فتشبث به، واشدد يدك عليه، واعلم أنّ رأس مال العمل هو الإخلاص، فإن أخطأت طريقه فلا تلم إلا نفسك إن تخطفتك طيور الهوى أو هوت بك رياح الشهوات في مكان سحيق. أيا طلب العلم، فإن الطريق مخوف، ولسالكه ثمن يدفعه من ماله وجسده، ودون الغاية صوارف وقواطع، ولكن في آخره جنة مستطابة، وسعادة دائمة، فتوكل على الله، واجعل حذاءك: ﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا﴾.

قائمة أهم المختصرات

1. باللغة العربية:

- ج.: الجزء.
- ج.ر: الجريدة الرسمية.
- ح.ر: حديث رقم.
- د.ب.ن: دون بلد نشر.
- د.د.ن: دون دار نشر.
- د.س.ن: دون سنة نشر.
- د.ط: دون طبعة.
- ر.ر.ج.ت: الرائد الرسمي للجمهورية التونسية.
- ص.: الصفحة.
- ط.: الطبعة.
- ع.: العدد.
- ع.خ: عدد خاص.
- غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.
- غ.م.: الغرفة المدنية.
- ق.ت.م: قرار تعقيبي مدني.
- ق.م: القسم المدني.

- م.: ميلادية.
- م.أ.م: المجلس الأعلى المغربي.
- م.ت: محكمة التعقيب التونسية
- م.ر: ملف رقم.
- م.ش: الملف الشرعي.
- م.ع: المحكمة العليا.
- م.ق: المجلة القضائية.
- م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.
- م.ن.م: محكمة النقض المغربية
- ن.ق: نشرة القضاة.
- ن.م.ت: نشرة محكمة التعقيب.
- ه.: هجرية.

2. باللغة الفرنسية:

Ed. : Edition.

Op.cit: opere citato.

P.: page.

Vol.: volume.

مقدمة

يعتبر القانون من الوسائل التنظيمية لنشاط الإنسان داخل المجتمع، لما يحققه من عدالة اجتماعية، وذلك بإعطاء كل ذي حق حقه على قدم من المساواة بين جميع الأفراد، كما يتحقق من خلاله التطور المجتمعي وتقدمه.

وغني عن التعريف أن الأسرة تعد الوحدة الأساسية المكونة للمجتمع ونواة تأسيسه، باعتبارها المهده الحاضن لأفراده، حيث يلتمسون فيه معاني السكينة والرحمة والحميمية والسند. فالبشرية مذ أن خلقها المولى عز وجل في حاجة للعيش والتعامل مع بعضهم البعض وفق دافع فطري لا يحتاج في تكوينه إلى تأثير اجتماعي، بل هو المحرك الرئيسي لنشأة المجتمع، وهو السبيل الوحيد الذي يحفظ بقاء النوع البشري.

ولما كانت الأسرة بمثابة حجر أساس المجتمع، فقد حظيت بالاهتمام في مختلف الشرائع السماوية، وقد تولت الشريعة الإسلامية بصفتها ختام هذه الشرائع، ببيان أحكامها وفق تشريع دقيق تضمنه القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة. وعلى هذا الأساس، تستمد الأسرة قوة بقائها وتماسكها وتكافلها على مر العصور من الضمير الديني الذي يولد الرحمة والألفة والمودة، لا على نظم قانونية وضعية يتكفل القضاء بتطبيقها¹.

وتظهر إرادة الله تعالى، التي شاءت أن تخلق الميل الغريزي بين الرجل والمرأة، ليس كسائر الكائنات الحية الأخرى، وإنما من خلال الزواج الذي سماه الله عز وجل بالميثاق الغليظ حيث يقول عز من قائل: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بِهَيْبَتِنَا وَإِنَّمَا مِيثَاقًا ۚ﴾ (20) ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ (21) ۚ، وهذا حتى يتحقق بقاء الإنسان على الوجه الأكمل³. فالزواج هو الطريق الأمثل والشرعي الذي يتصل من خلاله الرجل بالمرأة باعتبارها العنصران الرئيسيان في تكوين الأسرة، وتحقق استمراريتها يتم عن طريق التناسل بينهما.

¹ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص.5.

² سورة النساء، الآية.21.

³ محمد رأفت عثمان، عقد الزواج: أركان وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ط.1، د.س.ن، ص.03.

ولا شك في أن التشريع الإلهي لهذا النظام يعتبر نموذجاً كاملاً لا يقبل النقصان ولا الزيادة، وذلك احترازاً من تدخل الأهواء البشرية والتحليلات العقلية القاصرة.

ويأخذ الزواج¹ في لغة العرب معنى اقتران شيئين ببعضهما البعض وازدواجهما بعد أن كانا منفردين، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾²، فمدلول الآية راجح في أن كل شخص يُقرن مع من كان يعمل عمله، فالصالح مع الصالح، والفاجر مع الفاجر، ويقال أيضاً بأن النفوس تقرن بأعمالها فصارت إليها اختصاصها بها كالتزويج³.

ومن الناحية الاصطلاحية، فقد عرفه الحنفية بأنه: «عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً»، وما يستخلص من هذا التعريف أنه «عقد» بمعنى شموله لكل العقود؛ وأنه «لتملك المتعة بالأنثى»، فلا يصنف مع باقي العقود التي يقوم محلها على المنافع كالإجارة، وعلى الذوات كالبيع؛ أما قولهم بأنه «وُضع»، راجع إلى أن تقريره من الشرع لا من المتعاقدين⁴. في حين عرفه المالكية بأنه عقد لحل التمتع بأنثى غير محرم وغير مجوسية وأمة كتابية بصيغة؛ فقول العقد في تعريفهم مجمع عليه، أما قولهم «الحل التمتع» فهو يرتبط بعله باعثة على العقد، أما قولهم «غير محرم ومجوسية، وأمة كتابية» فتضمن الإشارة إلى موانع الزواج؛ وقولهم بصيغة راجع لاعتبارها من أركان النكاح⁵.

وعرفه الشافعية بأنه عقد يتضمن إباحة الوطاء بلفظ إنكاح أو تزويج، والمراد بالوطاء لاقتصراره على عقد النكاح دون غيره، أما المراد بلفظ التزويج أو الإنكاح فذلك لأن الصيغة عند الشافعية غير

¹ الزواج هو النكاح، كقوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ سورة النور، الآية.4، فيأخذ معنى الزواج في هذه الآية أيضاً الاقتران بين الزوج والزوجة، أي الذكر والأنثى. وفي عموم لفظ النكاح فيعني الضم والتداخل، فيقال: نكحت البئر في الأرض، أي حرثتها وبذرته فيها، ونكح المطر الأرض إذا خالط ثراها... الخ. ابن منظور، المرجع السابق، ج.8، مادة: زوج، ص.692.

² سورة التكوير، الآية.7.

³ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبو بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ج.4، ط.1، 2006، ص.5.

⁴ كمال بن الهمام، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.3، د.ط، د.س.ن، ص.177.

⁵ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.1، د.ط، 1415هـ، 1995م، ص.374.

جائزة بغير هذه الألفاظ كالتمليك والهبة¹. أما بالنسبة للحنابلة فقد جاء تعريف الزواج عندهم على مطلقه بقولهم إنه عقد التزويج، فلما كان مطلقاً فإنه ينصرف إلى مدلول عقد الزواج ما لم يصرفه دليل عن مدلوله².

والملاحظ من التعريفات السابقة أنها ربطت الاستمتاع بالزوج دون الزوجة، مع أنه ثابت للزوجة أيضاً. وفي حقيقة الأمر، يرجع السبب إلى هذا المفهوم، أن الرجل هو الذي يسعى إلى الزواج، وطلب الاستمتاع في جانبه أقوى، إذ أنه يختص بزوجه دون غيره، أما الزوجة فهي تتمتع بالزوج من غير اختصاص، إذ يجوز له التمتع من خلال الزواج بقدر العدد المقرر شرعاً في أربع نساء. ومع ذلك فقد ذهب الفقه المتأخر إلى اعتبار النكاح³ بأنه عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها وحل استمتاع المرأة به⁴؛ وعُرف كذلك بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق، وما عليه من واجبات⁵.

¹ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ج.4، ط.1، 1994، ص.200.

² موفق الدين بن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي. عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ج.9، ط.3، 1417هـ، 1997م، ص.339.

³ أشرنا في التعريف اللغوي أن الزواج مرادف للنكاح المتمثل في الوطاء، ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء في تحديد حقيقته: حيث قال الأحناف بأن النكاح حقيقة في الوطاء مجازاً في العقد؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج.4، د.ط، 1409هـ، 1989م، ص.192.

في حين قال المالكية والشافعية، بأنه حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، على أساس أنه لم يرد في القرآن بغير معنى العقد حيث يقول المولى عز وجل: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ...﴾، فالمتصود بقوله تعالى: ﴿... حَتَّى تَنْكِحَ...﴾ أي حتى تنزوج ويعقد عليها، بينما الوطاء في تحليل المطلقة ثلاثاً جاء في السنة النبوية. أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.2، ص.375؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.201.

أما بالنسبة للحنابلة، فقد ذهبوا إلى القول بأنه حقيقة في العقد والوطاء، فتحريم موطوءة الأب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ سورة النساء، الآية.22. موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج.9، ص.340.

⁴ محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط.4، 1983. ص.46.

⁵ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط.3، 1957 ص.17.

ومن الناحية القانونية، فقد عرّف المشرع الجزائري الزواج بموجب المادة 4 من قانون الأسرة بقولها: «الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب»، والمشرع المغربي في المادة 4 من مدونة الأسرة بقولها: «الزواج هو ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحسان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة».

والملاحظ من هذين التعريفين، أنهما جاء على منوال ما قال به بعض الفقه المتأخر، وذلك من خلال هجر التعريفات الفقهية المتقدمة والتي اعتبرت عقد الزواج، بأنه عقد يحل استمتاع الزوج بزوجه. غير أنه يستنتج ضمناً أن التعريفات القانونية المنتهجة، تدل على ارتباط الزواج بالمتعة، وهو ما نلاحظه من خلال قول المشرع الجزائري بقوله: «... وإحسان الزوجين...»، والمشرع المغربي «... غايته الإحسان والعفاف...»، فالإحسان بطبيعة الحال مرتبط بالممارسة الجنسية التي تتحقق بها المتعة بين الزوجين، على الرغم من أن تعريفات المذاهب الأربعة ربطت المتعة بالرجل دون المرأة، وقد وضحنا مسبقاً سبب هذا التوجه. ناهيك على أن النصين القانونيين سالفَي الذكر، لم يتضمنا تعريفا مانعا جامعاً، بل أشارا إلى أهداف عقد الزواج.

وبالفعل فإن التعريف ليس من اختصاص المشرع بل من اختصاص الفقه، وهو مذهب المشرع التونسي الذي لم يتطرق إلى تعريف عقد الزواج بل اكتفى بالإشارة إلى ركنه من خلال الفصل 03 من مجلة الأحوال الشخصية؛ ومع ذلك فإن توجه الفقه التونسي ذهب إلى القول بأن الزواج تحقيق للإحسان والعفاف بين الرجل والمرأة قصد الحياة المشتركة¹.

وقد اعتنى الإسلام بعقد الزواج عناية خاصة، وجعل له قدسية تفردته عن سائر العقود، نظراً لما قد يترتب عليه من آثار خطيرة من شأنها أن تمتد إلى المجتمع، وقد تولاه الشارع الحكيم بالرعاية من

¹ ساسي بن حليلة، قانون الأحوال الشخصية، جامعة المنار، تونس، د.ط، د.س.ن، ص.18.

حين التفكير فيه إلى غاية انتهائه بالموت أو الطلاق¹، وفي ذلك يقول المولى عليه السلام: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾².

ويقول أيضا: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنَىٰ وَثَلَّثَ وَرُبِعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾³، وقوله أيضا: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁴.

بالإضافة إلى ما قرره السنة النبوية من قول النبي صلى الله عليه وسلم: { يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ }⁵، وقوله صلى الله عليه وسلم: { تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ فَإِنِّي مُكَافِّرٌ بِكُمْ الْأُمَّمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ }⁶، وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا: { مَنْ أَحَبَّ فِطْرَتِي فَلَيْسَتْ بِنِسْتِي وَمِنْ سُنَّتِي النِّكَاحُ }⁷.

كما أجمع الفقهاء على مشروعية الزواج، على الرغم من اختلافهم في درجة مشروعيته في ميزان الأحكام التكليفية الخمسة، والتي تتلخص في الواجب والمندوب والمباح والمكروه والحرام⁸.

¹ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.50.

² سورة النور، الآية.32.

³ سورة النساء، الآية.03.

⁴ سورة الروم، الآية.21.

⁵ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.67: كتاب النكاح، ح.ر:5066، باب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ص.3. أبو الحسن مسلم بن الحجاج، ج.16: كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، ووجد مؤنه، واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، ح.ر:1400، ص.1019.

⁶ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، السنن الكبرى، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.5: كتاب النكاح: باب النهي عن تزويج المرأة التي لا تلد، ح.ر: 5323، ط.1، 1421هـ-2001م، ص.161؛ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.7، باب استحباب التزوج بالودود الولود، ح.ر:13475، ط.3، 1424هـ، 2003م، ص.131.

⁷ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: { ...مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ... }، ح.ر:5063، ص.1292-1293.

⁸ موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج.9، ص.341.

فحكم الزواج في عمومه على رأي الجمهور من الحنفية والمالكية وبعض الشافعية، وما اشتهر عند الحنابلة أنه مندوب إليه، فالقرآن الكريم أمر به، وحث عليه النبي ﷺ في قوله وفعله. في حين ذهب بعض الشافعية¹ إلى القول بأنه مباح، نظرا لأن القصد منه منفعة للراغب فيه والمتمثلة في تحقق عفته بقضاء شهوته فيه، وذلك نظرا لأنه يستحب تركه للعبادة لرجوح حكمها عن حكمه حيث يقول تعالى: ﴿وَلَيْسَتَغْفِفَ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾².

كما ذهب الظاهرية إلى أبعد من سابقهم، فقالوا بأنه فرض عين على كل مقتدر، على أساس أن النصوص الشرعية الواردة في الزواج والنكاح جاءت على سبيل الأمر إليه والحث عليه³.

في حين ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه فرض كفاية كالجهاد يتحقق مقصده الشرعي بفعله من بعض الناس، فلما كانت المحافظة على النوع الإنساني بالتوالد والتناسل من المقاصد الأساسية من تشريع الزواج، فإن تحققها من البعض يسقط حكمها عن البعض الآخر⁴.

غير أن الراجح هو ما جاء به الجمهور من الفقهاء الذين قرروا حكم الزواج على الشخص ذكرا كان أو أنثى من خلال اعتبار الزواج أمرا مندوبا إليه، مع الإشارة إلى أن هذا الحكم مقرر في حالة الرجل المعتدل المتمثل في الشخص المقتدر ماديا على تكاليف الزواج، والمقتدر أيضا على تأدية حقوق زوجته من غير ظلم، ولا يخشى على نفسه من الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج⁵.

¹ يمكن القول بهذا الرأي لو كان مقصد الزواج دنيوي كما قال أصحابه، غير أن ما يتضمنه من عفاف النفس وتحسينها عن الفاحشة، والقيام بالأسرة، هو في حد ذاته عبادة، وعلى هذا الأساس يتضمن الزواج أمر دنيوي وأخروي لا يتحقق مقصد الشارع من تشريعه ما لم يكن حكمه في درجة تقترب من الوجوب، وهي الندب كما قال بها الجمهور. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مرجع سابق، ج.4، ص.202.

² سورة النور، الآية.33.

³ أبو محمد علي بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.9، ط.1، 1425هـ، 2003م، ص.441.

⁴ بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.4، ط.1، 1420هـ، 2000م، ص.477.

⁵ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.23.

أما إذا ما اتصلت بالرجل المعتدل قرينة ما، فمن شأنها أن تحيد بالحكم التكليفي المقرر سواء بحكم أشد منه أو أقل منه.

وعلى هذا الأساس، يكون الزواج واجبا إذا خاف الشخص على نفسه من الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج، مع قدرته المادية على الزواج، وثقته بعدله مع زوجته؛ وعليه، يؤثم لعدم زواجه لوجوبه، وهو الأمر الذي أجمع عليه الفقهاء من الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴، مقررين إجماعهم على أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فصيانة النفس من الوقوع في الفاحشة في هذه الحالة لا تتم إلا من خلال الزواج.

وفي المقابل يكون الزواج حراما إذا تأكد الزوج من ظلم زوجته، والذي يكون من خلال عدم قدرته المادية المتمثلة في الإنفاق، أو عدم قدرته الجسدية المتمثلة في المعاشرة الجنسية، هذا ما لم تعلم المرأة بعدم قدرة الزوج، فإن علمت ورضيت جاز الزواج في هذه الحالة⁵.

وبين الواجب والحرام، يكون الزواج مباحا إذا خاف الزوج ظلم زوجته خوفا غير راجح، وخاف على نفسه الوقوع في الفاحشة، بأن تكون رغبته في الزواج لقضاء شهوته لا غير، هذا بالنسبة للحنفية⁶. أما المالكية⁷، فيكون الزواج مباحا عندهم، إذا لم يرغب الشخص في الزواج سواء لانتفاء شهوته، أو لكبره أو لمرضه، مع تأكده من عدم ظلم زوجته؛ في حين قال الشافعية⁸ بأنه متى كان الشخص غير مطيق للوطء أو راغب عنه، فلا يكره الزواج عنه ما دام قادرا على تحمل تكاليفه المادية، على أساس

¹ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ج.4، ط.2، 1412هـ-1992م، ص.4.

² أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.1، ص.374.

³ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.203-204.

⁴ موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج.9، ص.341.

⁵ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، ج.17، د.ط، د.س.ن، ص.206.

⁶ بدر الدين العيني، المرجع السابق، ج.4، ص.476؛ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3، ص.4.

⁷ أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.1، ص.374.

⁸ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع...، المرجع السابق، ج.17، ص.206.

أن مقاصد الزواج لا تنحصر في الوطء. وهو نفس ما قال به الحنابلة¹، غير أنهم قالوا باستحسان تركه، لتمكين الزوجة من التحصين بزواج آخر قادر أو راغب جسدياً.

ويكون الزواج مكروهاً، إذا خيف الوقوع في الظلم لعدم القدرة المادية والتأكد من تحقق الإساءة الزوجية، مع الإشارة إلى درجة الكراهة تتغير حسب درجة الظلم ما بين الكراهة التنزيهية والتحريرية².

ويتبين مما سبق من الأحكام التكليفية لعد الزواج، صلاحية الشريعة الإسلامية في تنظيم السلوك الإنساني، وهذا راجع إلى مرونتها من خلال تضمينها على قواعد كلية وضوابط عامة ترسم منهاج التعامل مع المستجدات. فمتى كانت حقيقة الانسان ثابتة كان له في الشريعة من الأحكام الثابتة، وما كان متغيراً في طبيعته كان له من الشريعة أحكاماً متغيرة، فهي المصدر الرئيسي للأحكام الثابتة والمتغيرة³.

فالحكم الثابت⁴ في التشريع الإسلامي، هو الحكم غير القابل لذاتيته للتصرف فيه حتى لا يخرج عن كلفه المقتضى شرعاً⁵، فهو متحقق مستقر سواء تعلق الأمر بالعقيدة أو الأخلاق أو الأحكام⁶. ومعرفة الحكم الثابت يتعلق بمجالات محددة؛ فما كان معلوماً في الدين بالضرورة كوجوب الصلاة وغيرها من أركان الإسلام، وما حرمه الإسلام قطعياً كالزنا واللواط وشرب الخمر. وإن الحكم بما يخالفه

¹ موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج.9، ص.344.

² محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3، ص.5؛ أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.1، ص.375؛ يحيى بن شرف النووي، المجموع...، المرجع السابق، ج.17، ص.207؛ موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج.9، ص.344.

³ فؤاد بن عبيد، إشكالية الثابت والمتغير في الأحكام الفقهية، مجلة الإحياء، م.1، 2008، ع.12، ص.376.

⁴ الثابت في اللغة من المصدر ثَبَّتَ، بمعنى استقر في مكان واحد أو حالة واحدة، وثبت الشيء يثبت ثباتاً وثبوتاً فهو ثابت وثبت وثبت وأثبتته هو، وثبته بمعنى، وشيء ثبت ثابت، ويقال ثبت فلان في مكان يثبت ثبوتاً، فهو ثابت، إذا أقام به، وأثبتته السقيم: إذا لم يفارقه وثبتت في الأمر أو الرأي، واستثبت. تأتي فيه، ولم يعجل، واستثبتت في أمره: إذا شاور، وفحص عنه. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج.2، ط.3، 1414هـ، ص.19.

⁵ محمد سعيد أحمد العلجوني، الثابت والمتغير في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة اليرموك، العراق، م.20، 2018، ع.2، ص.1392.

⁶ محمد الزحيلي، الثواب والمتغيرات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر مكة المكرمة الثالث عشر، المجتمع المسلم بين الثواب والمتغيرات، رابطة العالم الإسلامي، 2012، ص.7.

يعتبر تكذيباً¹ لله تعالى ورسوله الكريم². كما يتحدد الحكم الثابت إذا ارتبط وجوده بدليل قطعي من القرآن الكريم أو من السنة النبوية المتواترة³ فلا مجال لمخالفتها لثبوتها قطعاً ولا يجوز الاجتهاد فيها برأي آخر يخالفها، لأنها تدخل في قاعدة لا اجتهاد في مورد النص⁴.

كما يستمد الحكم الشرعي ثبوته القطعي من الإجماع⁵ فاتفق العلماء على أمر معين يجعله في منأى عن الاجتهاد، ذلك أن فكرته مبنية على أن اجتماع الأمة ينافي الخطأ، فإذا اتفقوا على قول كان هذا القول قطعاً على حق، ولا يجوز مخالفته في الفتوى والقضاء⁶.

¹ القصد من القول بأن العمل بما يخالف الحكم الشرعي الثابت يعتبر تكذيباً لله تعالى ونبيه الكريم ﷺ، إذا كان مبنياً على الاعتقاد بعدم وجوب الحكم.

² أبو إسحاق بن علي الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، تحقيق: محي الدين مستور ويوسف علي بدوي، دار ابن كثير، دمشق، ط.1، 1416هـ، 1995م، ص.259.

³ الحديث المتواتر: هو الحديث المروي من عدد يستحيل تواطؤهم واتفاقهم على الكذب، فيُروى في كل جزء من سنده رواة كثيرون، يحكم العقل في العادة باستحالة اتفاقهم على اختلاف هذا الخبر. فهو بالتالي، يفيد على سبيل اليقين والقطع بصحته، وعلى هذا الأساس يكون الحديث المتواتر مقبولاً دون الحاجة إلى النظر في رواته. وهو يفيد العلم اليقيني القطعي، ولهذا كان الحديث المتواتر مقبولاً دون الحاجة إلى النظر في أوام رواته، محمود الطحان، تيسير مصطلح الحديث، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ط.8، د.س.ن، ص.19-20.

⁴ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: حمزة بن زهير حافظ، شركة المدينة المنورة للطباعة، ج.2، د.ط، د.س.ن، ص.354.

⁵ الإجماع: هو اتفاق علماء العصر من أمة النبي ﷺ على أمر من أمور الدين. موفق الدين بن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، م.2، ج.1، ط.2، 1984، ص.331.

غير أنه في الوقت الحالي، يجد العالم الإسلامي صعوبة في إجماع علمائه على مسألة معينة، خاصة بالنسبة للنوازل الفقهية المستجدة والتي لا تجد لها سنداً شرعياً سواء في القرآن الكريم أو السنة النبوية، أو ما طرأ من أحداث في زمن المتقدمين من الفقهاء.

⁶ محمد الدسوقي، الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، قطر، ط.1، 1987، ص.69.

أما الحكم المتغير¹، فهو ما كان في التشريع الإسلامي قابلاً لتصرف المجتهد فيه وفق ضوابط التشريع وقواعده، وهي تتغير بحسب الزمان والمكان وظروف الأشخاص، وذلك لتحقيق المقاصد العامة للشريعة ومبادئها الكلية².

والحديث عن الأحكام المتغيرة³ يأخذنا للتطرق إلى نوعيها؛ فهناك من الأحكام المتغيرة التي لم يرد فيها نص خاص من النصوص الشرعية، فنجد الحكم المبني على القياس أو المصلحة أو العرف أو غيرهم. ذلك أن الوقائع في الوجود لا حصر لها مقارنة بالنصوص. وبالتالي، كان لابد من فتح باب الاجتهاد وفق ضوابط معينة حتى لا يترك الناس مع أهوائهم أو يتم النظر في الواقعة من غير اجتهاد شرعي⁴. وفي هذا الصدد يتضمن القرآن الكريم والسنة النبوية عديد المبادئ والقواعد العامة التي تتيح للمجتهد الرجوع إليها في عملية الاستنباط وهو الأمر الذي أجازاه النبي ﷺ، فعن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: ﴿إِذَا حَكَّمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَّمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ﴾⁵.

كما نجد من الأحكام المتغيرة والتي تكون فيما ورد فيه نص، لكنه ظني، سواء في ثبوته أو في دلالاته، ذلك أنه يحتمل عدة أوجه للتفسير. وعليه، كان لا بد من الاجتهاد فيه مع مراعاة الأوجه التي يحتملها النص⁶.

¹ المتغير في اللغة من المصدر غير، والذي يدل على أصلان صحيحان؛ فالأول يدل على الصلاح والإصلاح، فالغيرة هي المبرة، فيقال: غرث أهلي غيرةً وغياراً أي مرتهم، وغارهم الله تعالى بالغيث يغيرهم ويغيرهم، أي أصلح شأنهم ونفعهم. أما الثاني فيدل على الاختلاف، فيقال: هذا الشيء غير ذلك، أي هو سواء وخلافه. أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، باب: غير، دار الفكر، ج.4، ط.1، 1979، ص.403.

² محمد الزحيلي، الثوابت... المرجع السابق، ص.7.

³ القصد من الأحكام الشرعية المتغيرة لا يُعنى به أن الشريعة الإسلامية متغيرة؛ وإنما التغير يطرأ على الوقائع المادية المتعلقة بأفعال الناس، وتقوم الشريعة الإسلامية في هذه الحالة بمواكبتها ومسارعتها بما يحقق مقاصدها الشرعية.

⁴ إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله دراز، دار الفكر، بيروت، ج.4، د.س.ن، ص.55.

⁵ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، ج.09: كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، ح.ر: 7352، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ط.1، 1423هـ، 2002م، ص.108.

⁶ أبو إسحاق بن علي الشيرازي، المرجع السابق، ص.259.

ومن هنا تظهر الحكمة الإلهية من هذا التقسيم، والذي جعل من الإسلام شريعة وسطية، تهدف إلى تحقيق مصالح العباد، فكل مصلحة لها من الدلائل التي تطلب فعلها. وفي المقابل، كل مفسدة لها من الدلائل ما يطلب تركها والانتهاز عن فعلها. وفي ضوء هذه الحقائق، فإن أحكام الزواج الشرعية تعتبر جزء من منظومة التشريع الإسلامي. وعلى هذا الأساس، ترتبط المسائل المتعلقة به، بميزان المصالح والمفاسد، فإن ارتبطت بأحكام ثابتة، فلا ينبغي أن يوضع شيء منها موضع اجتهاد أو نقاش، إلا ما كان حول كيفية تطبيقها، ومراعاة أوفق السبل لتحقيق مقصود الشارع منها. أو بأحكام متغيرة تقتضي المتابعة المستمرة من قبل المجتهد لأفعال المكلفين وتصرفاتهم في إطار المسائل المتغيرة حتى يتم ملاحظة ما طرأ عليها من تغييرات ليتم متابعتها بالاجتهادات الكفيلة بجلب ما كان منها مصلحة ودفع ما كان منها مفسدة¹.

ومن هذا المنطلق يتضح لنا بجلاء معالم الموضوع محل الدراسة، والمتعلق بدرجة أولى بإشكالية الثابت والمتغير في مسائل الزواج. وفي الحقيقة، فهي إشكالية لم يتم تصنيفها، وهي فلسفية براغماتية؟ أم مادية واقعية؟ أم اجتماعية، سياسية، علمية، قانونية... الخ؟ بل هي قرينة لكل فكر انتهجه العقل البشري منذ خلق الإنسان على وجه الأرض، وترتبط بكل ما من شأنه أن ينظم الإنسان ويرتقي به في شتى ميادين الحياة.

فجد جدلية الثابت والمتغير كتفكير فلسفي، والأعداد الصحيحة الثابتة والمتغيرة كنظام علمي رياضي؛ كما نجد ما يعرف بالقيم الأخلاقية الثابتة والمتغيرة. وإذا ما تتبعنا الأساسيات والمبادئ التي تقوم عليها القواعد القانونية، نجد فكرة النظام العام والآداب العامة كمعيار يفصل بين ما هو ثابت لا يجوز الاتفاق على مخالفته، وما هو متغير يرتبط بالحرية الفردية للأشخاص.

وأكبر من كل ذلك، تعتبر فكرة الثابت والمتغير بمثابة المنهج الذي تتحدد به أصول الشريعة الإسلامية باعتبارها التشريع الإلهي الكامل والمتكامل.

¹ مسعود بن موسى فلوسي، الثابت والمتغير من أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، م.5، 2004، ع.9، ص.427.

وعليه، فإن البحث في قضايا الأسرة وأحكامها يعد من المواضيع الفقهية المتجددة، والتي رسمت الشريعة الإسلامية حدودها ومعالمها، ورفقتها تشريعات الدول المغاربية من خلال نصوص قانونية تنظيمية، والتي تكون في غالب الأحوال عرضة للتغيير والتعديل بحسب المتطلبات الاجتماعية للعصر الحالي، مع بقائها في مظلة الشريعة الإسلامية، وذلك بالتنسيق والموازنة بين ثوابتها التي لا يجوز المساس بها ومتغيراتها التي تفرضها الحياة. ونظرا لما طرأ من محاولات هدم هذه الثوابت التي تعتبر من الأمور القطعية، كان لزاما علينا دراسة إشكالية الثابت والمتغير على أحكام الزواج، وذلك باعتباره العمود الأساسي الذي تقوم عليه الأسرة المغاربية، بالإضافة إلى خطورة الآثار المترتبة عليه، لأن المساس بأي حكم قطعي، من شأنه أن يجرد الأسرة وما لها من قداسة دينية إلى علاقة باطلة.

ولعل الإيمان النظري الذي نجده متبادل بين الشعب والسلطة في الدول المسلمة عامة والمغاربية خاصة، بصلاحيه التشريع الإسلامي لكل العصور وقدرته على استيعاب المتغيرات من خلال مشروعية الاجتهاد لاستنباط الأحكام واسقاطها على المستجدات والنوازل. وعليه، فلا إشكال يثار بخصوص المسائل المتعلقة بالمعتقدات والقيم العليا في الدين، وذلك لانسجامها التام مع الفطرة الإنسانية والعقل السوي، والتي أصبحت بمثابة قيم عالمية يتبناها الإنسان في كل مكان وتحتضنها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان. غير أن الإشكال يثار في تفاصيل التشريعات المتعلقة بحركية المجتمع سواء السياسية، الاقتصادية والاجتماعية وغيرها، والتي تم النص عليها وفق ظروف وبيئة مختلفة عن الظروف والبيئة المعاصرة، كما أن القواعد التي وضعها الفقهاء في وقت معين بناء على فهم واستنباط، يعبر عن درجة المعرفة والعلم ومدى تفاعلها مع ذلك الوقت، وهو الأمر الذي يجعل من تقبل بعض الأحكام عسيرا للمجتمع الحالي إذا لم يتلقى التفسيرات الموضوعية عن أسباب الأخذ بالحكم أو استبعاده¹.

وأمام التيارات الغربية التي غزت الدول المسلمة بما فيها الدول المغاربية تحت غطاء العولمة ومحاوله إضفاء قانون أسري موحد، طالبت من خلاله إجراء تعديلات جذرية في بنية الأسرة المغاربية وإعادة توزيع الأدوار الأسرية انطلاقا من مبدأ المساوات، وذلك من خلال الاتفاقيات الدولية التي تحمل في

¹ حسن موسى الصفار، الثابت والمتغير في الأحكام الشرعية، دار أطيف للنشر والتوزيع، ط.1، 1437هـ، 2017م، ص.8.

طياتها أحكاما مخالفة للشريعة الإسلامية بداءة، ومخالفة أيضا لخصوصية الأسرة المسلمة التي تستمد أحكامها وقناعتها من النصوص الشرعية.

فإن البحث في موضوع الثابت والمتغير يفتح الباب لمعالجة عديد الإشكالات المتعلقة بمرجعية وفلسفة مشرعوا الدول المغاربية في وضع النصوص القانونية الأسرية، ومدى استيعابها للشريعة الإسلامية السمحاء سواء بأحكامها القاطعة التي لا تقبل التغيير والاجتهاد، أو بآراء فقهاء المتغير الذي امتد تطبيقه على مدار قرون في المنطقة المغاربية. خاصة أمام انتشار الثقافات العالمية الجديدة والايديولوجيات الفكرية المختلفة على العلاقات الأسرية، والتي تدعو إلى التحرر من المرجعية الدينية ومن كل ما هو قديم، والبحث عن مصادر خارجية جديدة للتحرر من ضغوط التقليد.

وانطلاقا من أهمية هذه الدراسة وقع الحرص على اختيارها من منطلق العديد من الإشكاليات الرئيسية: فما مدى تمسك التشريعات المغاربية للأسرة بأحكام الشريعة الإسلامية؟ وما هي مظاهرها؟ ونظرا لأبعاد الموضوع الشاسعة والمتشعبة فإن دراسته تقتصر على أحكام الزواج دون التطرق إلى آثاره. على اعتبار أنه القاعدة الأساسية التي تبنى عليها الأسرة، فما صلح أوله صلح آخره. وتكون هذه الدراسة مرتبطة بالدول المغاربية ممثلة في الجزائر والمغرب وتونس، دون باقي الدول المغاربية الأخرى، وذلك لعديد الاعتبارات، أهمها عدم توفر المادة العلمية للدول المستبعدة في هذه الدراسة، والتي تم تحضير جزء كبير منها في ظل جائحة كورونا التي فرضت على العالم حجرا كليا لمدة معتبرة من الزمن.

وتكمن أهمية هذه الدراسة لارتباطها الوثيق بالواقع الاجتماعي للفرد داخل أسرته، وتكوين هذه الأخيرة وإصلاحها وحمايتها من الأمور التي تهدف مقاصد الشريعة الإسلامية إلى حمايتها. وهذا لا يتحقق إلا من خلال تأصيل علاقة الزواج إلى قواعده الشرعية، خاصة إذا ما نظرنا إلى الارتباط الوثيق بين الشريعة الإسلامية والقوانين المغاربية للأسرة التي تعبر عنها من خلال نصوص تشريعية مقننة.

وحتى يتحقق الهدف من هذه الدراسة، والتي تعتبر دراسة نقدية في المقام الأول. اعتمدنا المنهج الاستنباطي من خلال عملية تحليل وتفسير الأحكام الشرعية سواء كانت نصوص قرآنية أو أحاديث نبوية شريفة من خلال رؤية الفقهاء سواء المتقدمين منهم أو المعاصرين أو المتأخرين، ومدى اعتماد التشريعات المغاربية على هذه الأحكام. كما تم الاعتماد على المنهج الاستدلالي وذلك من خلال طرح

التوجهات الفقهية والقانونية المتضادة، وذلك للخروج بأرجح الآراء التي تعالج الواقعة محل البحث والدراسة. كما لا يمكن الاستغناء عن المنهج الوصفي للوقوف على المعاني والمفاهيم والمصطلحات الواردة في هذه الدراسة. كذلك استعملنا المنهج التاريخي للوقوف على التطورات التي عرفها التقنين الأسري للدول المغاربية، والذي يتأتى من خلال معرفة التطور المجتمعي، على أساس أن القانون يمثل مرآة المجتمع.

وقد كان المنهج المقارن باعتباره المنهج الرئيسي الذي يرافق أي دراسة نقدية، فمن جهة، تمت المقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. وبين قوانين الدول المغاربية فيما بينها، من جهة أخرى. وذلك للوقوف على مواطن الاختلاف والتشابه فيما بينها، واستقراء الثغرات والنقائص التشريعية للقوانين محل الدراسة.

ولما كان عقد الزواج هو الأساس الذي تقوم عليه الأسرة، التي تعتبر القاعدة الأساسية لبناء المجتمع وتطوره تماسكه، وهذا الأخير ما هو إلا جزء من مجموعة من الأجزاء المتماثلة التي تشكل الدول بمفهومها الحديث. وعليه، ستم الدراسة على إبرام عقد الزواج من خلال:

الباب الأول: مقدمة الزواج وركنيه.

الباب الثاني: شروط صحة عقد الزواج.

الباب الأول

مقدمة الزواج وكنية

يتضح لنا بجلاء رعاية الإسلام للزواج بمجموعة من الأحكام الشرعية التي تحفظه من الزوال، كما تحفظ المقبلين عليه من الآثار الخطيرة المترتبة عليه، التي من شأنها أن تنتقل من طرفيه إلى الأبناء فالمجتمع. فقد حضى الزواج بترسانة من النصوص الشرعية التي تؤطره خاصة في مراحل تكوينه الأساسية، والمتمثلة بداءة في مقدمته-الخطبة- التي تبين الطريقة المثلى التي يتم على أساسها اختيار الزوج الآخر، ومع ذلك فقد اعترتها عديد الإشكالات الفقهية والقانونية سواء المتعلقة بتكييفها الشرعي، أو بالآثار المترتبة عليها. (الفصل الأول).

وبالإضافة إلى مقدمة الزواج، كان لزاما علينا التطرق إلى ركني الزواج الذي لا يقوم إلا بهما سواء المتعلق بالجانب المادي أو المعنوي (الفصل الثاني).

الفصل الأول

مقدمة الزواج

إن تكوين الأسرة مرتبط بالزواج، والذي بدوره يعتمد على مرحلة أساسية ممثلة في الخطبة، والتي يمكن القول إنها مسألة فارقة في ديمومته من عدمها. نظرا لتمكينها الشاب والشابة الراغبين في الزواج، من التعرف على بعضهما البعض، سواء كان في محل العمل أو الدراسة... الخ، ويستوي كذلك أن يتم هذا التعارف عن طريق وسائل الإتصال الحديثة خاصة مع تطور التكنولوجيا.

وعليه، ليس من الغريب القول بأن الخطبة تعد مجالا أساسيا، يندرج في إطارها أحكام أمرة تستمد قوتها من نصوص قطعية الدلالة على مقصدها؛ وأحكام متغيرة يتم تحكيمها وفق الظروف الراهنة، ومدى ملاءمتها للزمان والمكان الذي حُكِّمت فيه.

ومن هذا المنطلق، وجب علينا التفصيل في الجزئية المتعلقة بالخطبة، على أساس أنها المرحلة الافتتاحية لعقد الزواج، وذلك من خلال التطرق إلى ماهية الخطبة (المبحث الأول)، ثم أحكام الخطبة وما يترتب عليها من آثار (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية الخطبة

يجمع مصطلح الماهية في هذا الصدد لكل ما من شأنه أن يوضح حقيقة الخطبة سواء من الناحية الأصولية الشرعية، أو من الناحية القانونية، ويتحقق هذا الجمع من خلال تحديد مفهوم الخطبة وتبيان دليل مشروعيتها، بالإضافة إلى شروطها (المطلب الأول)، وذلك للتوصل إلى معرفة طبيعتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الخطبة

يندرج في مفهوم الخطبة، ما يرتبط بها من تعريفات، وما يؤطرها من شروط التي تتحقق من خلالها الحكمة من مشروعيتها.

الفرع الأول: تعريف الخطبة

تتماثل تعريفات الخطبة سواء من الناحية اللغوية أو الاصطلاحية وحتى القانونية.

أولاً- المعنى اللغوي للخطبة:

الخطبة بكسر الخاء وسكون الطاء، هي طلب المرأة للزواج، يقال حَطَبَ فلان إلى فلان ابنته، أي طلب منه الزواج بها¹، وأصل لفظ الخطبة هو الخطاب، وهو الكلام، وتخطبا بمعنى تكلموا وتحادثا، وخاطبه في أمر بمعنى حدثه بشأنه، فإذا تعلق هذا الخطاب بامرأة، تبادر إلى الأذهان أن موضوع الخطاب أو الكلام متعلق بالزواج بها. وبالتالي، فهي الكلام والحديث الذي يحدث بشأن طلب الزواج. ويستمد مصطلح الخطبة أصله كذلك من الخطب، وهو الأمر والشأن، فيقال ما حَطَبْتُكَ أو ما شأنك، والقول بأنه حَطَبَ فلان فلانة بمعنى سأها أمرا في شأنها ونفسها. ولعل هذا ما يفسر المعنى اللغوي للخطبة بأنها طلب الرجل الزواج من امرأة معينة². وهو نفس المعنى المراد من قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُوٌّ ذَلِيلٌ﴾³، وقد ورد هذا التعريف بمعنى أخص. بينما لفظ الخطبة في اللغة على عمومها هو التماس الشيء⁴.

¹ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، ط.1، د.س.ن، ص 103.

² عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة، القاهرة، د.ط، 1976. ص.5.

³ سورة البقرة، الآية.235.

⁴ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص.63.

ثانياً- المعنى الاصطلاحي للخطبة:

نعالج في هذه الجزئية ما اعتمده الفقهاء من تعريفات فقهية، بالإضافة إلى التعريف المتبع من خلال النصوص القانونية.

1. في الاصطلاح الفقهي:

الخطبة اصطلاحاً، هي التماس التزويج والمحاولة عليه¹، بأن يطلب الرجل الزواج من امرأة صالحة للعقد عليها، خالية من الموانع الشرعية التي تحول دون إبرام عقد الزواج². ويقول في هذا الصدد الامام محمد أبو زهرة: «...ومقدمات عقد الزواج هي ما يسمى في لسان الشرع بالخطبة، وهي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها، والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد، ومطالبه، ومطالبهم بشأنه»³.

ولعل اتفاق الفقهاء الأربعة⁴ بَيّن وواضح، على المقصد الفعلي المراد به من خلال مصطلح الخطبة، مع توظيفهم لمفردات مختلفة تصب في اعتبار الخطبة، أنها ذلك الطلب أو الالتماس الذي يقدمه الخاطب أو وكيله، إلى المخطوبة أو وليها بغرض الزواج بها⁵، سواء تضمن هذا الطلب تصريحاً بالزواج، أو ضمناً بما يفيد الرغبة بالزواج⁶.

¹ محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج.2، ط.2، 1317، ص.167.

² عبير رنجي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط.1، 2007، ص.63.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.27.

⁴ عرفها الحنفية بأنها طلب التزوج. محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3، ص.533؛ وعرفها المالكية بأنها التماس النكاح أو التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة. محمد ابن عبد الله الخرشبي، المرجع السابق، ج.3، ص.167؛ وعرفها الشافعية بأنها التماس النكاح من جهة المخطوبة. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.219؛ وعرفها الحنابلة بأنها خطبة الرجل للمرأة لينكحها. موفق الدين بن قدامة، المغني...، ج.9، ص.567.

⁵ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ج.9: الأحوال الشخصية، ط.4، 1997، ص.6492.

⁶ الفرق بين التصريح والتعريض في الخطبة، مرتبط بالتعبير عن رغبة الخاطب في الزواج وموافقة المخطوبة لهذا الطلب، ويكون صريحة إذا تضمن ألفاظاً صريحة ومباشرة، كأن يقول الخاطب للمخطوبة إني أريد الزوج بك؛ بينما التعريض في الخطبة هو ابداء كلام يفهم من مقصودة الرغبة في الزواج دون أن يكون له معنى صريح، وإنما يستخلص ضمناً، كأن يقول الخاطب أنت أحسن زوجة، أو وددت لو يسرت لي زوجة... الخ. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1، 1971، ص.20.

وفي نفس السياق، فقد فرض العرف مفهومًا مختلفًا نوعًا ما عن المفهوم النظري الأصولي، والذي يظهر من خلال الطابع الشكلي الذي اتخذته الخطبة، خاصة في عصرنا الحالي، فأصبح خاتم الخطوبة مثلاً دليل على تمامها¹، وليس فقط طلب الزواج والقبول به².

وغير بعيد عن هذا المضمون، نجد الفقه الفرنسي قد اعتبر الخطبة بأنها اتفاق فكري عاطفي خالص، حول الزواج المزمع إبرامه في المستقبل، والذي يقوم على إضفاء الطابع الرسمي للخطوبة خاصة أمام عائلة الخطيبين، بالإضافة إلى مشاركته أمام الغير؛ ويكون الهدف منها، منح الفرصة لكلا الخاطبين التعرف على بعضهما البعض بشكل أفضل، ورسم الطريق للحياة المشتركة التي ستجمعهما مستقبلاً³.

2. في الاصطلاح القانوني:

لم تتطرق النصوص التشريعية الأسرية للدول المغاربية إلى تعريف خاص بالخطبة، وإنما عرّفته ببيان طبيعته القانونية، ولعل التعريفات لا تدخل في اختصاص المشرع، وإنما من اختصاص الفقه.

فينص المشرع الجزائري في المادة 05 من قانون الأسرة⁴ على أن: «الخطبة وعد بالزواج»، وسأيريه في ذلك المشرع المغربي في نص المادة 05 من مدونة الأسرة⁵ بقوله: «الخطبة تواعد رجل وامرأة على

¹ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص.5.

² لا يترتب على ذلك أي حكم شرعي وقانوني، إلا بعد الموافقة الصريحة من جانب المخطوبة أو وليها، وبمجرد الأخيرة يصل الخاطبين إلى أعلى مرحلة في الخطبة، وهي ما يطلق عليها الفقهاء بالركون. محمد رشيد بوغزالة، طبيعة الخطبة وحكم العدول عنها وأثره، مجلة البحوث والدراسات، الوادي، الجزائر، 2009، ع.08، ص.40.

³ Les fiançailles étaient le plus souvent un pur accord intellectuel et sentimental sur le mariage futur, célèbre en famille et annonce en public. Les fiancés éprouvent leurs sentiments et apprennent à se connaître : les fiançailles sont alors essentiellement un temps de réflexion, Philippe Malaurie, la famille, Defrénois Lextenso Edition, France, 2008, p.76.

⁴ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، ع.44، 2005.

⁵ ظهير شريف رقم 1.04.22، ل 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004، المتضمن تنفيذ القانون 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، ج.ر، ع.5184، ل 05-02-2004.

الزواج»، والفصل 01 من مجلة الأحوال الشخصية¹ بنصها: «كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به».

ويكون المشرعين المغاربة من خلال هذه النصوص، قد سلكوا نفس المقصود² المراد به من خلال المفاهيم الفقهية سالفه الذكر.

وقد اعتبر أيضا مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، في مادته الأولى بأن الخطبة هي: «طلب التزوج والوعد به، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا»³

ثالثا- مصدر الحكم الشرعي للخطبة:

إن القصد من مصدر الحكم الشرعي، هو المنبع الأصلي الذي تستقي منها الخطبة -باعتبارها عملا ماديا- أحكامها الشرعية التنظيمية. ولعل الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رسميا للتشريع والقضاء؛ فالقرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الفقهاء واجتهادهم، نظموا بإسهاب ما يشمل الخطبة من أحكام خاصة.

وتستمد الخطبة أحكامها من قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْتُمْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ...﴾⁴، ووجه الاستدلال في هذه الآية، هو عدم جواز التصريح بالخطبة للمرأة المعتدة من وفاة، مع جوازها بالتعريض، وهو على حسب قول الأصفهاني وابن العربي، بأنه القول المفهم لمقصود

¹ الأمر المؤرخ في 6 محرم 1376هـ، الموافق لـ 13-08-1956م، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، ر.ر.ج.ت، ع.66، الصادر في 17-08-1956.

² فالقصد من اعتبار الخطبة وعد بالزواج، هو اعتبار هذا الوعد بمثابة الطلب والالتماس الصادر من الرجل للمرأة قاصدا أن يتزوج بها، وقبول من المرأة، فينشأ لكل من الرجل والمرأة مركزا ماديا دون أن يكون له أثر قانوني؛ والفرق بينهما، أن الحالة الأولى يكون فيها الرجل خاطبا والمرأة مخطوبة، وكلاهما واعد وموعود له. بينما الحالة الثانية يكون فيها الرجل واعد والمرأة موعود لها. وهذا الأخير، يتعدى الأثر المادي ليترب عليه أثرا قانونيا. وتقرير ما إذا كانت الخطبة في مرحلتها الأولى أو الثانية، هو اقتتان طلب الخاطب بموافقة المخطوبة.

³ جميل فخري محمد جاسم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد، الأردن، 2008، ص.21.

⁴ سورة البقرة، الآية.235.

الشيء دون التنصيص عليه. وتبعاً لذلك، يستنتج اباحة التصريح في خطبة المرأة، شريطة ألا تتوفر على مانع شرعي¹.

ومن السنة النبوية، ما قاله النبي ﷺ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: {إِذَا حَظَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ}².

وما ثبت عن النبي ﷺ أَنَّهُ حَظَبَ عَائِشَةَ مِنْ أَبِي بَكْرٍ، فَقَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ: {إِنَّمَا أَنَا أَخُوكَ، فَقَالَ لَهُ: أَنْتَ أَخِي فِي دِينِ اللَّهِ وَكِتَابِهِ، وَهِيَ لِي حَلَالٌ}³. وعن أم سلمة قالت: {لَمَّا مَاتَ أَبُو سَلَمَةَ أُرْسِلَ إِلَيَّ النَّبِيُّ ﷺ حَاطِبٌ بِنُ أَبِي بَلْتَعَةَ يَخْطُبُنِي لَهُ، فَقُلْتُ لَهُ إِنَّ لِي بِنْتًا، وَأَنَا عَيُورٌ، فَقَالَ أَمَا ابْنَتُهَا فَتَدْعُو اللَّهَ أَنْ يُغْنِيَهَا عَنْهَا، وَادْعُوا اللَّهَ أَنْ يَذْهَبَ بِالْغَيْرَةِ}⁴.

ولعل الشرائع والأنظمة التي سبقت نزول القرآن عرفت كذلك نظاماً خاصاً بالخطبة، فكانت ما تسما بالخطبة الكهنوتية التي تقوم على أساس التواعد بين رجل وامرأة وفق إجراءات خاصة يباشرها الكاهن تحت طائلة البطلان، بالإضافة إلى الخطبة التي تعتبر زواجا من غير معاشرة⁵.

¹ عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، ط.1، 2011، ص.65.

² محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ج.3، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، ح.ر: 1087، ط.2، 1395هـ، 1975، ص.389؛ أبو عبد الله محمد بن ماجه، سنن بن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ج.9، باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، ح.ر: 1864، د.ط، د.س.ن، ص.599؛ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، سنن أبو داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، الرياض، ج.12: كتاب النكاح، باب الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزوجها، ح.ر: 2082، د.ط، د.س.ن، ص.228.

³ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، باب تزويج الصغار من الكبار، ح.ر: 5081، ص.1296.

⁴ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج.11 كتاب الجنائز، باب ما يقال عند المصيبة، ح.ر: 918، ط.1، 1991، ص.631.

⁵ تتمثل في كل من طوائف المسيح الأرثوذكس والكاثوليك والبروتستانت، واليهود الربانيين؛ وقد استوحت هذا النظام من القانون الروماني حتى آخر عهد الإمبراطورية. عبد الناصر توفيق العطار، أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين ومدى تطبيقها بالمحاكم، دار الشباب للطباعة، القاهرة، مصر، ط.4، 1984، ص.22.

وطبقا لما تم ذكره من القرآن الكريم والحديث الشريف، ترى غالبية الفقه أن حقيقة الخطبة وحكمها يقع بين منزلة النذب والاستحباب. والمراد بمصطلح الحكم في هذه الحالة، هو الوصف الشرعي لفعل الخطبة من حيث كونه مطلوباً بالفعل أو الترك. والتي أكد جمهور الفقهاء بجوازها¹، وأضاف المالكية استحبابها، وهذا راجع لعدة اعتبارات أهمها أنّ الخطبة ما هي إلا وسيلة لإبرام عقد الزواج، وهذا الأخير مستحب، إذن فهي تأخذ حكمه على أساس الوسائل كالمقاصد²؛ في حين يرى الشافعية أن الخطبة مندوب إليها، وهو الرأي الراجح في المذهب³.

وما يبرر هذا التوجه، هو تعلقها بميثاق اجتماعي أساسي هو الزواج، ومن عظمة مقام الزواج الذي اعتبره المولى عزّ وجل آية من آياته ومعجزاته حيث يقول: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾⁴، وجب أن يبنى على أسس متينة، وهي لا تتأتى إلا من خلال الخطبة، لتسهيل المحافظة على الدوام والاستقرار مستقبلا، بأن يجتهد كل طرف فيها بالتعرف على مدى التوافق الظاهري والباطني للطرف الآخر⁵.

ومن هنا تظهر الفلسفة الشرعية التي انتهجها الفقهاء من خلال دلالة وحكمة تشريع الخطبة، حيث تتركز هذه الأخيرة على اعتبار أن عقد الزواج على درجة خطيرة وأهمية بالغة. وانطلاقاً من هذه الأهمية، فإن أي أمر ذي بأس شديد كما هو الحال في عقد الزواج لا بد أن تسبقه مقدمات تحضيرية وتمهيدية⁶.

غير أنه ينبغي التنويه إلى مسألة مهمة، ألا وهي وجوب التفرقة بين مشروعية الخطبة التي لا غبار عليها في ديننا الحنيف. وبين وجوبها، والتي يرى فيها الجمهور من الفقهاء أنها غير واجبة، ذلك أن ما

¹ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج.3، ط.2، د.س.ن، ص.87؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، ج.9، ص.571.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحفيد-، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: ماجد الحموي، دار بن حزم، بيروت، ج.3، ط.1، 1416هـ، 1995م، ص.30-31.

³ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.219.

⁴ سورة الروم، الآية.21.

⁵ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص.20.

⁶ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.36.

صح عن خطبة النبي ﷺ لأمتنا عائشة، هو فعل يحمل على الندب لا على الوجوب. غير أن أبي داود يرى فيه الوجوب¹.

وعلى العموم، فإن تألف الناس على الخطبة، جاء على سبيل الاستئنان بفعل النبي ﷺ، والذي يتم وفق شروط بينها الفقهاء، وهذا ما سنتعرض إليه فيما يلي.

الفرع الثاني: شروط الخطبة

إن الهدف من تشريع الخطبة، يتمثل في منح كل من الخاطب والمخطوبة ظروف جيدة للتعرف على بعضهما البعض، حتى يقوم الزواج على أسس متينة تمكن الزوجين المستقبلين من تحقيق مقاصد وأهداف الزواج.

وعليه، حتى تقوم الخطبة صحيحة، لا بد من توافر مجموعة من الشروط. فمنها ما هو مستحسن اتباعها وهي ما تعرف بالشروط المستحسنة (أولاً)، ومنها ما هو واجب اتباعها وهي ما تعرف بالشروط الإلزامية (ثانياً).

أولاً- الشروط المستحسنة:

حيث نجد من هذه الشروط، ما يتعلق باختيار المخطوبة، ومن ذلك قوله ﷺ: {تَرْوُجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ، فَإِنِّي مُكَافِّرٌ بِكُمْ الْأُمَّمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ}².

كما يستحسن تحلي المخطوبة بالخلق الحسن والدين لقله ﷺ: {تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِإِلَهِهَا، وَلِحَسَبِهَا، وَجَمَالِهَا، وَلِدِينِهَا، فَأَطْفَرُ بِذَاتِ الدِّينِ، تَرَبَّتْ يَدَاكَ}³.

غير أن الواقع الاجتماعي في الوقت الحالي يتردد بين نقيضين؛ يتمثل أولهما في طرف متحلل مائع انفصل في مبادئه عن آداب الإسلام وتشريعه، فيبرر لنفسه مشروعية الاختلاط بمخطوبته كيفما شاء وحيث أراد وبلا قيود، تحت غطاء التعرف على الأخلاق واكتشاف حقيقة الطبع والمزاج. وهو الأمر

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحفيد-، المرجع السابق، ج.3، ص.31.

² حديث سبق تخريجه، ص.14.

³ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.17: كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، ح.ر:1466، ص.670؛ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.5: كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، ح.ر:5090، ص.1298.

الذي يرفضه الإسلام جملة وتفصيلا، على اعتبار أن هذا الاختلاط سيؤول غالبا إلى مفسد أخلاقية وعلاقات مشبوهة تسيء إلى سمعة المخطوبة أكثر مما تسيء إلى سمعة الخاطب. والأكثر من ذلك، فإن هذه الخلطة لم ولن تحقق الأهداف التي شرعت من أجلها الخطبة، من خلال التعرف على أخلاق الطرف الآخر لما بيديه كل واحد من تكلف وتمثيل مصطنع في مسرح التهريج والدجل. بينما يوجد طرف ثان لا نكاد ندركه، ميزته التعصب والتزمت التي تصل لدرجة رفض سنة النبي ﷺ في تشريع رؤية الخاطب لمخطوبته قبل العقد عليها، بل يعلن بأنه لن يسمح للخاطب أن يرى مخطوبته إلا في ليلة الزفاف¹.

ثانيا- الشروط الإلزامية:

ناهيك عن الشروط المستحسنة التي تحتكم للواجب الديني والأخلاقي، تخضع الخطبة لشروط واردة على سبيل الإلزام، ويترتب على انتفائها بطلان الخطبة أو فسادها على حسب كل حالة، وتتمثل في:

1. انتفاء موانع الخطبة:

نظرا للارتباط الوثيق بين الخطبة وعقد الزواج، فإن المرأة التي لا يجوز الزواج بها، من باب أولى لا يجوز خطبتها. وعليه، يجب ألا تكون محرمة على الخاطب تحريما مؤبدا، سواء بالنسب أو المصاهرة أو الرضاع، وهذا المانع لازم للمخطوبة ولا يفارقها مدى الحياة. كما لا يجب أن تكون المخطوبة من المحرمات المؤقتة، كزوجة الغير والمرأة المشتركة بالنسبة للخاطب، والرجل غير المسلم بالنسبة للمخطوبة، وهذا التحريم لازم للخاطب أو المخطوبة مادام المانع موجود، فإن زال المانع² تكون الخطبة صحيحة³.

¹ عبد الله ناصح علوان، آداب الخطبة والزفاف وحقوق الزوجين، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط.3، 1403هـ، 1983م، ص.54.

² مثال ذلك المرأة المطلقة طلاقا رجعيا، لا يجوز خطبتها لا بالتعريض ولا بالتصريح، فإن انقضت عدتها دون أن يراجعها زوجها، ففي هذه الحالة يكون المانع قد زال، ويجوز خطبتها، كذلك لا يجوز خطبة المرأة المعتدة من وفاة إلا تعريضا، وهذا طبقا لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ...﴾، فقد أجمع الفقهاء على حرمة التصريح بخطبة المعتدة من وفاة. محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.51.

³ محمد الشافعي، الزواج والخلاله في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005، ص.23.

2. ألا تكون المرأة مخطوبة للغير:

حيث أن النبي ﷺ قد نهي عن خطبة الفتاة المخطوبة لقوله: {لَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا يَخْتَبُ الرُّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَنْكَحَ أَوْ يَتَزَكَّ} ¹، ومفاد هذا الحديث على قول أهل العلم، أن الخطبة ما دامت قائمة وحصل توافق بين الخاطبين وأهلها، فإن الحكم هو عدم جواز الخطبة الثانية، وهذا النهي على سبيل التحريم ². أما في حالة عدم اكتمال الخطبة بشكل نهائي، فلا بأس في الخطبة الثانية ³.

3. موقف التشريعات المغاربية:

باستقراء النصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة الجزائري، نلاحظ انتفاء تام لأي نص ينظم شروط الخطبة. وعليه، فإن شرط انتفاء موانع الخطبة، يستخلص ضمناً من المادة 9 مكرر التي تضمنت في فقرتها الأخيرة شرط انتفاء الموانع الشرعية لعقد الزواج، كما عدّدت المواد من 25 إلى 30 من قانون الأسرة هذه الموانع، لتؤكد المادة 34 من نفس القانون أن الزواج بأحد المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويثبت فيه النسب، ويجب فيه الاستبراء. وما يثير الانتباه في هذه الجزئية، هو ثبات الاجتهاد القضائي الجزائري ⁴ في قراراته الصادرة حول هذه المسألة، والتي اعتبرته زواج باطل بطلانا مطلقاً.

وعلى المنوال نفسه، تنص المادة 13 من مدونة الأسرة المغربية على شرط انتفاء الموانع الشرعية، وحددت المواد 36 و 37 و 38 منها موانع الزواج المؤبدة، والمادة 39 و 40 منها، الموانع المؤقتة؛ والذي

¹ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.5: كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، ح.ر: 5142، ص.1311.

² اتفق الفقهاء على حرمة الخطبة الثانية، أما إذا تم إبرام عقد الزواج، يرى الجمهور من الفقهاء أن الزواج صحيح ومرتب لكل آثاره، وإن كان صاحبه أتماً، على أساس ان النهي الوارد في الحديث الشريف منصب على الخطبة لا الزواج. بينما يرى بن داود الظاهري أن التحريم والنهي ينصب على الزواج لا الخطبة، وتبعاً لذلك يستوجب فسخه. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، ج.6: كتاب النكاح، ط.1، 1413هـ، 1993م، ص.128.

³ محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط.7، 2015، ص.36.

⁴ م.ع، غ.أ.ش، م.ر: 34046، 03-01-1983، م.ق، ع.3، 1984، ص.781؛ م.ر: 137571، 18-06-1996، م.ق، ع.2، 1999، ص.93.

يترتب على مخالفتها بطلان عقد الزواج طبقا للمادة 57 من مدونة الأسرة، ويترتب عليه بالضرورة بطلان الخطبة.

وقد حذا المشرع التونسي حذو التشريعين الجزائري والمغربي، حيث تضمنت الفصول 14 و15 و16 و17 من مجلة الأحوال الشخصية موانع الزواج المؤبدة والمؤقتة؛ غير أنه، اعتبر الزواج المخالف لأحكام هذه الفصول فاسدا بموجب الفصل 21 مجلة الأحوال الشخصية، ويطل بدون طلاق ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء وحرمة المصاهرة بموجب الفصل 22 مجلة الأحوال الشخصية.

ومما سبق، فإن عدم¹ نص المشرعون المغاربة على هذه الموانع باعتبارها موانعا للخطبة كغيرهم من التشريعات العربية المسلمة، هو تفادي التكرار في النصوص القانونية. والأكثر من ذلك، فإن الأثر المادي دون القانوني الذي يترتب على الخطبة خاصة في مرحلة تكوينها، يجعلها في حالة إعادة النظر أثناء إبرام عقد الزواج.

غير أن الخوض في مسألة خطبة المرأة المعتدة من وفاة. يثير إشكالات جوهرية مرتبطة بمسألة ثابتة شرعا يأثم الشخص في حالة مخالفتها؛ وهي التصريح بخطبة المعتدة من وفاة، والتي أشرنا فيما سبق بجرمة هذه الخطبة بإجماع الفقهاء، حيث يتضمن قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ...﴾، وجهين أساسين؛ يبيح أولهما التعريض بالخطبة؛ ويحرم الثاني التصريح بالخطبة والعقد.

ومن هنا اختلف الفقهاء في حالة التصريح بخطبة المعتدة والعقد عليها بعد العدة؛ فيستحسن الإمام مالك التفرقة في هذه الحالة، وتحسب طلقة، ويخطبها بعد حتى تحل له²؛ في حين قال البعض

¹ عدم وضع المشرعون المغاربة نص صريح لا يعني انعدام النص، وإنما تتيح المادة 222 من قانون الأسرة، والمادة 400 من مدونة الأسرة، وما دأب عليه القضاء التونسي، الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقر بطلان خطبة المرأة التي تتوافر على مانع شرعي سواء كان مؤبدا أو مؤقتا. بالإضافة إلى عقوبات تعزيرية، على اعتبار أن هذا التصرف يعتبر تعديا على حدود الله سبحانه وتعالى يستوجب العقاب. جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص.56.

غير أنه لا يدخل في نطاق صلاحيات القاضي توقيع العقوبة طبقا لمبدأ الشرعية في التشريع العقابي في القوانين المغاربية.

² أبو الحسن علي بن محمد اللخمي، التبصرة، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ج.4، د.ط، د.س.ن، ص.2226.

من فقهاء المالكية بالحرمة الأبدية، لأن الزواج المبرم بعد العدة سببه الخطبة الصريحة أثناء العدة، وحكم هذه الأخيرة التحريم، فما بني على حرام، فهو حرام¹.

غير أن جمهور الفقهاء يرون بصحة هذا الزواج، على أساس أن فساد الخطبة لا ينتج عنه بالضرورة فساد عقد الزواج، فهي لا تعتبر ركنا من أركان عقد الزواج، ولا شرطا من شروط صحته².

ومما سبق، فإن الفجوة القانونية المترتبة على إغفال النص على موانع الخطبة تتسع في هذه الحالة، فالعقد على المرأة المعتدة لا يندرج في إطار الزواج الباطل³، ولا الزواج الفاسد⁴. والأكثر من ذلك، لا يمكن تصور عقد زواج رسمي أثناء فترة عدة المرأة، لأن مقتضياته تتطلب ملفا يدرج فيه الوضعية القانونية في حالة الزواج السابق⁵، ويتبين الضابط المختص هل قضت المرأة عدتها أم لا.

أما بخصوص الخطبة على الخطبة، وعلى الرغم من كراهتها لدى أغلب الآراء الفقهية، فإن العقلية التشريعية في هذه المسألة على وجه الخصوص تميل إلى التنظيم وليس العقاب. وعليه، فإنه لا ضير من العقد على امرأة مخطوبة، لأن قبولها الزواج من الشخص الثاني يعتبر في نفس الوقت عدولا ضمنيا عن الخطبة الأولى. والأكثر من ذلك، يقضي المبدأ القانوني بأن الأصل في الأمور هو الإباحة، والمنع لا يكون إلا من خلال نص صريح وخاص بمنع تصرف معين، والمشرع كما أشرنا لم يتطرق إلى هذه المسألة لا بالمنع ولا بالإباحة

¹ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرابي، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج.4، ط.1، 1994، ص.196.

² فخر الدين الرازي الشافعي، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.6، ط.3، 1420هـ، ص.469؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.9، ص.571.

³ المادة 32 و 1/33 من قانون الأسرة؛ المادة 57 من مدونة الأسرة.

⁴ المادة 2/33 من قانون الأسرة؛ المادة 59 من مدونة الأسرة؛ الفصل 21 و 22 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

⁵ المادة 18 من قانون الأسرة؛ والمادة 67 من مدونة الأسرة المغربية؛ والفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

المطلب الثاني

طبيعة الخطبة

عرفنا من خلال التطرق إلى مفهوم الخطبة أنها ذلك الالتماس والطلب الذي يقدمه الرجل إلى المرأة أو من ينوب عنها، وييدي من خلاله الرغبة في الزواج بها؛ وفي المقابل تجيبه المرأة أو وليها، بقبولها لطلبه أو برفضها له.

وعليه، فإن استقراء هذا المفهوم، يأخذنا إلى اعتبار هذا الطلب بمثابة الصيغة الطبيعية التي تبرم بها عقود الزواج، على أساس توفر إيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، وهو الأمر الذي اعتقد به أصحاب النظرية العقدية للخطبة. غير أن هذا الطلب يفتقر إلى المقومات التي يقوم عليها عقد الزواج، وما هو في الطبيعة إلا ابداء رغبة من كلا الطرفين، يريدان من خلالها التعرف على بعضهما البعض ليتفقا فيما بعد على الدخول إلى مرحلة إبرام عقد الزواج، وهذا هو الرأي المخالف لأصحاب النظرية التقليدية.

الفرع الأول: التكييف الفقهي للخطبة

تشعبت النظريات والآراء في إعطاء وصف حقيقي للخطبة، وهذا راجع إلى تغيّر مضمونها الأخيرة، بتغير الزمان والمكان القائمة فيه. وعلى هذا الأساس، فإن البحث عن الطبيعة القانونية للخطبة، اعتراه التضارب في آراء فقهاء الشريعة الإسلامية (أولاً)، والفقهاء القانونيين (ثانياً).

أولاً- طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الخطبة، فمنهم من رأى بلزوم تنفيذ الوعد(1)؛ أما البعض الآخر فقد أنكر صفة الالتزام عن هذا الوعد(2).

1. القائلون بالزامية تنفيذ الوعد:

انفرد بهذا الرأي بعض فقهاء المالكية¹، حيث يروا بوجوب تنفيذ الوعد بالخطبة ويكره العدول عنه. وعليه، فمتى وقع قبول من المخطوبة لطلب الخاطب-وهذا ما يعرف بالتركن- يقع عليهما التزاما أدبيا وأخلاقيا بتنفيذه. فالوعد بصفة عامة، يوجب على المسلم الوفاء به باعتباره من مكارم الأخلاق، إلا ما ظهر فيه ما يخالف كتاب الله وسنة نبيه ﷺ². وقد أسسوا موقفهم بالاستناد لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾³، وقوله ﷺ: {اضْمَنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَضْمَنْ لَكُمْ الْجَنَّةَ: اضدُّوا إِذَا حَدَّثْتُمْ وَأَوْفُوا إِذَا وَعَدْتُمْ وَأَدُّوا إِذَا ائْتَمْتُمْ وَاحْفَظُوا فُرُوجَكُمْ وَعَضُوا أَبْصَارَكُمْ وَكَفُّوا أَيْدِيَكُمْ}⁴، وقوله أيضا: {آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ وَإِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ}⁵.

¹ ظهر في موقف المالكية أربع أقوال: يقضي الأول بتنفيذ الوعد على إطلاقه؛ بينما القول الثاني يقضي بلزوم تنفيذ الوعد إذا بني على سبب، حتى ولو لم يدخل الموعد بسبب الوعد في شيء؛ أما القول الثالث يقضي بلزوم تنفيذ الوعد إذا بني على سبب ودخل الموعد له بسبب الوعد في شيء، أما إذا لم يدخل فيه فلا التزام من الواعد بالوعد، وهو القول المشهور للمالكية. ويعتد به الحنفية كأساس للتعويض في حالة العدول عن الخطبة طبقاً للقواعد الشرعية: المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة؛ أما القول الرابع فيقضي بعدم تنفيذ هذا الوعد مطلقاً. أبو عبد الله محمد الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط.1، 1984، ص.155.

² أبو بكر بن العربي المعافري، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.2، ط.3، 2003، ص.9.

³ سورة الاسراء، الآية.34.

⁴ أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت ج.4: كتاب الحدود، ح.ر: 8066، بيروت، ط.1، 1990، ص.399.

⁵ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.1، ح.ر: 33، باب علامة المنافق، ص.18؛ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.1: كتاب الجنائز، باب خصال المنافق، ح.ر: 107، ص.46.

2. القائلون بعدم الزامية الوعد:

يرى جمهور الفقهاء¹، أن الوعد بالزواج ليس له أية قوة إلزامية على الخاطبين في إبرام عقد الزواج، وتنفيذ الوعد في هذه الحالة على سبيل الندب لا على سبيل الوجوب، واستندوا في توجيههم إلى قوله **عَلَيْهِ: { لَا يَبِيعُ بِنَفْسِكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَنْكِحَ أَوْ يَتْرَكَ }².**

وعليه، فإن للخاطبين الحرية الكاملة في إبرام عقد الزواج من عدمه، على اعتبار أن خطورة نقض الخطبة ليست بمنزلة خطورة نقض الزواج، وتأثير الخاطب أو الخاطبة بمناسبة نقض الوعد ما هو إلا استثناء، لا يكون إلا في حالة انتفاء سبب النقض. والأكثر من ذلك، فإن ما يؤكد توجه الجمهور هو أن تكييف الخطبة باعتبارها وعدا غير ملزم. فمن جهة، يستمد تكييف الخطبة من غايتها الشرعية التي تنتفي في حالة إلزام الخطيبين بإتمام عقد الزواج، فما شرعت إلا لمنحهما الحرية الكاملة للاطمئنان لبعضهما البعض³.

ومن جهة أخرى، لا تعتبر الخطبة جزء من عقد الزواج ولا ركنا فيه ولا شرطا لصحته أو نفاذه أو لزومه، ولو أن الخطبة الصحيحة هي التي تنشئ الالتزام بالزواج، لَفَقَدَ عقد الزواج ركنه الأساسي وهو التراضي، والأكثر من ذلك لا تعتبر الخطبة جزء من ماهية عقد الزواج، على أساس أنه لو تم دون خطبة لكان عقدا صحيحا مرتبا لكافة آثاره⁴.

3. القول الراجح:

في بادئ الأمر ينبغي الإشارة إلى مسألة أساسية، مردّها أن اختلاف الفقهاء دائر بين الالتزام وعدم الالتزام المجرد. والتنازع واقع بين المالكية بضرورة الوفاء بالوعد مطلقا، وبين قول الجمهور بعدم

¹ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.219 وما بعدها؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب، بيروت، ج.5، د.ط، 1403هـ، 1983م، ص.23.

² حديث سبق تخريجه، ص.27.

³ بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الاسلام، مطبعة دار التأليف، مصر ج.1، ط.2، 1961، ص.32.

⁴ جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط.1، 2009، ص.80.

الوفاء مطلقاً؛ وكلاهما قولان مهجوران. على أساس أن الراجح لدى المالكية كما سبق الذكر هو أن الوعد بالزواج الملزم¹ يكون إذا ارتبط الوعد بسبب ودخل الموعد له بسبب الوعد في شيء؛ وهو القول نفسه المشهور لدى الحنفية، الذين يعتبرون العدول المجرد عن الخطبة أساساً لقيام مسؤولية الشخص العادل، وهذا ما يمكن اعتباره نقطة توافق بين الفقهاء تؤكد المصلحة والضرورة للخاطبين في عزمهما أو تراجعهما عن الوعد².

وعليه، لا يمكن اعتبار الخطبة بأي حال من الأحوال عقداً، على الرغم من وجود إيجاب وقبول من كلا الطرفين. ولا يمكننا اعتبارها وعداً بالتعاقد في صورته المألوفة في المعاملات المدني. وما يؤكد ذلك، أنه لا تترتب عليه أية حقوق والتزامات لكلا الخاطبين. والأكثر من ذلك، حتى ولو ألبس الخاطب خاتم الزواج لمخطوبته، وقدم لها جزءاً من المهر أو كله، أو قدم هدايا للمخطوبة أو إلى أهلها. وعلى العموم، نلاحظ أن الشريعة الإسلامية منحت بعض الخصوصية للخطبة. أي نعم، هي لا ترتقي باعتبارها عقد زواج يحل المعاشرة بين الخاطبين. لكنها ترتفع درجة عن المألوف من خلال رفعها بعض الحرج قصد تحقيق المقصد الشرعي للخطبة.

وبالتالي، يعتبر ما توجه إليه الجمهور من الفقهاء هو الأقرب إلى الصواب، خاصة إذا ما علمنا أن حكم الخطبة في حد ذاتها تقع بين الاستحباب والجواز. وعليه، فإن التمسك بالوعد من عدمه يقع هو الآخر بين الاستحباب والجواز. ولما كانت كذلك، فإن تحقيق المقصد الشرعي للخطبة يكون من خلال عدم إلزام الوفاء بها، وتحقيقه مُتوقع في الجانب الإيجابي، وهو ارتياح الخاطبين لبعضهما البعض والشروع في إبرام عقد الزواج؛ كما يتحقق كذلك في الجانب السلبي، في حالة انتفاء الرغبة من أحد الخاطبين أو كلاهما في الزواج، مما يترتب عليه عدم الشروع في عقد الزواج، وتكون بذلك قد منعت من عقد زواج فاشل.

¹ علة الالتزام لديهم هو عزم الإخلاف وقت عقد نية الوعد، لما يتضمنه من كذب وخداع؛ ويسقط الوجوب في هذه الحالة إذا استثنى الواعد وعده، وعلقه بمشيئة الله، ويحتل الوعد في هذه الحالة الوقوع كما يحتمل الإخلاف، وهذا مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُنَّ لِنَشْرِئُ وَإِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا ﴿23﴾ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ ۗ﴾. عبد الله بن سليمان بن منيع، الوعد وحكم الإلزام به ديان وقضاء، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، الرياض، 1413هـ، ع.36، ص.129.

² وهبة الزحيلي، الفقه... المرجع السابق، ج.4: نظرية العقد، ص.2229.

ثانيا- طبيعة الخطبة في الفقه القانوني:

ومن ناحية الفقه القانوني، فنجد انقسم إلى قسمين، يرى الأول بأن الخطبة عقد على أساس وجود إيجاب وقبول (1)، والثاني يرى بأن الخطبة لا ترقى باعتبارها عقدا (2)، وهو ما يتوافق مع التوجه الشرعي.

1. النظرية العقدية:

يرى أصحاب هذه النظرية أن الخطبة عقد ملزم لطرفيه لا يجوز إنهاؤها إلا بالاتفاق المشترك، وذلك على اعتبار أنه لا يمكن اغفال الارتباط القانوني الذي نشأ وفق ارادتين متطابقتين، وهذا التطابق هو الذي يحتم اعتبارها عقدا مكتملا، وإن كان ذلك العقد لا يرتب في أقصى الأحوال إلا حقا شخصيا يتمثل في التوجه إلى إبرام العقد الأساسي المتمثل في الزواج¹. ويضيف على ذلك أحد الفقهاء أن الصبغة الدينية للخطبة هي التي تؤكد الصبغة العقدية للوعد بالزواج².

والخطبة حسبهم من حيث أحكامها وآثارها هي عبارة عن مرحلة تمثل نصف الزواج، وقال آخرون بأنها عقد تمهيدي سابق للزواج الذي يحتمل أن يتم إبرامه مستقبلا، كما يحتمل عدم إبرامه³.

وأسسوا رؤيتهم من جهة، أنّ الاتفاق المتضمن الإيجاب والقبول الذي تم في مرحلة الخطبة، هو الذي يتم تجسيده اثناء إبرام عقد الزواج. ومن جهة أخرى، ما جاء به الفقه الفرنسي الذي كيّف الخطبة بأنها عقد ملزم لطرفيه بالاستناد للقواعد العامة للقانون المدني الفرنسي، فالمادة 1110 منه تنص على أن: «العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء»، والمادة 1134 تنص على أن: «الاتفاقات التي تتم على وجه شرعي تقوم مقام القانون

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.1: نظرية الالتزام، د.ط، د.س.ن، ص.829.

² محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، دار شهاب، الجزائر، ج.1: الخطبة والزواج، ط.2، 2000، ص.42.

³ عبد الرزاق نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديد، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، س.25، 2018، ع.1، ص.358.

لمن عقدها»، وبما أن المشرع الفرنسي لم ينص أنذاك على نص خاص فإن الخطبة باعتبارها اتفاق تخضع لأحكام النصين السابقين، وهو ما أكده القضاء الفرنسي في ذلك الوقت¹.

2. النظرية التقصيرية:

ذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأن الخطبة مجرد وعد بالزواج غير ملزم لا ترتقي لمرتبة العقد، وليست لها الصيغة الإلزامية ولا القيمة والأثر القانوني، ولا تزيد عن كونها التزاما أدبيا لا غير، وهذا بالاستناد إلى مبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه دون أدنى ضغط أو إكراه باعتباره من النظام العام، فحرية العدول يجب أن تكون مجردة من كل قيد².

وتكثيف الخطبة بأنها وعد بعقد الزواج هي الأقرب للواقع والصواب، فمن غير العدل إلزام أحد الخاطبين بالعقد في مرحلة هو حاجة ماسة إليها ليتعرف على من سيشاركه حياته، وتنتفي الغاية والمقصد الأساسي للخطبة إذا ما تم الزامهما بإتمام عقد الزواج³.

وتظهر صعوبة وصف الخطبة بالعقد، إنه في حالة ما إذا أخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، مما يستدعي قيام مسؤوليته العقدية التي تقتضي التنفيذ العيني إذا كان ممكنا، وهو أمر غير منطقي لا يتماشى والغاية من تشريع الخطبة⁴.

وبالنسبة لما جاء به الفقه الفرنسي فإنه استنتج سليم طبقا للقانون الفرنسي، على اعتبار أن القانون المدني الفرنسي هو الذي ينظم مسائل الأحوال الشخصية وإسناد الخطبة إلى النظرية العامة للعقود هو أمر مشروع لعدم وجود نص خاص ينظمها. وهذا الأمر لا يمكن تطبيقه بالنسبة للتشريعات العربية الإسلامية التي خصصت قانونا خاصا متفردا عن القانون المدني في تنظيم الأحوال الشخصية.

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج.1، ط.3، 2004، ص.52.

² توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، د.ط، 1992، ص.95.

³ عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، 2007، ص.82.

⁴ عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1، 2002، ص.31.

ومن جهة أخرى، تراجع القضاء الفرنسي المعاصر عن فكرة النظرية العقدية للخطبة بموجب الحكم الصادر عن محكمة باستيا سنة 1838 حيث قرر أن عدم تنفيذ الوعد بالزواج لا يعد خطأ تعاقدياً. وبالتالي، لا تعد المسؤولية عن العدول مسؤولية تعاقدية¹، لتؤكد محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه في قرارها الصادر في 30-05-1838، وذلك بنفي الصبغة العقدية للخطبة، مع الاحتفاظ بحق العدول لكلا الطرفين ما لم يتعسف أحدهما في استعمال هذا الحق، فتقوم مسؤوليته التقصيرية².

الفرع الثاني: طبيعة الخطبة من الناحية القانونية

نظمها المشرع الجزائري من خلال المادة 305³ من قانون الأسرة التي تنص على أن: «الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة»، والمادة 405⁴ من مدونة الأسرة المغربية بقولها أن: «الخطبة

¹ «C'est, en effet, par l'arrêt, de 1838, de la Cour de Bastia, que la conception contractuelle des fiançailles commençait à être mise à mal. La Cour évoquait l'existence des deux théories dominantes et penchait pour celle selon laquelle les fiançailles étaient nulles de plein droit, car contraire aux bonnes mœurs et à la liberté contractuelle ». Bastia, 3 fév. 1834 : Jur. Gén., v. Mariage, n° 82, p. 178. Cite de : Avital Weitzman-Bismuth. Le courtage matrimonial et la promesse de mariage en droit rabbinique, français et israélien : aspects historiques et comparatistes. Droit. Université Paris-Est, 2011, p.158.

² Cour de cassation française, Bouvier, 30-05-1838 : « Toute promesse de mariage est nulle en soit, comme pourtant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans les mariages ». Cite de : Carbonnier, droit civil, la famille, les incapacités, presse universitaire de France, 1983, p.4.

مقتبس عن: 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، الجزائر، 2009-2010، ص.26.

³ ويكون بذلك المشرع الجزائري قد فصل بين تعريفه للخطبة وطبيعتها القانونية، في حين كان ينص عليها قبل تعديل قانون الأسرة في المادة 05 من قانون 84-11 على أن: «الخطبة وعد بالزواج ولكل الطرفين العدول عنها».

⁴ كَيْف المشرع المغربي الخطبة بأنها تواعد بالزواج بين رجل وامرأة، بعد أن كان يعتبرها وعد بالزواج من خلال نص الفصل 02 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة حيث تنص على أن: «الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج...».

تواعد بين رجل وامرأة على الزواج»، والفصل 101¹ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي تنص على أن: «كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعد زواجا ولا يقضى به».

وباستقراء النصوص القانونية سالفه الذكر، نلاحظ اتفاق التشريعات الثلاث على تجريد الخطبة من قوتها الإلزامية، مستنديين في ذلك على الرأي الراجح في الفقه الإسلامي باعتباره مصدرا رسميا لها. والأكثر من ذلك، فإنه التوجه السليم الذي ينسجم مع العقل والمنطق. وهو ما يؤكد اجتهاد المحكمة العليا² في قرارها الصادر في 25-12-1989 على أن: «الخطبة في الشريعة الإسلامية وعد بالزواج وليست عقدا، وحتى ولو تمت برضاء طرفيها، فإنها لا تبيح لهما لاختلاط؛ لذلك فإن الخطبة لا تعتبر عقد ولا زواجا، ولا يترتب عليها شيئا من الإلزام». والقرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط في 15-02-1988: «حيث أن الخطبة وعد بالزواج وليست زواجا، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا، حيث أن العلاقات خارج إطار الزواج لا يترتب عنها شيئا وهي محض زنا»³.

غير أنه ينبغي عدم اغفال بعض القصور في صياغة النصوص القانونية، فتكييف الخطبة بأنها وعد بالنسبة للمشرع الجزائري، قد جاء في غير محله. حيث يتعارض مع ما هو وارد في القانون المدني⁴ بموجب المادة 572⁵ منه والتي تمنح من خلالها الحق للموعد له بمطالبة الواعد تنفيذ وعده.

¹ العبرة من استعمال المشرع التونسي مصطلحي الوعد والمواعدة، راجع إلى ما تألف عليه في العرف والعادة من اعتبار الخطبة تمر بمرحلتين، المرحلة الأولى التي تتضمن العرض الذي يقدمه الخاطب بداءة والذي يأخذ صفة الوعد، والمرحلة الثانية التي تبدي فيها المخطوبة أو أهلها موافقتهم على الوعد الذي تقدم به الخاطب، وهذه الأخيرة هي التي تحقق معنى المواعدة، وكلتا الحالتين لا ترقى إلى اعتبارها مرحلة تعاقد. فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، قراءة في فقه القضاء، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط.1، 2015، ص.26.

² م.ع، غ.أ.ش، 25-12-1989، م.ر:34089، م.ق، ع.4، 1993، ص.20.

³ محكمة الاستئناف بالرباط، ل 15-02-1988، م.ر:6917-85، مجلة الاشعاع، ع.05، 1991، ص.118.

⁴ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق ل 26-09-1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 12 جمادى الأولى الموافق ل 20 يونيو 2005، ج.ر، ع.44، ل 26 يوليو 2005.

⁵ تنص المادة 72 من القانون المدني الجزائري على أنه: «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد».

وعلى خلاف ذلك، نجد المشرع المغربي قد اعتبر الاتفاق القانوني المتضمن الوعد بالتعاقد، غير ملزم لطرفيه بصريح الفصل 14 من قانون الالتزامات والعقود¹ حيث ينص على أن: «الوعد لا ينشئ التزاماً»، وهو نفس التوجه الذي سلكه المشرع التونسي بموجب الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود²، حيث تنص على أن: «مجرد الوعد لا يرتب التزاماً».

وكثيراً ما يثير مصطلح الوعد على وجه الخصوص إشكالا خاصا، وهو ارتباط فعل الوعد بأحد الخاطبين دون الطرف الآخر، وكأنه يوحي لنا بأن عقد الزواج يتم بمجرد تنفيذ الوعد من طرف الواعد، أي باعتباره تصرفا بإرادة منفردة³. وفي هذا الصدد يحقق مصطلح التواعد⁴ المعنى المقصود في هذا الطرح، إذ أنه فعل مرتبط بإرادتين متوافقتين، وهو ما جاء به المشرع المغربي من خلال استعماله لفظ التواعد على أساس أن هذه المصطلحات لها دلالتها في القانون المدني⁵، ودون أن يكون هذا التوجه موفقا خاصة في مسألة الخطبة، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن المعنى اللغوي للفظ الوعد والتواعد لا يحقق المقصود المراد به من الخطبة، فقد جاء في معجم المعاني الجامع أن الوعد من المصدر وَعَدَ وهو ما يقطع من عهد في الخير والشر، وهو التزام باحترام العهد والتقييد به بأمانة. وغير بعيد عن هذا المفهوم يحمل مصطلح التواعد في معناه اللغوي درجة من الالتزام، وإن كانت أقل درجة من الالتزام الذي يحمله معنى الوعد⁶. الأمر الذي من الممكن أن يثير التناقض مستقبلا على مستوى القضاء، كما هو الحال من خلال القرار الصادر من المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 31 يناير 2007 والذي اعتبر أن: «التزام

¹ الظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331، الموافق لـ 12-08-1913 المتضمن قانون الالتزامات والعقود، المعدل بالقانون رقم 20.43 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-20-100، لـ 16 جمادى الأولى 1442هـ، الموافق لـ 31 ديسمبر 2020، ج.ر، ع.6951، لـ 27 جمادى الأولى 1442هـ، الموافق لـ 11 يناير 2021، ص.271.

² الأمر المؤرخ في 15-12-1906 المتضمن مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ر.ج.ت، ع.100، المنقحة بالأمر المؤرخ في 25 ذي الحجة 1375هـ، الموافق لـ 03-08-1956، المنقحة بالقانون ع.87، المؤرخ في 15-08-2005، يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ر.ج.ت، ع.68، 2005.

³ يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مجلة المنتدى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005، ع.05، ص.316.

⁴ استعمال المشرع المغربي لمصطلح التواعد بدل الوعد، ما هو إلا محاولة منه لترسيخ مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، خاصة إذا ما علمنا -كما تم التطرق إليه- أن مصطلح الوعد يوحي في دلالته وكأنه تصرف بإرادة منفردة. محمد الأزهر، المرجع السابق، ص.24.

⁵ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط.1، 2008، ص.11.

⁶ ابن منظور، المرجع السابق، ج.8، مادة: وعد، ص.242.

الخطاب بإتمام إجراءات الزواج كتابة، يلزمه¹، ونعتقد من خلال هذا التوجه أنه جاء على عكس المبدأ القانوني الذي كرسه المشرع المغربي من خلال المادة 05 و 07 من مدونة الأسرة، ويتعارض أيضا مع ما دأب عليه قضاة الموضوع والقانون سواء في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، أو في مدونة الأسرة الحالية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، لا يمكن القول إن القرار صدر بصفة اعتباطية ودون أساس قانوني، ولعل الأساس القانوني حسب وجهة نظرنا في هذه الحالة، هو استناد قضاة الموضوع على مدونة الالتزامات والعقود في الاعتداد بالزامية التصريح الكتابي للخطاب بإتمام إجراءات الزواج، وهو الأمر الذي يدفعهم بصفة آلية إلى تكييف الوعد وفق النصوص المدنية، مما يترتب عليه الالتزام بإجراءات الزواج. وعلى النقيض من ذلك، فقد ألزمت المحكمة العليا قضاة الموضوع بعدم تفسير النصوص القانونية الأسرية وفق أحكام القانون المدني باعتباره الشريعة العامة التي تنظم العلاقات بين الأفراد، وإنما يكون من خلال احترام تدرج مصادر التشريع الأسري، ليكون التطبيق السليم للقانون بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي².

وما يؤكد هذا القصور في الصياغة، هو أنه ما لبث الفقهاء والباحثين في الخوض في مسألة الخطبة إلا وارتبط تعليلهم بأن الوعد بالخطبة هو وعد من نوع خاص³، وهو أمر غير منطقي. وكان يمكن

¹ المجلس الأعلى المغربي، ع. 437، ل 31-01-2007، م. ش، - غير منشور-، وقد جاء في حيثيات القرار: «إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها أن العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين استنادا إلى المادة 16 من مدونة الأسرة التي تنص على أن 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 والذي يتضمن أنه يلتزم بمقتضاه بإتمام إجراءات الزواج مع المطلوبة في النقض بعدما وعدا به، تكون قد أقامت قضاءها على وثائق لها أصل في الملف ولم تخرق القانون ولا القاعدة المتمسك بها من طرف الطاعن، فجاء قرارها معللا تعليلا كافيا»، مقتبس عن: محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح، ج. 1: الزواج، ط. 3، 2015، ص. 169.

² م. ع، غ. م، 12-07-1981، م. ر: 28412، غير منشور، مقتبس عن: العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، د. ط، 2013، ص. 115.

³ أي نعم، يمكن القول إن النص الموجود في قانون الأسرة هو نص خاص، والنص الموجود في القانون المدني هو نص عام، ويستنتج من ذلك طبقا للقاعدة العامة التي تقضي بأن الخاص يقيد العام؛ لكن هذا لا يقضي على الخلاف الفقهي حول صلاحية لفظ «الوعد» للتعبير عن الخطبة. فاروق خلف، أحكام الخطبة بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر، 1437هـ، 2016م، ع. 02، ص. 88-89.

تجاوز هذا الطرح لو كان النص الأصلي لقانون الأسرة هو اللغة الفرنسية على غرار القانون المدني والتجاري، لكن الأمر غير ذلك، فالتشريعات الأسرية المغاربية تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا سواء بالنسبة للمشرع أو بالنسبة للقاضي¹.

لذلك، يستحسن على القوانين المغاربية لتفادي هذه الثغرة اللغوية، بأن يعتبروا الخطبة طلب للزواج، فإذا كان العقد يتم بالإيجاب والقبول، فإن الخطبة تنعقد بهذا الطلب من أحد الخاطبين والموافقة عليه من الطرف الآخر. وعليه، فإن الخاطب من خلال تقديمه طلب الزواج من المرأة، فإنه لا يقصد بذلك أنه يعدها بالزواج، وإنما سيقوم بالتعرف عليها ليقرر بعد ذلك إن كان سيتزوج بها أم لا. والأمر نفسه بالنسبة للمرأة، فإن قبولها لهذا الطلب لا يُعنى به قبولها بالزواج، وإنما يعتبر ترشيح للخاطب كزوج مستقبلي مع رغبتها في التعرف عليه، ثم بعد ذلك تقرر مدى رضاها به أو رفضه. وبالتالي، لا تتضمن هذه الخطبة وعدا أو تواعدا. وحتى ولو اقترنت الخطبة بوعده أو تواعده -وهو الأمر الذي أوحى لدى الكثيرين بأن الخطبة وعد بالزواج أو التواعد عليه-، فإنه لا تترتب عليه آثار أكثر من آثار طلب الزواج².

ومما سبق، فإن الخطبة باعتبارها نظام اجتماعي، ما هي إلا تابع سائر لخدمة متبوع-عقد الزواج- لأن هذا الأخير يتحقق حتى ولو لم تتم مرحلة الخطبة. وبالتالي، لم تنظم الشريعة الإسلامية الخطبة وفق أحكام ثابتة قطعية الدلالة من حيث وجودها أو عدمها، وهذا راجع إلى الرغبة في توسيع دائرة الاجتهاد فيها، وما يؤكد ذلك أن الوصف الشرعي -كما أشرنا إليه سابقا- لفعل الخطبة غير مطلوب بالفعل والترك، وإنما يقع بين منزلة الندب والاستحباب، وهو الأمر الذي ذهب بالفقهاء إلى الاختلاف فيما بينهم حول حقيقة الخطبة من حيث وصفها الشرعي³، غير أنهم اتفقوا على أن تتجه اجتهاداتهم إلى تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية، وهو الأمر الذي وُفق فيه المشرعون المغاربيون نوعا ما، جاعلين من مقاصد الشريعة الإسلامية سقفا لتكييفهم للخطبة، وهو ما يلاحظ من خلال عدم وجود نصوص

¹ باستثناء المشرع التونسي لم يأتي بمادة تحيل القاضي بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، لكن يستفاد من العديد من الأحكام القرارات القضائية اعتماد القاضي التونسي للفقه الإسلامي.

² عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في...، المرجع السابق، ص. 6-7.

³ راجع ص. 22 وما بعدها.

قانونية تنظم إجراءات الخطبة سواء من الناحية الموضوعية أو الشكلية، تاركين بذلك الأمر للأعراف والعادات ومبادئ الشريعة والفقهاء الإسلاميين، وهو التصور نفسه الذي نجده راسخ لدى العامة من الناس، خاصة من حيث ضرورة التفرقة بين الخطبة كمقدمة لعقد الزواج، واقتراحها بالفتحة في مجلس العقد. وهي أيضا من المبادئ التي يعتمدها القاضي في حالة النزاع، وذلك من خلال تفعيل المادة 222 من قانون الأسرة، و400 من مدونة الأسرة، بالإضافة إلى ما دأب عليه القضاء التونسي¹ بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رئيسيا اعتمده المشرع التونسي في وضع نصوص مجلة الأحوال الشخصية، حيث جاء في قرار محكمة التعقيب الصادر في 26-11-1996 على أنه: «تقتضي القاعدة بأنه عند غموض النص أو إجماله الرجوع إلى أهم المصادر التشريعية التي قام عليها ذلك النص وهو الفقه الإسلامي ليستنار به في استجلاء ما غمض وتوضيح ما أجمل»².

غير أن إجماع الفقه الإسلامي والقانون والقضاء على أن الخطبة وعد بالزواج غير ملزم، من المسائل الثابتة شرعا وقانونية، وفي كل زمان مكان، فمهما تطور الفكر البشري واختلفت العادات والتقاليد، فلا يمكن القول بالزامية أحد الخاطبين أو كلاهما بإبرام عقد الزواج.

ولو اعتبرت كذلك لفقدت غايتها التشريعية، ولو قلنا بإلزاميتها لفقد عقد الزواج في حد ذاته ركنًا أساسيًا لانعقاده، وهو ركن التراضي، ويصبح بذلك باطلا³. ناهيك على أن الخطبة ليست من عناصر عقد الزواج ولا شرطًا من شروط صحته، على أساس أن عقد الزواج لو تم من دون خطبة لأعتبر صحيحًا وترتبت عليه كل آثاره، ما دامت أركانه وشروطه متوفرة⁴.

¹ راجع قرار محكمة الاستئناف بتونس، ق.م، بتاريخ 22 ديسمبر 1993، ع.10298. ص.138 من الرسالة؛ والقرار: م.ت، ق.ت.م، ع.12678، ل.07-06-2007. الملحق رقم.27.

² م.ت، ق.ت.م، 51346، ل.26-11-1996، ن.م.ت، 1996، ص.228.

³ جميل فخري محمد جاتم، مقدمات... المرجع السابق، ص.224.

⁴ عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، جامعة دمشق، سوريا، ج.1: الزواج وآثاره، د.ط، د.س.ن، ص.30.

الفرع الثالث: اقتران الفاتحة بالخطبة

إن الفاتحة هي سورة من سور القرآن الكريم والمعروفة بالسبع المثاني، وقراءتها لا يتعلق بالخصوص في مسائل الزواج، وإنما الهدف منها طلب البركة من المولى عز وجل على المعاملات والعلاقات بين الأفراد، فتتلى في البيوع والهبات والزيجات وفي كل الاتفاقات المشروعة، وهذا نظرا لعظمتها وفضلها، إذ يكفي أنها سميت بأمر القرآن الكريم نظرا لأنها تتضمن كل معاني القرآن الكريم، حيث يقول النبي ﷺ فيها: {وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ مَا أُنزِلَتْ فِي التَّوْرَةِ وَلَا فِي الْإِنْجِيلِ وَلَا فِي الزُّبُورِ وَلَا فِي الْفُرْقَانِ مِثْلَهَا، وَإِنَّمَا سَبَّحَ مِنَ الْمَثَانِي وَالْفُرْقَانِ الْعَظِيمِ الَّذِي أُعْطِيَتْهُ} ¹.

وقد اعتاد الناس في عرف الدول الإسلامية عموما والمغربية خصوصا أن تتم تلاوة الخطبة في مجلس يحضره في الغالب ولي الخاطب والمخطوبة وجمع من أهلها، يتم فيه الاتفاق على المسائل الجوهرية وحتى الثانوية المتعلقة بمستقبل العلاقة الزوجية بين الخطيبين، حيث يتم فيها تحديد الصداق وفي الغالب تسليمه معجلا أو جزءا منه تعبيرا على رغبة الخاطب في الارتباط بمخطوبته.

وبناء على هذا المفهوم، فإن هذا المجلس لا يترك مجالاً للشك بأنه زواج شرعي تم وفق ما هو مقرر شرعا، وارتقى من كونه مجلس خطبة إلى مجلس عقد زواج شرعي يفتقد إلى الإجراءات الرسمية الإدارية التي لا تؤثر قطعاً على صحة هذا الزواج ².

ومما يترتب على هذا الوضع أنه في حالة ما إذا لم تنتهي الخطبة بزواج وعدل أحد الخطيبين أو توفي، فلا محالة في أن يكون أحد الخاطبين زوجا للطرف الآخر وتترتب عليه آثار الزواج لا الخطبة.

وهو الأمر الذي دفع بالتشريعات المغربية إلى استحداث نصوص قانونية تعالج مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة؛ فالمشعر الجزائري نفى تحقق الزواج إذا ما اقترنت الخطبة بالفاتحة من خلال نص المادة 6 من قانون الأسرة بقولها: «إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا»، ويبقى الأصل في المادة 5 من قانون الأسرة التي تعتبر الخطبة وعدا بالزواج. وهو ما سار عليه المشعر المغربي من خلال نص المادة

¹ أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ج.5، باب ما جاء في فضل فاتحة الكتاب، ح.ر: 2875، ط.1، 1996، ص.5.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ط.3، 2013، ص.16.

2/5 من مدونة الأسرة في شطرها الثاني بقولها: «...ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا»، بمعنى أن الخطبة المقترنة بقراءة الفاتحة تخضع للتكييف الأصلي الذي قرره المشرع المغربي في الفقرة 01 من المادة نفسها، التي تعتبر الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج.

وعلى هذا الأساس، قررت محكمة قسنطينة في قرارها الصادر في 28-09-1981 أن: «قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا أو لبس الخاتم أو دفع الصداق كله أو جزء منه، لا يغير من حقيقة الخطبة التي تعتبر مقدمة للزواج ووعدا به، ويجوز لكلا الخطيبين العدول عنه دون أن يترتب عليهما شيئا من أحكام الزواج وآثاره»¹.

غير أن المشرع التونسي لم يتطرق إلى حكم الخطبة المقترنة بالفاتحة من خلال نص الفصل 01 من مجلة الأحوال الشخصية الذي جاء عاما في تحديده للطبيعة القانونية للخطبة بأنها لا تعتبر زواجا ولا يقضى به.

والملاحظ من موقف المشرع المغربي والتونسي أن طبيعة الخطبة المقترنة بالفاتحة تبقى تواعد بالزواج ومواعدة به، وهذا الأمر على عمومته حتى ولو تحقق مجلس عقد الزواج بشكل فعلي إلى جانب الفاتحة. والذي من شأنه أن يخالف التوجه الشرعي، ذلك أن عقد الزواج إذا توفرت فيه أركانه وشروط صحته ينعقد فعلا، وهذا ما يعتبر مخالفا لحكم شرعي ثابت بإجماع الفقهاء.

فالمشرع المغربي والتونسي لا يعترف بغير مجلس العقد أمام عدول الإشهاد أو ضابط الحالة المدنية -بالنسبة للمشرع التونسي-، أما مجلس العقد العرفي الذي ينعقد أمام جماعة من المسلمين فلا أثر قانوني له على الرغم من الأثر الشرعي الكامل الذي يتحقق من خلاله، ألا وهو تحقق عقد الزواج الذي تتحقق معه إلزامية تنفيذ آثاره التي لا ينتهي إلا بالوفاة أو بفك الرابطة الزوجية.

¹ محكمة الاستئناف بقسنطينة، م.ر: 81-249، ل 28-09-1981، ن.ق، ع.43، ص.116. مقتبس عن: العربي بلحاج، الطبيعة القانونية للخطبة على ضوء قانون الأسرة الجديد واجتهادات المحكمة العليا الحديثة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2007، ع.03، ص.226.

في حين أقر المشرع الجزائري في المادة 2/6 من قانون الأسرة بمجلس العقد الفعلي المنعقد بمناسبة الخطبة حيث تنص على أنه: «غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون».

وما هذا النص القانوني إلا امتدادا لعديد الاجتهادات القضائية، نذكر منها قرار المحكمة العليا الصادر في 19-11-1984 على أن: «إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك قائما على النحو الشرعي، ومن المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هو مقدمة للزواج وليس زواجا، غير أنها قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واکبها تحديد شروطه وتحققت أركانه، ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاء صحيحا»¹.

وفي قرار آخر قررت المحكمة العليا أن: «اقتران الخطبة مع الفاتحة بمجلس العقد لا يعد خطبة بل هو زواج صحيح؛ لتوافر جميع أركانه بقراءة الفاتحة بعد الخطبة أو اقترانها مع الخطبة في مجمع أو مجلس يعد بمثابة زواج صحيح وينتج كافة آثاره ولا ينقص سوى الدخول وتسجيل العقد الإداري بالحالة المدنية للبلدية»².

وتقريبا لما تم ذكره من موقف المشرع الجزائري القانوني والقضائي، فإنه الأقرب إلى تحقيق المقاصد الشرعية، وذلك من خلال اعترافه بطريقة صريحة لا تقبل التأويل بالزواج الفعلي الذي يتحقق خلال مرحلة الخطبة.

ونرى أن تحقق هذا الزواج نتيجة حتمية لعدم إدراك عاقيه الفرق بين مجلس الاتفاق على الخطبة، ومجلس عقد الزواج، وهو الأمر الذي غالبا ما يتحقق في غير حضرة أهل العلم بهذا الفرق؛ فإن كان العرف في الدول المغاربية أن حفل الخطبة دائما ما يتحقق فيه حضور الإمام، فإن الشريعة الإسلامية على خلاف باقي الشرائع السماوية، لا تشترط للتحقق الشرعي للزواج أن يتم في حضرة رجال الدين.

¹ م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ: 19-11-1984 م.ر: 34046، م.ق، ع.1، 1990، ص.67.

² م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ: 14-04-1992 م.ر: 81877، م.ق، ع.خ، 2001، ص.33.

وقد بادرت وزارة الأوقاف الجزائرية في هذا الصدد إلى إصدار تعليمة تنظيمية إلى الأئمة، تحظر عليهم إبرام عقد الزواج الشرعي من غير التثبت بأن طرفي العقد قد أبرما زواجهما المدني أمام المصلحة المختصة لذلك والمتمثلة في مصلحة الحالة المدنية بالبلدية¹.

غير أنه ينبغي الإشارة إلى مسألة مهمة في هذه الحالة، والمتعلقة بتوجه المشرع الجزائري في المادة 2/6 من قانون الأسرة الجزائري، والتي اعترفت بتحقيق الزواج إذا توافرت أركانه وشروطه في مجلس العقد، والفاخرة في هذه الحالة لا تعتبر ركنا للزواج أو شرطا من شروط صحته، بل يبقى ترتيلها وقراءتها للتبرك لا غير، حيث يستوي الأمر لو كانت صياغة المادة 2/6 من قانون الأسرة على النحو التالي: «غير أن اقتران الخطبة في مجلس العقد بركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون يعتبر زواج».

وبطبيعة الحال يتحقق إثبات هذا الزواج في التشريع الجزائري فقط، حتى ولو لم يتحقق الدخول، ويعتبر نص المادة 6 من قانون الأسرة هو الأساس القانوني المعتمد من قبل المتقاضي الذي يطالب بإثبات الزواج، وفي هذا الصدد تتحقق وقاية المقبلين على الزواج من إمكانية تزوجهم من أشخاص متزوجين فعلا، وهو الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى اختلاط الحلال بالحرام.

ومما سبق، يتضح بجلاء التوجه الشرعي والقانوني في تحديد طبيعة الخطبة والتي لا تنفك عن كونها طلب للزواج. ومع ذلك، وإن كانت هذه الأخيرة مجرد عمل مادي. غير أنه قد تترتب عليها مجموعة من الآثار الخطيرة، وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني

المبحث الثاني

آثار الخطبة

إذا تمت الخطبة مستوفية لشروط انعقادها التي تحدثنا عليها آنفا، تعتبر صحيحة، دون أن يكون لها أي أثر قانوني-من حيث المبدأ-. وعليه، لا تتم عملية الانتقال من الأثر المادي إلى الأثر القانوني،

¹ تعليمة وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الصادرة في 2006، والتي دخلت حيز التنفيذ في 2007. مقتبس عن: فتيحة زعنون، الزواج بالفاخرة وعلاقته بالزواج الرسمي، مجلة دفاتر محبر حقوق الطفل، جامعة وهران، الجزائر، المجلد 3، 2012، ع.1، ص.10.

إلا بتدخل إرادة أحد الطرفين أو كلاهما، وذلك لتحقيق الوجود القانوني لمرحلة الخطبة. وتظهر هذه الأخيرة من خلال عزم الخطيبين إلى تحقيق الهدف الأسمى الذي شرعت من أجله الخطبة، ألا وهو إبرام عقد الزواج، والذي يمكن القول إنه تتويج للمجهودات المبذولة من قبل الخطيبين، واتفقهما على رسم طرق الحياة المشتركة واقتناعهما ببعضهما البعض.

غير أنه، يمكن أن تطرأ مجموعة من العوارض التي من شأنها أن تحيد بالخطبة عن هدفها الأساسي -عقد الزواج-، بأن تنقضي وينتهي مشروع الزواج المزمع عقده فيما بين الخطيبين، ولعل وفاة أحدهما أو كلاهما يعتبر من هذه الأسباب، بالإضافة إلى زوال أهلية أحد الخاطبين أو كلاهما. وتنقضي الخطبة في حالة ظهور مانع من موانع النكاح¹.

ناهيك عن اتجاه إرادة الخاطب والمخطوبة معا إلى وضع حد للخطبة، دون أن يعتبر هذا الاتفاق عدولا عن الخطبة، على اعتبار أن تراضي الطرفين على عدم إبرام عقد الزواج يسمو على كل نص أو إجراء من شأنه أن يرتب أية مسؤولية على أحد الطرفين أو كلاهما².

ويعتبر أيضا العدول عن الخطبة بإرادة أحد الطرفين المنفردة من أسباب انقضاء الخطبة، وما هو في الحقيقة إلا حق سعت مقاصد الشريعة الإسلامية إلى تحقيقه من خلال كفالة الحرية المطلقة للأطراف في مباشرة عقد الزواج من عدمه. غير أنه أثبت العديد من الإشكالات حول هذا الموضوع، خاصة المتعلقة بمدى تلازم الحق في العدول عن الخطبة مع المبدأ العام الذي يقضي بالحرية المطلقة في إبرام عقد الزواج (المطلب الأول).

كما أن ترك الحرية للخطيبين في العدول عن الخطبة على مطلقها، من شأنه أن يرتب آثار عديدة مادية كانت أو معنوية (المطلب الثاني).

¹ محمد الدين محجوب الزبير، الخطبة في الإسلام مقاصد وأحكام، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1431هـ، 2011م، ع.17، ص.26.

² رائف محمد النعيم، التنظير الفقهي والقانوني لضرر العدول عن الخطبة، مجلة معارف، البويرة، الجزائر، 2009، ع.06، ص.184.

المطلب الأول

الحق في العدول عن الخطبة

عرفنا فيما سبق أن الخطبة هي مجرد طلب من الخاطب للمخطوبة، وهو مجرد أي صفة الزامية. وعليه، فمن المنطق أن يكون لكلا الخطيبين الحق في عدم إبرام عقد الزواج، وهو ما يعرف بالعدول عن الخطبة. وقد ترتب هذا الحق كتحصيل حاصل ارتبط بالإجماع الفقهي والقانوني على عدم الزامية الخطبة باعتبارها وعد بالزواج.

وهو ما يلاحظ في الوقت الحالي، نظرا لكثرة حالات العدول، والتي ترتبط بأسباب لم يكن لها وجود في الحقب السابقة. وهذا في الحقيقة راجع إلى التسرع في إتمام الخطبة دون البحث والتحري عن الطرف الآخر، ناهيك عن كثرة الغش والخداع، وغيرها من الأسباب.

وفي مستهل الحديث نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم العدول عن الخطبة (الفرع الأول)، بالإضافة إلى أصله الشرعي (الفرع الثاني)، ثم نتبين منه موقف التشريعات المغربية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم العدول عن الخطبة

العدول من الناحية اللغوية هو القصد في الأمر، وهو خلاف الجور. وعدل الشيء -بالكسر- أي مثله من جنسه ومقداره؛ وعدله-بالفتح، أي ما يقوم مقامه، وعدل الشيء سواء وأقامه، وفلان عدل عن طريقه، أي رجع عنه¹. والعدول مصدر الفعل اللازم "عدل" ويقال عدل عن الطريق، أي تركها مبتعدا عنها، وعدل عن رأيه بمعنى رجع عنه، سواء إلى بدل أم لا. وعليه، فالعدول هو الرجوع ووزناً ومعنى، ماديا كان أم معنويا².

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج.9، ص.62-63.

² مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص.1030.

أما اصطلاحاً، فقد اتجهت مفاهيم العلماء إلى الأخذ بالمعنى اللغوي لفعل العدول؛ فهو الانصراف عن المعقود عليه إلى غيره؛ وقد قيل بأنه الرجوع عن المنصوص أو المتفق عليه إلى ما سواه¹؛ وقد أشيع لدى جل الفقهاء أن فعل العدول غالباً ما يرتبط بالانتقال من شيء دني إلى آخر أعلى وأفضل منه². ويرى الفقه المعاصر بأن العدول عن الخطبة، هو رجوع أحد الطرفين أو كلاهما عن الخطبة، وفسخها بعد إتمامها وحصول الرضا منهما، وهو النتيجة الطبيعية لرفض أحد الطرفين الاستمرار فيها وإتمام الزواج، لأن كل من الخطبة والزواج رضائيين، والقول بغير ذلك يجعل الخطبة عقداً ملزماً، ويجعل الزواج يتم بالإكراه. وهذا لا يصح باتفاق كل المذاهب الإسلامية³.

ويفتقد هذا التعريف إلى الدقة في دلالاته على المقصود من العدول عن الخطبة، خاصة من خلال اعتبار الاتفاق المشترك بين الخطيبين من قبيل العدول عن الخطبة، بالإضافة إلى عدم ربط فعل العدول بسبب مشروع. ويمكن القول بأن العدول عن الخطبة هو عزوف أحد الطرفين أو كلاهما عن الزواج، لسبب لا يد له فيه.

الفرع الثاني: الأصل الشرعي للحق في العدول عن الخطبة

يعتبر الحق في العدول عن الخطبة من القواعد التي تتصل بجوهر النظام العام، ولا يمكن النزول عنها أو الاتفاق على مخالفتها بالنسبة للخطابين. وهو الأمر المقرر لأسباب اجتماعية مرتبطة بالمصلحة العامة التي تسمو بطبيعة الحال على المصالح الخاصة للأفراد⁴.

ولعل قول النبي ﷺ خير دليل على اعتبار العدول عن الخطبة حق خالصاً لكلا الخطابين حيث يقول: {لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَتَّكِحَ أَوْ يَتْرَكَ}⁵. فيتجه هذا الحديث إلى مدلولين

¹ نشوان زكي سليمان الحليم، محمد خليل عبد الكريم العباسي، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد الهدايا والمهر، مجلة كلية القانون للعلوم السياسية والقانونية، جامعة كركوك، العراق، 2018، ع.2، ص.96.

² موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.9، ص.567.

³ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ج.1، ط.1، 1996، ص.5.

⁴ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.210.

⁵ حديث سبق تخريجه، ص.27.

مختلفين؛ يرتبط الأول بأن القصد من: {...أَوْ يَتْرُك...}، هو أن جواز الخطبة الثانية مرتبطة بعزوف وعدول الخاطب الأول عن خطبته. أما المدلول الثاني، يرتبط بجواز الزواج القائم بين المخطوبة الأولى مع الخاطب الثاني، على اعتبار أن الخطبة لا تندرج ضمن أركان عقد الزواج، ولا شرطا من شروط صحته¹.

وهو المبدأ العام في الشريعة الإسلامية²، فعلى الرغم من عدم الزامية الوعد بالزواج كما أشرنا إليه سابقا بأنه غير ملزم، غير أن الوفاء بالعهد مطلوباً ومستحباً³ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْكَيْلِ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا تَكْلِفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصْنُكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾⁴. وتحريم العدول عن الخطبة في هذه الحالة، جاء تماشياً مع ما ألزم به الله سبحانه وتعالى ونبيه الكريم محمد ﷺ من باب الوفاء بالعهد، غير أن حرمة إكراه الخاطبين على الزواج أكبر وأثقل، على اعتبار أن الضرر الناتج عن الزواج تحت الإكراه أعظم من الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة⁵.

وعليه، فإن الرغبة في إبرام عقد الزواج من عدمه، يرتبط باقتناع الخاطب بمخطوبته، وإلا كان له العدول دون أدنى حرج أو تردد⁶، ونفس الأمر بالنسبة للمخطوبة أو وليها، وفي هذا يقول بن قدامة:

¹ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: سيدي الشيخ محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ج.2، د.ط، د.س.ن، ص.217.

² اتفقت المذاهب الأربعة على اعتبار العدول عن الخطبة حقاً خالصاً لكلا الطرفين، فقد أقر الحنفية والشافعية الحنابلة للمرأة ووليها الرجوع عن الخطبة، على أساس أنه عدول عما يدوم فيه الضرر. شمس الدين السرخسي، الرجوع السابق، ج.4، ص.124؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.219 وما بعدها؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ج.5، ص.25.

وحتى قول المالكية قد سار على هذا النهج-على الرغم من لزوم الوفاء بالوعد عندهم-، فلا ضير في رد الخاطب من قبل المرأة أو وليها، ما لم يكن لخطبة ثانية. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.217.

ويرى الامام محمد أبو زهرة بأنه لا ينبغي أن يحمل التوجه العام لفقهاء المالكية، على أحكام الخطبة. محمد أبو زهرة، الأحوال...، ص.34.

³ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.218.

⁴ سورة الأنعام، الآية. 152.

⁵ محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط.3، 1431هـ، 2010م، ص.22.

⁶ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.34.

«ولا يكره للولي الإجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك... ولا يكره لها الرجوع إذا كرهت الخاطب، لأنه عقد عمري يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حضنها، وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول، لأن الحق لم يلزمها بعد»¹.

ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء حول مدى استعمال هذا الحق من خلال ثلاث آراء:

فالرأي الأول، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية الحنابلة²، حيث أجازوا العدول عن الخطبة، ولا مسؤولية على الطرف العادل مطلقاً، وقد برروا موقفهم بأن الزواج هو حق يمارسه أحد الخاطبين بكل حرية، والتي تستمد من المبدأ العام الذي يقضي عدم الإكراه في الزواج، ولعل علم طرفي الخطبة بأن هذا العدول هو حق يمارسه الخاطب أو المخطوبة كيفما شاء، فينبغي عليهما توقع العدول من جانب الطرف الآخر. والأكثر من ذلك، تقضي القاعدة الفقهية بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان³، فلا التزام للشخص الذي يمارس أمراً جائزاً.

وبخصوص الرأي الثاني، فقد أكد على سابقه وزاد عليه، بأنه حالة ما إذا صاحب ذلك العدول أفعالا أخرى ضارة قام بها الطرف العادل، تقوم مسؤوليته في هذه الحالة، وهو رأي لدى غالبية الفقه المعاصر، واستندوا في ذلك لقول النبي ﷺ: {لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ}⁴، أما في حالة ما إذا لم يصاحب فعل العدول أفعالا أخرى، فيكون العمل وفق الرأي الأول⁵.

¹ موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ص. 571.

² شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 124؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 217؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 219 وما بعدها؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ج. 5، ص. 25.

³ عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط. 1، 1422هـ، 2001م، ص. 147.

⁴ الحافظ علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، تحقيق: أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، دار المعرفة، بيروت، ج. 2، كتاب البيوع، ح. ر: 3046، ط. 1، 1422هـ، 2001م، ص. 684؛ أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج. 13: كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ح. ر: 2341، ص. 784.

⁵ وهبة الزحيلي، الفقه... المرجع السابق، ج. 9، ص. 6512.

وبالنسبة للرأي الثالث، فينظر لفعل العدول نفسه، حتى ولو كان مجردا من الأفعال الأخرى، فإذا ترتب عنه ضرر للطرف الآخر، قامت مسؤوليته والتزم بالتعويض، وأسسوا توجههم على أساس أن الشريعة الإسلامية لا تبيح أمرا ولا تحمي حقا إلا إذا التزم صاحبه بالغرض الذي شرع من أجله، وثبتت هذا الحق لا يبيح استعماله بصورة تضر بالطرف الآخر، وعليه فإن كان فعل العدول معيبا في باعته أو نتيجته، فإنه يوجب المسؤولية إذا ما ألحق ضرر بالطرف الآخر¹.

وسواء أخذنا بهذا الرأي أو ذلك، فإن المصلحة هي التي تقتضي منح الحرية التامة للخاطبين في إبرام عقد الزواج أو العدول عنه، والتي تفترض التروي والتردد في الأمر، حتى ولو تمت الخطبة برضا صحيح خال من العيوب²، ولو رتب العدول عن الخطبة آلام لنفس الطرف الآخر، -على اعتبار أن العدول عن الخطبة في حد ذاته لا بد أن يصاحبه ضرر ما، ولو من باب الخدش في الشعور-. غير أن هذا الأخير يعتبر مما يتهاون عنه على أساس أنه من الأضرار المألوفة والمتوقعة حصولها في هذا المجال³، فإن الدافع إليه مرتبط بعلم أحد الخاطبين بعدم صلاحية الطرف الآخر سواء بدنيا أو خلقيا، وفي هذه الحالة ما عليه إلا العدول عن الخطبة، بل ويتحتم عليه العدول، لما في ذلك من دفع لضرر كان سيقع لا محالة. أما إذا ارتبط الدافع للعدول بغرض دنيوي، كوجود خاطب أغنى أو مصادفة عروس أجمل وأحسن، فإنه يعتبر عمل غير مشروع يستوجب العقاب شرعا وقانونا⁴.

وعلى العموم، فإن الحكمة من تشريع العدول عن الخطبة، تظهر من خلال أنها من الممكن أن تدفع ضررا أكبر بضرر أقل، كأن تمنع إتمام زواج فاشل، والذي قد ينتج عنه أولاد يدفعون ثمن هذا الزواج. غير أنه، من الممكن أن يلحق هذا العدول خسائر لكلا الطرفين، خاصة المخطوبة وما قد

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.35.

² المرجع نفسه.

³ الرشيد بن شويخ، أحكام الخطبة في الزواج، أشغال الندوة الدولية: مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق: الحويلة والمعوقات، كلية الحقوق، وجدة، المغرب، 2008، ص.83.

⁴ عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، ج.1: مراحل تكوين الأسرة، ط.2، 1427هـ، 2006م، ص.304.

يلحقها من أقاويل. بالإضافة إلى الأضرار المادية الناشئة عن الإنفاق المالي في الاستعداد لزواج لن يتم، والذي من شأنه أن يفوت على أحد الخاطبين فرصة أحسن للزواج¹.

الفرع الثالث: موقف التشريعات المغربية

على منوال الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء سارت التشريعات المغربية للأسرة، وهو ما يظهر بصريح العبارة من خلال الشرط الثاني للمادة 05 من قانون الأسرة بقولها: «...يجوز للطرفين العدول عن الخطبة»، والشرط الثاني من الفصل 01 من مجلة الأحوال الشخصية بنصه: «...لا يعد زواجا ولا يقضى به»، والمادة 06 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: «يعتبر الطرفان في فترة الخطبة إلى حين الاشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها»، وهو ما تؤكد المادة 1/7 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنه: «مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض».

وبالتالي، يجوز للخطابين حق التراجع عن الخطبة ورفض إبرام عقد الزواج وهو ما قرره المحكمة العليا شرعا وقانونا في قرارها الصادر في 17-03-1992 بأن: «الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها»².

والتأمل في موقف المشرع الجزائري يدفعنا إلى القول بأنه لم يجانب الصواب في صياغته للشرط الثاني للمادة 05 وذلك من التضييق في عمومية اللفظ السابق «لكل» باستعماله مصطلح «يجوز»³، والذي عادة ما يستخلص منه أن الجواز الذي يستمد منه أحد الخاطبين حريته في عدم إبرام عقد الزواج مرتبط بأوضاع ظاهرة وباطنة، تجعله من خلال ممارسة هذا الحق في الموقف السليم الذي لا تترتب عليه أية مسؤولية، بينما المشرع التونسي فقط جاء باللفظ على عمومه «لكل».

غير أن ما أخذ به بعض الفقه باعتبار العدول عن الخطبة، بمثابة الرخصة يستعملها أحد الطرفين إذا ما توفر له المبرر الشرعي، هو أمر مستبعد يتنافى مع المبدأ العام الذي نفى الصفة الإلزامية للخطبة،

¹ عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في...، المرجع السابق، ص.99.

² م.ع، غ.أ.ش ل 17-03-1992، م.ر: 811129، م.ق، ع.4، ص.1206.

³ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.61.

وكأننا نقرر الصفة الإلزامية للخطبة باعتبارها الأصل العام، وما العدول إلا استثناء للأصل يتحقق بتوفر السبب الشرعي والقانوني له¹.

فما تم تأسيسه وفق ما تهدف إليه مقاصد الشريعة الإسلامية وأبعاد النصوص القانونية التي جاء بها المشرعين المغاربة، الذين اعتبروا العدول عن الخطبة من الحقوق الخالصة والمبادئ الثابتة التي لا يمكن أن تتصور تغييرها مستقبلاً، وهذا راجع في المقام الأول إلى مبدأ الحرية في إبرام عقد الزواج وفق رضاء كامل وتام، خال من أي نوع من أنواع الاكراه المادية والمعنوية.

ويكون بذلك الطرف العادل قد مارس حقاً ثابتاً له، لا رخصة استثنائية يستند إليها إذا ما توفر له المبرر الشرعي. وبالتالي، يعتبر من خصوصياته المحمية بذاتها، ويظل هذا الحق قائماً، ما دامت الخطبة قائمة ولم يبرم عقد الزواج².

وعلى العموم، يتحقق الهدف الشرعي والقانوني للخطبة بإبرام عقد الزواج. غير أن استعمال أحد الخاطبين لحقه في العدول من شأنه أن يرتب مجموعة من الأحكام بغض النظر عن مدى مشروعيتها ممارسة هذا الحق من عدمها، وهو ما سنعالجه في المطلب الثاني.

¹ إن اعتبار العدول عن الخطبة رخصة، سيكون الحكم في حالة عدم توفر المبرر الشرعي بإلزام الطرف العادل بالرجوع عن قراره بالعدول وإتمام إجراءات الزواج، وهو أمر غير صحيح على أساس أن العدول إذا تقرر فلا مجال لإكراهه في إبرام عقد الزواج.
² رائف محمد النعيم، المرجع السابق، ص. 185.

المطلب الثاني

أثر استعمال الحق في العدول عن الخطبة

خلصنا فيما سبق أن النهي الوارد بخصوص العدول عن الخطبة بشكل مجرد، هو نهي يفيد حث الخاطبين على التريث والتروي في اتخاذ القرار بالعدول عن الطرف الآخر. غير أن المبدأ العام يفيد باعتبار العدول عن الخطبة حق أساسيا يستعمله أحد الطرفين كما شاء، طالبت الخطبة أو قصرت، وما هو إلا تأكيداً على حرية الطرفين في إبرام عقد الزواج.

وبالحوض في التراث الإسلامي، يتضح لنا بجلاء أن العامل الأخلاقي كان يلعب دوراً هاماً في نجاح الخطبة وتحقيقها للغرض الذي أنشئت إليه، فالمألوف لديهم أن الراغب بالزواج يأخذ وقته الكافي للبحث والتعرف عن الطرف الآخر، إلى أن يستقر فكره وتطمئن نفسه ويتأكد من عزيمته، ثم بعد ذلك يفصح عن رغبته فيمن يرنو إليها ويرغب بأن تشاركه حياته. وفي المقابل، تأخذ المخطوبة وقتها الكافي لتعلم وليها بقبولها الزواج من قبل الخاطب، فما أن تتم هذه الخطبة حتى يتم الزواج والزفاف خلال أيام معدودة تلي الخطبة. مع الأخذ بعين الاعتبار ما كان يرافق هذه المرحلة من تربية وأدب في الدين، وفهم ووعي للحياة. وهو الأمر الذي صاحبه ندرة في حالات العدول والتراجع. والأكثر من ذلك، حتى ولو حدث عدول، فإنه يسوده جو من التفاهم والهدوء، فلا أضرار ولا مطالبات قضائية ولا تعويضات¹.

ونلاحظ في عادات وتقاليد المجتمع المغربي، الذي يمكن القول إنه يتشارك الموروث الثقافي المتمسك بأصالة الشريعة الإسلامية؛ أن الخاطب في مرحلة الخطبة، يتودد إلى مخطوبته من خلال تقديمه لها مجموعة من الهدايا سواء كانت قيمة أو مثلية، بل حتى مبالغ مالية، ونفس الأمر بالنسبة للمخطوبة. إضافة إلى أنه يمكن أن يقدم الخاطب المهر معجلاً، كله أو جزء منه. وانقضاء الخطبة بممارسة أحد طرفيها حقه في العدول، من شأنه إثارة العديد من الإشكالات، سواء تلك المتعلقة بالمهر (الفرع الأول) أو الهدايا (الفرع الثاني).

¹ رائف محمد النعيم، المرجع السابق، ص. 187.

إضافة إلى أن العدول عن الخطبة من شأنه أن يسبب ضرار لأحد الخاطبين أو كلاهما، خاصة إذا ما صاحب العدول أفعال مادية أو معنوية سببت ضررا للطرف الآخر (الفرع الثالث).

وأمام انخفاض الوازع الديني خاصة في الوقت الراهن، فإنه كثيرا ما يصل التقارب بين الخطيبين إلى درجة العلاقة الجنسية بينهما، والتي من الممكن أن يترتب عليها حمل للمخطوبة، وبالتالي أبناء نتجوا من دون عقد زواج، وهو الأمر الذي أثار العديد من الإشكالات حول مدى اثبات نسبهم إلى والدهم الطبيعي (الفرع الرابع).

الفرع الأول: مآل المهر في حالة العدول عن الخطبة

يعتبر المهر من شروط عقد الزواج. وبالتالي، لا تستحق المخطوبة شيئا منه، لأنه يثبت كحق من حقوق الزوجة بعد إبرام عقد الزواج. وعليه، تستحق كل المهر إذا تم الدخول بها، وتستحق نصفه إذا وقعت الفرقة الزوجية قبل الدخول. فإذا لم يتم الزواج استرد الخاطب المهر، لأن احتفاظ المخطوبة به يكون بغير سبب شرعي¹.

فلا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب المهر للزوجة بالعقد عليها، على الرغم من اختلافهم في وقت وجوبه بعد العقد. وعليه، لا حق للمخطوبة في الاحتفاظ به، فيسترد الخاطب ما دفعه من المهر، بعينه إن كان قائما، أما إذا هلك أو استهلك فيأخذ مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قِيمِيًّا، سواء كان العدول من جانبه أو من جانب المخطوبة، لأن المهر يجب بالعقد، وحيث لم يوجد العقد، فإنه يبقى حقا للخاطب². وعليه، فإن كل ما قدم للمخطوبة على أساس أنه مهر، ووقع نكول من أحد الخاطبين، فيسترد الخاطب المهر المعجل عينا ولا يلتزم هذا الأخير إذا انتقص من قيمته جراء استعماله، وإلا فيسترد قيمته أو بدله³.

¹ عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في...، المرجع السابق، ص.102.

² عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط.1، 2004، ص.25. وهو ما نصت عليه المادة 08 من قانون العائلة العثماني: «إذا امتنع-أي عدل- أحد الخاطبين أو توفي بعد الرضا بالزواج، فإن كان ما أعطاه الخاطب من أصل المهر موجودا يجوز استرداده عينا، وإن كان قد تلف يجوز استرداده بدلا». وهبة الزحيلي، الفقه... المرجع السابق، ج.9، ص.6509.

³ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.5: كتاب الهبة، ص.701.

غير أنه جرى في العرف على أن تشتري المخطوبة بعض الجهاز من المهر، لذا ذهب رأي إلى القول إنه في حالة العدول عن الخطبة لا يجوز للمخطوبة أن ترد للخاطب ما اشترت، سواء كان العدول من جهة الخاطب أو من جهتها، لأن المخطوبة لم تعلم يقينا أنها ستنتقل الى بيت الزوجية، لذلك وجب عليها رد المهر بعينه. أما إذا أمرها أن تشتري بهذا المال صراحة، فإنها في هذه الحالة تكون قد تصرفت بماله بإذنه كالوكيل، فتزد ما اشترت من جهاز اليه¹. بينما يفرق رأي آخر بين ما إذا كان العدول من جهة الخاطب، فيجوز للمخطوبة أن ترد له ما اشترت من متاع باحتساب قيمته يوم الشراء، حتى لا يكون ضرر ولا ضرار، ففي استرداد المهر في هذه الحالة مضرة لها وقد يرهقها ذلك لعدم توفر مال لديها، أما إذا كان العدول من جهتها فتزد المهر أو قيمته. ولا شك أن ما ذهب اليه الرأي الثاني حكم مصلحي ليس في الفقه ما ينافيه، خاصة وأن قيام الخاطب بدفع بعض المهر الى المخطوبة ينطوي ضمنا على الإذن لها بتجهيز نفسها من هذا المهر، وهو يعلم عند دفع المهر².

وباستقراء موقف المشرع الجزائري، فقد تغاضى عن التطرق لمصير المهر المقدم إلى المخطوبة في حالة العدول. غير أن المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، تعتبر الصداق من شروط عقد الزواج ولا يصح للمخطوبة إلا بالعقد، والمادة 16 من قانون الأسرة التي توجب للزوجة كل الصداق بالدخول، ونصفه إذا ما تم الطلاق قبل الدخول، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، وإعمالا للمادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تطرقنا إليها فيما سبق.

وقد جاء القضاء الجزائري لتأكيد هذا التوجه في القرار المؤرخ في 13-07-1993 أنه: «من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عُدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول»³.

وهو ما أكده الفقه القانوني الجزائري، بأنه يجب التفريق فيما إذا كان العدول من جانب الخاطب أو المخطوبة عملا بما جاء به الفقه المالكي. وعلى هذا الأساس، يتحمل الخاطب تبعات المهر، بمعنى

¹ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة، الأردن، ط.1، 2010، ص.29.

² مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، دار الفكر، دمشق، ط.6، د.س.ن، ص.64.

³ م.ع، غ.أ.ش، ل 13-07-1993، م.ر:92714، م.ق، ع.1، 1995، ص.128.

أنه إذا تحول المهر إلى جهاز فلا مجال للمطالبة باسترداد المهر بعينه أو مثله وقيمته، أما إذا كان العدول من قبل المخطوبة فعليها أن تعيد المهر بعينه ولا مجال لإلزام الخاطب بتقبل المهر الذي حول إلى جهاز¹.

وعلى منوال التشريع الجزائري لم يتطرق المشرع التونسي إلى مدى جواز استرداد المهر في حالة العدول عن الخطبة، مع العلم أنه لا يمكن للقاضي من الناحية القانونية الاحتكام لآراء الفقه الإسلامي على منوال التشريع الجزائري والمغربي، على اعتبار عدم وجود نص صريح وواضح في مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي تحيل إلى الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية.

غير أنه بالاستناد إلى النصوص القانونية الواردة في المجلة-على أساس ان المشرع التونسي اعتمد مدرسة الشرح على المتن في تفسير فصول المجلة- نلاحظ أنه اعتبر الصداق أيضا من شروط صحة عقد الزواج من خلال الفقرة الثانية من الفصل 03 من مجلة الأحوال الشخصية التي تنص على أنه: «ويشترط لصحة الزواج...وتسمية مهر للزوجة». وقد أكدت محكمة التعقيب التونسية في قرارها الصادر في 05-04-1995: «إن المهر ركن من أركان الزواج...»².

أما بخصوص المشرع المغربي، فقد استطرد في هذه المسألة، حيث نص في المادة 09 من مدونة الأسرة على أنه: «إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءا منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو ورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما أو قيمته يوم تسلمه».

فمدلول المادة 9 من مدونة الأسرة واضح وبيّن، حيث تلتزم المخطوبة برد المهر أو قيمته على اعتبار أنه مرتبط بمهية عقد الزواج، ولما تعذر هذا الأخير فلا تستحقه المخطوبة سواء تم العدول بالاتفاق أو بالإرادة المنفردة³.

¹ العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.53.

² م.ت، ق.ت.م، ل 05-04-1995، ع.35362، ق.م، ن.م.ت، 1995، ص.444.

³ عبد الله السنوسي التناقي، مدونة الأسرة المغربية في إطار المذهب المالكي وأدلته، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط.1، 2005، ص.49.

ونجد أنه كان من المفروض على المشرع الجزائري والتونسي أن يتعرضوا لموضوع استرداد المهر في حالة العدول عن الخطبة على منوال المشرع المغربي، خاصة أن الواقع الاجتماعي الراهن يبين تألف الناس على دفع المهر معجلا-أي أثناء فترة الخطبة- وذلك ليعزز الخاطب جديته في إبرام عقد الزواج¹. وفي حقيقة الأمر، نعتقد أنه لا يوجد أشكال في حالة ما إذا لم يستهلك المهر، ذلك أن المخطوبة ستقوم برد عين ما استلمت. غير أن أغلب الحالات تؤكد أن المخطوبة ما تلبث وتشتري من مبلغ المهر جهازها ومستلزماتها لعقد الزواج، وفي حالة ما إذا تم العدول، هل تقوم برد الجهاز أم ترد المهر بعينه أو مثله؟ فطبقا للحكم العام الذي اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، باعتباره المبدأ الذي اعتمده القضاء الجزائري بموجب القرار الصادر في 1993 والقضاء التونسي بموجب القرار الصادر في 1995²، وما نص عليه المشرع المغربي بموجب المادة 09 من مدونة الأسرة.

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 09 من مدونة الأسرة المغربية -على اعتبار أن المشرع المغربي هو الذي جاء بنص صريح حول مصير الصداق في حالة العدول عن الخطبة-، نجد أنها ألزمت المتسبب بالعدول عن الخطبة بتحمل الفرق بين قيمة الجهاز والمبلغ المسلم بعينه.

وفي هذا الصدد يرى الفقه المغربي استناد هذه الفقرة أن النزاع بين الخاطبين لا يخرج عن حالتين؛ تتمثل الأولى أنه في حالة ما إذا تسببت الخاطب في العدول، فلا مجال لإرجاع المخطوبة لمبلغ الصداق بعينه أو مثله أو قيمته، وإنما يسترد الجهاز. والأكثر من ذلك، فإنه يتحمل الفرق الناتج بسبب نقصان قيمة الجهاز مقارنة بقيمة الصداق. أما الحالة الثانية فتتمثل فيما إذا كانت المخطوبة هي المتسببة في العدول، وعليه تلتزم برد الصداق بعينه أو قيمته أو مثله³.

وباستقراء ظاهر النص القانوني، وما قرره الفقه في هذه الحالة، نجد أنه نوعا ما وقع في تناقض بين الفقرة 01 التي نصت على المبدأ العام الذي يتماشى مع توجه الشريعة الإسلامية معنى ومضمونا، ألا وهو وجوب ارجاع الصداق كاملا إلى الخاطب، لأنه لا يصح إلا بإبرام عقد الزواج؛ وبين الفقرة

¹ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2010، ص.38.

² راجع ص.55-56.

³ عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مكتبة الرشاد، المغرب، ج.1، ط.1، 1427هـ، 2006م، ص.86.

02 التي ألزمت الخاطب بتسلم الجهاز في حالة ما إذا تسبب في العدول، إضافة إلى تحمله الفرق بين قيمة المهر والجهاز، وكأن هذا الفرق هو بمثابة تعويض قانوني رتبه القانون على الخاطب فقط في حالة ما إذا تسبب في العدول، بينما إذا كانت المخطوبة هي المتسببة في العدول فلا تلتزم إلا بإرجاع قيمة الصداق.

وهذا الأمر يتأكد لو فرضنا أن الخاطب قدم المهر ذهب وحليا، وقامت المخطوبة ببيعه بعدما رأت ارتفاع قيمته في السوق، ووقع العدول من الخاطب، فلا يمكن للخاطب في هذه الحالة وفقا للمادة 09 من مدونة الأسرة، إلا بالمطالبة بقيمة المهر وقت تسليمه من قبل الخاطب لا وقت استرداده¹، على الرغم من اغتناء ذمة المخطوبة على حساب الخاطب.

وبالتالي، نعتقد أنه من أجل تفادي مثل هذه الإشكالات أن يضيف المشرع المغربي في الفقرة 02 شرط موافقة الخاطب على التصرف في المهر، حتى يتوافق المعنى المراد به من النص لفظا ومضمونا. وهذا الأمر راجع إلى عدة أسس أهمها هو الاتفاق الشرعي والتشريعي على اعتبار العدول عن الخطبة حق خالصا يستعمله كلا الطرفين.

وهناك مشكلة واقعية أخرى أغفلتها التشريعات المغربية، ألا وهي العدول الصادر من أحد الخاطبين بمبرر شرعي، سواء تعلق هذا الأخير بصفة من صفات الطرف الآخر، أو بتصرف من تصرفاته. وبالتالي، يصبح في نظر الشرع الإسلامي وحتى القانوني ممن لهم الجواز الشرعي. وعليه هل يمكن القول إن الطرف المتسبب في العدول هو الذي منح المبرر الشرعي للطرف العادل؟

الإجابة على هذا التساؤل، تدفعنا بالنظر إلى هذه الواقعة من منظور فلسفي أكثر منه مادي، على أساس أن القول بالمتسبب في العدول، بمعنى قيام هذا الأخير بفعل مادي أعطى الطرف الآخر السبب والمبرر لممارسة حقه في العدول، فماذا لو ترتب هذا المبرر والسبب من غير إرادة الطرف الآخر؟

¹ أحمد خرطة، آثار العدول عن الخطبة وفق مدونة الأسرة المغربية، سلسلة الندوات، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات الحصيلة والمعوقات، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة، كلية الحقوق، وجدة، المغرب، 2007، ع.2، ص.101.

وعلى العموم، لا يمكننا الفصل في هذه المسألة من خلال معايير موضوعية تطبق على كل الحالات، وإنما تخضع بالأساس لمعيار ذاتي شخصي يرتبط بالأطراف محل النزاع. وعليه، يترك الأمر لسلطة قاضي الموضوع التقديرية، الذي يستكشف من خلالها الدافع الأساسي لكل طرف، على اعتبار أنها مسألة مرتبطة بأوضاع كامنة في النفس أكثر من وقائع مادية بحتة. لذلك يستوجب عليه التحري عن الدوافع والظروف التي أدت إلى فسخ الخطبة من خلال التدخل في أدق الشؤون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بحرمات الناس.

وتطبيقاً لما سبق، يجب عدم الخلط بين العدول عن الخطبة الذي يسقط حق المخطوبة في المهر، وبين الطلاق الذي يتم قبل الدخول، والذي يثبت للزوجة نصف الصداق، وهو ما قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر في على أنه: «إن قضاة الموضوع طبقوا المادة 05 من قانون الأسرة على الطلاق قبل البناء، وقضوا بإرجاع الصداق كاملاً، على أساس أن العدول عن الخطبة كان من طرف الطاعنة، رغم أن عقد الزواج قد تم بين الطرفين، فإن بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه»¹.

الفرع الثاني: مصير الهدايا في حالة العدول عن الخطبة

الهدية من أهدي يهدي، يقال أهدي له وإليه وهي ما يقدمه القريب أو الصديق من التحف والألطف، والتهادي أن يهدي بعضهم إلى بعض، وجمعها هدايا².

والهدية هبة في الأصل، وتأخذ هذه الهبة صفة الهدية إذا ما كان الواهب يقصد من خلالها مكافأة الموهوب له والتودد إليه، فإذا كان يقصد من خلالها ثواب الآخر، فتعتبر صدقة؛ أما إذا انتفى القصد لدى الواهب، فنحلة وأعطية³.

وقد اعتبرها الفقهاء بإجماع آرائهم، بأنها تملك بلا عوض حال حياة الإنسان-الواهب-⁴.

¹ م.ع، غ.أ.ش، ل 16-10-1993، م.ر: 26801، م.ق، ع.خ، 2001، ص.266.

² زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، باب الهاء، ط.5، 1420هـ، 1999م، ص.325.

³ جميل فخري محمد جاسم، مقدمات... المرجع السابق، ص.211.

⁴ نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، الأردن، ط.1، 1429هـ، 2009م، ص.288.

وتستقي الهدية مشروعيتها من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنِ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾¹
 وقول الرسول ﷺ، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله ﷺ: {تَهَادَوْا فَإِنَّ الْهَدِيَّةَ تُذْهِبُ
 وَحَرَ الصُّدْرِ، وَلَا تَحْقِرَنَّ جَارَةً لِجَارَتِهَا وَلَوْ شِقُّ فَرَسَيْنِ شَاةٍ}².

ومن هذا المنطلق، تظهر الحكمة من تشريع الهدية والحث عليها خاصة بين الخاطبين، على اعتبار
 أنها توجب الود والمحبة بينهم³.

والواقع يؤكد أن الهدايا كثيرا ما تسبب العداوة والنزاع بين الخاطب والمخطوبة أو عائلتيهما في
 حالة العدول عن الخطبة، لأنها قد تكون في بعض الأحيان غالية الثمن. وعليه، فبمجرد الخطبة فإن
 الخاطب يلتزم عرفا بتقديم الهدايا في كل مناسبة، وبدرجة أقل قد تقدم المخطوبة هدايا لخطيبها، ومع
 طول مدة الخطبة، سيجد أحد الخاطبين أنه قد تملك هدايا كثيرة، وأنه ملزم بردها إلى الطرف الآخر⁴،
 وهو الأمر الذي اختلف فيه الأئمة الأربعة على النحو التالي:

¹ سورة النساء، الآية .04.

² أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج.4، باب في
 حث النبي ﷺ على التهادي، ح.ر:2130، د.ط، 1998، ص.9؛ وفي تخريج البخاري جاء قوله ﷺ: {رُبَا نِسَاءِ الْمُسْلِمَاتِ، وَلَا
 تَحْقِرَنَّ جَارَةً لِجَارَتِهَا وَلَوْ شِقُّ فَرَسَيْنِ شَاةٍ}. محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.78: كتاب الأدب، باب لا تحقرن جارة
 لجارته، ح.ر:6017، ص.10.

³ جميل فخرى محمد جاتم، مقدمات...، المرجع السابق، ص.214.

⁴ حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر،
 2012، ع.04، ص.181.

فالحنفية¹ يُنزلون الهدية منزلة الهبة، فإذا كانت موجودة وجب ردها، وإن كانت هالكة أو مستهلكة² فلا يجب ردها فهي في حكم هبة، والمبدأ العام لدى أئمة المذهب الحنفي أنه لا ضير في الرجوع عن الهبة³ ما لم يوجد مانع من موانعها ويجوز استردادها⁴.

بينما الراجح لدى المالكية في قولهم، أن اعتبار استرداد الهدايا بمثابة الرجوع في الهبة، هو أمر متوقف على الشخص الذي وقع منه العدول، فإن عدل الخاطب فلا مجال أن يسترد الهدايا التي قدمها وإن كانت قائمة، لئلا يقع على المخطوبة مصيبة الفراق الحاصل نتيجة العدول، ومصيبة تغريمها للهدايا. أما إذا عدلت المخطوبة، وجب عليها رد الهدايا القائمة عينا، وقيمتها إن استهلكتها، وهذا ما لم يوجد عرف أو شرط يقضي بخلاف ذلك⁵.

وقد أخذ الشافعية الأمر على مطلقه، بأن جعلوا للخاطب استرداد الهدايا بعينها إذا كانت قائمة، ومثلها أو قيمتها إذا استهلكتها أو هلكتها، على أساس أن الهدية ما قدمت إلا للتودد للمخطوبة لإبراز الجدية في إبرام عقد الزواج، فإذا زالت العلة في هذه الحالة-عقد الزواج- استرد الخاطب هداياه سواء كان العدول من قبله أو كان من قبل المخطوبة⁶.

¹ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، تحقيق: عبد الحي اللكنوي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ج.3: كتاب الهبة، ط.1، 1417هـ، ص.227.

² وتعتبر المأكولات والأطعمة التي يقدمها الخاطب لمخطوبته من قبل الهبات التي لا يجوز استردادها، وهذا راجع إلى اعتبارها من المواد الاستهلاكية التي لا يمكن أن تتصور بقائها بصورة عينية، محمد أبو زهرة، محاضرات...، المرجع السابق، ص.41.

³ مصطفى السباعي، شرح...، المرجع السابق، ص.59.

⁴ وموانع الرجوع عن الهبة تتمثل في: موت الواهب أو الموهوب له، هلاك الهبة أو استهلاكها، خروج الهبة من ملك الموهوب له، أخذ عوض عن الهبة، القرابة المحرمة بين الواهب والموهوب له، زيادة العين الموهوبة. عثمان التكروري، المرجع السابق، ص.27.

⁵ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.220.

⁶ محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للنشر والطباعة والتوزيع، ج.5، ط.1، 2001. ص.61.

وعلى النقيض من ذلك، قال الحنابلة بألا يسترد الخاطب ما أهداه لمخطوبته سواء بعينه أو قيمته ومثله، ودون النظر في الطرف العادل سواء كان الخاطب أو المخطوبة، وعلتهم في هذا التوجه، أنه لا يجوز الرجوع في الهبة نهائياً حتى ولو كانت قائمة بعينها¹.

وقد ذهب الفقه المعاصر إلى ترجيح ما جاء به الفقه الحنفي الذي يقضي بأنه لا يجوز استرداد الهدايا إلا ما لم يهلك أو يستهلك منه².

وعلى العموم، فإن رأي المالكية أولى بإعماله، لتحقيقه نوع من العدالة للطرف المعدول عنه، على اعتبار أن هذا الأخير قد تضرر من فعل العدول فلا حاجة لمضاعفة ألمه من خلال مطالبته برد الهدايا. بينما الطرف العادل فتقضي القاعدة بأنه من سعى في نقض ما تم من جهته كان سعيه مردوداً عليه³. غير أنه بإجماع الفقهاء، لا يمكن المطالبة بالهدايا التي سلمها الخاطب، إذا انقضت الخطبة بوفاء أحد الخاطبين، على اعتبار أن الخطبة انقضت لسبب لا يد للمخطوبة فيه⁴.

ومن الناحية القانونية، نجد أنّ المشرع الجزائري قد هجر الموقف الذي سلكه في نصه للفقرتين 5 و4 من المادة 05 من القانون 84-11 والذي تميز بالقصور في الصياغة، حيث نصت على أنه: «لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك».

ويلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي من خلال التفرقة بين العدول الصادر من الخاطب، والعدول الصادر من المخطوبة، غير أنه اخذ بالمذهب الحنفي في تقريره جواز الاسترداد فقط في الهدايا القائمة بعينها. والأكثر من ذلك، فقد افترض في هذا النص أن الخاطب هو الذي يقدم الهدايا، فما هو الحكم في حالة الهدايا المقدمة من المخطوبة؟

¹ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.9، ص.589.

² محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، د.ط، 2010، ص.118.

³ بدران أبو العينين، أحكام...، المرجع السابق، ص.33.

⁴ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.5: كتاب الهبة، ص.701.

الإجابة على هذه المآخذ والتساؤلات، جاء بها تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، وذلك بعد العديد من الاجتهادات القضائية، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 13-07-1993 بموجب ما تقرر في الفقرة 05 أنه: «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 الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول»¹، والقرار الصادر في 16-03-1999 على أنه: «من المقرر قانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهدها إذا كان العدول منه»².

فعلى الرغم من افتقار النص المعدل للدقة المطلوبة غير أنه جاء موافقاً للمذهب المالكي، سواء من خلال الفقرة 04 التي أكدت أنه لا مجال للخاطب من استرداده للهدايا التي قدمها للمخطوبة إذا كان العدول منه، ويجب عليه أن يرد إليها ما قدمت له من هدايا إذا كانت قائمة، وقيمتها إذا ما هلكت أو استهلكت، وهو ما يظهر من قوله: «أما في حالة العدول الصادر من المخطوبة، فتلتزم بإرجاع الهدايا إلى الخاطب بعينها أو قيمتها ومثلها»، وهو تأكيداً لما نصت عليه الفقرة 05، غير أن هذه الأخيرة لم تتطرق إلى مصير الهدايا التي قدمتها للخاطب. وعليه نعتقد أنه قياساً على الفقرة السابقة فلا مجال لاستردادها للهدايا، بطبيعة الحالة إذا كان العدول من قبلها.

ومن أهم الإشكالات المثارة في موقف المشرع الجزائري، أنه ربط حق أحد الخاطبين باسترجاع الهدايا من الطرف الآخر إذا ما صدر العدول منه. غير أن الواقع الاجتماعي الراهن، وأمام انخفاض الوازع الديني أصبح أحد الخاطبين يمارس أفعالاً وتصرفات تدفع بالطرف الآخر إلى العدول عن الخطبة. وعليه، فمن باب العدل أن يتم التحري عن المتسبب في العدول عن الخطبة بدلاً من التمسك بالطرف العادل. كما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذا النص أنه كفى القاضي عناء التحقيق والتحري عن الطرف المتسبب في العدول. وهو الاعتقاد السائد لدى غالبية الفقهاء القانونيين الجزائريين، بأن يتعدى النص الحالي الذي يربط حق أحد الخاطبين بالمطالبة بالهدايا بعدول الطرف الآخر؛ إلى النظر في المتسبب في العدول، على أساس أن هناك حالات يملئ فيها الشخص الراغب عن الخطبة شروطاً يضطر بها الطرف الآخر إلى العدول. وعليه، ينبغي ربط الحق في استرداد الهدايا الذي جاءت به الفقرة 04 و05

¹ م.ع، غ.أ.ش، ل 13-07-1993، م.ر: 92714، م.ق، ع.01، 1995، ص.128.

² م.ع، غ.أ.ش، ل 16-03-1999، م.ر: 219313، م.ق، ع.خ، 2001، ص.39.

من المادة 05 من قانون الأسرة، بسبب العدول لا بالعدول في حد ذاته، مع ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تحديد ذلك السبب¹.

وقد تبنت مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة ما جاء به المذهب المالكي، من خلال الفصل 03 منها الذي ينص في الفقرة 02 على أنه: «للخاطب أن يسترد الهدايا إلا إذا كان العدول عن الخطبة من قبله».

فعلى الرغم من أن المشرع المغربي قد اعتمد المذهب المالكي، فإنه افتقد الدقة في صياغة الفصل 03، خاصة وأن المجلس الأعلى المغربي قد ألزم المخطوبة في قراره الصادر في 13 دجنبر 1978 بأن تثبت أنها فعلت كل ما يخوله لها القانون من أجل مطالبة المدعي بإتمام عقد الزواج بها، وأنه هو الذي كان يماطل إلى أن تخلى عنها نهائياً، حتى تستفيد من تملكها للهدية².

وقد قررت محكمة الاستئناف بمكناس للخاطب باسترجاع هديته-قطعة أرضية- بعدما تبين له أن ما قامت به المخطوبة من تصرفات تجاه خاطبها الأول هو عمل مشوب بسوء النية يستوجب رد الهدية المقدمة³.

وما يثار بخصوص هذا القرار، هو الأساس القانوني الذي اعتمده قضاة الموضوع في الحكم لصالح الخاطب باسترجاع الهدية، هل باعتبارها محلاً لعقد مستقل، ألا وهو عقد هبة؛ أم باعتبارها محلاً لعقد

¹ حاج أحمد عبد الله، المرجع السابق، ص.185.

² المجلس الأعلى المغربي، ل 13 دجنبر 1978، ع.881، مقتبس عن: محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.215.

³ تتلخص وقائع القضية: بأن خطب السيد ع. ز الأنسة ف. خ من أسرتها قصد الزواج منها، واستجابت الفتاة لهذه الخطبة، وبالمناسبة فقد تبرع الخاطب بقطعة أرضية مساحتها عشرة هكتارات والتي سجلت باسمها في السجل العقاري، غير أنه أثناء فترة الخطوبة عمدت الفتاة المخطوبة إلى الزواج من رجل آخر غير المتبرع، بمعنى أن المخطوبة رجعت عن التزامها الأدبي بالخطبة وفضلت رجلاً آخر عن الواهب. فأتجه الخاطب الأول إلى رفع دعوى على المتبرع عليها يطلب من خلالها الحكم له باسترجاع الهدية والتشطيب على الهبة من السجل العقاري، وبالفعل قضت محكمة الاستئناف بمكناس بأحقية الخاطب في استرجاع هديته عندما تبين له أن ما قامت به المخطوبة هو عمل مشوب بسوء نية واستخلصت من ذلك أن العدول كان من جهتها لا من جهة الخاطب. محكمة الاستئناف بمكناس، قرار صادر في 07-10-1980، مجلة رابطة القضاة، ع.8 و9، ص.155، مقتبس عن: محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.28.

تابع للخطبة؟ وقد عرفنا أننا أن الخطبة هي مجرد واقعة مادية، فهل يعقل أن يقتزن عقدا كاملا بماهيته القانونية بواقعة مادية؟

مبدئيا، الإجابة على هذا التساؤل هو اعتبار الهدية- القطعة الأرضية- عقدا تابع للخطبة باعتبارها واقعة مادية، على أساس أنها ما سلمت إلا بمناسبةها، وهو ما يظهر من خلال تسبيب الحكم، بأن المخطوبة من خلال عدلها عن الخطبة تكون قد أخلت بشرط جوهرى من شروط الهبة وهو التزامها الأدي بالخطبة، وتفضيلها لرجل آخر غير الشخص الواهب يعتبر من قبيل الأفعال المشوبة بسوء النية¹.

ويبد أن مدونة الأسرة المغربية، وإن أخذت بالمبدأ العام الذي جاء به الفقه المالكي، غير أنها تميزت بالدقة في صياغتها للمادة 08 منها بالدقة مقارنة مع سابقتها، حيث تنص على أنه: «لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول من قبله؛ ترد الهدايا بعينها أو بقيمتها حسب الأحوال».

وقد منح المشرع التونسي لأحد الخاطبين المطالبة باسترداد الهدايا من الطرف الآخر ما لم يكن العدول منه أو وجد شرط خاص، وهذا بموجب الفصل 02 من مجلة الأحوال الشخصية.

وقد جاء التنصيص على هذا الفصل نتيجة لعديد الاجتهادات القضائية، حيث قضت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 27-10-1977² على أنه «إذا تراكن رجل وامرأة على الخطوبة ثم نكلت هذه الأخيرة وجب عليها ارجاع الهدايا أو قيمتها إلى الخطيب». وفي قرار آخر في 11-03-1982³ نص على أن: «الهدايا المقدمة للخطيبة لا يستردها الخطيب منها إذا ما نكل عن خطبتها، أما إذا مات واستحال الزواج بهذه الحادثة الطبيعية. فإن من حق ورثته استرداد تلك الهدايا، وبذلك فإن الحكم لهم باسترجاعها أو قيمتها في طريقه ولا مطعن فيه».

¹ محمد المنصف بوقرة، خواطر حول الطبيعة القانونية للخطبة، المجلة القانوني التونسية، تونس، 1983، ص.15.

² م.ت، ق.ت.م، ع.318، ل 27-10-1977، ق.م، ن.م.ت، ج.2، 1977، ص.145.

³ م.ت، ق.ت.م، ع.4146، ل 11-03-1982، ق.م، ن.م.ت، ج.2، 1982، ص.209.

وفي قرار آخر في 25-04-2009 قضت محكمة التعقيب بنقض حكم المحكمة الابتدائية التي قضت بأن زواج المرأة من خطيبها الثاني لا يعد نكولا من الخطبة الأولى، وبالتالي لا مجال للخاطب الأول من استرداد الهدايا¹.

في حين نجد من قال بالعكس، على أساس أن الخطيبة لم تتسبب في فسخ الخطبة، وعليه يحق لها الاحتفاظ بالهدايا². فكان من المفروض على المحكمة أن ترفض طلب استرجاع الهدايا لأنه لا يجوز الجمع بين ألم فقدان الخاطب، وألم ارجاع الهدايا من المخطوبة أو المهدي له المتبقي على قيد الحياة³.

ويلاحظ من خلال توجه المشرع التونسي أنه أعطى الحرية للخطيبين مخالفة المبدأ العام الوارد في نص الفصل 02، وهذا من خلال عبارة «أو وجد شرط خاص»، ومقتضى هذا الشرط أنه يجوز الاتفاق بين الخطيبين على مصير الهدايا في حالة العدول عن الخطبة سواء كان العدول من قبل الخاطب أو من قبل المخطوبة، وعموم النص يقتضي بأنه لا يوجد المانع من الاتفاق على استبقاء الهدايا بغض النظر عن الطرف العادل. غير أن هذا الاستثناء الذي أورده المشرع التونسي بقي حبر على ورق، على اعتبار أن المانع الأدبي للخطيبين لن يمكنهما من إبرام هذا النوع من الاتفاقات. والأكثر من ذلك، لا يمكن تضمين واقعة مادية-الخطبة، بعقد-الشرط الخاص-، على أساس أن الخطبة لا تحمل أي نوع من أنواع الالتزام، فكيف تتضمن شرط تم عقده بمناسبة⁴.

وعلى الرغم من أن المادة 08 من مدونة الأسرة تضمنت ما سعى إليه الفقه القانوني الجزائري والتونسي ألا وهو إلزام القاضي بالبحث عن المتسبب في العدول، غير أن الفقه المغربي⁵ اعتبره تجاوزا صارخا للمبدأ العام، فالأصل أن الطرف العادل هو نفسه الشخص المتسبب في العدول، والاستثناء

¹ م.ت، ق.ت.م، ع.26313، ل 25-04-2009، ن.م.ت، سنة 2009. الملحق رقم.01.

² ساسي بن حليلة، المرجع السابق، ص.36.

³ محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، سلسلة الميزان التشريعي، دار الميزان للنشر والتوزيع، ع.2، ط.2، 1994، ص.16.

⁴ ساسي بن حليلة، المرجع السابق، ص.24.

⁵ أحمد الخليلي، أحكام الخطبة، ماهي قوته الإلزامية؟ وآثار العدول عنها؟، مجلة الأمن الوطني، المغرب، 1990، ع.161، ص.18.

هو العكس. وبالتالي، لا يمكن وضع نص قانوني يعالج مسألة استثنائية على حساب المبدأ العام. وعليه، فقد نادوا بما جاء به المشرع الجزائري والتونسي، من حيث إلزام الطرف العادل بإرجاع الهدايا بموجب المادة 5 و4/5 من قانون الأسرة الجزائري، والفصل 02 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، وهو الأمر الذي يصعب تطبيقه في الواقع، ذلك أن العدول دائما ما يرتبط بسبب يراه الطرف العادل وجيها ومبررا لعدوله.

وقد أشار بعض الفقهاء إلى أنه ينبغي على القاضي ربط استرجاع الهدايا بسبب العدول المجرد، ويقوم الطرف العادل بإرجاع الهدايا المقدمة له دون أن يسترد الهدايا التي قدمها للطرف الآخر، وبناء على ذلك يسعى القاضي بسلطته التقديرية تحديد السبب الحقيقي للعدول، ويبقى الأمر على حاله ما لم يفصح العادل عن السبب الحقيقي، وإذا تبين للقاضي¹ أن الطرف المعدول عنه هو المتسبب في العدول فيصبح في هذه الحالة في حكم الطرف العادل².

ولعل هذا الرأي يتصل بروح التشريع من خلال أبعاده المقاصدية، وتقديره بوجود الضمان من طرف الشخص العادل أعمق نظراً وأحكاماً رأياً، لتمسكه بالعدالة في أوسع معانيها وأدق تفاصيلها، على اعتبار أنها الترجمان الحقيقي والعملي للحق ومفهومه ووظيفته³. والأكثر من ذلك، فإن أساس الضمان هو أن الشخص انحرف بالحق الممنوح له وناقض وظيفته وغايته، ومن هذا الانحراف ترتب الضرر، وهو في حد ذاته ممنوع بصرف النظر عن سببه ومنشئه⁴.

¹ إذ على الرغم من ضرورة وضع معيار موضوعي يستند إليه القاضي في تقديره للسبب الحقيقي. غير أن البحث في سبب العدول عن الخطبة يقتضي الاعتماد على معيار شخصي مرن يتعلق بالشخص العادل، وهو الأمر الأصح، على أساس أن الأسباب المرغوبة في الزواج أو الأسباب التي تدفع إلى العدول عنه تعتبر شخصية ومتغيرة من شخص لآخر، لذلك ينبغي قياسها بمعيار شخصي بحث، فالفعل البسيط الذي لا يصرف الشخص العادي عن الزواج، يمكن أن يكون بالنسبة لآخر مبرراً شرعياً لإنهاء الخطبة. كمال بلمحجوب، أسس بناء عقد الزواج في ضوء الفقه ومدونة الأحوال الشخصية المغربية، دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الشريعة، فاس، المغرب، السنة الجامعية 1999-2000، ص.59.

² أحمد الخليلي، أحكام... المرجع السابق، ص.18.

³ رائف محمد النعيم، المرجع السابق، ص.193.

⁴ فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، ط.2، 1417هـ، 1997م، ص.129.

الفرع الثالث: التعويض في حالة العدول عن الخطبة

إن توجه الشريعة الإسلامية نصا ومقصدا وما ترتب على ذلك من تأييد لها، من خلال النصوص القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري والتونسي والمغربي، في اعتبار العدول عن الخطبة من الحقوق التي لا غبار عليها، ويمارسها أحد الخاطبين وفقا لإرادته السليمة والصحيحة والتي لا يمكن مصادرتها بأي حال من الأحوال.

وكما عرفنا مسبقا، يستمد الحق في العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة شرعيته من تبعيته للحق الأصيل، ألا وهو الحرية في إبرام عقد الزواج، وهو الأمر الذي كان يعتبر بديهيا بالنسبة للفقهاء المتقدمين، حيث لم يبحثوا في موضوع التعويض عن الأضرار المترتبة في حالة العدول عن الخطبة، على اعتبار أن العدول جائز لكلا الطرفين إذا كان مبررا، غير أنه يكره العدول حسبهم من غير مبرر شرعي دون تحريمه، والظاهر من قولهم إنهم لا يرون في العدول مطلقا، خاصة إذا ما تكلمنا عن مسؤولية الطرف العادل عن الأضرار الناشئة بسبب العدول¹. والأكثر من ذلك، فإن الواقع يبين أن العدول عن الخطبة غالبا ما يصاحبه ضرر ماديا أو معنويا. وحتى بالنسبة لرأي الفقهاء القائلين بكون الوعد ملزما، فهو مقتصر على إبرام عقد الزواج.

ولعل الأوضاع الاجتماعية السائدة آنذاك هي التي لعبت دورا هاما في عدم تطرق الفقهاء لهذه المسألة، لأن الخطبة في عصرهم لم تكن ترتقي إلى مستواها الحالي من الاشتهار وصرف النفقات، فقد التزم الخاطبين في ذلك الوقت بما تقتضيه الشريعة الإسلامية من التزامات²، التي لم تترك مجالا لوقوع هذه الأضرار، ومن ذلك عدم الخلوة والتواعد بين الخاطبين، إلى غير ذلك من الالتزامات الأخلاقية والأدبية، إضافة إلى أن قصر المدة الزمنية للخطبة، فكثيرا ما ينتفي معها نشوب النزاعات خاصة في الجانب المادي. وعلى هذا الأساس، لم يكن من الممكن أن يتصوروا أنه سيأتي زمن يظهر فيه الخاطبين بمظهر

¹ موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج.9، ص.571.

² نايف محمد الرجوب، المرجع السابق، ص.240.

الزوجية¹. غير أن هذا لم يمنعهم من دعوتهم إلى الوفاء بالخطبة، وكراهية العدول عنها من غير مبرر، إشارة منهم إلى إمكانية ترتب عدة أضرار بالطرف المعدول عنه².

غير أنه في الوقت الراهن، أصبح العدول عن الخطبة بمثابة الظاهرة الشائعة في حياتنا اليومية، وما يصاحبها من عدوان وأضرار بين الخاطب والمخطوبة، والتي من شأنها أن تتوسع لتشمل أهليهما، لتصبح أروقة المحاكم ساحة للمبارزة بين الخاطب والمخطوبة وما يصاحبه من تعويضات مادية.

وما أكثر دعاوى التعويض عن الأضرار المترتبة في حالة العدول عن الخطبة، الناجمة بدرجة أولى عن انحراف المسلمون عن تعاليم الإسلام وتقليدهم للأجانب³. ومن خلال البحث على مستوى القضاء، تبين أن أغلب هذه الدعاوى هي نسائية على أساس أنها ترفع عادة من المخطوبة، ولعل ذلك راجع إلى أن أثر العدول عن الخطبة يهز المرأة أكثر من الرجل، فضلا عن أن كبرياء الرجل يحول بينه وبين طلب التعويض من فتاة لا ترغب الزواج به⁴.

ونعتقد أنّ سكوت الفقه الإسلامي المتقدم راجع لتعدد موضوع العدول عن الخطبة بين قاعدتين أساسيتين يصعب ترجيح أحدهما على الأخرى.

فتتمثل الأولى في قاعدة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»، أي أن الشرع أو القانون إذا أجاز وقع فعل من شخص وترتب على ذلك ضرر⁵ فلا يلتزم بالضمان-التعويض-، بمعنى أن فعل الجواز لا يلتقي

¹ مصطفى السباعي، شرح...، المرجع السابق، ص.60.

² جميل فخري محمد جاتم مقدمات...، المرجع السابق، ص.237.

³ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص.63.

⁴ عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء...، المرجع السابق، ص.166.

⁵ الضرر في اللغة ضد النفع، وضارّه بالتشديد بمعنى ضرّه والاسم الضرر، وضرّة المرأة امرأة زوجها، والبأساء والضرء بمعنى الشدة، ومنها المضرة وهي خلاف المنفعة. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص.159 وحتى من الناحية الاصطلاحية، يرادف الضرر كل ما يلحق الشخص من أذى، سواء كان مال متقوم أو جسم أو عرض مصون، ومن الناحية القانونية، فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره في المسؤولية التقصيرية عموما، فإن الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة، سواء تعلق الحق أو تلك المصلحة بسلامته الجسمية أو العاطفية أو الجمالية، أو تعلقت بحريته وشرفه، وفي الفقه الإسلامي يطلق الضرر، ويراد به ما هو ضد النفع. عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص.90.

بفعل الضمان، وهو ما يؤكد النفي الوارد بين الفعلين¹ وتستند هذه القاعدة إلى قول النبي ﷺ: {الْحَرَجُ بِالضَّمَانِ}² ومن القاعدة الكلية: «الأمر بمقاصدها»³، ودليل هذه القاعدة، أنه قد روي: {أَنَّ رَجُلًا عَضَّ يَدَ رَجُلٍ؛ فَتَرَعَ يَدَهُ مِنْ فِيهِ؛ فَوَقَعَتْ ثَنِيَّتُهُ؛ فَاحْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: يَعْضُ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ كَمَا يَعْضُ الْفَحْلُ؟ لَا دِيَّةَ لَكَ}⁴، فوجه الدلالة في هذا الحديث أن الرجل الذي نزع يده قد فعل فعلا أذن له الشارع فيه، وترتب عليه ضرر، فلا يستوجب ضمانه⁵.

وتضمنت المادة 91 من مجلة الأحكام العدلية «قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان»⁶، ولا يقتصر تطبيقها على المعاملات فقط، وإنما تمتد لمختلف أبواب الفقه من العبادات والجنائيات والعلاقات الدولية⁷.

¹ مصطفى أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط.2، 1409هـ، 1989م، ص.449.

² عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ، {أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنَّ الْحَرَجَ بِالضَّمَانِ}. أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.12، أبواب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، ح.ر:1286، ص.574؛ أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.12: كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، ح.ر:2242، ص.754.

³ عيسى خيرى الجعبري، قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، سلسلة أبحاث فقهية، فلسطين، ط.1، 2020، ص.23.

⁴ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.6، كتاب الديات، باب إذا عض رجل فوقع ثناياه، ح.ر:6892، ص.1704.

⁵ عيسى خيرى الجعبري، المرجع السابق، ص.24.

⁶ اعتمد المذهب الحنفي هذه القاعدة لفظا ومدلولاً، غير أن المذاهب الأخرى تضمنت فقط مضمونها دون أن تعتمد اللفظ. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، الرياض، ج.1، ط.خ، 1423هـ، 2003م، ص.92.

فيقول المالكية بقاعدة: «ما تولد عن المباح فهو معفو عنه». أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق، مصطفى بن أحمد العلوي، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ج.4، د.ط، 1387، ص.189.

وقال الشافعية بقاعدة: «المتولد من المأذون فيه لا أثر له، بخلاف المتولد من المنهي عنه». بدر الدين، محمد بن بهادر بن عبد الله الرزكشي، المنشور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، شركة دار الكويت للصحافة، الكويت، ج.3، ط.2، 1405هـ، 1985م، ص.163.

غير أن الحنابلة لم يتضمنوا على قاعدة فقهية مشابهاً، غير أنهم افروها في فتواهم، فقالوا إن الشخص إذا وضع حجرا في طين في الطريق ليطأ الناس عليه، أو يعبروا عليه، فهذا مباح لا يضمن ما تلف به. موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.12، ص.89.

⁷ عيسى خيرى الجعبري، المرجع السابق، ص.2.

فلا ضمان على الفاعل لأنه قام بفعل مباح، وبناء على ذلك لا مسؤولية ولا تعويض على الشخص العادل عن الخطبة سواء ترتب ضرر مادي أو معنوي.

أما القاعدة الثانية فتتمثل في قوله ﷺ: { لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ }¹، والذي تستند عليه قاعدة «الضرر يزال»². وعليه، لا يجوز إلحاق الضرر بالغير ويستوجب رفعه، وتعتبر هذه القاعدة من القواعد الفقهية³ الكلية الواردة بشأن رفع الضرر. بالإضافة إلى أنها أساس منع التعسف في استعمال الحق، فالعدول وإن كان حقا، إلا أن إساءة استعماله تستوجب المسائلة، وعليه، فإذا ترتب ضرر مادي أو معنوي أو أدبي فمن حق الطرف المتضرر المطالبة بالتعويض⁴.

أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين المعاصر فقد استطرد في هذه المسألة، من خلال تأكيد حق الطرف المعدول عنه في التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء العدول عن الخطبة. غير أنه وجد اختلاف كبير حول أساس هذا التعويض، هل من خلال الضرر الذي نتج من فعل العدول نفسه، أم الضرر الذي ترتب من خلال أفعال مصاحبة للعدول. ومردُّ هذا الاختلاف راجع إلى الاختلاف حول الطبيعة القانونية للخطبة، سواء بالنسبة للفقهاء الإسلاميين الذي تردد بين الوعد بالزواج الملزم والغير ملزم؛ أو بالنسبة للفقهاء القانونيين الذي يتردد بين اعتبار الخطبة وعد بالزواج غير ملزم، وبين من يعتبرها عقدا.

¹ حديث سبق تخريجه، ص.50.

² يبني على هذه القاعدة عدة أبواب للفقهاء الإسلاميين، وعلى العموم تندرج ضمنها ستة قواعد أساسية: تتمثل الأولى في قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»، أما القاعدة الثانية في: «ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها»، والثالثة في: «الضرر لا يزال بالضرر»، والرابعة في: «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرر»، والخامسة في: «درء المفسد أولى من جلب المصالح»، أما القاعدة الأخيرة فتتمثل في: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة»، زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر بن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1، 1419هـ، 1999م، ص.73-78.

³ عرفها الفقهاء المتقدمون بأنها: «حكم أكثرى لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامه منها». زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر بن نجيم، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، شرح: أحمد بن محمد الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.1، ط.1، 1405هـ، 1985م، ص.51.

بينما عرفها الفقهاء المعاصر بأنها: «أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل في موضوعاتها». مصطفى أحمد الزرقا، شرح...، المرجع السابق، ص.34.

⁴ محي هلال السرحان، القواعد الفقهية شرحها ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.1، 1426هـ، 2005م، ص.52.

وقد استند كل توجه على مبررات وأسانيد، سواء بالنسبة للفقهاء الإسلاميين المعاصرين أعمالا للقواعد الفقهية؛ أو بالنسبة للفقهاء القانونيين من خلال قواعد المسؤولية التقصيرية أو التعسفية، غير أننا نستعرض في بادئ الأمر رأيين متطرفين لا يمكن الأخذ بهما مطلقا:

فيقول الرأي الأول بالزامية التعويض في حالة العدول عن الخطبة على أساس المسؤولية العقدية، على اعتبار أن العدول هو إخلال بالتزام تعاقدي يستوجب التعويض ما لم يكن مبررا، وهو الأمر الذي ليس له أي أساس حتى بالنسبة لأصحابه، على أساس أنه ظهر في الفقه والقضاء الفرنسي، وقد تراجع هذا الأخير ليعتبر الخطبة مجرد وعد بالزواج. وبالإضافة إلى ذلك فإن القول بأن العدول هو إخلال بالتزام تعاقدي، سيجعل من الأمر أكثر سوءا على أساس أن محل التزام الخاطب والمخطوبة هو إبرام عقد الزواج، وهو يتنافى مع حرية الشخص في إبرام عقد الزواج الذي يعتبر من النظام العام¹.

أما الرأي الثاني، فيقول إن التعويض يتعارض مع طبيعة الخطبة باعتبارها وعدا بالزواج. وأن عدول الخاطب يجعله في حكم للقاعدة الفقهية القائلة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان». وقياسا على الزوج الذي طلق زوجته قبل الدخول لا يتحمل إلا نصف المهر، فمن غير المنطقي والعدل أن يتحمل الخاطب دفع تعويض عن أضرار قد تفوق قيمة ما يدفعه الزوج من نصف المهر المسمى. وقد أضافوا بأن الشريعة الإسلامية اعتبرت الخطبة تمهيدا لعقد الزواج، لكي يتسنى للطرفين التعرف على بعضهما البعض، ومعرفة مدى التلائم فيما بينهما، لكي يتخذ كل طرف قراره في الإقدام أو الاحجام عن الزواج وهو الأمر الذي يجعل كل طرف على علم بأن حق العدول هو حق مقرر بصفة مسبقة، مما يجعل استعمال حق العدول متوقع لكل طرف². وعليه، فالقول بالتعويض من شأنه أن يكره الخاطب على إبرام عقد الزواج خوفا من دفع مبلغ التعويض. والأكثر من ذلك، فإنّ الخوض في التعويض على إطلاقه، قد يفتح بابا واسعا على القضاء بكثرة القضايا وتراكمها، مما يزيد من حدة المشاكل والضغينة بين الطرفين وعائلتهما³.

¹ عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء...، المرجع السابق، ص.167.

² محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.36.

³ محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط.3، 2010، ص.31.

وعليه، لا مجال للقول بالتعويض في حالة العدول عن الخطبة سواء كان هذا الأخير مبرراً أم غير مبرر، ومن المتفق عليه فقهاً أن العدول المبرر عن الخطبة لا يستوجب التعويض، كما أن العدول عن الخطبة بغير مبرر، هو أمر غير ممنوع¹.

أما بخصوص الآراء التي نعتقدها من وجهة نظرنا معتدلة، فنستعرضها فيما يلي:

فقد ذهب بعض الفقه في هذه الحالة، إلى أن الحكم بالتعويض على العدول المجرد، هو حكم مؤسس شرعاً، وهذا راجع لعدة اعتبارات نذكرها فيما يلي:

إن العدول وإن كان مجرداً، فإنه لا يخلو من ضرر مادي ومعنوي، خاصة في الوقت الراهن، على اعتبار أن نظرة الناس للخطبة وتعظيمهم لها هي بمستوى اهتمامهم بعقد الزواج نفسه، فمتى وقع ضرر -الذي يعتبر حتمي في هذه الحالة- يستوجب تعويضه طبقاً لما تقتضيه قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار». بالإضافة إلى أن قاعدة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان» لا تمنع من التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة. فقياساً على الطلاق، الذي يعتبر جائزاً بإجماع الفقهاء باعتباره حقاً للزوج، إلا أنهم قرروا عليه تعويضاً للزوجة، وهو ما يسمى بالمتعة، وبرروا توجههم أنها جبراً لما لحق الزوجة من ضرر مادي ومعنوي جراء الطلاق، الذي كان بمثابة انكساراً لقلبها، ولهذا أمر المولى عز وجل بإمتاعها، وهو تعويض عما فاتها وما سيفوتها من جراء الطلاق².

كذلك القول بعدم الزامية الخطبة، هي عدم إلزام الخطيبين من إبرام عقد الزواج، وهذا لا يعني إعفاء الطرف العادل من التعويض، لذلك فإن القول بعدم إلزامهما بإبرام عقد الزواج لا اعتبار الخطبة مجرد طلب للزوج، فإن تعويض الضرر هو حل وسط بين الإلزام والإهمال. والأكثر من ذلك، فإن غض النظر عن الأضرار الناجمة عن العدول المجرد يفتح الباب لحالة لها خطورتها في المجتمع، وفرض التعويض فيها يمنعها أو يقللها، ويمكن التمسك هنا بقاعدة: «سد الذرائع»، فكم من أمر أصله مباح تم منعه لما يؤدي من نتائج سيئة، والمقصود بالمنع هنا هو فرض التعويض وليس الإلزام بإتمام إجراءات عقد الزواج³.

¹ عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء...، المرجع السابق، ص.172.

² أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، المرجع السابق، ج.1، ص.379.

³ فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، د.ط، 2004، ص.30-31.

وينبغي التنويه في هذه الحالة أن العدول المجرد هو العدول الغير مبرر، وتأصيل هذا التوجه يرجع إلى قاعدتين أساسيتين:

القاعدة الأولى، هي قاعدة الوعد الملزم للمالكية، والضرر حسبهم الناشئ عن العدول إنما هو في الأصل مقارن للورطة التي وقع فيها الموعود له، فإذا كان العدول عن امرأة طالت خطبتها ولم تتحلل من وعدا وفاءا للديانة، فإن العادل قد ورط الفتاة بعدوله وتحلل منه يوم رغب الحطاب عن نظيرتها في السن. كما قد يكون المعدول عنه شابا ترك بيت أهله، واستأجر شقة وأثنتها استعدادا للحياة الزوجية الجديدة. وعليه، فإن التزام الواعد بتنفيذه لوعده، هو التزام ديني وأخلاقي، غير أنه لا يمكن إلزامه بإبرام عقد الزواج لأنه يتنافى مع ركنه الأساسي -الرضا-. لذلك، وجبرا للورطة التي وقعت فيها المخطوبة أو الخاطب -طبقا للمثاليين السابقين وجب إلزام الطرف العادل بالتعويض¹.

أما القاعدة الثانية، فتتمثل في المسؤولية الناتجة عن التعسف² في استعمال الحق. وعليه، فالحق المكفول شرعا له مسوغات يقتضيها. ومن هذا المنطلق، لا مجال للقول بالحق المطلق الذي يتمسك به صاحبه دون اعتبار لحقوق الغير. وعليه، فقد ألزم الشرع صاحب الحق بأن يكون استعماله له متوافقا مع قصده وغايته التشريعية وإلا كان من دون غاية، أو كانت غايته الإضرار بالغير والعبث بحقوقهم، ويكون في هذه الحالة قد تعسف في استعماله لحقه. ولما تقر للخاطبين الحق في العدول عن الخطبة، كان لا بد أن يؤخذ هذا الحق بوجه لا يضر بالطرف الآخر بغض النظر عن الباعث، ومن هنا يلتزم الطرف العادل بالتعويض عن الضرر المترتب عن العدول، وتقييد هذا الحق جاء لعدم الإضرار بالغير

¹ محمد بن أحمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، جمع: علي نايف الشحود، دار المعرفة، بيروت، ج.1، د.ط، د.س.ن، ص.255.

² التعسف في اللغة بمعنى عسف يعسف عسفا، والعسف: السير بغير هدى، والأخذ على غير الطريق، يقال عسف الطريق أي سار فيه على غير هدى ولا جادة، وعسف عنه، مال وعدل، يقال عسف عن الطريق أي عدل وحاد، وعسف في الأمر فعله بلا رؤية ولا تدبير. ويقال عسف فلان فلانا: أخذه بالقوة وظلمه، وعسف السلطان أي ظلم، وتعسف فلان فلانا: إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ويقال رجل عسوف إذا كان ظلوما. ابن منظور، المرجع السابق، ج.2، ص.148.

أما من الناحية الاصطلاحية، التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل. أي مضادة قصد الشارع، وهذه المضادة إما أن تكون مقصودة، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا، بأن يستعمل الحق قصد الإضرار. فتحي الدريني، القواعد...، المرجع السابق، ص.87.

مصداقا لقوله ﷺ في الحديث سالف الذكر: { لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ }¹. وتقرير هذه المسؤولية التعسفية، لا تتنافى مع حرية الشخص في إبرام عقد الزواج، على أساس أن الحكم بالتعويض على المتعسف وارد على الضرر الواقع لا على الحق المستعمل. وبالتالي، يجب أن يتم جبره سواء كان ماديا أو معنويا²، عملا بالقاعدة الفقهية: «الضرر يزال»³.

وتكون الشريعة الإسلامية بهذا التوجه، السبابة إلى وضع أسس نظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك من خلال منحها صاحب الحق، السلطة في ممارسته لتحقيق مصلحته الذاتية، مع تقييده بالمحافظة على حق الغير، مما يجعل الحق متميزا بصفة فردية وجماعية في وقت واحد. فهو حق له ميزة فردية لكونه يخول لصاحبه الحق في الاستمتاع بثمرات الحق منفردا. أما الميزة الاجتماعية للحق فكونه مقيد بعدم استعماله بطريقة مضرّة للغير⁴، وهو ما يؤدي إلى تحقيق التوازن بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية، مما يجعلها تعترف بوجود هاتين المصلحتين الجوهرتين، وهذا ما لا نجد في المذهب الفردي الذي يعترف بالحق الفردي وحده، فلا نجد أساسا لنظرية التعسف في استعمال الحق في المذهب الفردي⁵.

وبذلك، فإن منح الشرع للطرفين الحق في العدول عن الخطبة، لا يبرر استعمال الحق على وجه ضار، بباعث غير مشروع، أو قصد سيء، لإلحاق الأذى بالغير تحت ستار الحق، لأن الحق لم يشرع أصلا ليُتخذ كوسيلة لإلحاق الأذى بالغير، بل شرع لمصلحة جدية مشروعة ومعقولة تحقق غرضا اجتماعيا إنسانيا مقصودا للشارع⁶.

¹ حديث سبق تخرجه، ص. 50.

² لم يكن للفقهاء المتقدم مجالاً للبحث عن فكرة التعويض عن الضرر المادي، لذلك تعتبر من قبيل النوازل التي عاجلها الفقهاء المعاصر والمتأخر، والتي ترتب عليها رأي يقول بعدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي، إذ أن قوامه مبني على الإستغواء والاستهواء؛ في حين يرى البعض بضرورة التعويض لأن الضرر المادي والمعنوي سيان، وكلاهما تضمن الاعتداء على الغير، كما لا يخفى أنه من الفقه المتقدم من أخذ بجواز التعويض عن الضرر المعنوي، كما هو مقرر لدى الشافعية الذين قالوا بوجود التعويض عن الاعتداءات التي ترتب ألما وعيبا وبالاعتدى عليه توجب التعويض بالقدر الذي أصابه الألم. محمد رشيد بوغزالة، المرجع السابق، ص. 48.

³ فتحي الدريني، بحوث...، المرجع السابق، ج. 2، ص. 522.

⁴ جميل فخري محمد جاتم، مقدمات...، المرجع السابق، ص. 237.

⁵ فتحي الدريني، القواعد...، المرجع السابق، ص. 07.

⁶ جميل فخري محمد جاتم، مقدمات...، المرجع السابق، ص. 237.

ومن هذا المنطلق، يرتبط جواز العدول عن الخطبة بالمبرر الشرعي، وإلا اعتبر تعسفا في استعمال الحق، على أساس أن الخطيبين وإن لم يلتزما بإبرام عقد الزواج، غير أنهم ملزمون ببذل الجهد الكافي لإبرامه، على اعتبار أن الإرادة الضمنية للخطابين تتجه إلى إبرام عقد الزواج، وتترتب أحكام المسؤولية التعسفية إذا ما انتفى المبرر الشرعي لاستعمال حق العدول، مما يستوجب التعويض¹. مع الإشارة أنه حتى تقوم هذه المسؤولية، ينبغي مشروعية الفعل المسبب للضرر ألا وهو فعل العدول في حد ذاته.

أما الرأي الثاني، فقد حاول رفعا للحرج وتفاديا لترجيح أحد القاعدتين على الأخرى²، من خلال المزج بينهما، وذلك باعتبار الخطبة وعد بالزواج يجوز لأحد الخطابين العدول عنها، دون أن يعتبر مسؤولا عن فعل العدول، وفي حالة ما إذا اقترن بالعدول أفعال أخرى ألحقت ضرر بأحد الخطابين، التزم الطرف العادل بالتعويض على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية³.

وعليه، يكون هذا التوجه قد اعتد بالرأي الذي لا يجيز التعويض في العدول المجرد عن الخطبة، ولا تترتب عنه أية مسؤولية، غير أنه إذا اقترن أو سبقه فعل أوقع ضرر بالطرف الآخر⁴، وفي هذه الحالة تقوم مسؤولية الطرف العادل، ليس لاستعماله لحقه في العدول، وإنما بسبب الأفعال الضارة المصاحبة للعدول، لا أن يكون العدول مبررا أو غير مبرر على أساس أن وجود المبرر من عدمه، لن يزيد أو ينقص من المبدأ الأساسي الذي يقضي بجواز العدول عن الخطبة⁵.

وينبغي الإشارة في هذه الحالة أن المسؤولية التقصيرية كما هو معلوم تقوم على ثلاثة أركان، وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وعليه فإن الخطأ المعني في العدول عن الخطبة هو الفعل المصاحب لفعل العدول، الذي سبب ضررا للطرف المعدول عنه؛ لا لفعل العدول في حد ذاته.

¹ عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء...، المرجع السابق، ص.168.

² قاعدتي الجواز الشرعي يناهض الضمان، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.830.

⁴ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.36.

⁵ عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في...، المرجع السابق، ص.167.

ويعتبر هذا الطرح مقبولاً نوعاً ما، على أساس أن المسؤولية التقصيرية تقتضي عدم مشروعية الخطأ، وكما هو معلوم، حتى تقوم مسؤولية الطرف العادل ينبغي أن تكون الأفعال التي قام بها العادل غير مشروعة بطبيعتها¹.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد ثبت على موقفه الذي تبناه في المادة 02/05 من قانون الأسرة 84-11 التي تنص على أنه: «إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي جاز له الحكم له بالتعويض»، وهو نفس النص المعدل بالأمر 05-02، ليكون بذلك قد سلك الرأي القائل بأساس التعويض على المسؤولية التعسفية.

وقد أنتقد المشرع الجزائري في صياغته لهذه الفقرة، على أساس أنه رتب التعويض عن الأضرار التي سببها فعل العدول، وقالوا بإلزامية ترتيب التعويض على الأفعال المصاحبة للعدول، معللين بذلك بعدم جواز الحكم بالتعويض نتيجة ممارسة الحق الشرعي والقانوني².

وبالنسبة للمشرع التونسي، فلم يتناول مسألة التعويض في حالة العدول عن الخطبة. وعلى الرغم من ذلك، يمكن القول إنه نجح ما جاء به المشرع الجزائري من خلال جعله للمسؤولية التعسفية كأساس للتعويض عن الأضرار المترتبة من خلال العدول عن الخطبة، وهذا يظهر من خلال أمرين أساسيين، يتمثل أولهما في قرار محكمة التعقيب الصادر بتاريخ 03 مارس 1959 الذي اقتضى: «إنّ الوعد بالزواج وإن كان غير ملزم بإتمامه لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم إساءة استعماله، وإساءة استعماله تمكّن من حق المطالبة بجبر الضرر على قاعدة الجنحة المدنية لا المطالبة بغرم ناتج عن عدم الوفاء بالالتزام»³.

¹ جميل فخري محمد جاتم، مقدمات...، المرجع السابق، ص 264.

² حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط. 01، 2009، ص 15-16.

³ م.ت، ق.ت.م، 03-03-1959، ع.1556، ن.م.ت، 1959، ع.06، ص.30.

وقد رأي الفقه التونسي أن القرار كان في محله من خلال اعتباره أساس التعويض في حالة العدول عن الخطبة، هو التعسف في استعمال الحق الذي نص عليه الفصل 103 من مجلة الالتزامات والعقود، إلى غاية استعماله مصطلح «الجنحة المدنية» المنصوص عليها في الفصل 82 و83 من مجلة الالتزامات والعقود، مما يطرح التساؤل حول الأساس القانوني لهذا التعويض، هل على أساس الجنحة المدنية أم على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق. ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص.25.

أما الأمر الثاني، فيستخلص من الفصل 01 من مجلة الأحوال الشخصية. أي نعم، فقد منح الخاطبين الحرية في ممارسة حقهما في العدول. غير أن هذه الحرية ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة ومعلقة على شرط عدم التعسف¹.

وتأكيدا لذلك، نجد أن الأحكام الصادرة في هذا الموضوع، ما هي إلا تأكيد لقرار محكمة التعقيب سالف الذكر، حيث قضت المحكمة الابتدائية بصفاقس بتاريخ 17 مارس 1986: «أنّ العلاقة التي كانت قائمة بين الطرفين بموجب خطبة المدعى عليه للمدعية ثابتة بالملف وقد قدّمت المدعية للدلالة على ذلك عدة 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 ولئن كان حقا لكل منهما فإنه حق لا يمكن التعسف به وينجر عن التعسف بهذا الحق جناحة مدنية تخول المطالبة بغير الضرر من جراء عدم احترام الناكل لما التزم به...»².

وقد أعيب على هذا التوجه، بأنه قد وقع في تناقض بين ما يقرره من حرية كاملة للطرفين في ممارسة حقهما في العدول من جهة، وتقرير التعويض للطرف المتضرر من جهة أخرى³.

وعلى العموم، فقد استقر فقه القضاء التونسي على تقرير العدول عن الخطبة باعتباره حقا أساسيا لا يترتب عند استعماله أي تعويض، عملا بمبدأ حرية الزواج. غير أنه استثناء قرر التعويض في حالة الضرر الذي يصيب الطرف المعدول عنه اعتمادا على مبدأ التعسف في استعمال الحقوق⁴.

وباستقراء النصوص القانونية المغربية، نجد أن المشرع لم يتعرض في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة إلى مسألة التعويض في حالة العدول عن الخطبة، وذلك على منوال الفقه الإسلامي القديم، واستخلاص

¹ هجيرة خدام، حرية المرأة في القوانين المغربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2017-2018، ص.54.

² المحكمة الابتدائية بصفاقس، ل 17-03-1986، ع.12374، مقتبس عن: ساسي بن حليمة، مجموعة تعاليل على قرارات في مادة الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012، ص.10.

³ هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.55.

⁴ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص.34.

الحكم في ظل هذه المدونة يكون من خلال الرجوع إلى الفقه المالكي، والذي بدوره لم يولي أهمية بالغة لهذه المسألة، ولعل ذلك راجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية قد فرضت أن ذلك سلوكات معينة على الخاطبين تجعلهم في منأى عن وقوعهما في الضرر. وفي المقابل يعيش المجتمع المغربي الحالي موجة من النزاعات الأسرية بما في ذلك المتعلقة بالضرر المترتب في حالة العدول عن الخطبة، خاصة بالنسبة للتقليد الأعمى للشعوب الغربية الذي فرض واقع مغاير لما كان في السابق¹.

غير أن موقف المشرع المغربي يظهر بوضوح من خلال المادة 07 من مدونة الأسرة، وحسب هذه المادة يجب التمييز بين العدول المجرد من طرف أحد الخاطبين، باعتباره مسألة مشروعة لا تحتاج حتى إلى تبرير، لأنها من صميم النظام العام، والأفعال أو الأقوال غير اللائقة التي قد تصاحب ذلك الانهاء أو تسببه أو تأتي بعده، وهو ما نصت عليه المادة 02/09 من مدونة الأسرة، والتي متى أحدثت ضررا ماديا أو معنويا للطرف الآخر ترتب المسؤولية المدنية الكاملة لمن صدرت عنه².

وعليه فأساس التعويض في حالة العدول عن الخطبة بالنسبة للمشرع المغربي، هو المسؤولية التقصيرية، وذلك من خلال الاعتداد بالأفعال التي صاحبت فعل العدول باعتبارها خطأ تقصيريا، وليس فعل العدول في حد ذاته.

وفي اعتقادنا، نجد أن المشرع المغربي قد مزج بين رأيين في هذه المسألة، فالأول يتمثل في الرأي القائل بعدم التعويض مطلقا في حالة العدول عن الخطبة باعتبارها حقا مشروعا ومطلقا على أساس المادة 07 من مدونة الأسرة. والرأي الثاني القائل بالتعويض عن الأفعال المصاحبة للعدول التي سببت ضرر للطرف المعدول عنه.

وما هذا التوجه الذي سلكه المشرع الأسري المغربي، إلا تأثرا بما سلكته محكمة النقض المصرية التي كانت السباقة إلى تقرير الحكم بالتعويض عن الأضرار المترتبة عما يصاحب العدول من أفعال، حيث قضت في قرارها الصادر في 1939 على أن: «مجرد العدول عن الخطبة لا يعد سببا موجبا

¹ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.221.

² يونس الزهري، المرجع السابق، ص.324.

للتعويض مهما استطلت مدة الخطبة، إلا إذا اقتزن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة ألحقت ضرراً بالطرف الآخر»¹.

ومن هنا تطرح العديد من الإشكالات، فماذا لو استطاع الخاطب نفي العلاقة السببية بين فعله الضار وبين الضرر الذي أصاب المخطوبة؟ كذلك ماذا لو أثبت أن هذه الأفعال قد تسببت بخطأ المخطوبة أو أهلها أو حتى من الغير؟ ماذا لو لم يصدر من الخاطب أفعال ضارة، وإنما المخطوبة ما تضررت إلا من فعل العدول؟

كل هذه إشكالات، على حسب اعتقادنا لا تواكبها أحكام المادة 02/09 من مدونة الأسرة، ولعل هذا الأمر واضح من خلال مطالبة الفقه المغربي بتبني موقف المشرع الجزائري الذي رتب التعويض على فعل العدول نفسه إذا ما رتب ضرراً للطرف المعدول عنه.

وقد قرر بعض الفقه بأنه في حالة انعدام المتسبب بالضرر فلا مجال للتعويض في هذه الحالة²، وهو أمر في الحقيقة يتعارض مع قاعدة «الضرر يزال»، فوجود شخص مضرور يستلزم جبر ضرره ما لم يتسبب فيه بنفسه، ولعل نظرية التعسف في استعمال الحق تجبر ضرر المعدول عنه، على أساس أن الواقع يبين أن فعل العدول يشترك في إحداثه للضرر حتى ولو ترتب من أفعال مصاحبة له.

ونعتقد أن هذا التوجه هو الأقرب إلى الصواب، على اعتبار أنه من جهة يتوافق مع الأسس التي تقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق، سواء بالنسبة للفقه الإسلامي أو القانون المدني، فالضرر في هذه الحالة نشأ نتيجة لممارسة الطرف العادل لحقه في العدول بشكل تعسفي، وهذه الأخير حتى تقوم ينبغي أن يكون الضرر قائماً من فعل مشروع، بينما المسؤولية التقصيرية تقتضي عدم مشروعية الفعل الضار. ومن جهة أخرى تتوافق مع المنطق والنظرة السليمة والعدالة التي تحقق للطرف المضرور الحماية القانونية.

¹ محكمة النقض المصرية، نقض مدني، بتاريخ 14-12-1939، المجموعة 3، رقم 14، ص. 30، مقتبس عن: محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 221.

² إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقاً لآخر تعديلات ظهير 10-09-1993، دار الجسور، المغرب، 2001، ص. 20.

ومن هنا ينبغي الإشارة إلى أهم مغالطة وقع فيها الفقه القانوني، ألا وهي تركيزه على الأفعال المصاحبة للعدول باعتبارها - خطأ تقصيري - يستوجب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية. وغالبا ما يتردد بينهم المثال الذي يقضي بأن الخاطب طلب من مخطوبته ترك العمل والدراسة، وأسسوا موقفهم بأن هذا الطلب يعد من قبيل الخطأ التقصيري.

وعليه، طبقا لما تطرقنا إليه مسبقا سواء في الفقه الإسلامي الذي عبر عنه بمصطلح الاعتداء أو العمل الضار، أو بالنسبة للقانون المدني الذي عبر عنه بالخطأ، فإنه يستلزم كونه فعل ضار من يوم صدوره، لا من يوم العدول، بمعنى أنه لو كان كذلك، لكان للمخطوبة طلب التعويض حتى ولو لم يقع عدول من الخاطب، والواقع يبين أن المخطوبة لم تتضرر من تركها للعمل والدراسة لما كانت الخطبة قائمة، وإنما الضرر وقع عليها من فعل العدول لا غير.

وعلى هذا الأساس، فإننا من خلال هذا الطرح لا ننكر حق المخطوبة من التعويض، لكن ننكر الأساس القانوني المستند إليه، ولعل نظرية التعسف في استعمال الحق، والتي أخذ بها المشرع الجزائري والتونسي هي الأولى بتقريرها، والتي تتضمن حماية أكبر للطرف المضروب.

وزيادة على ما سبق، هل في تطبيق المادة 124¹ مكرر من القانون المدني الجزائري، والمادة 277² من مدونة الالتزامات والعقود، والفصل 103، يعتبر مؤسس قانونا؟

¹ تنص المادة 124 من القانون المدني على أنه: «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض». عدلت بالقانون 10-05 ل 10-20-06-2005، ج.ر، ع.44، 2005، ص.23.

² تنص الفقرة 01 من الفصل 77 من ق.إ.ع «كل فعل ارتكبه الإنسان عن بيّنة واختيار، ومن غير أن يسمح به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر».

للإجابة على هذا التساؤل، نلاحظ أن المجلس الأعلى المغربي اعتبر تطبيق المادة 77 من مدونة الالتزامات والعقود، بأنه غير مؤسس من الناحية القانونية¹. غير أن الفقه القانوني المغربي يرى في تطبيقها هو الحل السليم والأمثل، على اعتبار أن قانون الالتزامات والعقود ما هو إلا الشريعة العامة².

غير أنه، نعتقد أن توجه محكمة النقض سليم، وإن كان الواقع الاجتماعي آنذاك- قبل صدور مدونة الأسرة - يستلزم الرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، على اعتبار أن القاضي سيقوم بتحكيم المادة 400 من مدونة الأحوال الشخصية التي تحيله إلى الأخذ بالآراء الفقهية للمذهب المالكي. أي نعم، لم تتطرق إلى مسألة التعويض في حالة العدول عن الخطبة، إلا أنها كانت السبابة في نحث قواعد المسؤولية التقصيرية والتعسفية³.

وهو الأمر نفسه الذي ينبغي تحكيمه في ظل مدونة الأسرة الجديدة، على اعتبار أنها أعطت المبدأ العام في المادة 02/09 منها والتي رتبت التعويض على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، والتي تتطابق مع ما تضمنته المواد 76 و 77 من مدونة الالتزامات والعقود.

أما بخصوص المشرع الجزائري والقضاء التونسي اللذان رتبا على الضرر الناشئ بسبب العدول على قواعد التعسف في استعمال الحق، وبطبيعة الحال يتماثل مضمون المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري والفصل 103⁴ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، مع ما أشرنا إليه من تأصيل لهذه القاعدة في الفقه الإسلامي.

وبالإضافة للتعويض على الضرر المادي باعتباره مسألة بديهية لا خلاف فيها، أقر المشرع الجزائري التعويض عن الضرر المعنوي و وافقه القضاء من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا 25-12-

¹ المجلس الأعلى المغربي، ل 11-01-1982، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع.31، ص.92، مقتبس عن: محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.32.

² إدريس الفاخوري، ترجيح الاتجاهات الأخلاقية في مجال العقود والالتزامات، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، ع.01، 2000، ع.1، ص.26.

³ كما أشرنا في الآراء الفقهية سالفة الذكر.

⁴ ينص الفصل 103 من مجلة الالتزامات والعقود، 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».

1989 والذي قرر بأنه: «من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء وهو حجية قاطعة على المعني به، ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضررا مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض...»¹، وقد اعتبر المشرع الجزائري أن الضرر المعنوي هو كل ما يشمل مساس بالحرية أو السمعة أو الشرف، وهذا بموجب المادة 182 مكرر من القانون المدني. وتأكيدا لما سبق، قضت المحكمة العليا بتاريخ 28 مارس 2000 ما يلي: «حيث أنه 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»².

فالواقع الاجتماعي يبين أن المخطوبة على وجه الخصوص تهزها الأضرار المعنوية أكثر من المادية، ولعل تفويت فرصة الزواج من قبيل الأضرار المعنوية الأكثر شيوعا وضررا في آن واحد، لأنها تصبح مهددة بعد العدول بعدم الزواج مطلقا، على أساس أن الخطاب سيرغبون عن مثيلاتها، وعليه فإن تفويت فرصة الزواج يعتبر من الأضرار المعنوية التي أكدها القضاء، حيث جاء في القرار الصادر في 23-04-1991 أنه: «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»³. وبدل القرار الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 2006 على توحد الاجتهاد القضائي الجزائري في هذه المسألة، حيث جاء فيه: «حيث يتضح من خلال القرار المنتقد بأنّ مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن والمقدر بمبلغ 100000 دينار جزائري 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 تحقق هدفها في الزواج بالطاعن، وبالتالي فإنّ ما قضى به قضاة الموضوع من تعويض يتماشى والقانون»⁴.

¹ م.ع، غ.م، ل 25-12-1989، م.ر: 34089، م.ق، ع.4، 1990، ص.102.

² م.ع، غ.م، ل 28-03-2000، م.ر: 231419، م.ق، ع.خ، 2003، ص.593.

³ م.ع، غ.أ.ش، 23-04-1991، م.ر: 73919، م.ق، ع.1، 1993، ص.54.

⁴ م.ع، غ.أ.ش، 15-11-2006، م.ر: 372290، م.م.ع، ع.1، 2007، ص.487.

وبناء على ما سبق، لا يمكننا الجزم بأن التعويض في حالة الأضرار المترتبة على العدول عن الخطبة من قبيل المصلحة العامة الثابتة بدءاً بما جاء في الشريعة الإسلامية من خلال مصادرها الثابتة، وإنما باعتبارها من المسائل المتغيرة التي يتم تقريرها على حسب المصلحة التي تتحقق بها مقاصد الشريعة الإسلامية، وهو ما يؤكد إغفال الفقه الإسلامي المتقدم التطرق لها. وحتى بالنسبة للمشرع المغربي، فقد اعتمد في تقريره للتعويض على حماية المصلحة الخاصة، وذلك باعتبار هذه المسألة من الأمور المرنة التي تتغير بتغير أطرافها من جهة. والظروف المحيطة بها، من جهة أخرى. وهو ما يؤكد الاختلاف التشريعي بين المشرع الجزائري والتونسي الذين اعتبرا أساس التعويض على العدول هو نظرية التعسف في استعمال الحق؛ والمشرع المغربي الذي اعتبره في قواعد المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ التقصيري والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وكما أشرنا سابقاً، فقد كفى المشرع التونسي نفسه عناء التطرق لهذه المسألة تارك الأمر للقضاء، مع منحه السلطة التقديرية الواسعة في أعمال النصوص القانونية وتفسيرها تفسيراً مصلحياً يتمشى مع الظروف والأوضاع الراهنة، ومع إشارته بطبيعة الحال إلى المبدأ العام التي تقوم عليه الخطبة.

والتعويض في حالة العدول عن الخطبة يعتبر من المسائل التي تتحكم فيها الظروف والعادات الممارسة في مكان وزمان معينين، أكثر من وضع نص قطعي ثابت، فعدم النص عن التعويض لدى الفقه المتقدم راجع إلى أن أعراف المجتمع في ذلك الوقت لم تكن تبجل وتعظم الخطبة بمثل ما هو سائد في هذا الزمان، لذلك كان من باب السياسة الشرعية تقرير التعويض عن الأضرار المترتبة في حالة العدول عن الخطبة¹، تقريراً لقول النبي ﷺ: {لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ}².

¹ رشيد عمري، استثمار السياسة الشرعية في الإصلاح الأسري، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، 2012، ع.01، ص.116.

² حديث سبق تخريجه، ص.50.

الفرع الرابع: نسب الطفل الناتج في مرحلة الخطبة

لما كان عقد الزواج بمثابة الرابطة الأساسية لقيام الأسرة، فإن النسب الشرعي يمثل أهم الآثار المترتبة على وجوده، لما يتفرع عنه عديد الحقوق الخاصة بالطفل من رعاية وتربية ونفقة وميراث، وغيرها من الحقوق المادية والمعنوية. فإذا كان القيام بحقوق الأبناء والاعتناء بهم من أهم مقاصد عقد الزواج، فإن النسب هو الذي يؤسس شرعية تنسل الأبناء من الآباء، وهو مبعث الجاذبية والميل الفطري لبعضهم البعض، وهو المؤسس للعلاقات في شقها الأخلاقي والقانوني¹، فالقاعدة المقررة شرعا أن الفراش الذي مناطه العقد وجودا أو عدما هو أساس النسب الشرعي، لثبوت النسب بين الولد وأبيه².

غير أن الواقع الاجتماعي في الوقت الحالي يبين إساءة التعامل مع الخطبة ومقاصدها الشرعية، وهذه الإساءة ظهرت من خلال انتفاء النصوص التشريعية في القوانين المغاربية، والتي نتج عنها تجاوز للحدود الذي ترتب عليه سقوط المحاذير الشرعية، بدءا من النظر والخلوة، وانتهاءً بالمعاشرة والمباشرة وظهور الحمل والوضع في غير إطار الزواج، وما تبع ذلك من محاولات لإضفاء الصبغة الشرعية للمعاشرة والحمل في مرحلة الخطبة، أي بمجرد الوعد بالزواج الصادر بإيجاب من أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر.

وبالنسبة لأحكام الشريعة الإسلامية فقد كان موقفها واضح، من خلال اعتبار المخطوبة بمثابة المرأة الأجنبية بالنسبة للخاطب، على اعتبار أن الخطبة - كما تم بيانه - مما هي إلا طلب الرجل المرأة للزواج، وهذا الأخير لا يرتب للطرفين أي حق من حقوق الزواج، ويترتب على ذلك تحريم المعاشرة الجنسية بين الخاطبين. بل أقل من ذلك، بتحريم الخلوة بينهما فقط. وعليه، فإن وقع حمل للمخطوبة، فهي تعتبر زانية، والولد الناتج عنها هو بن زنا، لا يثبت نسبه لأبيه مصداقا لقوله ﷺ: **{الْوَالِدُ لِلْفِرَاشِ وَاللِّغَاءِ الْحَجَرُ}**³. والأكثر من ذلك، لا يعتبر هذا الحمل بمثابة المبرر الشرعي الذي يتيح للمخطوبة المطالبة بالتعويض حال العدول عن الخطبة⁴.

¹ حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة من غير زواج، مجلة محكمة، دار أبي رقرق، المغرب، 2008، ع.04، ص.177.

² محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج.2، د.ط، 2001، ص.205.

³ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.85: كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، ح.ر:6749، ص.153.

⁴ عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء...، المرجع السابق، ص.180.

وفي زمن مضى، لم يعرف المجتمع الإسلامي نازلة حمل المرأة أثناء الخطبة، فإما تكون حامل وفق زواج شرعي أو سفاح. غير أن الوقت الحالي، وأمام انخفاض الوازع الديني، بالإضافة إلى عديد العوامل التربوية والثقافية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية، التي فرضت واقعا جديدا أدى إلى اختلاط الرجل بالمرأة في شتى الميادين، فنتج عن ذلك سرعة التواصل بين الرجل والمرأة، والتي تبتدى بمعرفة شخصية، تتحول بمرور الوقت إلى تواعد، وتتطور شيئا فشيئا إلى أن تصل لحد إقامة علاقة جنسية يترتب عليها حمل وولادة خارج إطار العقد الشرعي، مما يترتب عليه إشكالية نسب هذا المولود إلى أبيه البيولوجي¹.

وفي الحقيقة، نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أسهبوا في موضوع النسب، باعتباره من المسائل الأساسية الأصولية سواء تعلق الأمر بنسب الطفل الشرعي أو غير الشرعي.

أولا- التكييف الشرعي للطفل الناتج في مرحلة الخطبة:

إن العلاقة الجنسية الممارسة أثناء مرحلة الخطبة، ما هي إلا تفريط من المخطوبة في حق نفسها بالخروج مع الخاطب والاختلاء به، ويرتب مسؤوليتها الدينية ولا تستحق تعويضا في حالة العدول². وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: «إذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان، ورضيت المرأة أن تكون خليله على علم من أقاربها فلا تعويض، ولا يكون التعويض عن الإغواء إلا إذا اصطحب بالخدیعة والغش»³.

وعليه، يعتبر المولود الناتج في هذه المرحلة بن زنا، وهو الولد الذي أتت به أمه من طريق غير شرعي، أو هو ثمرة العلاقة المحرمة⁴. وجاء في الموسوعة الفقهية في تعريف ولد الزنا: «هو الولد الذي تأتي به أمه نتيجة ارتكاب الفاحشة»، وفي تعريف آخر: «هو الولد الذي تأتي به أمه من سفاح لا من

¹ عزيز البقالي، مسؤولية الدولة في حماية حقوق الطفل انطلاقا من التعديلات الواردة في مدونة الأسرة، أشغال اليوم الدراسي الذي نظمتها الجمعية الوطنية "الحصن" تحت عنوان من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة أي جديد؟ بالرباط، مطبعة دار المعرفة، ط.1، 2005، ص.33.

² سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004، ع.09، ص.12.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.830.

⁴ وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ج.10: الأحوال الشخصية، حقوق الأولاد، ص.7265.

نكاح». ويعرف أيضا بأنه: «الولد الذي يجيء نتيجة اتصال الرجل بالمرأة بغير زواج شرعي، أي ما كان بطريق السفاح، أو هو ثمرة العلاقة الآثمة بين الرجل والمرأة». ويسمى بالولد غير الشرعي¹.

وعليه، فإن وصف الطفل الناتج في مرحلة الخطبة بطفل الزنا، هو ليس مدعاة لازدراء الناس في المجتمع المسلم، إذ يعتبرونه مذنباً أو شريراً، فلا يرغبون في مخالطته، ولا الاستئناس به، لكن الإسلام دين العدل والرحمة والمساواة، ولم يكن الله ليظلم أحداً، أو يؤاخذ به بما لم تقترف يداه، قال تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾² قال بن كثير في تفسير هذه الآية: «إن النفوس إنما تجازى بأعمالها إن خيراً فخير، وإن شراً فشر، وأنه لا يحمل من خطيئة أحد على أحد، وهذا من عدله تعالى»³.

ثانياً- نسب الطفل الناتج في مرحلة الخطبة:

اتفق الأئمة الأربعة ومعهم الظاهرية على أن ولد الزنا يلحق بأمه بمجرد واقعة الولادة كما يلحق ولد الملاعنة، وهو الأمر الذي لم يلق أي خلاف، فالولد يتبع الأم، لأنه متيقن به من جهتها ولهذا يثبت نسب ولد الزنا وولد الملاعنة منها، حتى ترثه ويرثها، لأنه قبل عملية الولادة يعتبر كعضو من أعضائها حساً وحكماً⁴، والأم لا ينتفي عنها ولدها أبداً، وإنه لاحق بها على كل حال؛ لولادتها له⁵.

¹ أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين، مروان علي القدومي، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، د.ط، 2008، ص.28.

² سورة الأنعام، الآية.164.

³ أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.5، ط.1، 1419هـ، ص.49.

⁴ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج.4، ص.251.

⁵ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، الاستذكار، تحقيق عبد المعطي أمين قلعي، دار الوعي، القاهرة، ج.17، ط.1، 1414هـ، 1993م، ص.231.

وعليه لا يمكن إبطال نسب ولد الملاحنة وولد الزنا من جهة الأم، لأنه لا يحتاج في إلحاقه بها إلى عقد نكاح، فلا ينتفي عنها باللعان ولا بالإقرار بزنا¹، قال النووي: «الولد بكل حال ولدها لا ينفي عنها إنما عن أبيه ينفي، واليه ينسب إذا نسب»².

ويعود هذا اليقين في ثبوت نسب الطفل في هذه الحالة إلى أمه، إلى العديد من الأدلة والبراهين.

فقد ثبت عن النبي ﷺ أنه ألحق ولد الملاحنة بأمه، فعن بن عمر - رضي الله عنهما -: {أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَاعَنَّ بَيْنَ رَجُلٍ وَامْرَأَتِهِ، فَأَتَتْهُ مِنْهُ وَلَدَهَا، فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ} ³، فقله ﷺ: {وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ}: بمعنى أنه صرف نسبه إلى أمه؛ لأنه قبل ذلك كان ينتسب إلى أبيه، فلما منعه من أن ينتسب إلى أبيه فنسبه إلى أمه، وكان ذلك وجهاً من أوجه إلحاقه بها، لأنه أقامها له في الانتساب مقام الأب بعد أن لم تكن كذلك⁴.

كما أن النبي ﷺ قضى: {أَنَّ كُلَّ مُسْتَلْحَقٍ اسْتَلْحَقَ بَعْدَ أَبِيهِ الَّذِي يُدْعَى لَهُ ادِّعَاةً وَرَثَةً، فَصَصَى أَنَّ كُلَّ مَنْ كَانَ مِنْ أُمَّةٍ يَمْلِكُهَا يَوْمَ أَصَابَهَا، فَقَدْ لَحِقَ بِمَنْ اسْتَلْحَقَهُ، وَلَيْسَ لَهُ مِمَّا قُسِمَ قَبْلَهُ مِنَ الْمِيرَاثِ شَيْءٌ، وَمَا أُدْرِكَ مِنْ مِيرَاثٍ لَمْ يَنْسَبْ لَهُ نَصِيبُهُ، وَلَا يَلْحَقُ إِذَا كَانَ أَبُوهُ الَّذِي يُدْعَى لَهُ أَنْكَرُهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أُمَّةٍ لَمْ يَمْلِكُهَا، أَوْ مِنْ حُرَّةٍ عَاهَرَ بِهَا، فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُ بِهَا وَلَا يَرِثُ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي يُدْعَى لَهُ هُوَ ادِّعَاةً فَهُوَ وَلَدُ زَيْنَتٍ مِنْ حُرَّةٍ، كَانَ أَوْ أُمَّةٍ} ⁵.

¹ أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد سن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.5، د.ط، د.س.ن، ص.332.

² أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع...، المرجع السابق، ج.19، ص.199.

³ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.6، باب يلحق الولد بالملاحنة، ح.ر:5315، ص.1355.

⁴ أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد سن أيوب الباجي، المرجع السابق، ج.5، ص.329.

⁵ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، سنن أبو داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العلمية، دمشق، ج.7، كتاب الطلاق، باب في ادعاء ولد الزنا، ح.ر:2265، ط.خ، 1430هـ، 2009م، ص.577.

وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، قال: {فرق رسول الله ﷺ بين المتلاعنين وألحق الولد بأمه} ¹. لأن ماءه يكون مستهلكا بمائها فيرجح جانبها؛ ولأنه متيقن به من جهتها؛ لأنه قبل الانفصال هو كعضو من أعضائها حسا وحكما ².

والمرأة في استلحاق الولد بنفسها كالرجل بل هي أقوى سببا في ذلك لأنه يلحق بها من حلال كان أو من حرام ولأنه لا شك منها إذا صح أنها حملته ³.

غير أن الفقه الإسلامي شهد اختلافا كبيرا، ليس حول نسب بن الزنا لأبيه؛ على أساس أن المبدأ العام في الشريعة الإسلامية هو أن الولد للفراس، وإنما حول مدى جواز استلحاق الزاني لابنه الطبيعي، في الحالة التي لا تكون فيها الأم فراشا، ليختلفوا بين رأيين:

حيث ذهب الرأي الأول من جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة ⁴ إلى القول بأن ولد الزنا لا يلحق بالزاني، فيمنع استلحاق ولد الزنا مطلقا ⁵، واستدلوا بقول النبي ﷺ سالف الذكر: {الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَاللِّعَاقِرِ الْحَبْرُ} ⁶.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث إن النبي ﷺ لم يجعل ولدا لغير الفرش كما لم يجعل للعاهر سوى الحجر، وإلحاق ولد الزنا بالزاني إلحاق للولد بغير فراش، ومخالفة لحرمان العاهر ⁷.

¹ عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بھرام الدارمي، المسند الجامع، دار البشائر الإسلامية، تحقيق: نبيل بن هاشم بن عبد الله الغمري، بيروت، ج.17: كتاب النكاح، باب في اللعان، ح.ر: 2406، ط.1، 1424هـ، 2013م، ص.533.

² زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج.4، ص.251.

³ أبو محمد علي بن حزم، المرجع السابق، ج.10، ص.142.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.6: كتاب الدعوى، ط.2، 1403هـ، 1986م، ص.243.

⁵ شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.5، ط.2، 1424هـ، 2003م، ص.108.

⁶ حديث سبق تخريجه، ص.85.

⁷ علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.6، ص.242.

كما أن الرسول ﷺ جعل الولد لصاحب الفراش، ولم يلحقه بالزاني، فدل على أن الزاني إذا استلحق ولده من الزنا لم يلحق به¹.

وتأكيداً لما سبق، فإن قول النبي ﷺ: {الْوَالِدُ لِلْفَرَّاشِ} يقتضي معنيين: يتمثل المعنى الأول في إثبات النسب لصاحب الفراش. أما الثاني، في نفي النسب لمن لا فراش له؛ لأن قوله: {الْوَالِدُ} اسم للجنس، وكذلك قوله: {لِلْفَرَّاشِ} للجنس، لدخول الألف واللام عليه، فلم يبق ولد إلا وهو مراد بهذا الخبر، فكأنه قال لا ولد إلا للفراش².

وعن بن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: {لَا مُسَاعَاةَ فِي الْإِسْلَامِ مَن سَاعَى فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَقَدْ لَجِقَ بِعَصَبَتِهِ وَمَن ادَّعَى وَلَدًا مِنْ غَيْرِ رِشْدَةٍ فَلَا يَرِثُ وَلَا يُورَثُ}³، فوجه الاستدلال أن النبي ﷺ ألغى المساعاة في الإسلام، فأبطلها في الإسلام ولم يلحق النسب لها، وعفا عما كان منها في الجاهلية وألحق النسب به⁴، ولما كان إثبات النسب بالزنا فيه تسهيل لأمر الزنا، وإشاعة الفاحشة بين المؤمنين. كان لا بد أن يكون أمره قاطعاً، لأن قطع النسب شرعاً لمعنى الزجر عن الزنا، فإنه إذا علم أن ماءه يضيع بالزنا يتحرز عن فعل الزنا⁵.

¹ أبو عبد الله شمس الدين بن مفلح، الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ج.9: كتاب الطلاق، ط.1، 1424هـ، 2003م، ص.225-226.

² أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.3، ط.1، ص.396.

³ عن يعقوب بن إبراهيم عن معتمر عن سلم بن أبي الذيال عن بعض أصحابه عن سعيد بن جبير، وهو حديث ضعيف لإبهام رواية سعيد بن جبير، وهو حديث حسن لغير هذا الإسناد. سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.7، كتاب الطلاق، باب في ادعاء ولد الزنا، ح.ر: 2264، ص.576.

⁴ المساعاة هي الزنا وقيل جعل في الإماء دون الحرائر لأنهن يسعين لمواليهن فيكسبن لهم بضرائب كانت عليهن. أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم، معالم السنن، المطبعة العلمية، سوريا، ج.3: كتاب الطلاق، ط.1، 1351هـ، 1932م، ص.273.

⁵ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.17، ص.154.

وعليه، فإن القول بإمكانية استلحاق ولد الزنا، بمعنى أن الشخص إذا اعترف بزناه مع امرأة وولدت ولدا، فإن هذا الولد يلحق بالزاني ولو لم يستلحقه، وهذا لم يقل به أحد. ولأن ولد الزنا لو لحق بادعاء الزاني إياه للحق به إذا أقر بالزنا¹.

في حين ذهب أصحاب الرأي الثاني إلى القول إن ولد الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه ولم تكن الأم فراشاً ولا شبهة، وهذا القول اختاره شيخ الإسلام بن تيمية²، ورجحه بن القيم³ ورواية عن أبي حنيفة ذكرها بن قدامة في قوله: «لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستر عليها والولد ولد له»⁴.

وقد استدل أصحاب هذا الرأي إلى حديث الملاعنة بين هلال بن أمية وامرأته، وفيه قول النبي ﷺ: {أَبْصِرُوهَا، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْثَلَ الْعَيْنِينَ، سَابِعَ الْأَيْتِينَ⁵، خِدْلَجَ السَّاقِينَ⁶، فَهُوَ لِشَرِيكَ بْنِ سَحْمَاءَ، فَجَاءَتْ بِهِ كَذَلِكَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: لَوْلَا مَا مَضَى⁷ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ، لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ⁸}، ووجه الاستدلال من قوله فهو لشريك بن سحماء، هو إثبات للنسب.

¹ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.8، ط.1، 1419هـ، 1999م، ص.162.

² أبو إسحاق برهان الدين بن مفلح، المرجع السابق، ج.7: كتاب اللعان، ص.70.

³ شمس الدين أبو عبد الله بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير البلاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.5، ط.27، 1415هـ، 1994م، ص.373.

⁴ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.9، ص.123.

⁵ سَابِعَ الْأَيْتِينَ: أَي عَظِيمَهُمَا مِنْ سُبُوحِ الثَّوْبِ وَالنَّعْمَةِ. ابن منظور، المرجع السابق، ج.8، باب السين، ص.433.

⁶ خِدْلَجَ السَّاقِينَ: مَمْتَلَى السَّاقِينَ، مجمع اللغة العربية، مجموعة المؤلفين: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط.4، 1425هـ، 2004م، ص.221.

⁷ ومعنى قوله ﷺ لولا أن القرآن حكم بعدم الحد على المتلاعنين وعدم التعزير لفعلت بها ما يكون عبرة للناظرين وتذكرة للسامعين. أبو عبد الرحمن شرف الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبو داود، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.6، ط.2، 1415هـ، ص.245.

⁸ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.7، كتاب الطلاق، باب اللعان، ح.ر: 2254، ص.567.

كما يتأكد هذا الرأي من خلال قياس الزاني على الملعن، فإن الملعن إذا لاعن زوجته، ثم أكذب نفسه، واستلحق ولده منها، فإنه يلحق به، بل لو انتفى منه بعد استلحاقه له لم يقبل منه انتفاؤه فكذلك الزاني إذا استلحق ولده من الزنا¹.

كذلك ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ: {أَنْ جَرِيحًا قَالَ لِلغلامِ الَّذِي زَنَتِ أُمُّهُ بِالرَّاعِي يَا عَلَّامُ! مَنْ أَبُوكَ؟! قَالَ: فَلَانَ الرَّاعِي!!}²، وهذا إنطاق من الله لا يمكن فيه الكذب، فإذا استلحق الزاني ولده من الزنا لحق به، وصار كالولد من النسب³.

وجه الدلالة في الحديث أن جريحًا نسب بن الزنا للزاني وصدق الله نسبه بما خرق له من العادة في نطق المولود بشهادته له بذلك، وقوله أي فلان الراعي، فكانت تلك النسبة صحيحة فيلزم أن يجري بينهما أحكام الأبوة والبنوة⁴.

كذلك ما رواه سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يلحق أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام. ووجه الاستدلال أن عمر رضي الله عنه كان يلحق أولاد أهل الجاهلية بأبائهم في الزنا⁵.

وقياسا على الأم التي تعتبر زانية مع الأب، وينسب المولود إليها ويرثها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه، وقد وجد الولد من ماء الزانين، وقد اشتركا فيه، واتفقا على أنه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره⁶.

¹ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.8، ص.162.

² محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.2، ح.ر: 1206، باب إذا دعت الأم ولدها في الصلاة، ص.291.

³ شمس الدين أبو عبد الله بن قيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق، ج.5، ص.373.

⁴ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة السلفية، ج.6، د.ط، د.س.ن، ص.577.

⁵ مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.2: كتاب الأفضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، ط.1، 1406هـ، 1985م، ص.739.

⁶ شمس الدين أبو عبد الله بن قيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق، ج.5، ص.373-374.

كما أن الفلسفة التشريعية الإسلامية متشوفة لحفظ الأنساب، ورعاية الأولاد وحماية مصالحهم، وفي إثبات نسب ولد الزنا إلى أبيه تحقيق لأحد هذه المصالح، خصوصا أن الطفل لا ذنب له في علاقة الزنا التي اقترفها أبويه، ولو نشأ من دون أب ينسب إليه ويرعاه وينفق عليه، كان مصيره لا محالة التشرذم والضياع والانحراف، وربما ينشأ حاقدا على مجتمعه، مؤذيا له بأنواع الإجرام والعدوان¹.

ثالثا- موقف التشريعات المغاربية:

لم يولّ قانون الأسرة الجزائري مسألة النسب في حالة الخطبة أي أهمية تشريعية، وهو الأمر الذي يظهر جليا من خلال انتفاء النصوص القانونية المنظمة لهذه المسألة. غير أن موقفه يبرز من خلال استقراء العديد من المواد القانونية والربط بينها للوصول إلى موقف ثابت سواء بالتأييد أو بالإنكار.

وكما تطرقنا آنفا، تعتبر الخطبة بمثابة طلب الزواج والوعد به، دون أن يكون له أي صفة إلزامية، كما هو مقرر في المادة 05 من قانون الأسرة، لتؤكد المادة 06 من قانون الأسرة بأن: «اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون».

ومن هنا يتضح أن موقف المشرع الجزائري من العلاقة الجنسية الممارسة بين الخطيبين خلال فترة الخطبة، هو موقف سلبي لا يعتد بشرعيته، ويترتب عليه بالضرورة أن الطفل الناتج عن هذه العلاقة هو غير شرعي، ولا يخضع لأحكام النسب الشرعي التي عددها المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة²، في الزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول. لتضيف المادة 41 من نفس القانون بأن «الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفى بالطرق المشروعة».

والملاحظ في هذا الصدد هو امتداد الثبات التشريعي لدى المشرع الجزائري إلى المستوى القضائي، حيث قررت المحكمة العليا بأن الولد للفراش الصحيح، وأن النسب لا يثبت إلا بالفراش الصحيح ما لم

¹ محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية، مكتبة الملك فهد، الرياض، ج.2، ط.1، 1416هـ، 1996م، ص.759.

² المادة 40 المعدلة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، ع.44، 2005. ص.21.

يتم إنكاره بالطرق المشروعة، وأن أقل مدة حمل هي ستة أشهر¹، ولا يعتبر دخولا من الناحية الشرعية ما يقع بين المخطوبين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد²، ومن ثم فإن الاتصال الجنسي بين المخطوبين قبل العقد يعد زنا، وأن بن الزنا لا ينسب لأبيه شرعا³.

ويكون المشرع الجزائري قد أسس توجهه على ما هو ثابت في الشريعة الإسلامية، و متمسكا بقاعدة الولد للفراش سواء في ظل قانون 84-11 أو من خلال تعديل 05-02، الذي لم يحمل أي مظهر من مظاهر التجديد الذي صادقت عليه الجزائر في 19-12-1992 من خلال اتفاقية حقوق الطفل⁴ التي نصت في مادتها 07 على أنه: «يسجل الطفل بعد ولادته فوراً، ويكون له الحق في اكتساب الجنسية ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما».

وهو الأمر الذي كان ولا يزال على المشرع الجزائري التمسك به، خاصة بالنسبة للعلاقات الجنسية التي تتم أثناء مرحلة الخطبة، وهذا في اعتقادنا حماية لأهم القواعد الشرعية-النسب-، وهذه الحماية تتم من خلال عدم اخضاعها لقواعد التطور الاجتماعي الذي غالبا ما يفرض أنظمة جديدة يتم بناؤها على الدليل العقلي، وهو الأمر الذي يتعارض وأحكام النسب الذي يعتبر أمر حكمي شرعي لا يثبت إلا بدليل نصي، فلا يثبت بالدليل العقلي. وأنه لا يكفي كون الولد تَخَلَّقَ من ماء الخاطب سببا للنسب بل السبب المعبر هو أن يولد على فراش شرعي له بدليل عدم اعتبار مجرد التخلق من الماء في حالة الفراش⁵.

¹ م.ع، غ.أ.ش، ل 03-12-1984، م.ر. 35326 م. ق، ع.1، 1999، ص.83.

² م.ع، غ.أ.ش، ل 17-12-1984، م.ر: 35087، م.ق، ع.1، 1990، ص.86.

³ م.ع، غ.أ.ش، ل 22-01-1990، م.ر: 57756، م.ق، ع.2، 1992، ص.71.

⁴ مرسوم رئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 24 جمادى الثاني 1413، الموافق ل 19-12-1992، يتضمن المصادقة، مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، ج.ر، ع.91، ل 28 جمادى الثانية 1413هـ، الموافق ل 23 ديسمبر 1992م، ص.2318. الملحق رقم.02.

⁵ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجم، البحر...، المرجع السابق، ج.4، ص.251.

ومما تقدم من طرح حول موقف المشرع الجزائري، غير أن هذا الأخير اتسم بالسلبية على أساس أنه تم استقراؤه من نصوص قانونية عامة نظمت مسائل معينة، وتم استنتاج هذا الموقف بما يوافقها تارة؛ وبما يخالفها تارة أخرى. والمشرع الجزائري على وجه الخصوص لم يتطرق إلى مسألة المولود من زنا إلا في مواطن قليلة، نذكر منها المواد 44 و 119 من قانون الأسرة، والمادة 64 من قانون الحالة المدنية.

وعليه، فإن هذه السلبية التشريعية ترتب عليها انتشار هائل للأطفال غير الشرعيين الذي لا زال في ارتفاع مستمر، والذي سيترتب عليه لا محالة اجتهادات قضائية مستجدة ومتجددة تحتوي هذه الفئة¹، والتي من الممكن أن ينشأ عنها أوضاع قانونية جديدة من شأنها أن تكون مخالفة للمبادئ الشرعية الثابتة.

وعلى منوال المشرع الجزائري، اعتبر المشرع التونسي كمبدأ عام العلاقة الجنسية بين الخطيبين من قبيل العلاقات المحضورة التي لا يترتب عليها أية حقوق قانونية في حالة العدول عن الخطبة، ولا نسب للطفل الناتج عنها، وهذا ما يظهر من خلال استقراء الفصل 01 و 02 من مجلة الأحوال الشخصية، اللذان اعتبروا الخطبة مجرد مقدمة لعقد الزواج، ولم يرتب لها أي أثر باستثناء ما هو متعلق بالهدايا.

وتأكيدا لذلك فقد اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 02-06-1992 أن: «العلاقة الجنسية بين الخطيبين هي علاقة غير مشروعة ولا يمكن اعتبارها سوى علاقة خنائية لا يترتب عليها أي نسب»²، وهو المبدأ نفسه الذي سارت عليه في القرار الصادر في 18-10-1996: «لا يثبت النسب بمجرد وعد بالزواج إذا أن العلاقة لا تعدو عندئذ أن تكون إلا علاقة خنائية أي غير مثبتة للنسب»³.

¹ جيلالي تشوار، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع.1، 2002، ص.134.

² م.ت، ق.ت.م، ل 02-06-1992، م.ر: 26431، ن.م.ت، 1992، ص.183، الملحق رقم.03.

مقتبس عن: نزار كرمي، مجلة الأحوال الشخصية مثارة بقرارات تعقيبية، الشركة التونسية للنشر، تونس، ط.1، 2018، ص.09.

³ م.ت، ق.ت.م، ل 18-10-1996، م.ر: 43354، ن.م.ت، ع.2، 1996، ص.225؛ مقتبس عن: المرجع نفسه، ص.10.

وأمام تفشي ظاهرة الأمهات العازبات، وكثرة الأطفال غير الشرعيين، استحدث المشرع التونسي القانون عدد 75 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 الذي يتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، وذلك لتمكين هذه الفئة من الأطفال من الحصول على لقب عائلي. ويستند هذا القانون أساساً على إثبات البنوة الطبيعية التي لا تستند إلى عقد زواج، والتي يندرج ضمنها بن الخطيبين الذي من الممكن إثبات بنوته إما بإقرار الأب أو بالشهادة أو بالتحليل الجيني، مع الملاحظة بأنه إذا ما أثبت بنوته فإنه يكسب الحق في اللقب العائلي والنفقة¹.

ليضيف المشرع في تنقيحه للقانون² سنة 2003 وذلك في الفصل 3 مكرر في فقرته الرابعة «ويخول للطفل الذي تثبت بنوته الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة إلى أن يبلغ سن الرشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها في القانون»، ودون أن يكون له الحق في الميراث، والذي يستنتج من خلال سكوت المشرع التونسي في هذه الحالة³.

ويُعتقد من خلال هذا التوجه، أن المشرع التونسي قد حاول إقرار وضعية قانونية للابن الطبيعي قبل غيره، ويتسم هذا الوضع القانوني المستحدث بوظيفة مرفقية لا أكثر ولا أقل تهدف إلى توثيق الحالة الشخصية للابن غير الشرعي بصفة كاشفة لا منشئة⁴.

غير أن المشرع التونسي حاول جاهداً انشاء مراكز قانونية جديدة للطفل الناتج في مرحلة الخطبة، ففي حالة إبرام عقد الزواج بين الخطيبين بعد ولادة الطفل، فإنه سيلحق بنسب الخاطب الذي أصبح زوجاً إما على أساس أنه كان مرتبطاً قبل الزواج الرسمي بزواج غير رسمي مع والدة الطفل، أو على أساس أنه اعترف بذلك الطفل. والأكثر من ذلك، فإنه لا يثار أي إشكال ولو في حالة عدم الزواج بين الطرفين، فإن نسب الطفل يلحق بالخطاب، إذا ما قام هذا الأخير بالإقرار له بالنسب وهذا بموجب

¹ ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص.28.

² القانون عدد 51 المؤرخ في 7 جويلية 2003، المتعلق بتنقيح القانون عدد 75 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 الذي يتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، ر.ر.ج.ت، ع. 54، ل 8 جويلية 2003، ص.2259. الملحق رقم.04.

³ ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص.29.

⁴ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص.33.

نص الفصل 68 م أ ش. «يثبت النسب بإقرار الأب»¹، ويجد هذا التوجه أصله التشريعي لرأي بن تيمية وبن القيم اللذين أجازا للزاني استلحاق ابنه الطبيعي إلى نسبه في الحالة التي لا تكون فيها الأم فراشا².

ويلاحظ أن القضاء التونسي اعتمد في اعترافه بنسب طفل الخطبة، على أسس مختلفة؛ فتارة يشترط على الخطيبين اثبات أن العلاقة بينهما تجاوزت مرحلة الخطبة إلى مرحلة الزواج الفاسد، ويثبت النسب في هذه الحالة على أساس وجود عقد زواج لا على أساس الخطبة³، حيث قضت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 25-03-1965 بأن: «الزواج الفاسد لا يمنع من ثبوت النسب، ويكون قاصر التعليل وقابلا للنقض الحكم الذي ينفي النسب بناء على أن الولد هو ثمرة زنا ولم يبحث هل أنه كان بين الطرفين علاقة زوجية ولو كانت غير قانونية، كما أنه لم يورد الحجج التي استند إليها القضاء للقول بأن تلك العلاقة إنما هي علاقة خنائية»⁴. وتارة أخرى على أساس أن العلاقة بينهما هو زواج باطل، مما يترتب عليه بالضرورة اثبات نسب الطفل طبقا لمقتضيات الفصل 36 من مجلة الأحوال الشخصية، وهو الأمر الذي قرره محكمة التعقيب في قرارها الصادر في ل2-04-1986: «الوعد بالزواج إذا كان موجودا يعني تبادل الرضاء بين الطرفين لكن بصورة غير رسمية لذا فإن هذا الزواج زواجا باطلا على معنى الفصل 36 من قانون 01 أوت 1957 المثبت للنسب عملا بأحكام الفصل 36 مكرر من القانون نفسه»، ويعتبر هذا القرار بمثابة تنويجا لعديد الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الأدنى درجة، والتي كانت متشوفة لإثبات نسب الطفل غير الشرعي لأبيه الطبيعي خاصة إذا ما تعلق الأمر بالعلاقة الجنسية الممارسة بين الخطيبين، حيث جاء في حكم لا ابتدائية سوسة ما يلي: «وحيث تبين من ذلك أن القانون يعتبر انعقاد الزواج بتراض الطرفين واتفاقهما عليه ونتيجة لذلك كان الاتصال الجنسي الواقع بعد الانعقاد الحاصل بدون إشهاد، لا تعتبر ثمرة حاصله من سفاح، وإنما تعتبر ناتجة عن علاقة زوجية غير صحيحة قانونا ويثبت بها نسب المولود، وهذا المعنى يتفق مع ما جاءت به

¹ ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص.27.

² راجع ص.91.

³ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص.32.

⁴ م.ت، ق.ت.م، ع.6030، ل 25-03-1965، الملحق رقم.05.

أحكام الفقه الإسلامي حيث أن الوقائع السابقة تفيد أن المدع أعلن رغبته ف التزوج بالمرأة. وبعد الاستشارة اتفقا على ذلك، واندفعا في هذا السبيل كخطيبين وأصبحا يتصلان ببعضهما علانية ويتزاوران ويختليان بمحلتهما على هذا الأساس، وطالت المخالطة بينهما على هذه الصورة مدة تزيد على الست سنوات إلى أن ولد الطفل عماد المطلوب إلحاق نسبه بالعارض¹.

ويستخلص من هذا الحكم أن قاضي الموضوع توسع في مفهوم الخطبة الذي نص عليه الفصل 01 من مجلة الأحوال الشخصية واعتبره بمثابة عقد رضائي، وأن النسب يثبت في هذه الحالة لوجود عقد زواج لا على أساس الخطبة، وهو الأمر الذي أكدته محكمة التعقيب سابقا في قرارها الصادر في 25-03-1965 بأن المبدأ يقضي بأن: «الزواج الفاسد لا يمنع من ثبوت النسب، ويكون قاصرا وقابلا للنقض التعليل الذي يقضي بنفي النسب بناء على أن الولد هو ثمرة زنا ولم يبحث هل أنه كان بين الطرفين لعاقبة زوجية ولو كانت غير قانونية، كما أنه لم يورد الحجج التي استند إليها للقضاة بأن تلك العلاقة إنما هي علاقة خنائية»².

والملاحظ من خلال حيثيات الحكمين سالف الذكر أن محكمة التعقيب تتحدث بكل وضوح عن خطيبين، وفي نفس الوقت تعتبر علاقتهما من قبيل العلاقات القائمة في ظل زواج باطل أو فاسد لانعقاده خلافا للصيغة القانونية التي اقتضاها الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية. وهو المنطق الذي أخذ به العلامة المرحوم محمد جواد الصقل الحسيني في فتواه السابقة القائلة بجواز إلحاق بن المخطوبة بالخاطب، حيث أن محكمة التعقيب تجعل من إثبات نسب المولود في فترة الخطبة هو هدفها الأساسي، ولو أدى ذلك إلى خرق القانون التونسي في هذا الصدد³.

¹ المحكمة الابتدائية بسوسة، ع. 15249، ل 04-05-1970، مجلة القضاء والتشريع، ع. 10، 1971، ص. 75.

² تتلخص وقائع هذا القرار في: «كون الطاعن (الخاطب) أعلن رغبته في الزواج من المدعى عليها وبعد الاستشارة بينهما وتراضيهما على الزواج اندفعا في هذا السبيل كخطيبين، وأصبحا يتصلبن ببعضهما ويختليان بمحلتهما على هذا الأساس وطالت المخالطة بينهما على هذه الصورة، مدة تزيد على 10 أشهر، إلا أن وضعت البنت التي رسمت بدفاتر الحالة المدنية باسم الطاعن، ثم بعد ذلك قام بنفي نسبها» م.ت، ق.ت.م، ع. 6030، ل 25-03-1965، الملحق رقم. 05.

³ ماجدة بن جعفر، تطور وسائل الإثبات ف مادة النسب، مجلة القضاء والتشريع، 2002، ع. 1، ص. 46-47.

أما بخصوص المشرع المغربي، فلم يتطرق في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لمسألة الحمل الناتج عن الخطبة، وذلك على منوال التشريعين الجزائري والتونسي، الأمر الذي ترتب عليه فراغا تشريعا انعكس على الوضعية القانونية والاجتماعية للأطفال نتاج علاقة الخطبة.

والواضح أن هذه المسألة كانت تخضع أنداك للنصوص القانونية المنظمة للنسب، سواء تلك المتعلقة بأسباب النسب والذي نص عليها الفصل 89 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والذي نص على أنه: «يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو بينة السماع بأنه ابنه ولد على فراشه من زوجته». أو النصوص المتعلقة بالمدد القانونية للحمل، وهذا بموجب الفصل 84 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، الذي حدد أدنى أمد الحمل في ستة أشهر من تاريخ إبرام عقد الزواج، وتجد هذه النصوص أساسها فيما استقر عليه غالبية الفقه الإسلامي وخاصة الفقه المالكي سواء بالنسبة لوسائل إثبات النسب، أو ما يتعلق بتحقيق أمد الحمل للقول بإثبات النسب الشرعي¹.

واتسم موقف المشرع المغربي في هذه المرحلة بنوع من الثبات والصرامة في التعامل مع مسألة النسب، متمسكا في ذلك بالتقسيم الذي تبنته الشريعة الإسلامية بين النسب الشرعي والنسب غير الشرعي، الذي يعتبر مسلمة شرعية لا يمكن تحليلها أو مناقشتها²، وهو الأمر الذي يظهر خاصة في نص الفصل 83 من المجلة الملغاة الذي يجعل الأب في الصدارة على مستوى الشرعية، ولا يتحدث عن الأم إلا عند ما يتعلق الأمر بالبنوة غير الشرعية³.

وقد بدأت بوادر التغيير التي تنادي بضرورة ادماج هذه الفئة من الأطفال-الناجين في مرحلة الخطبة- بالظهور مبكرا على الساحة التشريعية المغربية، حيث نص مشروع تعديل مدونة الأحوال

¹ وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ج.10: الأحوال الشخصية، حقوق الأولاد، ص.7250.

² عبد الحكيم أهوش، وضعية البنوة غير الشرعية في القانون المغربي، دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة طنجة، المغرب، 2005-2006، ص.407.

³ وهذا ما يستخلص من الفصل 1/83 و2 من مدونة الأحوال الشخصية التي اعتبرت أن: «البنوة الشرعية هي التي يتبع الولد فيها أباه في الدين والنسب ويبنى عليها الميراث وينتج عنها موانع الزواج وترتب عليها حقوق وواجبات الأبوة، والبنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب فلا يترتب عليها شيء من ذلك إطلاقا وهي بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها»؛ كنزة لمراي العلوي، الأسرة المغربية: ثوابت ومتغيرات، دار التجديد للنشر والتوزيع، الرباط، ط.1، 1986، ص.56.

الشخصية لسنة 1981 في المادة 191 منه على أنه: «إذا ثبت أن الخطيب يخلو بالخطيبة، خلوة كاملة وقبل الإسهاد، وظهر بها حمل فيُلحق الحمل بالخطيب، ما لم يثبت ما ينافي ذلك»، إضافة إلى عديد المقترحات التي طالبت بإلحاق الحمل الناشئ في فترة الخطبة بالخطاب وفق شروط وضوابط معينة¹.

وقد صادقت المغرب على الاتفاقية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل لسنة 1989²، والتي ألزمت كما أشرنا إليه مسبقاً بضرورة تسجيل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق في معرفة والديه ويتلقى رعايتهما³، كما أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نص في الفقرة الثانية من المادة 26 منه على أن: «للأمومة والطفولة حق رعاية ومساعدة خاصتين، ولجميع الأطفال حق التمتع بذات الحماية الاجتماعية، سواء ولدوا في إطار الزواج أو خارج هذا الإطار»⁴.

وعلى هذا الأساس، وجد المشرع المغربي نفسه أثناء صياغته لمدونة الأسرة المغربية ملزماً بالتكيف مع هذه المتطلبات الداخلية والخارجية والتي ألزمت بضرورة صياغة نص تشريعي يخول للأطفال المولودين في مرحلة الخطبة، الحق في النسب الشرعي.

¹ وفي هذا الصدد، فقد سبق للمرصد الوطني أن قدم مذكرة إلى اللجنة الملكية الاستشارية المكلفة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، تضمنت مجموعة مطالب لتعديل نصوص مدونة الأحوال الشخصية، أبرزها تعديل الفصل 85 من مدونة الأحوال الشخصية بما يلي: «الولد للفراس إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال، وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق، يثبت نسب الحمل الناتج عن اتصال ثم بعد الاتفاق العلني على الزواج، قبل انجاز العقد بشكلياته القانونية». مذكرة المرصد الوطني لحقوق الطفل المقدمة من اللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، مجلة للطفل حقوق، ع. 5-6، ص. 41، مقتبس عن: فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة، إشراف: عبد العزيز الحضري، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2009-2010، ص. 111.

² ظهير شريف رقم 1.93.363 صادر في 9 رجب 1417، الموافق لـ 21 نوفمبر 1996، يتعلق بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، ج. ر. : 4440، لـ 19-12-1996، ص. 2847.

³ الحسين بلحساني، أثر اللبس المرجعي على وضعية المرأة في النظام القانوني المغربي، سلسلة الندوات، الرباط، أعمال الندوة الدولية، 19 و 20-04-2002، ع. 01، ص. 45.

⁴ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10-12-1948، المتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الموقع الإلكتروني:

https://www.oiciphrc.org/ar/data/docs/legal_instruments/Basic_IHRI/775283.pdf، تاريخ

الاطلاع: 2022-02-07، على الساعة: 10:27.

وهو بالفعل ما حدث، فقد استحدثت المشرع المغربي المادة 156 من مدونة الأسرة التي أجازت إلحاق نسب الطفل بالخاطب للشبهة حيث تنص على أنه: «إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية: 1. إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء؛ 2. إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛ 3. إذا أقر الخطيبين أن الحمل منهما».

وهذه الشروط تخضع لمعاينة بمقرر قضائي قابل للطعن من الأطراف، أما إذا أنكر الخاطب أن الحمل منه ففي هذه الحالة ولكي يثبت النسب لا بد من إثباته بجميع الوسائل الشرعية التي تكون عقيدة القاضي في إقرار النسب من عدمه بما في ذلك اللجوء للخبرة العلمية "ADN"¹.

واستنادا للنص القانوني، يثبت النسب للخاطب للشبهة إذا توافرت مجموعة من الشروط، غير أن الإشكال الذي وقعت فيه المدونة بداءة، هو أن المشرع المغربي اعتبر نسب طفل الخطبة من قبيل آثار الزواج، بينما كان من اللازم التنصيص عليها في المواد المنظمة لأحكام الخطبة في المادة 05 وما يليها من مدونة الأسرة، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، استعمل المشرع المغربي مصطلح المخطوبة، وفي نفس البند استعمل مصطلح الزوجة، وهذا من شأنه أن يجعل مقصد المشرع المغربي مترددا بين الزوجة والمخطوبة. وعليه، كان من المفروض عليه الاقتصار على ذكر مصطلح المخطوبة بدلا من الزوجة، مع الإشارة إلى أنه حتى ولو توافرت الشروط المذكورة في المادة 156 من مدونة الأسرة، فإن هذا لا يتعدى إثبات النسب، لا إثبات العلاقة الزوجية، وهو ما يظهر من خلال اعتبار المشرع النسب في حالة الخطبة مثبت للشبهة لا للفراش². وهو الأمر الذي دفع بالمحكمة الابتدائية³ بالحسيمة في 22-03-2007

¹ محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط.1، 2007، ص.374.

² عبد الرحمن اللمتوني، اثبات النسب بشبهة من خلال مرحلة الخطوبة، قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة المغربية، مجلة القضاء والقانون، 2006، ع.152، ص.43.

³ تعود حيثيات القضية إلى أنّ المدعية تطالب بالتعويض عن فعل التغير الذي ارتكبه المدعى عليه الذي مارس الجنس معها بمنزلها كما هو ثابت بإقرارها؛ وبالاستناد إلى المادة 07 من مدونة الأسرة فإنه في حالة ما إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض؛ وحيث إنّ القول بتغير 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 متعلمة ومربية أطفال تعي جيّدا أنّ الأفعال التي قامت بها مخالفة للشرع وللعرف والتقاليد وللقانون الذي لا يبيح العلاقة الجنسية بين الطرفين إلا

برفض طلب إثبات نسب الطفل للخاطب، وذلك لعدم تأسيس طلب المدعية بالتعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء عدول الخاطب، وعللت موقفها بأن المعاشرة الجنسية بين المدعية والمدعى عليها، لا تعتبر من قبيل المبررات التي تستوجب التعويض.

في حين قضت قبل ذلك المحكمة الابتدائية بوجدة، في حكمها الصادر في 20-02-2006 بإثبات نسب البنت لأبيها الطبيعي، وهذا بعد إقرار الأب والأم بأن ولادة البنت جاءت نتيجة للعلاقة الجنسية بينهما خلال مرحلة الخطبة، وقد استندت المحكمة في تأسيس حكمها على أساس المواد 153 و156 و160 من مدونة الأسرة¹.

أما بخصوص الظروف القاهرة، فإن تحديدها ليس بالأمر الهين على اعتبار أنه لا يمكن للقاضي الأسري الاستناد إلى ما تضمنته مدونة الالتزامات والعقود، فيمكن اعتبار طرد الخاطب من العمل مثلا بمثابة الظرف القاهر، إلى غير ذلك من الوقائع التي ينبغي معها وضع معايير يستند إليها القاضي لتمييز الظرف القاهر عن الحالة العادية².

وبالنسبة للمدى الزمني للحمل الناتج أثناء مرحلة الخطبة، والذي يعتد به لإثباته للشبهة، فقد جاء المشرع المغربي بالنص على عمومته، خاصة إذا ما علمنا أن الخطبة في الوقت الحالي تدوم لسنوات. وفي هذا الصدد ذهب بعض الفقه إلى القول بأنه مادام الأمر يتعلق بالوطء بشبهة، فلا مانع من التقيد

في نطاقها الشرعي، خصوصا وأنّ الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج. وبالتالي، يكون الخطيبان قد استسلما معا للرجبة الجنسية، ورضيت المدعية بذلك بدون إكراه، فإنه لا موجب لأي تعويض لا لضرر مادي أو معنوي؛ وحيث إنّه وبناء على ما ذكر أعلاه يكون طلب المدعية غير مرتكز على أساس قانوني سليم ويتعيّن التصريح برفضه؛ وحيث إنّ خاسر الدعوى يتحمل مصاريفها. المحكمة الابتدائية بالحسيمة، ل 22-03-2007، ع. 536، 2006، مقتبس عن: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، مطبعة إليت، المغرب، ج. 1، 2009، ع. 10، ص. 5-6.

¹ تعود حيثيات القضية إلى دعوى رفعها المدعي يطالب فيها بإثبات نسب البنت إليه، والإذن لضابط الحالة المدنية بتسجيلها بكناش الحالة المدنية، وقد أرم المدعي عقد زواجه من الأم بتاريخ 11-02-2005، وولدت البنت يوم 23-04-2005، وقد أقر الزوجين بوقوع اتصال جنسي بينهما في مرحلة الخطبة. حكم المحكمة الابتدائية بوجدة، ر. 05-959، ل 20-02-2006، مقتبس عن: إدريس الفاحوري، العمل القضائي الأسري، دار الآفاق المغربية، الرباط، ج. 1: الزواج والخلال ميثاق الزوجية، ط. 1، 2009، ص. 296.

² رشيد حبابي، اثبات النسب للشبهة، قراءة في مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، مستجدات مدونة الأسرة وتطبيقاتها العملية، سلسلة الموائد المستديرة بمحكمة الاستئناف بالرباط، مطبعة الأمنية، الرباط، ط. 1، 2010، ص. 25.

بأجال الحمل المقرر في الفراش، فيثبت النسب بين أقل مدة من تاريخ الخطبة، وأقصى مدة من انقضائها¹.

ويُعتقد من إلغاء المشرع المغربي لعبارة «وليس بزواج» من الفصل 02 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، ما هو إلا دليل على رغبة المشرع في إثبات بعض الآثار التي لا تنجم عن الزواج، والنسب في حالة الخطبة المنصوص عليه في المادة 156 من مدونة الأسرة خير دليل على ذلك².

وعليه متى توافرت الشروط التي أوردتها المادة 156 من مدونة الأسرة، خاصة الشرط المتعلق بإقرار الخطيبين بأن الحمل منهما، يثبت نسب هذا الأخير للخطاب، وهو ما قضت به المحكمة الابتدائية بتطوان في 17-09-2007 بإثبات نسب المولود إلى الخطاب باعتباره الاب الطبيعي، وذلك بعدما تبينت من توفر الشروط الواردة في المادة 156 من مدونة الأسرة، ومعاينتها بمحرر قضائي غير قابل للطعن³.

وهو الأمر الذي أكده المجلس الأعلى المغربي واعتبر هذه الشروط بمثابة الأساس القانوني الذي يؤكد حالة الشبهة التي يثبت من خلالها النسب في حالة الخطبة، وقررت بتأييد الحكم الابتدائي الذي رفض طلبها بإثبات نسب الطفل إلى الأب الطبيعي، لما ثبت لها عدم حصول خطبة بين المدعية والمدعى عليه، وعلل المجلس الأعلى قراره بالرفض بأنه: «ما دامت المدعية لم تستند إلى أي شرط من شروط المادة 156 من مدونة الأسرة، وذلك دون الحاجة إلى الخوض في إنكار الخطاب، وبالاستناد

¹ أحمد زوكاغي، نسب الحمل الناشئ أثناء الخطبة، مجلة الملحق القضائي، المغرب، 2011، ع.44، ص.65.

² المكّي إقلانية، من مدونة الأحوال الشخصية المغربية إلى مدونة الأسرة، مجلة الحق، جمعية الإمارات للمحامين والقانونيين، الإمارات، 2008، ع.13، ص.116.

³ تعود حيثيات القضية إلى دعوى قضائية مشتركة من قبل الزوجين يطالبان من خلالها أثبات نسب الابن المولود بتاريخ 06-08-1996، مع الإشارة أن عقد الزواج تم ابرامه بعد سنة من ولادته. وصرح المدعى الأول بأنه خطب المدعية الثانية من والدها بمنزها، وقد تم الايجاب والقبول وموافقة والد الزوجة، وقد صرح بأن ظروف إقامته خارج المغرب حالت دون توثيق عقد الزواج بطريقة شرعية. بالإضافة إلى ما سبق، أقر الخطيبان بأن الحمل منهما. كما صرح أحد الشهود بوجود الخطبة بين المدعيان وأنها اشتهرت بينهما، والتي تمت في أكتوبر 1995. المحكمة الابتدائية بتطوان، قسم قضاء الأسرة، ل 17-09-2007، م.ر: 13-855، ج.ر، ع.1188، مقتبس عن: أحمد زوكاغي، المرجع السابق، ص.78.

إلى القرار الجنحي عدد 04-728 الصادر في 21-05-2004 فإن هذا الحمل ناتج عن علاقة فساد»¹.

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى المغربي الصادر في تاريخ 11-06-2008 : «حيث إن المادة 156 من مدونة الأسرة تشترط لكي ينسب حمل المخطوبة للخطاب للشبهة اشتهاار الخطبة بين أسرتي الخطيبين وأن يكون حمل المخطوبة أثناء الخطبة، والثابت من أوراق الملف أن الطاعنة استدلت بقرار جنائي عدد 183 الصادر بتاريخ 07-03-2006 قضى بإدانة المطلوب من أجل جناية اغتصاب الطاعنة وعقابه بسنة حبسا نافذا والمحكمة لما استخلصت من وثائق الملف ومن البحث الذي أجرته في المرحلة الابتدائية أن الخطبة لم تثبت لديها ولم تشتهر بين الأسرتين وبأن الخبرة وإن أثبتت البنوة البيولوجية فإنها لا تثبت البنوة الشرعية ما دامت باقي الشروط المتعلقة بإثبات النسب غير متوفرة وبذلك تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا إضافة إلى أن الفقه والقضاء استقرا على أن الزنا والاعتصاب لا يلحق بهما النسب الشرعي لأن الحد والنسب لا يجتمعان إلا في حالات خاصة ويبقى ما أثير بدون أساس»².

غير أنه ينبغي الوقوف على مسألة في غاية الأهمية، ألا وهي أن المشرع المغربي أسند النسب للطفل الناتج في مرحلة الخطبة للشبهة، وهذه الأخيرة تعتبر من أسباب النسب الشرعي. وفي تعريف الفقهاء للشبهة، فهي مقارنة الرجل لامرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم وتنقسم إلى قسمين: شبهة العقد، كأن يجري رجل عقد زواجه على امرأة ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد، كمن يتزوج زوجة الغير أو معتدته ويدراً عنه حد الزنا لعدم علمه بالتحريم الذي يعتبر محل إجماع. أما شبهة الفعل، بأن يقارب رجل امرأة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح أو فاسد، بل يقاربا غير

¹ م.أ.م، ع.264، ل 26-04-2006، م.ر: 607-2-1-2005، مقتبس عن: إبراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، مكتبة دار السلام، الرباط، ج.1، ط.2، 2009، ص.97.

² م.أ.م، غ.أ.ش، ع.327، ل 11-06-2008، م.ر: 443-2-1-2007، نشرة قرارات المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط، 2009، ص.93. الملحق رقم.06.

منتبه إلى شيء أبدا، أو اعتقد أنها تحل له ثم تبين العكس. وقد قرر الفقهاء أن الاتصال الجنسي المبني على الشبهة لا يعتبر زنا¹.

وعليه، فإن ولد الشبهة يختلف تماما عن ولد الزنا، بأنه ينسب للواطئ، ويجوز استلحاقه، بخلاف ولد الزنا الذي يمنع استلحاقه مطلقا، فإن ولد الطفل على فراش شبهة، جاز للغير استلحاقه، ويمتنع استلحاق ولد الزنا مطلقا².

فالفرق إذا بين ولد الشبهة وولد الزنا، أن ولد الشبهة ناتج عن وطء شبهة غير مؤاخذ به، فالواطئ معذور بهذه الشبهة. بخلاف الزاني، لأن الزنا علاقة محرمة واضحة الحرمه، مؤاخذ بفعلته، فلا يترتب على وطء الشبهة ما يترتب على الزنا من إثم وحد، لما روي عن عائشة. رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: {اذرؤوا الحدودَ عن المسلمين ما استطعتم}³.

وقد استند المشرع المغربي في صياغته للمادة 156 من مدونة الأسرة إلى فتوى العلامة محمد جواد الصقلي الحسيني، الذي قال بإمكانية إلحاق الولد المزداد في فترة الخطبة بوالده الخاطب، معللا رأيه بأنه إذا ما تم الإيجاب والقبول من الخاطب والمخطوبة ولم ينكر الخاطب النسب عنه باللعان، وظهر الحمل بالمخطوبة ووضعت له لأقل من ستة أشهر من تاريخ الإشهاد به فإن النسب يلحق بالخطاب، وعلته ترجع إلى أن رضائية العقد تحققت بالإيجاب والقبول خاصة عند تعدد الخلوات بين الخطيبين كما هو شائع في الوقت الحالي، ولأن الجانب الشكلي في العقد وهو الإشهاد الذي يؤخر الخطوبة أحيانا إلى حين إعداد بيت الزوجية⁴.

ويعتقد مؤيدو هذا النوع من الفتاوى أنها صدرت لمواجهة ظواهر اجتماعية مركبة، تتداخل فيها عوامل اقتصادية وأخرى ثقافية والتصدي للآثار التي قد تنجم عنها، وأنها جاءت لتحقيق صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، ولعل صيانة كرامة المرأة وشرفها، وحفظ نسب الأبناء من الضياع،

¹ بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، مصر، ط.1، 1998، ص.508.

² شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، المرجع السابق، ج.5، ص.108.

³ أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.4، باب درء الحدود، ح.ر:1424، ص.33.

⁴ محمد الصقلي الحسيني، حقوق الطفل في القانون المغربي، مجلة الملحق القضائي، 1986، ع.16، ص.160.

يعتبر من أهم المقاصد التي نادى بهم الشريعة الإسلامية. ناهيك على أنها تستمد أصولها من كون النسب يدور على الإمكان فضلا عن مبدأ ثابت في الفقه الإسلامي، يجعل من المشرع متشوقا للحقوق النسب، حيث اكتفى في ذلك بمجرد الشبهة، فالزواج في هذه الحالة يفتقد فقط لجانبه الشكلي في العقد وهو الإشهاد، الذي يؤخر بعد الخطوبة لسبب أو لآخر¹.

ويعتقد أصحاب هذا التوجه أن الإجماع الفقهي حول عدم لحوق بن الزنا بأبيه، هو إجماع مزعوم، على أساس أن هذه المسألة بالذات ظلت منذ القدم محل نزاع وجدال بين الفقهاء عدم وجود نص قاطع من كتاب الله وسنة نبيه الكريم. والأكثر من ذلك، فقد رأوا بأن إثبات نسب بن الزنا لأبيه هي مسألة لا تتضمن ما يخالف الأسس الشرعية المقررة في الأنساب، ومن ذلك قوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾² وقوله جل جلاله: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾³. وفي السنة النبوية قوله ﷺ: {أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَآلَهُ، وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ، اخْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ، وَفَضَّحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْأُولَيْنِ وَالْآخِرِينَ} ⁴.

وأمام هذه الخطوة الجريئة التي تبناها المشرع المغربي، نجد أنها لاقت موجة من التحفظات سواء من الناحية الشرعية وحتى القانونية، وقد ارتبط التحفظ حول الأساس الذي اعتمده صاحب الفتوى للقول بإلحاق النسب بالخطيب، والتي اعتبرت وجود العقد الرضائي بين الخطيبين، حيث يرى هذا التوجه أن هذا الموقف وإن كان يبدو منسجما في عمومته مع مبدأ تشوف المشرع للحقوق الأنساب، فإنه يبقى محل نظر من الوجهة الشرعية، كما إنه لا يدخل في الاعتبار باقي شروط الزواج الأخرى من

¹ عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 1999-2000، ص. 475-476.

² سورة الفرقان، الآية. 54.

³ سورة الأحزاب، الآية. 05.

⁴ اسناد الحديث ضعيف عن أحمد بن صالح عن بن وهب عن عمرو بن الحارث عن بن الهاد عن عبد الله بن يونس عن سعيد المقبري عن أبي هريرة. سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج. 7، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء، ح.ر: 2263، ص. 575-576.

ولاية وصداق وإشهاد، فهو بذلك خرق لقاعدة الولد للفراش، وينزل الخطبة منزلة الزواج والقاعدة شرعا وقانونا أنها وعد بالزواج وليست بزواج¹.

ويستند هذا الرأي على أحد الأحكام الصادرة عن الفقهاء الشرعيين الذين اعتبروا بأنه «إذا أقر كل من الرجل والمرأة بمعاشرتهما لبعضهما مدة دون عقد نكاح صحيح ولو كانا قد اتفقا على الزواج برضا والد المرأة، فيعتبر هذا منهما إقرارا بالزنا»².

فلو صحّت الفتوى سالفة الذكر سواء من الناحية الشرعية أو القانونية، لكان تطبيق التوجه الجديد الذي جاءت به مدون الأسرة في المادة 156 منها، بأثر رجعي، وذلك من أجل تصحيح الأوضاع الاجتماعية التي ظهرت في ظلّه، أو قبل صدوره، كما ادعوا. غير أن نطاق مدونة الأسرة المغربية من حيث الزمان يتسم بالتطبيق الفوري على الوقائع التي تطرأ في ظل المدونة الجديدة. وعليه، لا يمكن التمسك بإثبات النسب في مرحلة الخطبة بالاستناد إلى المادة 156 من مدونة الأسرة على الوقائع التي حدثت في ظل مدونة الأحوال الشخصية، وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض في قرار الإحالة الصادر في 29-06-2021 وقضت بأنه: «إن المحكمة لما قضت بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بثبوت نسب الابن المزداد قبل دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ، تأسيسا على حصول الحمل أثناء الخطبة وعلى إثبات الخبرة الطبية الجينية للعلاقة البيولوجية بينه وبين الطاعن، والحال أن الخطبة لم تكن من أسباب لحوق النسب قبل دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق سنة 2004، فإنها تجاوزت

¹ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.41.

² الحسن بن الحاج العماري، مجموعة الأحكام الشرعية، تحقيق: عبد العالي العبودي، المركز الثقافي العربي، المغرب، ط.1، 1991، ص.128.

النقطة والمقتضيات القانونية التي حددتها محكمة النقض، وخرقت الفصل 369¹ من قانون المسطرة المدنية².

وبناء على ما سبق، فإذا كان القصد من المشرع المغربي في إضافته للمادة 156 من مدونة الأسرة هو أن الخطبة قد اشتملت على عقد زواج لم يتم اشهاده، وظهر حمل بالمخطوبة فإن هذا الحمل ينسب للخاطب على أساس الفراش لا على أساس الشبهة، لأن الخطيبان في هذه الحالة يعتبران متزوجان شرعاً³، وطبقاً لما هو متعارف عليه قانوناً يجب إثبات عقد الزواج كمرحلة ابتدائية بالبينة الشرعية بواسطة شهادة لفيفية، وبعد ذلك يثبت النسب الشرعي للطفل الناتج في هذه الحالة، وهي تعتبر حالة عادية تفرضها ظروف المتغيرات الاجتماعية والثقافية والاقتصادية التي تواجه الزوجان، كانتظار تجهيز بيت الزوجية أو انتظار استقرار أحوالهما الوظيفية والمهنية، أو غيرها من الأمور⁴.

وهو التوجه الذي اعتمده قضاة محكمة النقض في قرارها الصادر في 01-02-2022 على أنه: «من المقرر أن النسب يثبت بالفراش كما في الخطبة وفقاً للمنصوص عليه في المادتين 153 و156 من مدونة الأسرة، كما أن ركن الزواج هو الرضى طبقاً للمادة 10 من نفس المدونة والكتابة ما هي إلا وسيلة لإثباته وليست ركناً فيه. والمحكمة لما أيدت الحكمة الابتدائية فيما قضى به من إبطال عقد زواج

¹ ينص الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية على أنه: «إذا قضى المجلس الأعلى بنقض حكم إحال الدعوى إلى محكمة أخرى من درجة المحكمة التي نقض حكمها أو بصفة استثنائية على نفس المحكمة التي صدر عنها الحكم المنقوض ويتعين إذ ذاك أن تتكون هذه المحكمة من قضاة لم يشاركوا بوجه من الوجوه أو بحكم وظيف ما في الحكم الذي هو موضوع النقض؛ إذا بت المجلس الأعلى في قراره في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تتقيد بقرار المجلس الأعلى في هذه النقطة؛ إذا رأى المجلس الأعلى بعد نقض الحكم المحال عليه أنه لم يبق هناك شيء يستوجب الحكم قرر النقض بدون إحالة».

² م.ن.م، غ.أ.ش، ع.331، ل.29-06-2021، م.ش، ع.76-2-1-2018. الملحق رقم.07.

³ وهذا ما قرره فقهاء النوازل في الأفضية التي عرضت عليهم بخصوص الولد الناتج عن علاقة خارج مؤسسة الزواج حيث تم رد أمر الخطبة إلى العرف والعادة التي اعتاد عليها الناس، وتعارفوا عليها، فإذا كانت عادة أهل بلد الخطيبين تنصرف إلى أن الإيجاب والقبول الصادر من الخطيبين وتراضيهما قوم مقام العقد الشرعي فإن الخطبة في هذه الحالة تقوم مقام عقد الزواج وتنتج نفس الآثار التي لهذا الأخير، ومنها ثبوت النسب، ذلك أن الأركان المطلوبة في الزواج وه الإيجاب والقبول تعتبر قائمة وحاصلة في الواقع لكون الدلالة الفعلية أقوى من الدلالة القولية. عيسى بن علي العلمي، النوازل الصغرى، تحقيق: المجلس العلمي بفاس، مطبعة فضالة المحمدية، المغرب، ج.1، ط.1، 1993، ص.51.

⁴ خالد بنيس، مدونة الأحوال الشخصية، الولادة ونتائجها، شركة بابل للطباعة، ط.2، 1998، ص.23.

الطرفين مع أن الرضا بالزواج كان محققا قبل الإشهاد عليه وأن المعتبر تبادل الرضا بالزواج وهو ركن في قيامه طبقا للمادة 10 أعلاه، فإنها جردت قرارها من الأساس، وعرضته للنقض»¹.

غير أن المشرع المغربي من خلال المادة 156 من مدونة الأسرة أنشأ وضعاً قانونياً جديداً لطفل الخطبة -الذي يعتبر بن زنا-. والأكثر من ذلك، فقد منحت نفس الشرعية القانونية التي يتمتع بها الطفل الشرعي. وهو الأمر الذي جعل المجلس الأعلى المغربي يدخل في تناقض مع قراراته. فمن جهة، يعطي الطفل المولود في مرحلة الخطبة النسب الشرعي للشبهة. ومن جهة أخرى، يؤكد ويتمسك بعدم شرعية العلاقة الجنسية بين الخطيبين، حيث قضى في قراره الصادر في 29-04-2009 بأن: «المادة 156 من مدونة الأسرة أثبتت نسب الطفل في حالة الخطبة للخطاب، لحفظ حق المولود في النسب بسبب الشبهة لترتب عنه جميع نتائج القرابة وتحق به النفقة والإرث، وليس لإضفاء الشرعية على العلاقة الجنسية التي تمت بين الخطاب والمخطوبة التي أثمرت المولود لأن العلاقة الزوجية هي وحدها التي تضي الشرعية على العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة»².

ولعل افتراض البعض بأن المعاشرة الجنسية أثناء الخطبة، تحول هذه الأخيرة إلى زواج مفترض، وبالتالي ينبغي بعدها إجبار الخطاب على الزواج. ما هي إلا فلسفة بعيدة على مقاصد الشريعة الإسلامية التي تنهى عن الفحشاء وتحرض على الرضا بالزواج. والقول بأنه رضا مفترض بالزواج عند وقوع العلاقة الجنسية محل اشكال كبير خاصة بالنسبة للرجل، لأنه لاحظ خطيئته تفرط في شرفها ولا تحتاط لعفتها. وإذا كان المقصود بالحكم السابق تصحيح أوضاع خاطئة، فإن العمل بها فيه إهدار للحدود الواضحة بين الزنا والزواج، فيكفي لما يفتضح أمر الخطابين أن يعلا ذلك بالرضا المفترض بالزواج، ويطلب الحماية القانونية، مما ينجم عنه اختلال الضوابط التي تحفظ الأنساب³.

¹ م.ن.م، غ.أ.ش، ع.55، ل 01-02-2022، م.ش، ع.466-2-1-2019. الملحق رقم.08.

² م.أ.م، غ.أ.ش، ل 29-04-2009، م.ر:9764. مقتبس عن: إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص.97.

³ عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء...، المرجع السابق، ص.183.

الفصل الثاني

ركني عقد الزواج

الركن في اللغة أحد الجوانب التي يستند إليها ويقوم بها، وركن الشيء جانبه الأقوى. ويصطلح على الركن بأنه ما يدخل في حقيقة الشيء ويحقق ماهيته التي تعتبر الحقيقة الكلية المعقولة للشيء¹. ومن هذا التعريف، فإن ركني الزواج ينحصران في ركنين أساسيين لا يقوم من غيرهما، باعتبارهما جزء لا يتجزأ من ماهية عقد الزواج وحقيقته، والمتمثلان في الركن المادي لعقد الزواج (المبحث الأول)، بالإضافة إلى الركن المعنوي لعقد الزواج المتمثل في الرضا (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الركن البيولوجي لعقد الزواج

وهو ما يعرف بالركن المفترض، والذي يرتبط باعتبارات تتعلق بالنوع الجنسي للشخص المقبل على الزواج، والذي ينبغي أن يكون متماشيا مع ما تقتضيه الطبيعة الفطرية للكائن الحي، والتي تفترض الاختلاف في الجنس بين المقبلين على الزواج (المطلب الأول)، غير أن إرادة المولى عز وجل اقتضت أن يولد بعض الأشخاص تتردد حالتهم الجنسية بين الذكر والأنثى وهم ما يعرفوا بالخنثى (المطلب الثاني).

غير أن الواقع الاجتماعي الحالي فرض مجموعة من الفئات التي لقت انتشارا واسعا لدى أغلبية الدول الغربية العلمانية، حيث ذهبوا إلى ما يسمى بعمليات تغيير الجنس. بل إلى الأكثر من ذلك، بأن أباحوا الزواج بين أشخاص من نفس الجنس (المطلب الثالث)

¹ عبد الكريم بن علي محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، ج.5، ط.1، 1420هـ، 1999م، ص.1963.

المطلب الأول

الاختلاف في الجنس

يعتمد الوجود الإنساني في بقائه وتطوره على الثنائية الجنسية التي تحفظ التوازن الاجتماعي وتضمن استمراريته، فكان من الضروري الالتزام بالتصنيف الاجتماعي الذي فطره الله سبحانه وتعالى على عباده، فيقول في كتابه الكريم: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾¹، ومن عظيم حكمته سبحانه وتعالى أن جعل الخلق أزواجا كما قال في محكم تنزيله: ﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾²، إذ لم ولن يوجد على وجه الأرض من أول خلق إلى آخره، غير جنسين اثنين هما الذكر والأنثى، وهو ما أكده المولى عز وجل في قوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾³، ويقول أيضا: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ (49) أَوْ يَزْوَجَهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثَاءً وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيْبًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيْرٌ﴾⁴، وقوله أيضا: ﴿فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾⁵.

فهذا التقسيم الإلهي للناس إلى الذكر والأنثى نعمة كبرى تستحق منا التأمل وإمعان النظر فيها، فلا اختلاف في أن هذين الصنفين يكمل أحدهما الآخر ولا تدوم الحياة إلا بوجودهما. ومن هنا تظهر الحكمة في جعل هذا الاختلاف سببا لبقاء كل أنواع الحيوانات كلها، لتقوموا بتنميتها وخدمتها وتربيتها،

¹ سورة الروم، الآية. 30.

² سورة الذاريات، الآية. 49.

³ سورة النساء، الآية. 01.

⁴ سورة الشورى، الآية. 49.

⁵ سورة القيامة، الآية. 39.

فيحصل من ذلك ما يحصل من المنافع¹. ولا يختلف اثنان على حسن خلق الله سبحانه وتعالى للإنسان ذكراً كان أو أنثى، لقوله تعالى: ﴿الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ﴾².

ولما كانت الفطرة التي فطرنا الله سبحانه وتعالى عليها، فإنها تتماشى بالضرورة مع تعاليم الشريعة الإسلامية. غير أن هذا لا يمنع من رضوخ الإنسان لرغباته وأهوائه النفسية، ليقوم الدين في هذه الحالة بترشيده وتوجيهه، فالذي يميل إلى حب المال يعلمه الشرع أحكام المعاملات المالية لئلا يقع فيما سيضره في أمواله، والذي تميل نفسه للمعايشة الجنسية يرشده الإسلام للزواج الشرعي³.

ومن هنا يظهر أن الاختلاف في الجنس مسألة جوهرية وركنا أساسيا في عقد الزواج، إذ أنه يعتبر من الثوابت الأساسية في الشريعة الإسلامية، ومن المسائل الرئيسة التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالنظام الطبيعي والفطري.

ويقصد بالاختلاف في الجنس باعتباره ركن أساسي لإبرام عقد الزواج، أن يكون طرفي عقد الزواج رجل وامرأة معلومي الصفات ظاهريا. ويرتبط هذا الركن بمحل عقد الزواج، وهو حل الاستمتاع بين الزوجين وهو ما لا يتحقق إلا إذا كانا زوج وزوجة، فيشترط أن تكون المرأة محل العقد أنثى محققة الأنوثة، والأمر نفسه للرجل فيجب أن يكون ذكرا محقق الذكورة، إذ لا يكفي المظهر حتى نحدد الذكر من الأنثى، فلا عبرة بما ظهر فلا بد من التحقق، مخافة أن يكون في أحد الطرفين ما يخالف مظهرهما، فلو حدث أن ظهر الطرف الآخر عكس ما اتجهت إرادة الطرف الآخر للتعاقد، فله أن يتمسك في وقوعه تحت عيب الغلط، إن لم يعلم العاقد الآخر بعيبه، وإن علم وأخفى فله أن يتمسك بوقوعه في التدليس⁴.

¹ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.1، 1420هـ، 2000م، ص.811.

² سورة السجدة، الآية.07.

³ فرحان بن هسمادي، حقوق المتحولين جنسياً في ماليزيا، مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، ط.1، 2020، ص.2.

⁴ عادل لموشي، الرضائية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2018-2019، ص.62.

ويعتبر الحديث عن الاختلاف في الجنس كركن أساسي وجوهري لإبرام عقد الزواج أمرًا غير مألوف، خاصة بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية الذين لم يتطرقوا إلى هذا الموضوع من أساسه، لكن لِمَا استحدثت في هذا الزمان من زيجات مخالفة للطبيعة والفطرة كان لزاما الخوض في هذه المسألة التي تعتبر في غاية الأهمية¹.

ولضبط المعنى الحقيقي للاختلاف في الجنس في عقد الزواج، وجب علينا معرفة مفهوم الجنس الذي يعتبر من الأفكار التي تتسم بالغموض والتعقيد².

فمفهوم الجنس معقد نوعا ما، إذ أنه يتطلب مراعاة كل الجوانب المكونة له خاصة المتعلقة بالجنس الهرموني أو ما يعرف بالجنس التشريحي والذي يرتبط بالمظهر الفيزيولوجي للشخص³.

غير أنه أتضح أن هذه المعطيات غير ثابتة، وقد اعتبره الفقه الفرنسي بأنه فكرة غير أكيدة، غير ثابتة، إذ لا يكفي الاعتراف بمظهر الشخص المادي، بل ينبغي مراعاة الجانب النفسي للشخص وما يعتقد في حالته الجنسية على اعتبار أن الجنس هو الذي يمثل عنصر لحالة الأشخاص التي لا يمكن المساس بها⁴.

ومن النتائج المترتبة على تحديد مفهوم الجنس بمعياري المظهر الفيزيولوجي والحالة النفسية للشخص، هو تحقق الأساس والمبرر العلمي الذي يستند عليه المتحولون جنسيا، وذلك تحت ذريعة بأنه

¹ محمد كمال الدين إمام، أحكام...، المرجع السابق، ص.96.

² أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1، 1993، ص.409.

³ «Le sexe est une notion complexe qui doit, scientifiquement, prendre en compte la totalité de ses éléments, à savoir ses aspects constitutifs qui concernent le sexe hormonal (la sécrétion d'hormones)», Ahmed El Ayoubi, Le traitement juridique spécial du chirurgien esthétique, Thèse du doctorat en droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, France, 2018, p.311.

⁴ Agarra Jean-Pierre, Aspect médico-légal et social du transsexualisme, Thèse du doctorat, Faculté de médecine de 5 Marseille, 1991, p.32.

مقتبس عن: وهبية مكرولوف، الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص.9.

غريب داخل جسده ويعيش كفرد من الجنس الآخر، مما يدفعه إلى طلب تغيير جنسه بما يتوافق وحالته النفسية¹.

وأمام كل هذه المعطيات، لم تتطرق التشريعات المغاربية للأسرة إلى تحديد مفهوم الجنس أو تحديد المعايير التي يتم من خلالها معرفة الجنس. والأكثر من ذلك، لم تنص في موادها القانونية المنظمة لعقد الزواج على الركن البيولوجي لعقد الزواج، والمتمثل بطبيعة الحال في الاختلاف في الجنس.

غير أنه باستقراء النصوص القانونية الأسرية نلاحظ أن المشرع الجزائري نص في المادة 04 من قانون الأسرة على أن: «الزواج هو عقد رضائي بين رجل وامرأة يتم على الوجه الشرعي، من أهدافه...»، وهو ما نصت عليه المادة 04 من مدونة الأسرة بقولها: «الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة».

أما بالنسبة للمشرع التونسي فلم يضع له تعريفاً خاصاً ضمن مجلة الأحوال الشخصية لا قبل التعديل ولا بعده، إذ ينص في الفصل 03 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: «لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين»، وهناك من يرى أنه لم يضع تعريفاً له لكونه ظاهرة طبيعية غنية عن التعريف وحالة اجتماعية شائعة، وحتى لا يقيّد اجتهاد المحاكم لتنظر للموضوع وفقاً للتطور لا بناء على تعريف نظري ثابت². غير أنه نص في مواضع مختلفة من المجلة على أن العلاقة الزوجية لا تكون قائمة إلا من خلال الرجل والمرأة، حيث ينص في الفصل 05³ على أنه: «يجب أن يكون كل من الزوجين خلواً من الموانع

¹ Le sexe psychologique, l'opération de remodelage sexuel réclamée par un transsexuel peut être justifiée sur le plan scientifique. Qui peut pousser la personne qui se sent étrangère à l'intérieur de son corps puisqu'elle vit comme un individu du sexe opposé et souhaite donc corriger son apparence physique pour répondre à son désir, à réclamer une opération chirurgicale de remodelage sexuel. Ahmed El Ayoubi, Op.cit., p.311.

² محمد الحبيب الشريف، التعليق على قرار مدني حول تأثير العجز الجنسي للزوج على قيام العلاقة الزوجية وانفصالها، الشركة التونسية لفنون الرسم، تونس، 1988، ص.45.

³ نصح بالقانون ع.32، لسنة 2007، المؤرخ في 14-05-2007، يتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية، ر.ر.ج.ت، ع.42، ل 08 جمادى الأولى 1428هـ، الموافق ل 25-05-2007، الملحق رقم.09.

الشرعية وزيادة على ذلك فكل من لم يبلغ عشرين سنة كاملة من الرجال وسبع عشرة سنة كاملة من النساء...»، بالإضافة إلى الفصل 106¹ الذي ينص على أن: «زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم...»، والفصل 09: «للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن بوكلاء من شاءا وللولي حق التوكيل أيضا». كما قررت محكمة التعقيب أنه: «وإن لم يعرف المشرع عقد الزواج إلا أن النظر إلى لازمه الطبيعي هو العلاقة الجنسية بين الزوجين التي تعتبر أمرا حتميا، والتي لا تكون إلا بين رجل وامرأة²».

وبناء على ما سبق، نلاحظ أن التشريعات المغاربية افترض ركن الاختلاف في الجنس في النصوص القانونية سالفة الذكر بصفة تلقائية توحى لنا بأن هذه المسألة تعتبر من البديهيات التي هي في غنى على التنصيص عليها، وأن الفطرة الطبيعية تقتضي أن يكون عقد الزواج بين ذكر وأنثى، وهو الأمر الذي يعتبر بديهي بالنسبة لكل كائن حي على وجه الأرض، ليس فقط بالنسبة للإنسان.

وبخصوص تحديد جنس الشخص المقبل على الزواج، يتم عن طريق عقد الميلاد المقدم من الطرفين إلى ضابط الحالة المدنية أو الموثق، والذي يحدد فيه: يوم الولادة، المكان، الزمان، الأسماء التي أعطيت للطفل وجنسه، وهو ما نصت عليه المادة 74 من قانون الحالة المدنية: «يجب على كل واحد من طالبي الزواج أن يثبت حالته المدنية بتقديم... ملخص مؤرخ بأقل من ثلاثة (3) أشهر إما لشهادة الميلاد وإما لتسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة»، كما نصت المادة 65 من مدونة الأسرة على أنه: «يُحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة محل إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية، وهي: 2. نسخة من رسم الولادة ويشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة المدنية إلى تاريخ منح هذه النسخة ومن أجل الزواج».

¹ نقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993، المؤرخ في 12-07-1993. الملحق رقم 10.

² م.ت، ق.ت.م، ل. 18 نوفمبر 1986، ع. 16285، ن.م.ت، ع. 2، ص. 87. الملحق رقم 11.

كما نص الفصل 35 من القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في أول أوت 1957 والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية التونسية على أنه: «على ضابط الحالة المدنية بمكان ولادة كل من الزوجين أن يلاحظ على عقد الزواج برسم ولادة كل من الزوجين»¹.

وعليه، فإن نظام الزواج وفق التشريعات المغاربية للأسرة لا يقوم إلا على أساس الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي². وعدم التنصيص عليه راجع لأنه قوام عقد الزواج³.

ومن وجهة نظرنا، نرى بأنه من الأحسن عدم التنصيص عليه كركن لعقد الزواج، والاكتفاء بالنصوص القانونية العامة التي أوردتها التشريعات المغاربية، على اعتبار أن النص على ركن الاختلاف في الجنس ما هو إلا اعتراف من المشرع بوجود فئة شاذة تبنت زيجات⁴ أخرى مخالفة للطبيعة، وأن المشرع- في حالة ما إذا نص على الركن البيولوجي- فإنه يحاول من خلاله منع هذه الزيجات. وفي هذا الصدد، ينبغي أن يكون لها النصيب من النصوص القانونية الردعية في التشريع العقابي لا التشريع الأسري.

كما ينبغي الإشارة إلى مسألة في غاية الأهمية، ألا وهي أن ضرورة الاختلاف في الجنس في عقد الزواج لا يقصد بها صلاحية الشخص للممارسة الجنسية، أو أن يكون أهلا للتناسل وإنجاب الذرية، على اعتبار أن هذا الأخير يمكن أن يكون سببا للمطالبة بالطلاق أو التخليق في حالة عدم العلم به وكتمانه⁵.

¹ القانون عدد 3 لسنة 1957، المؤرخ في أول أوت 1957، والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية، ر.ر.ج.ت، 02-08-1957، ص.11.

² جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، 2001، ص.9.

³ عادل لموشي، المرجع السابق، ص.75.

⁴ نقصد من هذه الزيجات، الزواج المثلي.

⁵ وردة دلال، زواج مثلي الجنس، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات التعليمية، دار الخلدونية، الجزائر، 1434هـ، 2013م، ع.16، ص.3.

المطلب الثاني

زواج الخنثى

أمام الضرورة التي اقتضتها طبيعة الخلق المتمثلة في الثنائية الجنسية، والتي تعتبر من البديهيات المسلم بها شرعا التي لا تطرح أي إشكال، خاصة بالنسبة لقوانين الدول الإسلامية بما فيها الدول المغاربية، فالإنسان لا ينفك أن يكون ذكرا أو أنثى، وتحديد هذا الأخير يكون في الحالات العادية بالعين المجردة، ويكون عقد زواجه من الشخص الذي يخالف جنسه.

غير أنه، ومن حكمة المولى عز وجل، قد يحدث وأن تظهر بعض الولادات لأشخاص يتردد أصلهم الجنسي بين الذكر والأنثى، والذي يكون ناتجا بطبيعة الحال من خلل خلقي يجعله حاملا لصفات وخصائص الذكر والأنثى مجتمعين، والذي قد يترتب عليه تشوه في الأعضاء التناسلية الداخلية والخارجية¹، مما قد يدفع بالشخص المصاب بهذا العيب أو وليه اللجوء إلى المراكز الاستشفائية طالبا تصحيح جنسه بما يتلاءم وأعضائه التناسلية، وهذه الطلبات تهدف لمجرد الكشف عن الجنس الحقيقي وتصويبه² وهو الأمر الذي يدفعنا إلى البحث حول مشروعية هذه العمليات الجراحية.

مع العلم أن الشريعة الإسلامية رتبت أحكاما خاصة للإنسان الذي يعاني من الغموض الجنسي، وشرعتها تحت ما يسمى بأحكام «الخنثى»، سواء تعلق هذه الأحكام بالعبادات والمواريث، بالإضافة إلى عقود الزواج³.

¹ وهي ما تعرف بالغموض الجنسي، والذي يكون من خلال اختلال الكروموسومات الجنسية كحالة كلينفلتر أو حالة ترنر أو حالة الجنس العكسي... الخ. مكرلوف وهيبه، المرجع السابق، ص. 31 وما بعدها.

² فهيم عبد الاله الشايع، حكم تغيير الجنس وأثره في عقد الزواج وفقاً للنظام السعودي والقانون الكويتي، مجلة الباحث العربي، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، 2019، ع. 1، ص. 71.

³ حنان صالح المعيني، منال مروان منجد، عمليات تحويل الجنس في دولة الامارات العربية المتحدة، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2020، ع. 02، ص. 199.

الفرع الأول: مفهوم الخنثى

الخنثى في اللغة مشتقة من خنث، يقال: خنث الرجل يخنث خنثاً إذا تكسر وتلوى، وأمراًة خنث: متكسرة ليناً ومثله امرأة مخنثات¹. وأصل الاختنات: خنث؛ ومنه التَّكْسُرُ والتَّشْنِ ومن هذا سمي المخنث لتكسره وسميت المرأة خنثى².

والخنثى هو الشخص الذي لا يخلصُ لِذَكَرٍ ولا أنثى، ورجل خُنْثَى: له ما للذكر والأنثى. والخنثى: الذي له ما للرجال والنساء. جميعاً، والجمع: خنثاى، وخنات مأخوذة من الخنث وهو اللين والتكسر، يقال خنث الشيء فتخنث أي: عطفته وتعطف والاسم الخنث³.

أما من الناحية الاصطلاحية، فقد اتفق الفقهاء على أن الخنثى هو من له ذكر كالرجال وفرج كالنساء، أو لا يكون له ذكر ولا فرج ويكون له ثقب بيول منه⁴.

ويتبين من اصطلاح الفقهاء أن حالة الخنثى تتردد بين أمرين، يتمثل أولهما في اجتماع الأعضاء التناسلية الذكورية والأنثوية في جسم الشخص؛ أما الثاني، ينتفي فيه كل الأعضاء التناسلية سواء الخاصة بالمرأة أو الرجل، ويكون له في موضع فرجه ثقب يخرج منها البول لا تشبه عضو المرأة ولا الرجل⁵.

أما من الناحية الطبية، فقد عرف رجال الاختصاص الخنثى بأنه الشخص الذي يعاني من الغموض الجنسي، بحيث تكون أعضاؤه التناسلية غامضة، فيجمع بين جهازي التناسل للذكر والأنثى على السواء⁶، كما يمكن أن يكون شكل أعضائه التناسلية الداخلية وطريقة نموها والهرمونات الخاصة بها، مخالفة للشكل الظاهري للجسم، كأن تكون الأعضاء التناسلية الداخلية للخنثى أعضاء ذكورية والشكل العام لأنثى. فوصف الخنوثة من الناحية التقنية-الطبية- يطلق على الأشخاص الذين تجتمع

¹ أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، ج.1، ط.1، 1987، ص.418.

² أبو منصور بن أحمد بن الأزهرى الهروي، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.7، ط.1، 2000، ص.145.

³ ابن منظور، المرجع السابق، ج.2، ص.145.

⁴ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.8، ص.168؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن

أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.7: كتاب الخنثى، ص.327.

⁵ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع... المرجع السابق، ج.2، ص.50 وما بعدها.

⁶ زهير أحمد السباعي، محمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم والدار الشامية، دمشق، ط.1، 1993، ص.315.

فيهم الأنسجة الخصوية والمبيضية معا¹، وهو تقريبا نفس الطرح الذي قال به فقهاء الشريعة الاسلامية قديما، قبل أن يتسنى للتطورات الطبية والتكنولوجية بالظهور.

الفرع الثاني: أقسام الخنثى

لقد توصل الفقه المتقدم وفقا لاجتهاداتهم التي افتقدت للتطورات الطبية الموجودة في العصر الحالي، من خلال الاستناد إلى عديد الآيات الكريمة التي تطرقنا إليها؛ إلى أنه لا مجال للقول بالجنس الثالث كما هو مشاع في الوقت الحالي، حتى ولو اجتمعت في الشخص الأعضاء التناسلية للذكر والأنثى، فيحدد جنس الشخص بأن ترجح إحداها بخروج البول منه؛ أو إذا ما انتفت في الشخص الأعضاء التناسلية للجنسين معا²، فالخنثى لا ينفك أن يكون أحد الجنسين ذكرا كان أو أنثى.

ومن هنا ظهر التقسيمان المعروفان للخنثى، فيكون إما مشكل، أو غير مشكل:

فالخنثى غير المشكل، هو من تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن³. وبالتالي، يمكن أن يترجح فيه أحد النوعين؛ إما جانب الذكورة، ويتحدد من خلال العلامات التي تصاحب البلوغ، فإذا ظهرت له اللحية أو وصل النساء، أو احتلم كما يحتلم الرجل، أو كان له ثدي مستو. وإما جانب الأنوثة، فلو ظهر له ثدي كثدي المرأة، أو نزل له لبن في ثديه، أو حاض، أو حبل، أو أمكن الوصول إليه من الفرج؛ فهو امرأة⁴.

ويُعتقد بأن الخنثى غير المشكل، ما هو إلا أحد الجنسين له خلقة زائدة للجنس الآخر⁵.

أمّا الخنثى المشكل، فقد أثار العديد من الإشكالات الفقهية والقانونية، وحتى التقنية، وهذا راجع لتعقد حالته الفيزيولوجية.

¹ حسن تيسير شموط، أحكام الخنثى بين العلم والأحوال الشخصية، مجلة الدراسات الإسلامية والدينية، جامعة هاربير، باكستان، 2018، ع.02، ص.4.

² شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.30، ص.91.

³ موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج.9، ص.108-109.

⁴ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المرجع السابق، ج.4: كتاب الخنثى، ص.546؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.8، ص.168؛ موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج.9، ص.109.

⁵ موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج.9، ص.109.

حيث لم تظهر في هذا النوع لا علامات الذكورة ولا الأنوثة¹، ولا يحمل أي مخرج، ويتقيأ ما يأكله ويشربه²، كما يمكن أن يكون فرجه فقط في مخرج واحد يخرج منه البول والغائط³. أو ظهرت فيه بصفة متساوية، ويبول منهما بالتساوي⁴. كما يمكن أن تتعارض معالمه التناسلية بأن يبيض وتظهر له لحية إلى غير ذلك من الحالات الشاذة⁵.

غير أن الطب له رأي معمق في تحديد نوعي الخنثى، مقارنة بما نحا إليه متقدمي فقهاء الشريعة الإسلامية، من خلال الاعتماد على الشكل الظاهري. بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك بأن اعتمدوا على التكوين العضوي الداخلي للغدد الجينية. وخلصوا إلى أن الخنثى ينقسم إلى الخنثى الحقيقي، وهو الذي يجمع في أجهزته التناسلية الخصية والمبيض في الوقت نفسه، وهذه حالة نادرة الوقوع⁶. والخنثى الكاذب⁷، وهي التي تكون فيها الغدد التناسلية من الجنس نفسه «إما مبيض وإما خصية»، وتكون الأعضاء التناسلية الظاهرة مخالفة لجنس الغدد التناسلية التي في الداخل، وهذه هي الحالة المألوفة للخنثى⁸.

¹ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.6: كتاب الخنثى، ص.727.

² بدر الدين العيني، المرجع السابق، ج.13: كتاب الخنثى، ص.530.

³ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.8، ص.168.

⁴ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.6: كتاب الخنثى، ص.727.

⁵ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان شيخي زادة، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.2، د.ط، د.س.ن، ص.729.

⁶ زهير أحمد السباعي، محمد علي البار، المرجع السابق، ص.316.

⁷ وقد قسم أهل الاختصاص الخنثى الكاذب إلى نوعين؛ الخنثى الكاذب الانثوي، وهي التي يكون أصلها أنثى وظهرها ذكر: وعلى مستوى الغدة التناسلية XX وهذه الحالة تكون في الأصل أنثى بناء على مستوى الصبغيات أي مبيض، أما الأعضاء التناسلية الظاهرة فتشبه أعضاء الذكر، وذلك بنمو البظر نمواً كبيراً حتى أنه يشبه القضيب، ويلتحم الشفران الكبيران مما يجعلهما يشبهان كيس الصفن، وتحدث هذه الحالة نتيجة إفراز هرمون الذكورة من الغدد الكظرية فوق الكلية لذلك يتجه خط سير الأعضاء التناسلية نحو الذكورة وكذلك تحدث نتيجة لأخذ الأم لهرمون الذكورة أو البروجسترون لأي سبب من الأسباب. أما النوع الثاني فيتمثل في الخنثى الكاذب الذكري، وهي التي يكون أصلها ذكراً وظهرها أنثى، وعلى مستوى الغدة التناسلية XY، وهذه الحالة تكون في الأصل ذكر بناء على مستوى الصبغيات أي خصية، أما الأعضاء التناسلية الظاهرة فتكون على شكل أعضاء الأنثى. محمد علي البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر، جدة، ط.10، 1995، ص.498.

⁸ إبراهيم عطية الحبيشي، كيفية استجواب وتفتيش التوائم الملتصق والخنثى المشكل في الشريعة الإسلامية والنظام، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة دمياط، مصر، 2020، ع.2، ص.294.

وأمام المعطيات سالفة الذكر، فقد وجد الفقهاء قديماً بعض الحرج في إصدار الوصف الشرعي للخنثى أو كما يعبر عليه تقنيا بالشخص الذي يعاني من الغموض الجنسي، فتحديد جنسه ليس بالأمر الهين، إذ يقوم في غالب الأحيان على أمور احتمالية من جهة. ومن جهة أخرى، على ما يشعر به الشخص المصاب.

الفرع الثالث: تحديد جنس الخنثى

لما كانت البشرية كما أشرنا آنفاً، قائمة على الثنائية الجنسية كان لا بد من ترجيح أحد الجنسين على الآخر؛ فقد اتفق جمهور الفقهاء إلى أن تحديد جنس الخنثى يتم عن طريق مخرج البول بالنسبة لمن لم يبلغ الحلم، وقد اشتبه الأمر في الجمع بين الذكر الدال على كونه رجلاً والفرج الدال على كونه امرأة¹. وقال بعض المالكية لا دلالة في البول². وقد استدلو بما روى بن عباس رضي الله عنه: {أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سئلَ عَنْ مَوْلُودٍ وُلِدَ، لَهُ قُبُلٌ وَذَكَرٌ مِنْ أَيْمَنِ يُورَثُ؟ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: يُورَثُ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ}³.

وبناء على ما سبق، فإذا بال الخنثى الصغير-الذي يحتوي على الأعضاء التناسلية الذكورية والأنثوية- من العضو الذكري؛ فهو ذكر، وإذا كان يبول من العضو الأنثوي، فأنتى⁴. أما إذا خرج البول من العضوين، فالعبرة بالعضو الأسبق لخروج البول باعتباره العضو الأصلي⁵. وإلا يعتد بالعضو الذي يخرج منه البول بالكثرة، وهو ما أخذ به الحنفية⁶ والمالكية⁷ والحنابلة⁸. لأن هذه الأخيرة تبين

¹ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.6: كتاب الخنثى، ص.727.

² شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.30، ص.104-105.

³ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.7، باب ميراث الخنثى، ح.ر: 12518، ص.428. قال بن الجوزي هذا حديث لا يصح وقد اجتمع فيه كذابون أبو صالح والكلبي وسليمان. جمال الدين عبد الرحمن بن الجوزي، الموضوعات من الأحاديث المرفوعات، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، السعودية، ج.3، ط.1، 1386هـ، 1966م، ص.230.

⁴ أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدري، التنف في الفتاوى، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.2، ط.2، 1404هـ، 1984م، ص.857.

⁵ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجم، البحر...، ج.8، ص.538.

⁶ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المرجع السابق، ج.4: كتاب الخنثى، ص.542.

⁷ محمد ابن عبد الله الخرشي، المرجع السابق، ج.8، ص.228.

⁸ موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج.9، ص.109.

العضو الغالب¹، إضافة إلى أنه دليل على أنه هو العضو الأصلي لقوته، ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة².

بينما ذهب أبو حنيفة³، وأصحاب الشافعي⁴، إلى دحض هذا التوجه، على أساس أننا أمام حالة الخنثى المشكل، ذلك أن كثرة الخروج ليس دليلاً على أن ذلك العضو هو الأقوى، بل لأنه من الممكن أن تؤثر عليه التركيبة الداخلية للأعضاء التناسلية، التي قد تجعل من أحد العضوين في اتساع، والعضو الآخر في ضيق⁵.

ومن خلال هذين الرأيين، وأمام عدم القدرة على ضبط المتغيرات الفيزيولوجية للأعضاء التناسلية للخنثى، والتي تتفاوت من شخص لآخر، لا يمكن الأخذ بمعيار مخرج البول، وإن كان هذا الطرح سليم من حيث مبدئه. غير أنه، لأخذ الحيطة والحذر من إمكانية الخطأ في تحديد جنس الخنثى بعد مرور مدة زمنية معينة، خاصة إذا ما علمنا أن هذا المعيار تم تقريره بالنسبة للخنثى الذي لم يبلغ الحلم. ولما كان كذلك، فإن الرأي الثاني أولى بتحكيمة من خلال تأجيل تحديد جنس الخنثى إلى غاية بلوغه، على اعتبار أن علامات البلوغ يمكن الاعتداد بها بصفة أدق من المعيار السابق.

¹ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ج.4، ص.470.

² علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المرجع السابق، ج.4: كتاب الخنثى، ص.546.

³ عبد الله بن محمود بن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.3: كتاب الخنثى، د.ط، د.س.ن، ص.38-39.

⁴ محمد بن أحمد الخطيب الشريبي الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.51.

⁵ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المرجع السابق، ج.4: كتاب الخنثى، ص.546.

فإذا احتلم¹ الخنثى من عضوه الذكري وخرجت له لحية² أو وصل النساء، وكان له ثدي مستوٍ فهو رجل. أما إذا ظهر له ثدي كثدي النساء أو نزل اللبن من ثديه، أو حاض، أو حبل أو أمكن وطؤه؛ فامرأة³.

وقد أضاف الشافعية في تحديدهم لجنس الخنثى إلى شهوته وميله، فإذا كانت شهوته للرجل فهو امرأة، أما إن كانت للمرأة فهو رجل، كما أنه لا يكفي اخباره قبل بلوغه وعقله، لأنها محسوسة معلومة الوجود، وقيام الميل غير معلوم فإنه ربما يكذب في أخباره⁴. ولعل الفطرة التي فطرنا الله سبحانه وتعالى عليها، تقتضي العادة بميل الرجل إلى المرأة والمرأة إلى الرجل، فإن كان قوله بأنه يميل إليهما معا أو لا يميل لأي منهما فيكون في هذه الحالة خنثى مشكل⁵.

وعلى العموم يرجع إلى الميل والشهوة في حالة العجز عن الأمرات الجسدية لأنها مقدمة عليه. وبالتالي، كان لزاما الرجوع إلى ما يشعر به الشخص، فإن الذكر مطبوع على ما ركبه الله تعالى فيه من شهوته الأنثى، والأنثى مطبوعة على ما ركب الله تعالى فيها من شهوتها للذكر، ليحفظ بالشهوة الغريزية بقاء التناسل، ومثاله ما يقول في حقوق الأنساب عند الاشتراك والاشتباه. وإنما يرجع بالقافة إلى الأمارات الظاهرة في الجسد، ويعتد بهذا المعيار في البلوغ، فلا اعتبار به قبل البلوغ، فإذا بلغ اعتبرت حينئذ شهوته في الميل إلى أحد الجنسين⁶.

¹ وقد اشترط الشافعية بأن يكون خروج المني أو الحيض في الزمن الذي يكون فيه ممكنا، بل يجب أن يتكرر خروجه ليتأكد الظن من جنسه، على أساس أنه من الممكن أن يمضي الشخص من العضوين، فإذا أمنى منهما مني الرجال فرجل، وإما فالعكس، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع...، المرجع السابق، ج2، ص.49.

² وأما الشافعية على الأصح لا عبرة بنبات اللحية ولا تحود الثدي ونزول اللبن، لأن اللحية قد تنبت عند النساء ولا تنبت لبعض الرجال، وقد يكون الثدي لبعض الرجال. لأن ذلك قد يختلف ولأنه لا خلاف أن عدم اللحية في وقته لا يدل على الأنوثة ولا عدم النهود في وقته للذكورة فلو جاز الاستدلال بوجوده عملا بالغالب لجاز بعدمه عملا بالغالب، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.51.

³ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المرجع السابق، ج.4: كتاب الخنثى، ص.542.

⁴ عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1، 1403هـ، 1983م، ص.242 وما يليها.

⁵ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.11: كتاب رضاع الخنثى، ص.412.

⁶ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.11: كتاب رضاع الخنثى، ص.412.

وللاستطراد في هذا الموضوع، ومصدقا لقوله تعالى: ﴿فَسَلُّوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾¹، كان لزاما علينا الرجوع إلى أهل الاختصاص من الأطباء والتقنيين في هذا المجال، للتمكن من تحديد جنس الخنثى بصفة دقيقة، حيث أصبح تحديد جنس الخنثى سهلا وواضحا بالاعتماد على فحوصات طبية مخبرية يتم إجراؤها. بالإضافة للكشف الطبي المباشر الذي يجريه الطبيب، لذا يمكن تحديد جنس الجنين من خلال ثلاثة مستويات هي²:

1. المستوى الصبغي «الكروموزومي»:

يعتمد على تحديد جنس الجنين على أساس الجينات الوراثية، فالحيوان المنوي للرجل يحتوي على خلية صبغية تمل الرمز (YX)، أما بويضة المرأة فتحتوي على خلية صبغية تحمل الرمز (XX). فإذا تمت عملية التلقيح، يجتمع الصبغيان-الخاص بالرجل والمرأة- فتبقى خلية المرأة عند انقسامها تحتفظ بنفس الرمز (X)، بينما تحمل خلية الرجل عند انقسامها رمزين هما (X) و (y). فإذا التقت خلية الرجل التي تحمل المورث (X) بخلية المرأة التي تحمل المورث (X)، ففي هذه الحالة يكون المولود أنثى (XX)، أما إذا التقت المورث (y) الخاص بالرجل، بالمورث (X) الخاص بالمرأة، فالجنين في هذه الحالة ذكر³.

2. المستوى الغددي:

يرتبط هذا المستوى بالغدة الجنسية التي تبين نوع الجنين أذكر أم أنثى؟ والتي تتكون عادة في الأسبوع الخامس من الحمل، وفي بداية الأمر يتجه الجنين نحو تكوين أعضاء الانثى، إلى غاية تمايز الغدة الجنسية أو التناسلية ووضوح نوعها، والذي يتم عادة في الأسبوع السادس أو السابع كحد أقصى، حيث تظهر الخصية بالنسبة للذكر، والمبيض بالنسبة للأنثى. مع العلم أنه قد أثبتت التجارب العديدة

¹ سورة النحل، الآية.43.

² زهير أحمد السباعي، محمد علي البار، المرجع السابق، ص.317-319.

³ عبد الناصر أبو البصل، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط.1، 1421هـ، 2001م، ص.714-716.

أن وجود الخصية هام في اتجاه الجنين نحو الذكورة بينما وجود المبيض ليس ضرورياً لتكون أعضاء التناسل الأنوثة¹.

وقد جاء في حديث النبي ﷺ ما يؤكد توجه الأطباء، فيروى أن عامر بن واثلة حدثه أنه سمع عبد الله بن مسعود يقول الشقي من شقي في بطن أمه والسعيد من وعظ بغيره، فأتى رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ يقال له حذيفة بن أسيد الغفاري فحدثه بذلك من قول بن مسعود فقال: وكيف يشقى رجل بغير عمل، فقال له الرجل أتعجب من ذلك فيني سمعت رسول الله ﷺ يقول: {إِذَا مَرَّ بِالنُّطْقَةِ ثِتَانٍ وَأَرْبَعُونَ لَيْلَةً، بَعَثَ اللَّهُ إِلَيْهَا مَلَكًا، فَصَوَّرَهَا، وَخَلَقَ سَمْعَهَا وَبَصَرَهَا وَجِلْدَهَا وَلَحْمَهَا وَعِظَامَهَا، ثُمَّ قَالَ: يَا رَبِّ أَذْكَرٌ أَمْ أُنْثَى؟ فَيَقْضِي رَبُّكَ مَا شَاءَ، وَيَكْتُبُ الْمَلِكُ، ثُمَّ يَقُولُ: يَا رَبِّ أَجَلُهُ، فَيَقُولُ رَبُّكَ مَا شَاءَ، وَيَكْتُبُ الْمَلِكُ، ثُمَّ يَقُولُ: يَا رَبِّ رِزْقُهُ، فَيَقْضِي رَبُّكَ مَا شَاءَ، وَيَكْتُبُ الْمَلِكُ، ثُمَّ يَخْرُجُ الْمَلِكُ بِالصَّحِيفَةِ فِي يَدِهِ، فَلَا يَزِيدُ عَلَى مَا أَمَرَ وَلَا يَنْقُصُ} ².

3. مستوى الأعضاء التناسلية:

بالإضافة إلى ما سبق ذكره، يمكن تحديد نوع الجنس من خلال الأعضاء التناسلية للجنين، سواء كانت ظاهرة، كالقضيب والخصيتان والبريخ والقناة الناقلة للمني وكيس الصفن بالنسبة للذكر؛ أو الشفران الكبيران والصغيران والبظر والفرج في الأنثى. أو كانت باطنة، كالحبل المنوي والحويصلة المنوية والبروستات وغدد كوبر بالنسبة للذكر؛ والمبيضان والرحم والمهبل بالنسبة للأنثى. وتبقى الأعضاء التناسلية بالنسبة للجنين في فترة إبهام، إلى غاية الأسبوع الثاني عشر من الحمل³.

الفرع الرابع: مدى صحة زواج الخنثى

أمام المعطيات سالفة الذكر، يُطرح التساؤل حول مدى جواز إبرام الخنثى بنوعيه المشكل وغير المشكل، عقد زواجه على الحالة التي يكون عليها؟

¹ محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 493.

² أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج. 46: كتاب القدر، باب كيفية خلق آدمي في بطن أمه وكتابة رزقه وأجله وعمله وشقاوته وسعادته، ح. ر: 2645، ص. 2037.

³ زهير أحمد السباعي، محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 318؛ محمد علي البار، المرجع السابق، ص. 494.

الإجابة على هذا التساؤل، أثارت موجة من الاختلاف بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية حول الحكم الشرعي لعقد زواجه.

فلا إشكال إذا كان الخنثى غير مشكل، على أساس أنه يترجح لديه العضو التناسلي لأحد الجنسين، وما العضو الثاني إلا خلقة زائدة، فإذا امتلك علامات الرجال فهو رجل ويبرم عقد زواجه من امرأة¹؛ وإذا امتلك علامات النساء فهو امرأة، وتتزوج في هذه الحالة من رجل. وقد أضاف الشافعية إن كان الخنثى غير المشكل، بأن زال إشكاله قبل عقد النكاح بذكورة أو أنوثة، أن له الخيار في النكاح لأن الطبع ينفر منه².

غير أنه من المحتمل أن يتعذر هذا الأمر، خاصة إذا كان الخنثى مشكل، وهو الأمر الذي اختلفت فيه كلمة الفقه حول صحة زواجه إلى ثلاث أقوال:

فالقول الأول لأئمة الحنفية، إذ لا يعتبرون زواج الخنثى صحيحاً، كما لا يعتبر باطلاً؛ وإنما هو عقد موقوف³ على التبين من حالته الجنسية بأن يكون رجلاً أو امرأة، فإن كان مخالف لجنس زوجته، عُدَّ العقد صحيحاً؛ أما إذا توافق جنسيهما، اعتبر الزواج باطلاً لانعدام محل عقد الزواج وهو حل الاستمتاع بين الزوجين⁴.

ونفس الطرح قرره أصحاب هذا الرأي في حالة ما إذا زوج خنثى من خنثى غيره فإنه لا يحكم بصحة الزواج حتى يظهر أن أحدهما ذكر والآخر أنثى⁵.

¹ موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج.9، ص.110.

² محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.341؛ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج.8، ص.540.

³ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.30، ص.106.

⁴ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.6: كتاب الخنثى، ص.728.

⁵ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.30، ص.106.

أما القول الثاني، وهو مذهب المالكية¹، والشافعية²، والحنابلة في قول³، والذين ذهبوا إلى منع زواج الخنثى المشكل حتى يتضح أمره، وعليه فهو باطل مطلقاً. ومَرَدُّ هذا المنع إلى سببين أساسيين؛ يتعلق أوله بالخنثى نفسه، إذ لا يدري بأنه رجل أو امرأة، فقد يتزوج من شخص ثم يتبين أنه من نفس جنسه⁴؛ ويتعلق السبب الثاني بركن أساسي في عقد الزواج، حيث لا يتحقق في عقد الزواج ما يبيحه، فهو في حالة شك بين كونه رجل أو امرأة. وبالتالي، كان من الأنسب عدم إباحة الزواج إلى غاية التحقق من الحالة الجنسية للشخص⁵.

في حين ذهب أصحاب القول الثالث، وهو المشهور عند الحنابلة، إلى بأنه لا مانع من زواج الخنثى المشكل، مع الرجوع إلى قوله، على أساس أنه لم يتسنى له ظهور الأمرات التي يتحدد بها جنسه الحقيقي. فيرجع بالتالي، إلى قوله وميله وشهوته، فإذا صرح -بعد بلوغه- بأنه رجل ويميل إلى معاشره النساء فيتزوج امرأة في هذه الحالة، وإلا فالعكس⁶.

ويرجح أصحاب هذا الرأي أن تحديد جنس الخنثى المشكل مرتبط بأمور باطنية غير ظاهرة للعيان، ولما كان كذلك فإنه لا يمكن التوصل إلى حقيقته إلا من خلاله هو، فيقبل قوله سواء أقر بأنه رجل أو بأنها امرأة، ولعل التجارب العملية أثبتت أن الخنثى ولو كان مشكلاً -خاصة بالنسبة للشخص الذي لا يملك أي أعضاء تناسلية- يستطيع معرفة نفسه بنفسه وإلى أي الجنسين يكون ميله وشهوته⁷.

¹ شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ج.3، ط.3، 1412هـ، 1992م، ص.430-432.

² أبو إسحاق إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ج.4، ط.1، 1417هـ، 1996م، ص.438.

³ أبو إسحاق برهان الدين بن مفلح، المبدع في شرح المنقح، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.6: كتاب النكاح، ط.1، 1418هـ، 1997م، ص.146.

⁴ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع... المرجع السابق، ج.16، ص.214.

⁵ موفق الدين بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.3، ط.1، 1414هـ، 1994م، ص.38.

⁶ موفق الدين بن قدامة، المغني... المرجع السابق، ج.114.

⁷ المرجع نفسه.

وأمام هذه الآراء المتضاربة، بين من يعتبر عقد الزواج صحيحا، موقوفا، وباطلا؛ وأمام الإمكانيات الطبية المتوفرة في الوقت الراهن، نعتقد أن الرأي الثاني هو الأولي بتحكيمة، أي التبيّن من حالة الخنثى، والحكم بعد ذلك بزواجه ممن يخالفه في جنسه.

وبناء على ما تقدم من أحكام عامة للخنثى سواء من الناحية الفقهية، أو من الناحية التقنية¹، نجد انتفاء تام لحكم زواج الخنثى-مشكل أو غير مشكل- مما يدفعنا إلى تحكيم المادة 222 من قانون الأسرة، والمادة 400 من مدونة الأسرة، التي تحيل إلى الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، ليجد القاضي نفسه أمام الآراء الثلاثة التي ترى بأن زواج الخنثى إما يكون صحيحا أو موقوفا على تبين نوع جنسه، أو باطلا لغاية تبين جنسه الحقيقي، بالإضافة الى الخبرة الطبية التي لا يوجد نص قانوني يمنع من اللجوء إليها في هذه الحالة.

وأمام هذه المعطيات، نرى بتشريع الرأي القائل ببطلان هذا الزواج لغاية تبين حقيقة الخنثى الجنسية، وذلك بالاستعانة بالخبرة الطبية التي تعطي وصف دقيق لحالة الخنثى مقارنة بما كان هو مألوفا لدى الفقه المتقدم الذي كان يتبين حالة الخنثى بالعين المجردة، من خلال رؤية ما هو ظاهر للخنثى من أعضاء تناسلية. والأكثر من ذلك، فإن الخبرة الطبية من شأنها أن تبين الغموض الجنسي الباطني عن طريق الأشعة المقطعية.

ولعل هذا الرأي هو الأولي بتحكيمة خاصة إذا ما علمنا أن المشرع الجزائري والمغربي وحتى التونسي يعتبر السلامة من العيوب شرطا أساسيا لعقد الزواج وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، والمادة 65 من مدونة الأسرة، والقانون عدد 46 لسنة 1964 المتعلق بالشهادة الطبية السابقة لإبرام عقد الزواج، بالنسبة للمشرع التونسي².

وفي حالة ما إذا ابرم الخنثى عقد زواجه دون علم الطرف الآخر بحالته الجنسية، فإن هذا يعتبر من قبيل التدليس باعتباره عيبا من عيوب الإرادة يمنح لصاحبه الحق في فسخ عقد الزواج.

¹ راجع ص. 118 إلى 126.

² القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 3 نوفمبر 1964 المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، ر.ر.ج.ت، ع.53، ل 03-11-1964، ص.1484، الملحق رقم.12.

وعلى خلاف المشرع الجزائري والمغربي، لم تتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية على نص قانوني يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مصادرها. غير أنه يجوز للقاضي في هذه الحالة ولعدم انكار العدالة أن يستند إلى مرجعية المشرع التونسي في الأحوال الشخصية في هذه الحالة، ممثلة في الشريعة الإسلامية.

وبالحديث عن التطورات الطبية والجراحية، أصبح ممكنا تصحيح جنس الخنثى ليصبح ذكرا أو أنثى، وهذا عن طريق تناول الهرمونات التي تتطابق مع جنسه المرجح، بالإضافة إلى الجراحة الطبية التي تنهي إشكالية الخنثى بصفة نهائية، خاصة مع الثورة البيولوجية الجزيئية والهندسة الوراثية التي طبعت أواخر القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين بطابعها¹.

غير أن التدخل الجراحي لتصحيح جنس الخنثى المشكل أثار جدلا لدى الفقه الإسلامي بين مؤيد ومعارض لها، وهو ما سنستعرضه فيما يلي:

حيث يرى بعض الفقه المتأخر أنه إذا ما أقرت الخبرة الطبية بإمكانية علاج حالة الخنثى سواء عن طريق تناول الهرمونات أو من خلال التدخل الجراحي، حتى يصير إنسان طبيعي شأنه شأن بقية الخلق، فهو أمر جوازي؛ بل يزيد البعض على ذلك، بأن جعلوه أمر واجب ومفروض. ولعل قول النبي ﷺ: { مَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ دَاءٍ إِلَّا أَنْزَلَ لَهُ شِفَاءً }²، وقوله ﷺ: { لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ }³، هو خير دليل على ذلك، وهذا من أجل إدماج هذه الفئة من الخلق في الحياة الاجتماعية⁴. فرعا للضرر وتحقيقا لأحد أهم مقاصد الشريعة الإسلامية وهو حفظ النفس، كان من غير الجائز حرمان الخنثى من التمتع بالزواج شرعا، وإلا مال إليه بغير الطرق الشرعية؛ وإن أجاز البعض من الفقه المتقدم بجواز زواج الخنثى بعد

¹ فواز صالح، جراحة الخنثوة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، سوريا، 2003، ع.2، ص.57.

² محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.3: أبواب الطب، باب ما جاء في الدواء والحث عليه، ح.ر: 2038، ص.383. أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.31: كتاب الطب، باب ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء، ح.ر: 3436، ص.1137. سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.27: كتاب الطب، باب في الأدوية المكروهة، ح.ر: 3874، ص.7.

³ حديث سبق تخريجه، ص.50.

⁴ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الخطر والمشروعية، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، د.ط، 2011، ص.108.

تبين حقيقة جنسه، فالشريعة لا تحرم الخنثى من الزواج فهي تأخذ من قوله ويتحمل بعدها تبعات قوله¹.

وتأكيدا لهذا الطرح، أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشر المنعقدة بمكة المكرمة سنة 2012، بخصوص التصحيح الجنسي لحالة الخنثى، وقرروا أن من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيا بما يزيل الاشتباه في ذكوره، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيا سواء كان العلاج بالجراحة أم بالهرمونات لأن هذا مرض، والعلاج يقصد به الشفاء منه وليس تغييرا لخلق الله².

كما أقرت دار الإفتاء المصرية وشيخ الأزهر، بجواز التصحيح الجنسي عن طريق الجراحة، متى أشارت الخبرة الطبية بأن هذه الجراحة تهدف إلى إبراز الأعضاء التناسلية المبطنّة سواء بالنسبة للذكر أو الأنثى، وتصبح الجراحة في هذه الحالة وجوبية، لأنها تهدف إلى علاج حالة مرضية لا إلى تغيير لخلق الله³.

وبناء على هذا الرأي، يجوز التداوي بالجراحة لتثبيت جنس الخنثى؛ غير أن هذه العملية الجراحية تقتضي مجموعة من الشروط نسردها فيما يلي:

- أن تكون الحالة المرضية خنثى، أي وجود شخص يعاني من غموض جنسي فيزيولوجي، سواء كان ظاهرا بأن يحتوي على أعضاء جنسية ذكرية وأنثوية؛ أو باطنا، يتم تشخيصه من خلال الفحص الدقيق والأشعة المقطعية.

- يشترط كذلك أن تكون الجراحة هي الحل الأخير لتطبيب حالة الخنثى، فلو أمكن علاجه بالأدوية الهرمونية، فلا مجال من القول بإجراء العملية الجراحية.

¹ شمس الدين أبو عبد الله بن قيم الجوزية، الداء والدواء، تحقيق: محمد أجمل الإصلاحي، زائد بن أحمد النشيري، دار عالم الفوائد، جدة، د.ط، 1429هـ، ص.15.

² مجمع الفقه الإسلامي، ق.ر: 06، بتاريخ 13 رجب 1409هـ، الموافق 19 فبراير 1989 المنعقد بمكة المكرمة، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة ر.11، مكة المكرمة، ط.2، 2004، ص.292. الملحق رقم.13.

³ زهير أحمد السباعي، محمد علي البار، المرجع السابق، ص.312.

- أن تشير الخبرة الطبية إلى إن احتمالية نجاح العملية الجراحية في إزالة العيب الخلقي للخنثى، أكبر من احتمالية فشلها.

- كما يعتبر شرطاً أساسياً لإجراء العملية الجراحية بعد تحقق الشروط سالفة الذكر، هو رضا الخنثى أو وليه إذا كان قاصراً¹.

وعليه، فإن تحقق هذه الشروط يجعل من الحالة المرضية المعروضة على طاولة الجراحة، تدخل في حكم التداوي الذي أمرت به الشريعة الإسلامية السمحاء².

ويشير الفقه الإسلامي أن التدخل الجراحي السليم والذي يتوافق ومقاصد الشريعة الإسلامية، خاصة إذا علمنا أن هذا الأخير يتم من خلال زرع الأعضاء التناسلية. وعليه، يكون شرعياً إذا ما تعلق بالزرع الذاتي للأعضاء التناسلية، إذ تعرض مثل هذه الحالة بالنسبة لخنثى الذي يعاني من تبطن للأعضاء التناسلية³، فتتم من خلال عملية إعادة زراعة الخصية، ما دامت أنها تتم في الشخص ذاته، وهذا ما أكده مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي في قراره رقم 26 بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أو ميتاً، وقد جاء في البند أولاً من هذا القرار أنه: «يجوز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسياً أو عضوياً»⁴.

¹ محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، ط.2، 1415هـ، 1994م، ص.112.

² محمد علي البار، المرجع السابق، ص.102.

³ إبراهيم الأذغم، الجهاز التناسلي الذكري، عيوبه وإصاباته، الدار الشامية للطباعة، دمشق، ط.1، 1999، ص.157.

⁴ مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم: 26(4/1)، بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورات من 2-24، القرارات من 1-238، ط.4، 1442هـ، 2020م، ص.99. الملحق رقم.14.

غير أن الحكم الشرعي لعملية زرع الأعضاء التناسلية للخنثى، من شخص لآخر سواء كان حيا أو ميتا، فالأمر في هذه الحالة مردود عليه، ذلك أنه قد يؤدي هذا الأمر إلى اختلاط الأنساب، وذلك لأن النطف (البويضات والحيوانات المنوية) تخضع في تركيبها إلى الشيفرة الوراثية للمتبرع وليس للمتلقي، ولعل سبب تحريم التصحيح الجنسي في هذه الحالة هو أنه يحمل نوعاً من التغيير في خلق الله فهو سبحانه من خلقهم على الهيئة التي هم عليها، لحكمة وقدر في علمه¹.

وتطبيقاً لذلك، فقد حرم مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم 57 زرع الغدد التناسلية، حيث قرر أنه: «بما أن الخصية أو المبيض المراد زرعه، يستمران في حمل وإبراز الصفات الوراثية للمنقول منه إلى المتلقي، مما يترتب عليها حرمة عملية الزرع؛ يجوز زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية - ماعدا العورات المغلظة - وهو أمر جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم 26-1-4...»².

وأمام المعايير التي تجعل من التصحيح الجنسي عن طريق الجراحة، بين ما هو جائز وبين ما هو محرم؛ لم تتضمن القوانين المغاربية أية نصوص قانونية تنظيمية لعلاج حالة الخنثى، باستثناء ما جاء به قانون الحالة المدنية المغربي الجديد³ الذي اعترف بحالة الخنثى بموجب الماد 28 منه حيث تنص على أنه: «يدعم التصريح بولادة الخنثى بشهادة طبية تحدد جنس المولود، ويعتمد عليها في تحرير الرسم، وإذا حدث تغيير على جنس الخنثى في المستقبل، فيغير بمقتضى حكم صادر عن المحكمة المختصة».

ويستنتج من هذه النص القانوني أنه أجاز التصحيح الجنسي للخنثى من خلال قوله: «وإذا حدث تغيير على جنس الخنثى في المستقبل...»، ولا يحدث هذا التصحيح كما أشرنا آنفاً إلا من

¹ مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم: 57(6/8)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورات من 2-24، القرارات من 1-238، مجمع الفقه الإسلامي، ط.4، 1442هـ، 2020م، ص.181. الملحق رقم.15.

² اتخذ المجمع القرار المذكور في المتن في دورته السادسة المنعقدة في جدة في الفترة الواقعة ما بين 17-23 شعبان 1410هـ، 14-20 آذار 1990م. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.121.

³ ظهير شريف رقم 1.21.81 الصادر في 03 ذو الحجة 1442، الموافق لـ 14-06-2021، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 36.21 المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر، ع. 7006، لـ 11 ذو الحجة 1442هـ، الموافق لـ 22-06-2021، ص.5645. الملحق رقم.16.

خلال الحقن الهرمونية أو العملية الجراحية، مع خضوع عملية التداوي لرقابة القضاء، على أساس أنه يشترط استصدار حكم قضائي من المحكمة المختصة لعلاج حالة الخنثى وهذا بقولها: «... فيغير بمقتضى حكم صادر عن المحكمة المختصة».

وعلى خلاف المشرع المغربي، لم تتضمن قوانين الحالة المدنية لكل من الجزائر وتونس ما يدل على تنظيمها لأحكام الخنثى.

غير أن القضاء التونسي استجاب إلى طلب المدعي بتصحيح جنسه بدفاتر الحالة المدنية، في الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة بن عروس في 28-03-1990، وعللت المحكمة قبولها بأنه: «يتبين من أوراق الملف وخاصة من نتيجة الكشف الطبي أنّ غموض جنس المقام في حقها لم يكن بفعل فاعل ولا بصورة اصطناعية مثلما يحدث بالمجتمعات الغربية من عمليات جراحية أو تناول لمواد كيميائية بل أنه أمر طبيعي ليست فيه أي مخالفة لمقتضيات القانون الجزائري أو الديانات السماوية وهو وإن كان أمرا نادرا فإنه إذا ما حدث يجعل من طلب تغيير جنس المعني بالأمر بدفاتر حالته المدنية أمر شرعي لكون مقومات الجنس المرغوب فيه متوفرة وراثيا لديه وأضحى من الحتمي استنتاج النتائج المدنية من خروج المعنية بالأمر من جنس الإناث إلى جنس الذكور»¹.

وعلى النقيض مما سبق، قررت محكمة الاستئناف بتونس برفض الطلب المتمثل في تغيير الاسم بما يتناسب والجنس الجديد للشخص. وعللت محكمة الاستئناف رأيها بأن: «تغيير الجنس إراديا واصطناعيا يتعارض مع مبادئ الفقه الاسلامي وأحكامه، ولا يعتبر من حالات الضرورة التي تبرر ذلك. ومن المتجه في مثل هذا الحالات اللجوء إلى العلاجي النفسي لاسترجاع الشخص توازنه النفسي لا الاسراع في إجراء تغيير اصطناعي في جنسه. كما أضافت المحكمة أن القضاء لا يمنح الحقوق إلا بقدر ما تكون

¹ تتلخص 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 تؤكد الشهادة الطبية وطلب على ذلك الأساس الحكم بإصلاح مضمون الحالة المدنية باعتبار المولود ذكرا وأنّ اسمه "أمير" عوضا عن "أميرة". المحكمة الابتدائية بين عروس، ل 28-03-1990، ع.621، م.ق.ت، ع.02، 1991، ص.127.

متطابقة مع القانون والنظام العام. وهو ما لا يتوفر في صورة الحال. ولذلك قضت بتأييد المحكمة الابتدائية في حكمها القاضي برفض مطلب تغيير الحالة المدنية للمدعي»¹.

وفي حكم آخر للمحكمة الابتدائية بقفصة الصادر في بتاريخ 12 فيفري 2007، والتي قضت بإصلاح رسم الحالة المدنية للمولود الذي سجل بأنه أنثى، لتثبت الخبرة الطبية فيما بعد بأنه ذكر، إذ ميّزت بين وضعية اختلاط الجنس للشخص منذ ولادته، والذي يكون غير محدد الملامح الجنسية بسبب عيب خلقيّ فيه.

وبالتالي، فمن حقه إصلاح هويته الجنسية بعد توضيح معالمها. أما وضعية تحول الجنس في صورة الشخص المحدد في هويته الجنسية غير الملتبس عند ولادته، لكنه بمرور الزمن يحس بانجذابه للجنس الآخر وميله له فيكون من ناحية تركيبته الجنسية ذكرا لكنه يشعر أنه ينتمي إلى الاناث أو العكس. ورأت المحكمة أن تغيير الحالة المدنية يكون جائزا في الصورة الاولى وغير مقبول في الثانية، وهذا من غير البحث عن الأسباب التي دفعت إلى نشوء الاختلاف بين جنس الشخص الطبيعي، وجنسه النفسي الذي يعتقده².

ويتضح من الحكمين سالفين الذكر؛ أن الأول اعترف بوجود حالة الخنثى وأقر عملية التصحيح الجنسي بناء على ما قرره الخبرة الطبية التي توافقت بشكل سليم مع ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية. في حين، لم يعترف الحكم الثاني بحالة الخنثى على أساس انتفاء النص القانوني في قانون الحالة المدنية، وإنما تناولت المسألة على أنها لا تتعدى خطأ حسي في تحديد جنس المولود من جانب الطبيب الذي

¹ محكمة الاستئناف بتونس، 22 ديسمبر 1993، ع.10298، مقتبس عن: رشيدة الجلاصي، تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية، م.ق.ت، 1995، ص.145. الملحق رقم.17.

² تتلخص وقائع القضية في ادعاء شخص بأنه 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 التيس لدى الطبيب عند الولادة إن كان ذكرا أم أنثى. ممّا استوجب إخضاعه لعدد من الفحوصات والتحليل الطبية والعلاجية بمستشفى الأطفال بتونس، انتهى الطبيب المعالج أنّ الطفل من جنس الذكور وليس الإناث كما هو مثبت في الشهادة الطبية المسلمة للأب، فطلب الأخير تغيير الجنس من أنثى لذكر، المحكمة الابتدائية بقفصة، ل 12-02-2007، م.ر: 54406. مقتبس عن: حاتم الرواتي، أحكام الاسم، مدونة الأستاذ حاتم الرواتي، الموقع الالكتروني: <https://hatemrouatbi.blogspot.com/?m=0>، تاريخ الاطلاع: 04-02-2022، على الساعة: 14:48.

أثبتت الحالة بعد الولادة، فقضت بإصلاح رسم الحالة المدنية دون البحث في الأسباب أو النتائج التي يمكن أن تنتج عن هذا الخلاف.

وبالتالي، كان على قاضي الموضوع لمحكمة قفصة، اعتماد التسيب الذي جاءت به محكمة بن عروس؛ لأن ذلك سيؤدي حتماً بمحكمة التعقيب إلى الاجتهاد في هذه المسألة وفقاً لما هو راجح لدى محاكم الموضوع، خاصة أمام الفراغ التشريعي الذي لم يتطرق إلى مسألة الخنثى.

ولأنّ قانون الحالة المدنية التونسي المنظم بالقانون رقم 03 لسنة 1957 لم يتناول مسألة تصحيح الجنس، ولم يتناول وضعية الجنس غير الظاهر أو وضعية الخنثى مثلاً، وأنّ تحديد الجنس يكون عند الولادة بمعرفة الأطباء من أهل الخبرة بناءً على العلامات الظاهرة للطفل، فقد أثّرت 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 ضمناً بأن لا وجه للحديث عن فراغ تشريعي في تناول وضعية الخنثى أو تغيير الجنس، فتناولت المسألة على أنّها لا تتعدى خطأ حسياً 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 الخلاف¹.

ولما أصبحت عملية التصحيح الجنسي مسألة واقعية في المجتمع المغربي، فإنه من اللازم على المشرع إعادة النظر في النصوص القانونية المنظمة لحالة الغموض الجنسي الفيزيولوجي، وهذا مخافة من خلط المفاهيم بين الغموض الفيزيولوجي والغموض الجنسي النفسي الذي أصبح مقنناً في الدول الغربية، وأصبح الشخص يقوم بإجراء عملية التغيير الجنسي بمجرد شعوره بأنه ينتمي للجنس الآخر.

¹ هجيرة خدام، المرجع السابق، ص. 139.

المطلب الثالث

التغيير الجنسي والزواج المثلي

يترتب لبعض الفئات من الأشخاص نوع من الإحساس النفسي بالانتماء إلى الجنس الآخر، بحيث يكون لديه اقتناع بأنه ولد في الجنس الخطأ، ليتطور هذا الاقتناع من حالة كامنة في نفسيته إلى مظاهر مادية مرتبطة بتصرفاته تجعله في حالة إنكار للحالة الجسدية التي خلق عليها، فيستنكر أعضاءه التناسلية وملابسه واسمه؛ ليصل إلى مرحلة اليقين بضرورة تغييره لحالته الجنسية حتى تتوافق مع حالته النفسية¹. وهذا ما يعرف بالغموض الجنسي النفسي، فهي حالة مرضية تجعل الإنسان يكون ذكراً أو أنثى جسدياً فقط أما نفسانياً أو عاطفياً فهو يعيش في الجنس الآخر²، مما يدفعه إلى غاية السعي إلى تغيير جنسه، ليتحقق لديه التطابق بين الجانب النفسي والجسدي (الفرع الأول).

وتبعاً لذلك، انتشر الشذوذ لدرجة اتجاه فئة معتبرة من الناس إلى الزواج بأشخاص من نفس جنسهم انطلاقاً من مبدأ الحرية المطلقة للأفراد، وهو ما يعرف بالزواج المثلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التغيير الجنسي

من الثابت أن تحديد جنس الشخص يكون من الناحية الفيزيولوجية كما تطرقنا إليها آنفاً، سواء من خلال الأعضاء التناسلية الظاهرة. وحتى بالنسبة لحالة الخنثى، فهي لا تعتبر بمثابة الجنس الثالث. غير أن الطب النفسي استحدث ما يعرف بالجنس النفسي كمعيار لتحديد جنس الشخص حتى ولو كان سليماً من الناحية الفيزيولوجية، ويعتبر بمثابة أحد المقومات التي يتم بها تحديد الجنس الحقيقي للشخص³، وهو الأمر الذي جعل المحكمة الأوروبية في أحد اجتهاداتها إلى اعتبار الشعور النفسي

¹ هشام عبد الحميد فرج، الجريمة الجنسية، مطابع الولاء، القاهرة، ط.1، 2005، ص.91.

² جيلالي تشوار، الأحكام...، المرجع السابق، ص.29.

³ إبراهيم الشرقاوي الشهابي، تثبيت الجنس وآثاره، دار الكتب القانونية، د.ط، 2003، ص.91.

بالانتماء للطائفة الجنسية المقابلة، بمثابة العامل الأساسي في تحديد النوع الجنسي، بالإضافة إلى المعايير البيولوجية¹.

وبناء على هذا التوجه، نجد أنه يشترط تطابق الجنس التشريحي مع النفسي²، وإلا سيترتب عليه الإحساس بالانتماء للجنس الآخر، وهو ما دفع بأصحاب هذا الطرح للقول بأن الثنائية الجنسية التي افترضتها الفطرة والطبيعة، هي مسألة غامضة في حد ذاتها، مما نتج عنها حالة رابعة إضافة إلى الذكر والأنثى الطبيعيين، وحالة الغموض الجنسي الفيزيولوجي-الجنسي³، تتمثل في حالة الغموض الجنسي النفسي³.

وبهذا، أصبح السلوك الاجتماعي والنفسي للفرد، من بين المعايير الموضوعية التي يعتمد عليها في تحديد الجنس في الدول الغربية⁴؛ إذ أن الاعتماد على المعيار النفسي على إطلاقه يشكل خطورة حسب

¹ «Cette dénaturalisation partielle a été consacrée en 1992 par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt B. c. France. En effet, dans cet arrêt il a été permis à une personne d'obtenir le changement de la mention de son sexe à l'état civil en s'appuyant tant sur des données psychosociales », Benjamin moron-puech, L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes Transsexuées, la revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 03-05-2017, consulté le 04-02-2022, 15 :45, URL : <https://journals.openedition.org/revdh/pdf/3049>, p.3.

² إذ يذهب أنصار هذا الطرح إلى أن الكشف عن جنس الذكر والأنثى، يتم من خلال السلوك الجنسي النفسي والاجتماعي، بالإضافة إلى الكشف عن الأعضاء التناسلية والكشف الجيني؛ وفي حالة التعارض بين ما هو مادي وما هو نفسي، فإنه يتطلب التدخل الطبي بشقيه النفسي الجراحي لتصحيح الوضع المتعارض، فيتم التدخل النفسي لإقناع الشخص بحالته الجنسية الأصلية، وإلا سيذهب الشخص إلى الحل الثاني المتمثل في التغيير الجنسي، على أساس أن الشخص المعني بهذه الحالة، هو الأعمى بحالته النفسية. على حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني «التلقيح الصناعي وتغيير الجنس»، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1، 1991، ص.90.

³ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.497.

⁴ «Le sexe, en tant que catégorie juridique permettant de répartir les individus en groupes identitaires distincts, a connu ces dernières années d'importantes évolutions dans sa définition. Initialement perçu comme une notion uniquement biologique, il a commencé, à partir du milieu du XXe siècle et des progrès scientifiques — tant en sciences «dures»

اعتقاد البعض، باعتباره يجعل الشخصية الجنسية قابلة للتغيير بحسب عدة عوامل دون أن تتوافق مع التكوين البيولوجي للإنسان¹.

وبما أن المجتمع الإسلامي وبما في ذلك الدول المغاربية، يعاني ارتفاعا غير معقول من هذه الفئة؛ فإن انخفاض الوازع الديني يعتبر السبب الرئيسي في وجودها، على اعتبار أن قواعد الشريعة الإسلامية تتماشى مع الفطرة التي فطرنا الله سبحانه وتعالى عليها.

ولا يعتبر الغموض الجنسي النفسي أمر فطري يكتسبه الشخص مع ولادته، وإنما يكتسبه من محيطه الاجتماعي خاصة في مرحلة الطفولة؛ فالطفل غالبا ما يمضي طفولته تحت جناح أسرته قبل الخروج إلى المجتمع. فإن المحيط الأسري هو المسؤول عن التوجهات الشاذة التي ينحى إليها الطفل، والتي قد تترتب نتيجة معاملة الوالدين للطفل الذكر على أنه أنثى أو العكس، وهو الأمر الذي قد ينتج عنه سلوك انحرافي بأن يفقد الشعور بذكورته، لأنه سيتقمص في هذه الحالة دور الأنثى².

كما أن ترعرع الطفل الذكر في وسط الإناث أو العكس، وفي حالة عدم رقابة الوالدين، سيؤدي حتما إلى تبنيه لسلوك أخواته الإناث³؛ إضافة إلى القسوة في معاملة الذكر على حساب الأنثى، فيؤدي ذلك إلى اتجاه الطفل لا إراديا إلى التشبه بالبنات، ليحصل على نفس العطف والاهتمام والحب، مما قد يتولد عنه رغبة في تغيير جنسه⁴.

que «sociales» à intégrer en son sein des données psychologiques et sociales. Est ainsi advenue une deuxième définition du sexe, mêlant les données biologiques et psychosociales. », Benjamin Moron Puech, op.cit., p.1.

¹ فهد سعد الرشيد، أثر اضطراب الهوية الجنسية في مشروعية عملية التحول الجنسي وبيان ما أخذ به القضاء الكويتي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، مصر، 1429هـ، 2008م، ع.23، ص.11.

² يوسف عبد الوهاب أبو حميدان، العلاج السلوكي لمشاكل الأسرة والمجتمع، دار الكتاب الجامعي، الإمارات، ط.1، 2001، ص.99.

³ المرجع نفسه، ص.70.

⁴ إبراهيم الشرقاوي الشهابي، المرجع السابق، ص.111.

هذا بالنسبة للمحيط الأسري؛ إضافة إلى أهم الأسباب الفتاكة، هو ما تلعبه وسائل الإعلام من وتأثير قوي على الحالة النفسية للأشخاص خاصة الأطفال منهم، كمشاهدة أفلام العنف، والمشاهد التي فيها انحرافات سلوكية والمخالفة للأعراف الاجتماعية¹.

وتعتبر الدول الأوربية السبّاقة في إبّاحة التغيير الجنسي لأسباب نفسية، إذ تعتبر دولة السويد السبّاقة إلى تقنين هذا التغيير سنة 1972، وذلك من خلال استيفاء الشروط التي تضمنها قانون الحالة المدنية السويدي، لتتبعها كل من ألمانيا سنة 1981، وهولندا سنة 1985، إيطاليا سنة 1987، وتركيا سنة 1988².

ومن بين الشروط التي اشترطتها هذه الدول:

- أن يكون طالب التغيير أعزباً: وقد نص على هذا الشرط كل الدول التي تبنت هذا القانون ما عدا القانون الإيطالي؛

- عدم القدرة على الانجاب: حيث نص عليه القانون السويدي، والهولندي، والتركي، ولم ينص عليه القانون الايطالي والألماني؛

- ضرورة توفر السن القانونية: حيث اختلفت في تحديدها، فبالنسبة للقانون السويدي اشترط تمام الثامنة عشرة، أما القانون الايطالي والتركي فقد اشترط دخول الثامنة عشرة من العمر. في حين اشترط التشريع الألماني بلوغ الشخص الخامسة والعشرين، أما القانون الهولندي فلم ينص على ذلك؛

- جنسية طالب التغيير: فالقانون السويدي اشترط أن يكون من جنسية سويدية حصراً. أما القانون الألماني فقد سمح بذلك للألماني أو اللاجئ أو المقيم فيها. في حين أن القانون الهولندي سمح

¹ طارق حسن كسار، مشروعية التحوّل الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ذي قار، كلية التربية للعلوم الإنسانية، العراق، 2015، ع.01، ص.220.

² عادل ناصر حسين، أثر تغيير الجنس على مسائل الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، 2020، ع.خ، ص.9.

لحامل الجنسية الهولندية المقيم فيها أو في الخارج بتقديم هذا الطلب، وكذلك سمح للأجانب المقيمين في هولندا لمدة لا تقل عن سنة بتقديم هذا الطلب. ولم تشر بقية القوانين إلى هذا الشرط؛

- **تقديم طلب تغيير الجنس:** اشترط لقانون السويدي اشترط على طالب التغيير أن يقدم طلبا إلى الهيئة المختصة، والتي لها السلطة التقديرية لقبول هذا الطلب أو رفضه؛ وفي إيطاليا يجب أن يقدم طالب التغيير طلبا إلى المحكمة وهي التي تقرر أحقية إجراء التغيير من عدمه.

وفي تركيا يجب أن يرفع الطلب إلى المحكمة المختصة المحكمة التي تأمر بتسجيل التغيير في سجلات الحالة المدنية للمغير لجنسه، وهذا يدل على أن هناك أمر بالترخيص أولاً ثم يتغير الجنس في القانون التركي. أما في القانونين الألماني والهولندي، فلا يشترط الحصول على ترخيص مسبق لإجراء جراحة تغيير الجنس¹.

وبناء على ما أقرته التشريعات الأوروبية، يؤيد بعض الفقه القانوني عمليات التغيير الجنسي في حالة الغموض النفسي، على أساس أن الشخص له الحرية الكاملة على أعضاء جسده، وتمنحه هذه الحرية سلطة مطلقة للتصرف في أعضاء جسده، على اعتبار أنه هو الأدرى بمصلحته وسلامة جسده². كما أن رضاه الشخص بالتغيير الجنسي يلعب دوراً هاماً في منح المشروعية لعملية التغيير الجنسي من جانبها الطبي، خاصة أن ما توصل إليه الطب من نجاح في إجراء هذا النوع من العمليات الجراحية، هو أمر يستدعي تشجيعه وتقنيته ما دام يتمشى والرغبة الجنسية للشخص محل التغيير³. وبالتالي، فما هو إلا مظهر من مظاهر الحرية الشخصية التي نادى بها مختلف النظم القانونية، لما فيها من تقديس لحرية الشخص في سلطته على أعضاء جسده، وقيام هذا الأخير بتغيير جنسه ما هو إلا انعكاساً لتلك الحرية⁴.

¹ عادل ناصر حسين، المرجع السابق، ص. 10.

² أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 486.

³ المرجع نفسه، ص. 487.

⁴ خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسئولية الطبيب الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، مصر، ط. 1، 2015، ص. 202-203.

ويعتبر نجاح الطب في علاج التشوّهات البدنية وعدم الانجاب التي سبب أمراض نفسية أدت في بعض الأحيان إلى الانتحار، من أهم الأسباب التي دفعت بهذه التشريعات إلى إباحة عمليات التغيير الجنسي؛ ولما كان مرض الغموض الجنسي النفسي مرتبطاً بأمر نفسي، فكان لا بد من تشريع عملية التغيير الجنسي قصد علاجه من الاضطرابات النفسية¹.

غير أنه، لا يمكن الأخذ بالمعيار النفسي باعتباره من الضرورات التي تبيح عملية التغيير الجنسي، وهذا بالنسبة للشخص المكتمل في تكوينه الجنسي. والأكثر من ذلك، حتى ولو سلمنا بوجود المرض النفسي، فإن هذا الأخير يجعل من إرادته معيبة. وبالتالي، لا مجال للقول برضائه. كما أنه لا يمكن القول من الأساس بالتعارض النفسي الجنسي مع الفيزيولوجي، على أساس أن العامل النفسي لا يكتسب بالفطرة وإنما نتيجة العوامل الخارجية والاجتماعية².

وهو الأمر الذي قرره الشريعة الإسلامية من خلال نصوص صريحة وقاطعة الدلالة، لما في ذلك من تغيير لفطرة الله التي فطر الناس عليها؛ فهي لا تعدو كونها تعدي على النفس، ثم تعدي على الناس، فتعدي على المولى عز وجل؛ ويؤثم كل شخص شارك من بعيد أو قريب في إجراء التغيير الجنسي، بدءاً بطالبه وحتى بالنسبة للطبيب الذي يقوم بإجرائها³.

ويقول عزّ من قائل في هذا الصدد: ﴿وَأَصْلَهُمْ وَأَمَنَّتْهُمْ وَأَمَرْتَهُمْ فَلْيُبَيِّنْكُمْ إِذَا انْأَمَرْتُمْ وَلَا تُؤْمَرْتُمْ فَلْيُغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا﴾⁴. وقوله تعالى: ﴿فَطَرَتْ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الَّذِي الْقِيمُ وَلَكِنْ أَكْثَرُ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾⁵. وقوله عز وجل: ﴿أَلَمْ يَكُ نُطْفَةٌ مِنْ مَنِيٍّ تَمْتَلِي (37) ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى (38) فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾⁶.

¹ علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.98.

² عادل ناصر حسين، المرجع السابق، ص.8.

³ بديدة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، دار الفكر الجامعي، مصر، ط.1، 2011، ص.20.

⁴ سورة النساء، الآية.119.

⁵ سورة الروم، الآية.30.

⁶ سورة القيامة، الآيات.37.

فقد تضمنت هذه الآيات الكريمة ما يدل على أن الله سبحانه وتعالى أقام التوازن في خلقه، القائم على الثنائية الجنسية لكل كائن حي؛ فإن كان في تغيير أعضاء الحيوان بما يذهب جمالها ومنافعها هو من تزيين الشيطان، وعبث في خلق الله، فما هو الحال بالنسبة لتغيير خلقة الإنسان، الذي يعتبر أشد حرمة وأعظم تكريماً وتفضيلاً¹، لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوُجُوهِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾². والأبعد من ذلك، فإن التحريم يشمل فقط الشعور النفسي للشخص بأنه ينتمي إلى الجنس الآخر؛ فما بالك بمن يحول ذلك الشعور إلى عمل مادي، بأن يغير في أعضائه التناسلية³.

كما أن السنة النبوية الشريفة تضمنت ما يفيد التحريم القطعي لهذه العمليات الجراحية، حيث يقول النبي ﷺ: {لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمُتَشَبِّهِينَ مِنَ الرِّجَالِ بِالنِّسَاءِ، وَالْمُتَشَبِّهَاتِ مِنَ النِّسَاءِ بِالرِّجَالِ} ⁴. وفي حديث آخر: {لَعَنَ اللَّهُ الْوَاشِمَاتِ وَالْمُسْتَوْشِمَاتِ، وَالْمُتَمَصِّصَاتِ، وَالْمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ، الْمُغَيِّرَاتِ خَلْقَ اللَّهِ} ⁵.

ومدلول هذه الأحاديث، هو أن تحريم التغيير الجنسي هو تحريم لأي تصرف حسي أو نفسي بالميل إلى الجنسي الآخر، وهو ما يفيد قول النبي ﷺ: {...الْمُتَشَبِّهِينَ وَالْمُتَشَبِّهَاتِ...}، ويعتبر تغيير الجنس بالحقن الهرمونية والعمليات الجراحية آخر مرحلة من التشبه بالجنس الآخر والذي يعتبر من كبائر الذنوب⁶، ومصير هذا الشخص هو اللعنة والطرده من رحمة الله.

¹ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص. 108-109.

² سورة الإسراء، الآية. 70.

³ فهد سعد الرشيد، المرجع السابق، ص. 4.

⁴ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج. 77: كتاب اللباس، ح. ر. 5885، باب المتشبهون بالنساء، والمتشبهات بالرجال، ص. 159.

⁵ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج. 37: كتاب اللباس والزينة، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والنامصة والمتنمصة والمتفلجات والمغيرات لخلق الله، ح. ر. 2125، ص. 1678.

⁶ تقي الدين أبو العباس بن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، دار الوفاء، مصر، ج. 32: كتاب الفقه، ط. 3، 1426هـ، 2005م، ص. 259.

ويضيف فقهاء الشريعة الإسلامية، أن كل من الوشم¹ والنمص² والفلج³ والوصل⁴ من المغيرات لخلق الله⁵؛ وإن كانت هذه التصرفات المحرمة مما تعتبر تغييراً جنسياً، إلا أنها لا تفقد صاحبها جنسه الحقيقي ولا تبطل دوره⁶.

كما إن العمليات الجراحية التي تهدف إلى تغيير الجنس، هي في الأساس عملية إخفاء للشخص؛ وهو الأمر الذي نهى عنه النبي ﷺ، فعن بن مسعود⁷ رضي الله عنه، أنه قال: {كُنَّا نَعْرِضُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، لَيْسَ لَنَا نِسَاءٌ، فَقُلْنَا: أَلَا نَسْتَخْصِي؟ فَهَاتَا عَنْ ذَلِكَ، ثُمَّ رَخَّصَ لَنَا أَنْ تَكْخِ الْمَرْأَةَ بِالثُّوبِ إِلَى أَجْلِ، ثُمَّ قَرَأَ عَبْدُ اللَّهِ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْرِمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾⁸، ولعل النهي الوارد في هذا الحديث هو نهى يفيد التحريم القطعي لاستئصال الأعضاء التناسلية⁹.

¹ الوشم في اللغة من وشم، يقال وشم يده إذا غرزها بإبرة ثم دَرَ عَلَيَّهَا النُّور وهو النيلج، والاسم أيضاً الوشم، وجمعه وشام، واستوشمته أي سأله أن يشمه وفي الحديث {لَعَنَ اللَّهُ الْوَاشِيَاتِ وَالْمُسْتَوْشِيَاتِ}. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، باب الواو، ص.339.

² النمص في اللغة: تنف الشعر، والمنماص: المنقاش والأشر: تحديد الأسنان. محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري، الفائق في غريب الحديث، تحقيق علي محمد الجاوي، محمد أبو الفضل، دار المعرفة، لبنان، ج.4، ط.2، د.س.ن، ص.26.

³ الفلج بوزن الفلج الظفر والفوز، وفلج على خصمه من باب نصر، وأفلجه الله عليه، والاسم الفلج بمعنى الضم. ورجل أفلج أي بفتحتين تباعد ما بين ثنايا الأسنان والرباعيات. والفالج هو المكيال. محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري، المرجع السابق، باب الفاء، ص.139؛ زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، باب الفاء، ص.242.

⁴ الوصل في اللغة من وصل، يقال وصلت الشيء من باب، ووصل إليه يصل وصولاً أي بلغ. وفي الحديث: {لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ}، فالواصلة هي التي تصل الشعر، والمستوصلة هي التي يفعل بها ذلك. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، باب الفاء، ص.242.

⁵ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري...، المرجع السابق، ج.10، ص.378 وما بعدها.

⁶ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص.109.

⁷ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.16: كتاب النكاح، باب نكاح المتعة، ح.ر:1404، ص.1022. محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.67: كتاب النكاح، باب ما يكره من التبتل والخصاء، ح.ر:5075، ص.4.

⁸ سورة المائدة، الآية.87.

⁹ محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.181.

وفي الوقت الراهن وأمام استفحال هذه الظاهر ونزوحها إلى المجتمع الإسلامي، أصدر مجلس مجمع 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 الأحوال¹. كما قررت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بعدم جواز عمليات تغيير الجنس، إذا كانت حالة الشخص لا توجد فيها أي دواعٍ جسدية تستدعي إجراءها².

هذا بالإضافة إلى الفتاوى الصادرة عن الدول الإسلامية، والتي نذكر منها: فتوى إدارة الفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت سنة 1984³، فتوى دار الافتاء المصرية سنة 1988⁴، فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء في المملكة العربية السعودية⁵.

¹ راجع ص. 133.

² المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة «المشاوراة البلدية حول تشريعات الصحة النفسية في مختلف الشرائع بما في ذلك الشريعة الإسلامية»، سلسلة مطبوعات، الكويت، ج. 2، د. ط، 1422هـ، 2001م، ص. 959.

³ صدرت هذه الفتوى بناء على سؤال مفاده أن امرأة مكتملة الأنوثة أرادت إجراء عملية جراحية لتتحول بها إلى ذكر وأجابت عن السؤال الآتي: هذه أنثى كاملة الأنوثة وأنها متشبهة بالرجال، وقد لعن رسول الله ﷺ في الحديث الذي رواه البخاري وغيره - النساء المتشبهات بالرجال والرجال المتشبهين بالنساء-، ولا تخرجها العملية الجراحية المذكورة عن كونها أنثى، واقدام طبيب ينتمي إلى الإسلام على مثل هذا العمل يعتبر جريمة، ومخالفة شرعية، يستحق عليها عقوبة تعزيرية، وكذلك من ساهم وهو على علم بهذا.

فتوى وزارة الأوقاف الكويتية الصادرة عن إدارة الفتوى، ر. 11، 1984. مقتبس عن: عادل ناصر حسين، المرجع السابق، ص. 8.

⁴ هذه الفتوى جاءت في شقها الثاني الذي تضمن حكم تغيير الجنس وجاء فيه: «ولا تجوز هذه الجراحة لمجرد الرغبة في التغيير دون دوافع جسدية صريحة غالبية، وإلا دخل في حكم الحديث الشريف الذي رواه البخاري عن أنس بن مالك قال: {لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمُحْتَبِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالْمُتَرَجِّلَاتِ مِنَ النِّسَاءِ، وَقَالَ أَخْرَجُوهُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ، فَأَخْرَجَ النَّبِيُّ ﷺ فَلَانًا وَأَخْرَجَ عُمَرُ فَلَانًا}». محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج. 77: كتاب اللباس، ح. ر: 5886، باب إخراج المتشبهين بالنساء من البيوت، ص. 159.

وجاءت هذه الفتوى لأن طالب في كلية الطب جامعة الأزهر يدعى عمر عبد الله مرسى، والذي يدعي لنفسه اسم سالي، كان ذكراً كامل الذكورة من الناحية العضوية، ولكنه كان يعاني من مرض اضطراب الهوية الجنسية، وتم علاجه بالأدوية ولكنها لم تنفع، لذا تم التداخل الجراحي لتحويله من ذكر إلى أنثى. أحمد محمود السعيد، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، دار النهضة العربية، بيروت، ط. 1، 1993، ص. 105.

⁵ فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء في المملكة العربية السعودية عن سؤال وجه لها في عمليات يقوم بها أطباء لتحويل الذكر إلى أنثى والعكس، ألا يعتبر تدخلاً في شؤون الخالق؟ وأجابت اللجنة بالآتي: «لا يقدر أحد من المخلوقين أن يحول الذكر إلى أنثى، ولا الأنثى إلى ذكر وليس ذلك من شؤونهم، ولا في حدود طاقتهم مهما بلغوا من العلم بالمادة ومعرفة خواصها، وإنما ذلك

وبالرجوع إلى القوانين المغاربية، نجد أنها أغفلت التطرق إلى موضوع التغيير الجنسي بحد ذاته؛ ومع ذلك لا يمكن تفسير هذا الإغفال والسكوت بأنه إجازة لهذا النوع من العمليات الجراحية. إذ لا اختلاف بعدم جواز التغيير الجنسي الناتج عن اضطراب الهوية الجنسية في معناها النفسي، وبما أن الدول المغاربية أشارت في دساتيرها أن الإسلام هو دينه، ناهيك على أنها تستقي أحكامها القانونية الخاصة بحالة الأشخاص الشخصية من الشريعة الإسلامية؛ والتي قالت بجرمة هذا النوع من الأعمال على سبيل النفي والجزم، وذلك دون أن يكون للمتغيرات الاجتماعية أثر في تغيير هذا الحكم الشرعي الثابت.

غير أنه وباستقراء قوانين الصحة لكل من الجزائر والمغرب، نجد بعض النصوص القانونية التي أشارت إلى التغيير الجنسي. حيث نجد المادة 01 من المرسوم الوزاري المغربي الصادر سنة 2002 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وزرعها، والتي حددت الأعضاء والأنسجة البشرية القابلة للتبرع والزرع ونصت في فقرتها الأخيرة: «... كل الخلايا الأخرى، باستثناء الخلايا المتصلة بالتوالد»¹. وعليه، فإن استثناء المشرع المغربي الخلايا المتعلقة بالتوالد، راجع إلى أن زرع هذه الخلايا هو بمثابة تغيير جنسي، ولا يمكن القول بغير ذلك، على أساس أنه حتى بخصوص التصحيح الجنسي بالنسبة للخنثى الذي يعاني من التشوه الجنسي لا يتضمن زرع لعضو من الأعضاء الجنسية لشخص آخر.

إلى الله وحده قال تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ۖ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ ۚ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاءً وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ (49) أَوْ يَزْوِجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا ۗ إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ (50)﴾ سورة الشورى الآية. 49-50، عادل ناصر حسين، المرجع السابق، ص. 9.
¹ المرسوم الوزاري المغربي، الصادر في 2 شعبان 1423 الموافق لـ 9-10-2002، رقم: 1643.01.2، المتعلق بتطبيق القانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وزرعها. ج.ر، ع. 5068، لـ 12 شوال 1423هـ، الموافق لـ 26 ديسمبر 2002، ص. 3879.

تنص المادة الأولى من المرسوم الوزاري سالف الذكر على أنه: « يمكن تطبيق القانون رقم 98.16 المشار إليه أعلاه، التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية التالية، أو أخذها أو زراعتها:

1. الأعضاء البشرية : الكلية؛ القلب؛ الرئة؛ الكبد؛ البانكرياس؛ الأمعاء؛ مجموعة القلب والرئتين؛ المقلة؛
2. الأنسجة البشرية : العظام؛ الشرايين؛ الأوردة؛ النخاع العظمي؛ صمامات القلب؛ الغشاء الساييائي؛ الجلد؛ الأوتار؛ قرنية العين؛ الأربطة المفصالية؛ غشاء الدماغ والحبل الشوكي؛ الغشاء العضلي؛ الخلايا الأصلية المكونة للدم؛ كل الخلايا الأخرى باستثناء الخلايا المتصلة بالتوالد». ج.ر.، ع. 5068، لـ 12 شوال 1423 الموافق لـ 26 ديسمبر 2002، ص. 3879.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد افتقد إلى الدقة من خلال نص المادة 161 من قانون حماية الصحة وتطويرها والذي ينص على أنه: «لا يجوز انتزاع أعضاء الانسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون»¹. إذ على الرغم من إمكانية الاستناد لهذا النص القانوني لمنع التغيير الجنسي، بما أنه لا يعتبر من الأغراض العلاجية والتشخيصية. غير أنه كان من المفروض على المشرع الجزائري تحديد الأعضاء القابلة للزرع دون غيرها، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المغربي.

وهو الأمر الذي تضمنه الدستور الجزائري من خلال المادة 40 منه والتي تنص على أنه: «يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة...»، كما نصت المادة 41 منه على أنه: «يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية»².

كما أن عملية التغيير الجنسي، يسبقها حقن للهرمونات المتعلقة بالجنس المخالف للشخص حتى تظهر فيه علامات الجنس الآخر، وعليه فإن الطبيب الذي يقوم بها لغرض التحضير لعملية التغيير الجنسي، فإنه يتعرض لعقوبة الحبس من سنتين إلى 5 سنوات وبغرامة من 5 ملايين د.ج إلى 10 ملايين د.ج، كل من يخالف الأحكام المتعلقة بتجربة الأدوية والمواد البيولوجية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري على الإنسان، وهذا ما نصت عليه المادة 265 مكرر 5 من القانون 08-13 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها³.

وقد حظرت بعض قوانين البلاد العربية الإسلامية عملية التغيير الجنسي بصريح النص، حيث تنص المادة 8 من القانون 25 لسنة 2018 المتعلق بقانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني على أنه:

¹ القانون رقم 85-05 ل 26 جمادى الأولى 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، ع.8. ص.176.

² قانون رقم 16-01، المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437، الموافق ل 06-03-2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر، ع.14، 27 جمادى الأولى 1437، الموافق ل 07-03-2016.

³ قانون رقم 08_13، المؤرخ في 17 رجب 1429، الموافق ل 20 يوليو 2008، يعدل ويتم القانون رقم 85_05 ل 26 جمادى الأولى 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، ع.44، ص.10.

«يحظر على مقدم الخدمة: ج- إجراء عمليات تغيير الجنس»، كما قررت المادة 22 منه عقوبة الأشغال المؤقتة لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات، لكل من يخالف حكم الفقرة ج من المادة 08 من هذا القانون¹. والأمر نفسه بالنسبة للقانون رقم 4 لسنة 2016 المتعلق بالمسؤولية الطبية الاماراتي، التي حظرت المادة 05 منه على الطبيب القيام بعملية تغيير الجنس؛ ناهيك عن العقوبات المقررة في المادة 31 حالة مخالفة أحكام المادة الخامسة، بالسجن لمدة لا تقل عن الثلاث سنوات ولا تزيد عن العشر سنوات².

وإذا كان التغيير الجنسي يعتبر بمثابة تعدي على الله تعالى وعلى الناس وعلى النفس، فإنه عمل غير شرعي وغير أخلاقي بالنسبة للشخص محل التغيير وبالنسبة للطبيب الذي يقوم بالعملية الجراحية، وهو ما نصت عليه المادة تنص المادة 168 مكرر من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: «يجب حتماً احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي».

ولما كانت عملية التغيير الجنسي، تتضمن نزع للأعضاء التناسلية لأحد الجنسين، ووضع الأعضاء التناسلية للجنس الآخر، فإن التكييف القانوني السليم لها يكون باعتبارها عملية إخصاء، والتي يعاقب عليها المشرع الجزائري بموجب المادة 274 من قانون العقوبات³ التي تنص على أنه: «كل من ارتكب جناية الإخصاء يعاقب بالسجن المؤبد. ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة». ومن جهة أخرى، وباعتبار أنّ عمليات تغيير الجنس لا تخلو من استئصال وبتر للأعضاء التناسلية، نستطيع تطبيق ما ورد في الفقرتين 03 و04 من المادة 264 من نفس القانون واللتين تعاقب 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 إحداثها.

¹ القانون رقم 25، لسنة 2018، بشأن المسؤولية الطبية والصحية، ج.ر. الأردنية، ع.5517، ل 31-05-2018.

² المرسوم بقانون اتحادي، ر.04، لسنة 2016، بشأن المسؤولية الطبية، ج.ر. الإماراتية، ع.601، ل 15-08-2016.

³ الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق ل 08 يونيو 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون 21-14 الصادر بتاريخ 24 جمادى الأولى 1443هـ، الموافق ل 29 ديسمبر 2021، ج.ر. ع.99، ص.05.

كما تعاقب المادة 412 من القانون الجنائي المغربي¹ بالإعدام كل من قام بخصي أحد الأشخاص، وذلك كما جاء في نص المادة على أنه: «من يرتكب جناية الخضاء، يعاقب بالسجن المؤبد فإذا نشأ عنها موت، يعاقب الجاني بالإعدام»، والخضاء هو اقتلاع خصية أحد الأشخاص بهدف جعله عقيماً، أو غير قادر على الممارسة الجنسية. وهو نفس ما قرره المشرع التونسي بموجب الفصل 221 من المجلة الجنائية²: «يعاقب بالسجن مدة عشرين عاماً مرتكب الاعتداء بما يصير الإنسان خصياً أو مجبوباً. ويكون العقاب بالسجن بقية العمر إذا نتج عن ذلك الموت».

غير أنه ينبغي الإشارة إلى أن هذه العقوبات مقررة فقط للطرف الجاني، والذي اعتبرناه قياساً بأنه الطبيب الذي يقوم بالعملية الجراحية؛ فما هو الحكم بالنسبة للشخص الذي يكون محل عملية التغيير الجنسي الذي تمت وفق إرادته؟

الإجابة على هذا التساؤل، تكون باعتباره في حكم الشريك في الجريمة. وبالتالي، تطبق عليه أحكام المادة 44 من قانون العقوبات الجزائري بقولها: «يعاقب الشريك في جناية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنحة؛ ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف؛ والظروف الموضوعية للصيقة بالجريمة التي تؤدي إلى تشديد أو تخفيف العقوبة التي توقع على من ساهم فيها يترتب عليها تشديدها أو تخفيفها، بحسب ما إذا كان يعلم أو لا يعلم بهذه الظروف»، وهو نفس ما أشار إليه المشرع المغربي في المادة 130 من القانون الجنائي، حيث تنص على أنه: «المشارك في جناية أو جنحة يعاقب بالعقوبة المقررة لهذه الجناية أو الجنحة؛ ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف أو إعفاء من العقوبة إلا بالنسبة لمن تتوفر فيه؛ أما الظروف العينية المتعلقة بالجريمة، والتي تغلظ العقوبة أو تخفضها، فإنها تنتج مفعولها بالنسبة لجميع المساهمين أو المشاركين في الجريمة ولو كانوا يجهلون».

¹ ظهير شريف رقم 1.59.413، الصادر في 28 جمادى الثانية 1382هـ، الموافق لـ 26-11-1962، بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي.

² أمر علي، بتاريخ 9-11-1913 يتعلق بإصدار المجلة الجنائية، ر.ج.ت، ع.79، المؤرخ في 1-10-1913، نقح بالقانون ع.23، المؤرخ في 27 فيفري 1989.

وغير بعيد عن التشريعين الجزائري والمغربي، قرر المشرع العقابي التونسي بموجب الفصل 33 من المجلة الجنائية أنه: «يعاقب المشاركون في جريمة في كل الحالات التي لم ينص القانون على خلافها بالعقاب المقرّر لفاعلها ما لم تقتضي الأحوال إسعافهم بتطبيق أحكام الفصل 53 من هذه المجلة».

وأمام هذه النصوص القانونية، لم يحدث وأن عُرض على القضاء الجزائري والمغربي أية قضايا متعلقة بالتغيير الجنسي؛ في حين نجد أن القضاء التونسي قد رفض طلب المدعي بتغيير نوع جنسه في الحالة المدنية، حيث قررت محكمة الاستئناف بتونس ما يلي: «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 تخول له تغيير جنسه وكان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفساني لكسب توازن في شخصيته وإنه بتغيير جنسه قد خالف الموروث الحضاري والأخلاقي لهذه الأمة وهو ما يعبر عنه قانونا بالنظام العام والأخلاق الحميدة»¹.

وقد أسست محكمة الاستئناف حكمها على أساس، 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؛

فالمستأنف ولد ذكرا مثلما أقر بذلك أمام محكمة البداية، ولا يمكن أن يوصلنا الفقه الإسلامي إلى حل ثابت ومعلوم باعتباره خثى. ونظرا لأن القضية مستحدثة في الطب وجب رد المشكلة وحلّها عبر القرآن الذي نجد فيه أنّ الله جعل توازنا في الكون، فيقول عزّ من قائل: ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَى

¹ فقد تمثلت وقائع القضية في: «قيام المدعي لدى محكمة البداية عارضا أنّه ولد ذكرا وأطلق عليه اسم "سامي" غير أنّه بمرور الأيام تغيرت 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 أنّه خلافا لتقرير الاختبار -أحدهما عن الطبيب الإسباني الذي أجرى العملية والآخر عن الطبيب المختص في أمراض النساء بمستشفى شارل نيكول- المدلى ما من قبل المدعي، فإنّ الطبيب المنتدب من قبل المحكمة أكّد أنّ التغيير اصطناعي في الجسم وأنّه كان نتيجة عمل إرادي وكان بالإمكان تلافي الاضطراب النفسي عبر العلاج النفسي باعتبار أنّ هذه العملية الجراحية لا تؤدّي إلا اكتساب المظاهر المورفولوجية للجنس المعاكس مع الإبقاء على المقومات البيولوجية للجنس الذي ينتمي إليه منذ الولادة؛ محكمة الاستئناف بتونس، ق.م، بتاريخ 22 ديسمبر 1993، ع.10298. مقتبس عن: رشيدة الجلاصي، تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية، م.ق.ت، 1995، ص.145.

وَمَا تَفِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ (8) ﴿١﴾. وبالرجوع إلى الأحاديث النبوية، قال ﷺ: {لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمُتَشَبِّهِينَ مِنَ الرِّجَالِ بِالنِّسَاءِ، وَالمُتَشَبِّهَاتِ مِنَ النِّسَاءِ بِالرِّجَالِ} ². 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، وبالاطلاع على التقرير المحرّر بواسطة الحكيم الإسباني الذي أجرى العملية، وتأكيد الحكيم «عبد الحميد قوابعة» الذي أكّد على توافر الخصائص الأثوية، في حين أنّ الحكيم «رفيق بوخريص» الذي أكّد أنّ الاضطرابات النفسية السبب في القيام بالعملية. فإنّ العمل إرادي وبموجبه وقع تغيير اصطناعي كان بالإمكان تلافيه بالعلاج النفسي؛ 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 مجاراته لاختلاف المخزون الثقافي والحضاري والديني. إنّ إقرار الحق لا يكون بصفة مطلقة بل مطابق للقانون والنظام العام. وبالتالي فإنّ تغيير الجنس بصفة تلقائية إرادية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام، وما استقر عليه العلم حاليا. ولهذا قضت محكمة الاستئناف بقبول الدعوى شكلا ورفضه أصلا، وتقرير الحكم الابتدائي وتخطئة المستأنف.

ويعتبر هذا القرار انتصار للشريعة الإسلامية، باعتبارها أهم المعايير التي يقوم عليها النظام العام التونسي؛ ونفس الأمر بالنسبة لكل من التشريعين المغربي والجزائري الذين يعتبرانها من أهم الأسس التي يبنى عليها النظام العام والآداب العامة.

فمرجعية الدول المغاربية المتشعبة بالشرع الإسلامي لا تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات الأفراد التي تنتمي للأقليات، لذلك يكون القاضي ملزما بإجازة أو منع تصرف معين حسب ما تقتضيه مرجعية

¹ سورة الرعد، الآية. 08.

² حديث سبق تخريجه، ص. 143.

المجتمع الذي ينتمي إليه. مما يترتب عليه إنشاء منظومة قضائية مرتبطة ارتباطا وثيقا بالشريعة الإسلامية فكرا وثقافة¹.

وأول ما يصطدم به الشخص الذي غير جنسه بالنسبة للأشخاص الذين ينتمون للدول المغاربية، هو تعارض نوع جنسه الأصلي المدون في حالته المدنية مع جنسه المستحدث. وبالتالي، فإن الأمر لا يتعدى عدول الإشهاد أو ضابط الحالة المدنية الذي يرفض إبرام عقد الزواج لانعدام الركن البيولوجي المتمثل في الاختلاف في الجنس. غير أنه في حالة ما إذا تزوج الشخص على أساس أن زوجه امرأة تم تبين بعد ذلك بأنه رجل قام بتغيير جنسه قبل عقد الزواج، وقام بالتحايل على القانون لتصحيح جنسه على أساس أنه يعاني من حالة غموض جنسي فيزيولوجي، فإن الزواج باطل بطلانا مطلقا ويعتبر كأنه لم يكن ولا أثر له²، ومرد هذا البطلان أن الزوج الآخر وقع في غلط مانع للإرادة، كما تقوم مسؤولية الطرف الآخر، المدنية والجزائية باعتبار التغيير الجنسي من قبل الجرائم المحرمة شرعا وقانونا³.

أما في حالة ما إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة بين زوجين طبيعيين من الناحية الجنسية ثم قام أحدهما بالتغيير الجنسي⁴، فيفسخ الزواج في هذه الحالة بقوة القانون بالاستناد إلى المبدأ العام المقرر في المادة 04 من قانون الأسرة، والمادة 04 من مدونة الأسرة، وما هو مقرر في القضاء التونسي.

الفرع الثاني: الزواج المثلي

يعتبر الزواج المثلي من أفعال الشذوذ الجنسي؛ والملاحظ أنه لقي رواجاً ودعماً في أواسط الدول اللاتينية، تحت لواء الحرية الشخصية، لتتجاوز كل الثوابت الاجتماعية والإنسانية. والأكثر من ذلك، فقد حظي بالحماية القانونية، وتطور الأمر إلى أن أصبح لهؤلاء الشواذ حقوق رسمية ومنابر إعلامية

¹ محمد أمين الجلاصي، المحقرون في القانون التونسي، الجمعية التونسية للدفاع عن الحقوق والحريات، تونس، 2018، ص.22.

² جيلالي تشوار، حق الشخص في التصرف في جسمه-الترق، العذي والتغيير الجنسي-، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2008، ع.06، ص.73.

³ وإن كان مبدأ الشرعية في القوانين الجزائية للدول المغاربية يلعب دورا هاما في هذه الحالة، على أساس أنه لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص قانوني صريح، لذلك كان من اللازم على المشرع العقابي استحداث نصوص قانونية صريحة لتجريم هذا النوع من الأفعال المخالفة للنظام العام والآداب العام، والمخالفة أيضا لفطرة الله سبحانه وتعالى.

⁴ لا يمكن القيام بعمليات التغيير الجنسي في الدول المغاربية إلا خفية، إذ أغلب المواطنين القاطنين بالجزائر وتونس والمغرب يلجؤون إلى الدول الأوروبية للقيام بهذا النوع من العمليات المحظورة في الدول المغاربية.

يعبرون فيها عن حرمتهم المطلقة في ميولهم الجنسي، كما استطاعوا أن ينشئوا جمعيات رسمية للمثلية الجنسية، التي وصل صداها إلى العالم الإسلامي.

وأما هذا التطرف الفكري، كان لزاما علينا التطرق إلى هذا الموضوع، من منطلق التحذير من هكذا أفعال، وذلك من خلال تبيان موقف الشريعة الإسلامية، وما تبنته التشريعات المغاربية؛ وقبل ذلك نتطرق إلى المفاهيم المتعلقة بالزواج المثلي والشذوذ الجنسي والمثلية الجنسية.

فالمقصود بالزواج المثلي يظهر من خلال تعريف كل مصطلح على حدة؛ فالزواج من زوج وهو ضد الفرد، ويقال زوجان، وكل واحد منهما زوج، ومرادفهما سيان أو سواء؛ وتقول عندي زوجا حمام يعني ذكر وأنثى¹، قال تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا جَاءَ أَمْرُنَا وَفَارَ التُّورُ قُلْنَا أَحْمِلْ فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجَيْنِ اثْنَيْنِ﴾². أما المثلي، فمن المثل، وهو الشبه والنظير والمماثل³.

ومن خلال التعريف اللغوي، يتضح لنا أن الزواج المثلي هو عقد القران أو النكاح على شخص من الجنس المماثل، وهو يعتبر نوع من أنواع الشذوذ الجنسي؛ والشذوذ من شدّ عنه، يشدُّ، شذوذاً، وهو الابتعاد عن الوضع الطبيعي، ويدل على الانفراد والمفارقة. فالشذوذ الجنسي هو مخالفة العادة الطبيعية، والتفرد عما هو مألوف بين الناس⁴.

ويعرف الشذوذ الجنسي لدى الغرب بـ: «homosexualité»، وهو الميل والشهوة الجنسية التي يشعر بها شخص اتجاه شخص آخر من نفس جنسه⁵.

ومن خلال هذه المفاهيم، نجد نفس المعنى اللغوي لدى اصطلاح الفقهاء، حيث عرفوا الزواج المثلي بأنه نوع من أنواع الزواج، يكون الزوجين من نفس الجنس⁶. فهي إذن كل ممارسة مهما كان

¹ زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، باب الميم، ص.138.

² سورة هود، الآية.40.

³ زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، باب الميم، ص.290.

⁴ أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ج.2، ط.1، 1429هـ، 2008م، ص.1180.

⁵ Larousse, dictionnaire de français, Larousse, première éd, France, 1997, p.207.

⁶ مجيد الصائغ، الزواج المثلي مفسدة إنسانية وأخلاقية، دار سلووبي، لبنان، د.ط، 2010، ص.12.

شكلها تتم بين شخصين متحدي الجنس، وتعتبر هذه الممارسة الجنسية من قبيل الأفعال التي تخرج عن سبل الاتصال الجنسي الطبيعية والمألوفة¹.

ولما كان الزواج المثلي بمثابة العلاقة الجنسية بين شخصين من نفس الجنس، فإنه لا يخرج عن صورتين؛ تتمثل الصورة الأولى في الانجذاب الجنسي بين رجلين ويسمى بالمثلي الجنس، والعلاقة الجنسية التي تتم بينهما تسمى باللواط²، ويقصد به إتيان الذكر للذكر بحيث أحدهما الجانب الايجابي والآخر الجانب السلبي أو أحدهما فاعلا والآخر مفعولا به³. أما الصورة الثانية، فتتمثل في الانجذاب الجنسي بين امرأتين، وتسمى بمثلية الجنس، والعلاقة الجنسية التي تتم بينهما تسمى بالسحاق، وهو المعاشرة الجنسية بين امرأتين والذي يكون من خلال الاحتكاك الجسدي كما هو الشأن بين الأزواج دون أن يكون هنالك إيلاج، وغالبا ما تكون هذه العلاقة ناتجة عن إصابة إحداهما أو كلاهما بمرض الغلطة⁴ النسوية، والذي يترتب عليه الرغبة الجنسية الجامحة للمرأة والنفور من جنس الذكور⁵.

وقد كانت ظاهرة الشذوذ في وقت ليس ببعيد مستترة، وذلك لعدم تقبلها من قبل الرأي العام العالمي. غير أنها اكتسبت شرعيتها من خلال بعض المنظمات الدولية التي تروج لها، إذ تم تشريع الشذوذ الجنسي باعتباره حالة عادية اقتضتها الطبيعة، من خلال جمعية الأمم المتحدة المنعقدة سنة 1951،

¹ صلاح رزق عبد الغفار، الشذوذ الجنسي، دار الفكر والقانون، مصر، د.ط، 2010، ص.14.

² مع الإشارة إلى أن العديد من الفقهاء يستنكر مصطلح اللواط نسبة إلى العلاقة الجنسية بين رجل ورجل؛ فاللواط من لوطا والذي يتضمن معنى المصلح أو الصالح، من غير المعقول أن يكون نبيا مرسلا من رب العالمين يسمى بعمل شنيع كان يعمله قومه. لذلك من المستحسن أن يسمى هذا الفعل بعمل قوم لوط اقتداء بسنة نبينا الكريم ﷺ في قوله: {لِرَأْ أَوْفٍ مَا أَوْفَى عَلَى أُمَّتِي عَمَلٌ قَوْمِ لُوطٍ}. أبو عبد الله ولي الدين التبريزي، مشكاة المصابيح، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ج.2: كتاب الحدود، ح.ر: 3577، ط.3، 1985، ص.1063.

³ عادل الصاوي محمود الصاوي، جريمة التعدي بالتسبب في المرض بالممارسات الجنسية الشاذة في ضوء الطب والدين، مجلة حوليات، كلية الدراسات الإسلامية والغربية، الإسكندرية، مصر، ع.33، د.س.ن، ص.97-98.

⁴ الغلطة بالضم من غلم، وهي شهوة الضراب، يقال غلم الرجل يغلم غلما واغتلم اغتلاما إذا هاج، وفي المحكم، إذا غلب شهوة، وكذلك الجارية، والغليم بالتشديد، الشديد الغلطة، ورجل غلم غليم ومغليم، والأنتى غلطة ومغليمة ومغليم وغليمة وغليم. ابن منظور، المرجع السابق، ج.12، ص.439.

⁵ وردة دلال، المرجع السابق، ص.62.

ناهيك عن مؤتمر القاهرة سنة 1994 الذي تناول موضوع المثلية الجنسية¹، وقد اعترف مؤتمر بيكين بالهوية الجندرية سنة 1995²، وقد وقّعت 66 دولة في الجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقد سنة 2008 على بيان تضمن رفع العقوبة عن المثلية الجنسية، كما امتد هذا الدعم الدولي إلى تقديم التسهيلات للشواذ من خلال منحهم حق اللجوء السياسي لدولهم³.

كما يعتبر الإعلام من أهم المساهمين في نشر هذه الظاهرة من خلال المواقع الإباحية التي ساهمت في تجمع الشواذ واتفاههم على المطالبة بحقوقهم عن بعد، وهو الأمر الذي سهّل تبني هذه الفئة من قبل المجتمع العربي الإسلامي. وأثبتت الكثير من الدراسات أن المواظبة على الأفلام الإباحية ترتب للشخص الشغف بما هو أشنع وأبشع من اغتصاب وتعذيب المعتصبين وفعل قوم لوط واغتصاب الأطفال وفعل الفاحشة بالجمادات والحيوانات وفعل الفاحشة بالمحارم وغير ذلك⁴.

وقد ظهرت حركة تقنين الزواج المثلي بداءة بالدول الغربية اللائكية، حيث تعتبر الدانمارك السبابة لتشريع سنة 1989، ثم تلتها هولندا سنة 2001، والتي عرفت أيضا بتشريع الدعارة والاجهاض

¹ المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة، من 05-13 سبتمبر 1994، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 1994.

² القرار رقم 01 للمؤتمر العالمي المعني بالمرأة المنعقد في بيجين خلال الفترة 4-15 أيلول/سبتمبر 1995.

³ حقوق المثليين في الأمم المتحدة، الموقع الإلكتروني: حقوق المثليين في الأمم المتحدة - ويكيبيديا (wikipedia.org)، تاريخ النشر: 23 يناير 2022، الساعة 06:21، تاريخ الاطلاع: 11-02-2022، على الساعة: 12:18.

⁴ ولم تكن الدول المغاربية في منأى عن هذه المد، فقد ظهرت في تونس عدة جمعيات مدافعة عن حقوق المثليين كمنظمة "شمس" التي نادى بإلغاء الفصل 230 من القانون الجزائري التونسي. فرانس 24، تونس: المثليون يكسرون حاجز الصمت ويرفضون تهميشهم، الموقع الإلكتروني لقناة فرانس 24: تاريخ النشر: 17-05-2016، تاريخ الاطلاع: 04-02-2022، على الساعة: 23:50.

https://www.france24.com/ تونس: المثليون يكسرون حاجز الصمت ويرفضون تهميشهم (france24.com).

والأمر نفسه بالنسبة للمغرب، حيث تأسست حركة "مالي" سنة 2012 والتي تناضل ضد رهاب المثلية الجنسية بالتعاون مع منظمات أخرى في فرنسا، كما طالبت جمعية "كيف، كيف" للنشطاء المثليين والمثليات بإلغاء المادة 489 من القانون الجنائي المغربي. أنس العمري، مجموعة الدفاع عن المثليين "كيف كيف" تطالب بإلغاء الفصل 489 من القانون الجنائي، مقال نشر على موقع الانترنت: www.maghress.com، نقلا عن: هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.135.

وفي الجزائر أطلق نشطاء مثليون مبادرة دعما للمثلية الجنسية وأعلنوا يوم 10 أكتوبر من كل سنة تحت مسمى "يوم تان، تان"، هيفاء زعيتير، كيف تتعاطى القوانين العربية مع المثلية الجنسية؟، الموقع الإلكتروني: كيف تتعاطى القوانين العربية مع المثلية الجنسية؟ - رصيف 22 (raseef22.net)، تاريخ النشر: 13-06-2018، تاريخ الاطلاع: 05-02-2022، على الساعة: 00:00.

والموت الرحيم؛ وبلجيكا سنة 2003؛ وكندا سنة 2005¹؛ والأرجنتين سنة 2010؛ والاورجواي 2013؛ والشيلي سنة 2015؛ كما أجاز المشرع السويدي سنة 1994 التعايش بين الأشخاص المثليين بعد بلوغهما سن الرشد².

كما أقر القانون المدني الفرنسي الزواج المثلي سنة 2013 بموجب المادة الأولى من القانون 404-2013: «يمكن أن يكون الزواج بين أشخاص من نفس الجنس أو من جنس مختلف»³.

وبالنسبة لقارة إفريقيا، تعتبر دولة جنوب إفريقيا السبقة لتشريع الزواج المثلي سنة 2006. وقد امتدت حركة التشريعات لتشمل 18 دولة⁴ حول العالم، كانت الولايات المتحدة الأمريكية آخرها سنة 2015 من خلال قرار المحكمة العليا التي قضت بأن دستور الولايات المتحدة الأمريكية يتطلب من جميع الولايات الاعتراف بالزواج بغض النظر عن الجنس⁵.

¹ ندا رضوان، بالأسماء دول تقنن زواج المثليين، الموقع الإلكتروني: بالأسماء دول تُقنن زواج المثليين | الوفد (alwafd.news) تاريخ النشر: 03-05-2015، تاريخ الإطلاع: 05-02-2022، على الساعة: 00:02.

² طارق السيد، تقنين زواج الشواذ "المثليين" في أمريكا وتأثيراته على العالم والإسلامي، الموقع الإلكتروني: تقنين زواج الشواذ (المثليين) في أميركا.. وتأثيراته على العالم الإسلامي لها أون لاين - موقع المرأة العربية (lahaonline.com) تاريخ النشر: 30-06-2015، تاريخ الإطلاع: 05-02-2022، على الساعة: 00:07.

³ «Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe », 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, texte n° 3, page.8253.

⁴ مفيدة ميدون، أثر الزواج المثلي على الاستقرار الأسري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور-الجلفة-، الجزائر، 2019، ع.04، ص.26.

⁵ (Washington, DC) – The United States Supreme Court should consider the same-sex marriage practices of other countries when it hears arguments in Obergefell v. Hodges on April 28, 2015, Human Rights Watch said today. In March, Human Rights Watch submitted an amicus “friend of the court” brief along with the New York City Bar Association and several nongovernmental organizations based in other countries. US: Supreme Court to Hear Marriage Equality Case, URL: US: Supreme Court to Hear Marriage Equality Case | Human Rights Watch (hrw.org), Date of publication: April 27, 2015, viewed on: 05-02-2022, at:11:48.

وقد استندت هذه الأخيرة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود، والذي تم تعميمه على عقد الزواج، ضاربين عرض الحائط كل ما يتعلق بالنظام العام والآداب العامة والأخلاق الحميدة. فلما كانت الرضائية قوام كل العقود، فإن الزواج المثلي يتأسس أيضا على مبدأ الرضائية؛ فإذا رضي الشخص بالزواج من آخر من نفس جنسه ينعقد صحيحا متى توافقت الإرادتين. وهو الأمر الذي لا يمكن تقبله على أساس أن الشذوذ الجنسي يعتبر انحرافا أخلاقيا لا تستسيغه النفس البشرية، حيث وصل به الأمر إلى انعقاده أمام الكنيسة¹.

ولم تقتصر هذه الدول على تشريع الزواج المثلي في محيطها الإقليمي، بل حاولت تصديره للدول الإسلامية من خلال تقديم التسهيلات للشاذين جنسيا الذين ينتمون للعالم الإسلامي، كما هو الأمر مع جمعية «حلم» اللبنانية التي تحصلت على الدعم الدولي من أستراليا وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وهي تؤمّنُها، إضافة إلى التمويل المادي لحمايتها من تعسف السلطات اللبنانية التي تدرك أنها ستواجه شكاوى خارجية في حال اتخذت خطوات قمعية².

غير أن الشريعة الإسلامية وقفت بالمرصاد لمثل هذه الأفعال الشاذة، فيقول المولى عز وجل في كتابه الكريم: ﴿وَلَوْ طَآءَ إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ الْعَالَمِينَ (80) إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِّنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ (81)﴾³، وقوله أيضا: ﴿أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ (165) وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ (166)﴾⁴.

كما أن النبي ﷺ حذرنا من هذا الفعل الشنيع فقال: {لَنْ أَخُوفَ مَا أَخَافُ عَلَى أُمَّتِي عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ}، ولعن من فعل فعلتهم بأن قال: {لَعَنَ اللَّهُ مَنْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ، لَعَنَ اللَّهُ مَنْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ

¹ عادل الموشي، المرجع السابق، ص. 87.

² نحا عدنان القاطرجي، الغزو الناعم، دار إي كتب، لندن، 2018، ص. 250.

³ سورة الأعراف، الآية. 81-82.

⁴ سورة الشعراء، الآية. 165-166.

لُوط، لَعَنَ اللَّهُ مَنْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ¹. وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: {لَنْ مِنْ أَعْلَامِ السَّاعَةِ وَأَشْرَاطِهَا أَنْ يَكْتَفِيَ الرَّجَالُ بِالرِّجَالِ وَالنِّسَاءُ بِالنِّسَاءِ}².

ومن خلال هذه الآيات الكريمة، والأحاديث النبوية الشريفة، فإن حكم الشريعة الإسلامية واضح وجلي، وهو التحريم القاطع لهذا النوع من العلاقات الشاذة التي تتم بين أفراد الجنس الواحد. وبالتالي، فإن حكمها الشرعي كحكم الزنا لقوله ﷺ: {إِذَا أَتَى الرَّجُلَ الرَّجُلَ فَهُمَا زَانِئَانِ}³، وقوله أيضا: {مَنْ وَجَدْتُمُوهُ يَعْمَلُ عَمَلُ قَوْمِ لُوطٍ فَاقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولُ بِهِ}⁴.

غير أن الفقهاء اختلفوا حول عقوبة من عَمِلَ عَمَلِ قَوْمِ لُوطٍ أو السحاق؛ فيرى الامام مالك⁵ بجرم الفاعل والمفعول به، محصنين كانوا أم غير محصنين. بينما ذهب الشافعية⁶ والحنابلة⁷ في ثلاث أقول:

¹ سبق تخريج الحديث، ص.134.

² سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة بن تيمية، القاهرة، ج.10، ط.2، 1415هـ، 1994م، ص.228.

³ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.55: كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي، ح.ر:17033، ص.406. قال الألباني الحديث ضعيف. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ج.8: كتاب الحدود، باب حد الزنا، ح.ر: 2349، ط.2، 1405هـ، 1985م، ص.16.

⁴ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.37: كتاب الحدود، باب فيمن عمل عمل قوم لوط، ح.ر:4462، د.ط، د.س.ن، ص.158. أبو عبد الله أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ج.4، ح.ر:2732، ط.1، 1421هـ، 2001م، ص.464. محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.15: كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي، ح.ر:1456، ص.57. أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.20: كتاب الحدود، باب من عمل عمل قوم لوط، ح.ر:2561، ص.856. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.55: كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي، ح.ر:17019، ص.403.

⁵ عبد الله بن أبي زيد القيرواني، رسالة بن أبي زيد القيرواني، تحقيق: أحمد مصطفى قاسم الطنطاوي، دار الفضيلة، القاهرة، د.ط، 2005، ص.175.

⁶ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.5: كتاب الزنا، ص.443.

⁷ أبو القاسم عمر بن الحسين الخرقى، متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل، تحقيق: إبراهيم محمد أبو حذيفة، دار الصحابة للتراث، طنطا، مصر، ط.1، 1413هـ، 1993م، ص.133.

فالقول الأول ذهب لقياس اللواط على الزنا، فيعاقب اللائط والملوط به بعقوبة الزنا، فمن كان محصن رجم ومن كان غير محصن جلد وضرب؛ وذهب الثاني إلى القول برجم اللائط، وجلد الملوط به في كل الأحوال؛ أما الثالث فذهب إلى القول برجم اللائط والملوط به في كل الأحوال.

وبخصوص السحاق، فإن ممارسته متفق على تحريمها في الإسلام لنص الآية الكريمة: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ (29) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (30) فَمَنْ أَجْتَعَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (31)﴾¹.

وقد قال النبي ﷺ: { لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل، ولا المرأة إلى عورة المرأة، ولا يفضي الرجل إلى الرجل في ثوب واحد، ولا تفضي المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد }².

وقد قرر فقهاء الحنفية³ أن حد اللواط كحد الزنا، وهو قول أبو يوسف ومحمد وأبو عبد الله، في حين قال أبو حنيفة بألا حد فيه، وإنما فيه التغير لأنه أشبه بإتيان البهائم أو النساء في غير موضع الفرج، وفي حالة ما إذا تداكت امرأتان فهما زانيتان ملعونتان لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: { إِذَا أَتَتْ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ فَهُمَا زَانِيَتَانِ }⁴.

غير أنه يمكن اعتبار السحاق كاللواط، على اعتبار أنه يدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ (29) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (30) فَمَنْ أَجْتَعَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (31)﴾⁵، ومدلول هذه الآية أنه إذا خرجت الممارسة الجنسية عن الإطار الشرعي المخصص لها، فإن ذلك يعتبر تعدي على الأحكام الشرعية، سواء كانت زنا بين رجل وامرأة من دون

¹ سورة المعارج: الآية 29-31

² أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.3: كتاب الحيض، باب تحريم النظر إلى العورات، ح.ر:338، ص.266.

³ أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدري، المرجع السابق، ج.2، ص.640.

⁴ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.55: كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي، ح.ر:17033، ص.406؛ موفق الدين بن قدامة، المغني... المرجع السابق، ج.9: كتاب الحدود، فصل: تداكت امرأتان، المسألة رقم:7169، ص.61.

⁵ سورة المعارج: الآية 29-31

زواج، أو بفعل من أفعال قوم لوط عليه السلام، أو بين امرأتين؛ وعليه، فإن عقوبة الأفعال الشاذة تستدعي تشديدها حتى لا تشيع هذه الفاحشة المبتدعة في المجتمع الإسلامي¹.

ومن خلال ما تقدم، نلاحظ أن الشريعة الإسلامية قد رفضت أفعال الشذوذ الجنسي رفضاً قاطعاً بصريح القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الفقهاء، على أساس أن هذا النوع من الأفعال من شأنه أن يؤدي إلى تدهور منظومة الأسرة، إذ تعتبر مصادمة حقيقية للفطرة التي أفقدت العلاقات الأسرية معناها الحقيقي.

وتلقى هذا النوع من الزيجات رفضاً قاطعاً لدى رجال الدين من الشرائع الأخرى، فقد صرح البابا بندكتوس السادس عشر - جوزيف راتزنغر بابا الكنيسة الكاثوليكية ورئيس دولة الفاتيكان المنتخب في 19-04-2005-، واعتبر أن الاختلاف في الجنس بين الزوجين يعتبر من أهم العناصر في الزواج، حيث يظهر الصورة العميقة التي توثق العلاقة بين الإنسان والله. فعقد الزواج ينبغي أن يكون مبني على الفطرة البشرية، والتي لا تتحقق إلا من خلال الإنجاب والتناسل. وبالتالي، على سياسات الدول أن تروج لهذا الزواج دون غيره، باعتباره الشكل الوحيد الذي يضمن الحياة البشرية واستمرارها. وعلى هذا الأساس، وجب على كل المسيحيين الكاثوليك، مقاومة السياسات الدولية التي تسعى إلى الاعتراف بالزيجات المثلية².

¹ موقف الدين بن قدامة، المغني...، مرجع سابق، ج.12، ص.349.

² Joseph Cardinal Ratzinger, now Pope Benedict XVI, of catholic church, and the president of state of the Vatican.

He considered the heterosexuality of marriage as a sacred nexus between the human and the divine. The Marriage emerges as a profound image of the divine/human relationship; And he must be exclusive, indissoluble, procreative, or open to procreation; it must organize social life; and state policy must promote it and only it as the preminent form of dignified human life. For these reasons, Ratzinger argues that Catholics must actively resist any public policy of recognizing purported marriages between homosexuals. Janet Halley, Behind the law of marriage, Harvard Journal of the Legal Left, Harvard Law School, V.06, N.01, England, 2010, p.6.

أما بالنسبة للتشريعات المغاربية للأسرة فلم تتضمن أية نصوص قانونية تمنع الزواج المثلي، ما عدا المبدأ العام الذي تضمنته المواد 4 من قانون الأسرة، والمادة 4 من مدونة الأسرة، والفصل 01 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ إذ كل هذه النصوص القانونية أقرت بشرعية الزواج -أي يتم وفق أحكام الشريعة الإسلامية-، وأن يكون بين رجل وامرأة.

ولعل هذه النصوص القانونية كفيلا بالتصدي للزواج المثلي، ويمكن اعتبارها الأساس القانوني التي يبني عليها القضاء حكمه بإبطال هذا النوع من الزيجات، كما أن الفقرات الموالية من نفس المواد تتضمن أهداف عقد الزواج المتمثلة في بناء أسرة قائمة على التكاثر والتناسل. وللنيابة العامة طلب ابطال عقد الزواج باعتبارها طرفاً أصلياً، وهو ما نصت عليه المادة 02 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 03 من مدونة الأسرة المغربية، والفصل 251 من مجلة¹ المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

وعليه، فقد اعتبر المشرع المغربي هذا الزواج باطل بطلاناً مطلقاً، ويمتد هذا البطلان حتى ولم تم إبرام عقد الزواج خارج التراب المغربي، ومع ذلك قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 28-01-2015 بصحة عقد الزواج المبرم بين رجل مغربي ورجل فرنسي، وقد عللت المحكمة قرارها على أنه: «على الرغم من اتفاقية التعاون الموقعة بين المغرب وفرنسا، فإن حرية الزواج تسمو فوق كل اتفاقية؛ كما أن الشروط الموضوعية لعقد الزواج تخضع لقانون جنسية أحد الزوجين، كما تنص المادة 4 من الاتفاقية على أنه يجوز إلغاء قانون إحدى الدولتين إذا كان مخالفاً للنظام العام، وبما أن القانون المغربي يتعارض مع النظام العام الفرنسي برفضه للزواج المثلي، فيتم تطبيق قانون الرجل الفرنسي، ولما كان ذلك فإن القرار الصادر عن محكمة الاستئناف مؤسس من الناحية القانونية»².

¹ قانون عدد 130 لسنة 1959 مؤرخ في 2 ربيع الثاني 1379، الموافق لـ 5 أكتوبر 1959، يتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية، المنقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963، ر.ر.ج.ت، ع.26.

² Arrêt n° 96 du 28 janvier 2015 (13-50.059) - Cour de cassation - Première chambre civile, الملحق رقم.18. .ECLI, FR, CCASS, 2015.

غير أن قوانين العقوبات للدول المغاربية اعتبرت فقط الممارسات المادية لأفعال الشذوذ الجنسي بمثابة جريمة يعاقب عليها القانون، دون الوصول إلى إبرام عقد الزواج، حيث قررت المادة 2/333 من القانون الجنائي على أنه: «وإذا كان الفعل العلني المخل بالحياء من أفعال الشذوذ الجنسي ارتكب ضد شخص من نفس الجنس تكون العقوبة بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دينار جزائري، من ارتكب فعلا مخلا بالحياء»، كما أن المادة 338 من قانون العقوبات رتبت على أفعال الشذوذ الجنسي -ضد شخص من نفس الجنس- غير العلني عقوبات بالحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من 20000 إلى 100000 دينار جزائري. وهو نفس ما أخذ به المشرع العقابي المغربي الذي نص في المادة 489 من القانون الجنائي على أنه: «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 ما لم يكن فعله جريمة أشد».

كما نص المشرع التونسي بموجب الفصل 230 من المجلة الجزائية على أن: «اللواط أو المساحقة إذا لم يكن داخلا في أي صورة من الصور المقررة بالفصول المتقدمة يعاقب مرتكبه بالسجن مدة ثلاثة أعوام»، ويكون في هذه الحالة قد حذا حذو التشريع العقابي الجزائري والمغربي. ناهيك عن أن هذا الفصل يعتبر أكثر دقة من حيث إشارته إلى فعل قوم لوط الذي يتم بين رجل ورجل، والسحاق الذي يتم بين امرأة وامرأة، مع الإشارة أن مصطلح الشذوذ الجنسي يتضمن كلا الفعلين، إذ تطرقنا في تعريفه آنفا، أنه العلاقة الجنسية التي تتم بين شخصين من نفس الجنس. غير أن المشرع التونسي أنتقد من خلال أن النص الفرنسي للفصل 230 من المجلة الجنائية تضمن تجريم السحاق دون ذكره للواط. غير أن هذا الاختلاف لا يؤثر، على أساس أن القاضي ملزم بتطبيق النص العربي؛ كما أن هذا النص قد طرح عدة إشكاليات خاصة إذا ما تعلق الأمر بفعل الشذوذ الجنسي الذي تم بين شخصين بالغين في مكان خاص لا تتوفر فيه شروط العلنية، خاصة أن الدستور التونسي يقر بعدم انتهاك الحياة الخاصة بمعنى أنّ الدولة مجبرة على حماية الفضاء الخاص للمواطنين بما في ذلك حياتهم الجنسية فلا يمكن اعتبار أيّا من الحريات أكثر خصوصية منه¹.

¹ سناء السبوعي، قراءة في الفصل 230: تجريم المثلية الجنسية خرق للدستور، الموقع الإلكتروني: إنكفاضة (inkyfada.com)، تاريخ النشر: 01-11-2015، تاريخ الإطلاع: 05-02-2022، على الساعة: 15:05.

غير أنه لا يمكن الأخذ بهذا النقد بعين الاعتبار، ذلك أن الدستور التونسي قد نص على أن الإسلام دين الدولة، كما أن المبدأ الدستوري المتعلق بحماية الحياة الخاصة سواء بالنسبة للدستور التونسي أو الجزائري أو المغربي، يتم تجميده ما دامت الأفعال التي تتم في الخفاء، مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

ومع ذلك، وإن لم يحتل الزواج المثلي المكانة الكبيرة في الساحة السياسية التونسية، فقد استطاع عديد الناشطين السياسيين في تونس إلى التلميح لإمكانية تقنين هذا النوع من الزيجات، حيث وصل به الأمر إلى أن اقترح على المجلس الوطني التأسيسي في أحد مقترحات الدستور من خلال الفصل 31 من مقترح مسودة دستور «شبكة دستورنا» الذي ينص على أنه: «يكفل الدستور لكل مواطن ومواطنة الحق في اختيار القرين بدون تمييز»، بالإضافة إلى عديد التعقيبات الصادرة من رئاسة الجمعية التونسية لمساندة الأقليات التي نادى بضرورة مراجعة القوانين التي تجرم اللواط في تونس¹.

وفي اعتقادنا، نجد أن أفعال الشذوذ الجنسي لا تؤثر فقط على النظام العام، وإنما لها وقع أكبر من ذلك، فهي تهدد أمن واستقرار الدول المغاربية، حيث أن هذه الأخيرة تضرب الدولة في أهم أركانها، ألا وهي الأسرة، فإذا تغيرت بنيتها وسلّم الواقع الاجتماعي بضرورة التعايش مع هذه الفئة المنحرفة، فإن ذلك يمنحها الشرعية الدولية. والأكثر من ذلك، فإنها تمنح الدول اللائكية سببا مشروعاً للتدخل من أجل فرضها ولو بالقوة تحت غطاء المنظمات الدولية وحماية الأقليات المضطهدة.

وبناء على ذلك، نعتقد أن التشريعات العقابية للدول المغاربية قد تعاملت بنوع من الرعونة في توقيع العقوبة على مرتكبي أفعال الشذوذ الجنسي، خاصة وأن الشريعة الإسلامية وقعت أقصى العقوبات على هذه الفئة، فإنه لا يمكن القول بذلك على عدة اعتبارات، أهمها أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر مصدرا رسميا ولا احتياطيا للتشريعات العقابية.

¹ ماهر عبد مولا، حقوق الإنسان والحريات العامة في تونس جدلية التأصيل والتحديث، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، د.س.ن، ص.73.

ومع ذلك كان على التشريعات المغاربية التشديد في هذه العقوبة وفقا لما يتماشى والنظام العقابي، فكان من الأحسن لو تم اعتبار هذا النوع من الجرائم التي تتضمن ظروف التشديد، ويتم تقرير عقوبة السجن المؤقت بخمس سنوات على الأقل.

وبناء على ما سبق ذكره، نؤكد على ضرورة الاختلاف في الجنس بين المقبلين على الزواج اختلافا فطريا طبيعيا، وباعتباره الركن المادي لعقد الزواج. غير أن وجوده الفعلي والقانوني لا يتحقق إلا من خلال تحقق الركن المعنوي له، والمتمثل في التراضي بين الزوجين، وهو ما سنعالجه من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني

الركن المعنوي لعقد الزواج

بالإضافة إلى الركن المادي لعقد الزواج المتمثل في الاختلاف في الجنس، فإن قوام عقد الزواج الأساسي يتمثل في ركنه المعنوي، والمتمثل في الرضا، والذي يعتبر من القواعد المجمع عليها على المستوى العالمي باختلاف دياناتهم وتوجهاتهم الفكرية والسياسية والاجتماعية. وبناء عليه، نتطرق في دراستنا لهذا المبحث إلى وجود الرضا في عقد الزواج (المطلب الأول)، غير أن وجود الرضا غير كافي للقول بتحقيقه، بل ينبغي أن يكون صحيحا حتى يرتب كل آثاره القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

وجود الرضا

إن الحديث عن الرضائية في عقد الزواج يقتضي منا التطرق إلى المفاهيم العامة للرضا بالإضافة إلى المصطلحات المشابهة له (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك نتحدث على الصيغة التي يتحقق من خلالها وجود الرضا في عقد الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الرضا

جاء في لسان العرب، أن الرضا من رضي، وضده السخط. وفي حديث الدعاء: {اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِرِضَاكَ مِنْ سَخَطِكَ، وَبِمُعَافَاتِكَ مِنْ عُقُوبَتِكَ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْكَ لَا أُحْصِي الثَّنَاءَ عَلَيْكَ أَنْتَ كَمَا أَثْنَيْتَ عَلَيَّ

نَفْسِكَ¹، وفي رواية بدأ بالمعافاة ثم بالرضا²، ويقول عز وجل في هذا الصدد: ﴿أَفَمَنْ اتَّبَعَ رِضْوَانَ اللَّهِ كَمَنْ بَاءَ بِسَخَطٍ مِنَ اللَّهِ وَمَأْوَهُ جَهَنَّمُ وَبُئْسَ الْمَصِيرُ³﴾.

والرضا مصدر رَضِيَ يَرْضَى رِضًا بكسر الراء وضمها، ورضوانا بالكسر والضم عند سيبويه، ويقال: أَرْضَيْتُهُ إِرْضَاءً مثل وافقته موافقة، ووفقا وزنا ومعنى، ويستعمل الرضا ومشتقاته متعديا بنفسه، فيقال: رضيت، وارتضيت، ورضيت عنه، وعليه⁴.

ويتضمن مصطلح الرضا مجموعة من المعاني التي ترتبط براحة القلب وانشراحه، وطيب النفس لقوله تعالى: ﴿وَجُودَ يَوْمَئِذٍ نَاعِمَةً⁵ (8) لِسَعْيِهَا رَاضِيَةً (9) فِي جَنَّةٍ عَالِيَةٍ (10)﴾⁵؛ كما تتضمن معنى التسليم والانقياد⁶.

وقد اعتبر بعض اللغويين بأن الرضا هو مرادف للاختيار، فإذا قال الشخص رضيت بالشيء أي اخترته⁷، مثل ما جاء في قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا⁸﴾.

والاختيار كما جاء في قواميس اللغة، من حَارَ يَخِيرُ أي صار ذا خير، والخيرة بوزن الميرة، والاسم بقولك خار الله لك في هذا الأمر أي اختار، والاختيار الاصطفاء، وكذا التخيير وتصغير مختار مخير كمغير، وقولك المختار أو بالخيار: أي اختر ما شئت، وخيره بين الشيئين أي فوض إليه الخيار، وهو الاصطفاء والإيثار والانتقاء التفضيل⁹؛ وقيل أنه ترجيح شيء وتقديمه واصطفائه وطلب ما هو خير

¹ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.4: كتاب الصلاة، باب ما يقال في الركوع والسجود، ح.ر: 486، ص.352.

² ابن منظور، المرجع السابق، ج.14، ص.324.

³ سورة آل عمران، الآية. 162.

⁴ ابن منظور، المرجع السابق، ج.14، ص.324.

⁵ سورة الغاشية، الآية. 8-10.

⁶ ابن منظور، المرجع السابق، ج.14، ص.324.

⁷ أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د.ط، د.س.ن، ص.229.

⁸ سورة المائدة، الآية. 03.

⁹ زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، باب الخاء، ص.99.

وفعله¹، ولقد ورد ذكر الاختيار في القرآن الكريم في عدة مواضع كقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ آخَذْنَا مِنْكُمْ عَلَىٰ عِلْمٍ عَلَىٰ الْعَالَمِينَ (32)﴾²، وقوله أيضا: ﴿وَرَبُّكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَيَخْتَارُ مَا كَانَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ سُبْحَانَ اللَّهِ وَتَعَالَىٰ عَمَّا يُشْرِكُونَ (68)﴾³، وقال أيضا: ﴿وَإِخْتَارَ مُوسَىٰ قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا لِّمِيقَاتِنَا﴾⁴، فكل هذه الآيات يحمل الاختيار فيها المعنى اللغوي المذكور وهو التفضيل، وجاء ذكر الاختيار في أحاديث النبي ﷺ كما ثبت عنه: {تَخَيَّرُوا لِطُفُفِكُمْ، فَأَنْكَحُوا الْأَكْفَاءَ وَأَنْكَحُوا إِلَيْهِمْ} وهي دعوة لطلب خيار النساء في الزواج الأفضل⁵.

فلما كان حديث النبي ﷺ عن الاختيار في النكاح، فإنه خلق نوع من الاختلاف لدى الفقهاء حول ضبط المفهوم الاصطلاحي للرضا؛ خاصة أن المعنى اللغوي للاختيار لا يترادف مع الرضا وهو الرأي الذي انفرد به فقهاء الحنفية⁶؛ في حين نجد الجمهور⁷ من الفقهاء، قد اعتبروا الرضا والاختيار متلازمين.

فقد اصطلح الحنفية على الرضا بأنه القصد إلى النطق بالعبارات التي تنشأ بها العقود، أو القصد إلى القول أو الفعل الذي يعتبر سببا للنتائج، ومنهم من قال بأنه الارتياح إلى العقد والرغبة فيه أو الرغبة في الآثار المترتبة عليه⁸.

وما يستنتج من هذين التعريفين أن الرضا لا يتحقق مع الهزل والخطأ والاكراه؛ أما الاختيار، فلا يتنافى مع الهزل والاكراه⁹. وهذا ما يؤدي بنا إلى القول، إنه يمكن أن يتحقق الاختيار مع تخلف الرضا،

¹ أبو القاسم الحسين الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، بيروت، ط.1، 1412هـ، ص.301.

² سورة الدخان، الآية.32.

³ سورة القصص، الآية.68.

⁴ سورة الأعراف، الآية.155.

⁵ محمد ناصر الدين الالباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، مكتبة المعارف، الرياض، ج.3، ط.1، 1415هـ، 1995م، ص.56.

⁶ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3: كتاب النكاح، ص.21.

⁷ رأي الجمهور

⁸ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط.1، 1996، ص.192-193.

⁹ المرجع نفسه، ص.200.

بينما لا يتحقق الرضا مع تخلف الاختيار. وأهم ما يترتب على هذا الرأي أن الأساس في تكوين العقود عند الأحناف هو الاختيار وجد الرضا أم لم يوجد فهو لا يعدو عن كونه مجرد شرط صحة، بينما الاختيار هو شرط انعقاد، وهذا الذي أدى بالأحناف إلى ابتكار مرتبة وسط بين الصحة والبطلان ألا وهو الفساد، فالبطلان هو جزاء تخلف الاختيار في جميع العقود، أما الفساد فيترتب على تخلف الرضا¹.

ويترتب على هذا التمييز اختلاف الآثار التي تترتب على تحقق الاختيار وتختلف الرضا؛ فتعتبر التصرفات التي لا تتحقق نتائجها وآثارها بمجرد وجود العبارات المنشئة لها، ويتعلق الأمر بالعقود التي تكون فيها الأموال الغرض الأساسي لها كعقد البيع، ويترتب عليها، أنها تنعقد بمجرد تحقق الاختيار. غير أنها لا تكون صحيحة إلا بتوافر الرضا. بينما في التصرفات التي تتحقق آثارها بمجرد صدور العبارات المنشئة لها، أي بتحقيق الاختيار، وهي التصرفات التي لا تكون الأموال غرضها الأساسي كعقد الزواج، فهي تعتبر صحيحة وجد الرضا أم لم يوجد؛ وهو الأمر الذي نلمسه في تقرير الأحناف للزواج والطلاق الصادر من المكره والهازل، على أساس أنه لا يفسد الاختيار مطلقاً لبقاء القصد مطلقاً²، تطبيقاً لقوله ﷺ: {ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالْعِتْقُ} ³.

في حين يرى الجمهور من الفقهاء أنه لا خلاف بين الرضا والاختيار. واعتبروهما متلازمين بمعنى «القصد الى العبارات المنشئة للعقود، حيث تكون تلك العبارات ترجمة عمّا في النفس ودليلاً على رغباتها وغايتها»⁵. وبناء عليه، يجب أن يكون ذلك القصد طلباً لإحداث الآثار ورغبة فيها. فهو إذن ترجيح أمر وتفضيله على غيره بمحض إرادته؛ ويترتب على هذا الرأي هو عدم تصحيح تصرفات المكره

¹ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط.3، 1429هـ، 2008م، ص.319.

² محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3: كتاب النكاح، ص.21.

³ محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.11: أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، ح.ر: 1184، ص.482.

⁴ أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المرجع السابق، ج.2: كتاب الطلاق، ح.ر: 2800، ص.216. حسنه الألباني، محمد ناصر الدين الألباني، المرجع السابق، ج.6: كتاب النكاح، ح.ر: 1826، ص.227.

⁵ أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلي، الروض الندي شرح كافي المبتدي، تحقيق: عبد الرحمن حسن مسعود، المؤسسة السعيدية، الرياض، د.ط، د.س.ن، ص.352.

والمخطف والهازل، فحسبهم هو غير مختار حتى في عباراته. كذلك عدم التفرقة بين البطلان والفساد وهما أمران سيان وهما وصف لكل عقد تخلف فيه الرضا¹.

كما نجد العديد من المفاهيم التي ترتبط بالرضا في العقود، كالإرادة²، والقصد³ والنية⁴ والمشئمة، وغيرهم من المصطلحات. غير أن التطرق إلى مصطلحي الرضا والاختيار سببه هو الاختلاف الذي ذكرناه بين الجمهور والحنفية.

ومن الناحية التشريعية، أكد المشرع الجزائري بأن القوام الأساسي لعقد الزواج يتمثل في الرضا، حيث تنص المادة 04 من قانون الأسرة على أن: «الزواج عقد رضائي...»، وتؤكد المادة 09 من قانون الأسرة على أنه: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين». وهو ما قال به المشرع المغربي من خلال المادة 04 من مدونة الأسرة بقولها: «الزواج ميثاق تراض...» وهو ما أكدته محكمة النقض المغربية في

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.4، ص.3075.

² الإرادة من ريد ورود، قال الفراهيدي: والريد، الأمر الذي تريده وتزاوله. وقيل الريد اسم من أراد. أبو عبد الرحمن الخليل الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، مصر، ج.8، مادة: رود، د.ط، د.س.ن، ص.63-64.

فهي صفة توجب للحي حالاً يقع منه الفعل على وجه دون وجه، وفي الحقيقة هي ما لا يتعلق دائماً إلا بالمعدوم، فإنها صفة تخصص أمراً لحصوله ووجوده، كما قال الله تعالى: ﴿لِنَمَّا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾ سورة يس، الآية.82، وميل يعقب اعتقاد النفع، ومطالبة القلب غذاء الروح من طيب النفس، وقيل الإرادة حب النفس عما أرادت والإقبال على أوامر الله تعالى والرضا، وقيل الإرادة جمرة من نار المحبة والقلب مقتضية لإحالة دواعي الحقيقة. الشريف الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1، 1403 هـ، 1983 م، ص.16.

³ القصد من قصد، وهو إتيان الشيء، فيقال قصده وقصد له وقصد إليه كله بمعنى واحد، وقصد قصده أي نحاً نحوه. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، باب الصاد، ص.254.

والقصد هو إرادة الفعل في حال إيجاده فقط. أبو هلال الحسن بن عبد الله العسكري، معجم الفروق اللغوية، تحقيق: بيت الله بيات، مؤسسة النشر الإسلامي، مصر، ط.1، 1412 هـ، ص.429.

⁴ النية من نوى ينوي نية ونواة وهي العزم، والنوى هو الوجه الذي ينويه المسافر من قرب أو بعد، وهي مؤنثة. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، باب النون، ص.322.

ويرى الامام الغزالي إن النية والإرادة والقصد هي مصطلحات متواردة على معنى واحد وهي حلة للقلب؛ وتتضمن العلم والعمل؛ فالعلم يتقدم العمل لأنه أصله وشرطه، والعمل يتبعه لأنه ثمرته وفرعه. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، ج.4: كتاب النية والإخلاص والصدق، ط.1، د.س.ن، ص.365.

قرارها الصادر في 23-01-2018 بأنه: «لا يكون الزواج باطلاً إلا إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 من مدونة الأسرة...، وهو ما يدل على أن الرضا بين الطرفين الذي هو ركن الزواج محقق وقائم، وأن تأخر كتابة العقد لا ينفيه لأنه مجرد وسيلة في إثباته وليس ركناً في انعقاده كما هو مقرر فقهاً»¹. كما نص الفصل 03 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: «لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين».

ويعتبر هذا التوجه متماشياً مع الاتفاقيات الدولية²، التي صادقت عليها الجزائر والمغرب وتونس، نذكر منها ما جاء في البند الثاني من المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان³: «لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه». وما جاء في البند 03 من المادة 23 من

¹ م.ن.م، غ.أ.ش، ع.51، ل 23-01-2018، م.ش، ع.983-2-1-2016، نشرة قرارات محكمة النقض، ع.40، ص.37 و38، الملحق رقم.19.

² الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام 1977، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عام 1977، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري عام 1970، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة عام 1993 التي تعد بمثابة الشرعية الدولية لحقوق المرأة، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة 7 عام 1993، واتفاقية حقوق الطفل 8 عام 1993، والبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة عام 2002، والبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية 10 عام 2001. وكذلك الوثائق الصادرة عن المؤتمرات الدولية الخاصة بالمرأة، وهي: المؤتمر العالمي الأول للمرأة بالمكسيك عام 1975، والمؤتمر العالمي الثاني للمرأة بكونينهاغن عام 1980، والمؤتمر العالمي الثالث للمرأة بنيروبي عام 1985، والمؤتمر العالمي الرابع للمرأة ببيكين عام 1995. وتدعو كافة الاتفاقيات الدولية السابقة جميع الدول التي وقعت وصادقت عليها بشكل عام للعمل على تحقيق مجموعة من المطالب تتمثل في القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتعهد باتخاذ كل التدابير المناسبة لتجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها وتشريعاتها الوطنية، وتبني تدابير خاصة مؤقتة لتعجيل بالمساواة بين الرجل والمرأة. وأشارت وثائق المؤتمرات الدولية مثل مؤتمر القاهرة للسكان على أنه لكل بلد الحق السيادي في أن ينفذ التوصيات الواردة في برنامج العمل مع ما يتمشى مع القوانين الوطنية وأولويات التنمية ومع الاحترام الكامل لمختلف القيم الدينية والأخلاقية. وهذه الالتزامات تجعل الدولة تقوم بعملية المقاربة بين واقع دولي، ووضع خاص حسب الإمكان.. المكسي إقلانية، المرجع السابق، ص.218.

³ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 217، المؤرخ في 10-12-1948، المتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية¹ على أنه: «3 - لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه»، فلم تتم مراعاة المصلحة الشرعية في هذا الجانب بقدر مراعاتها للحرية الفردية. وقد حددت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة واجبات الدول الأطراف فيما يخص القضاء على التمييز ضد المرأة في كافة المسائل المتصلة بالزواج، وذلك بالمطالبة بأن تكفل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة الحق نفسه في اختيارها للزوج، وذلك برضاها وموافقتها الحرة²، حيث تنص المادة 1/16/ب منها على أنه: «تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة... لتضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة... نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل...»³. ويستشف من هذه المادة أنها إضافة لاشتراطها التساوي بين الخطيبين في

¹ الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار رقم: 220 ألف (د-21) المؤرخ في 16-12-1966، المتضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الموقع الإلكتروني: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية - جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان (umn.edu)، تاريخ الاطلاع: 07-02-2022، على الساعة: 10:32.

² صادقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بموجب المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ في 02 رمضان 1416، الموافق لـ 22-01-1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر، ع.6، لـ 04 رمضان 1416، الموافق لـ 24-01-1996. وقد أكد التقرير الدوري المقدم من طرف الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على ضرورة توافر الرضا في عقد الزواج، والذي جاء فيه: «أصبح الزواج يعتبر في قانوننا الأسرة عقداً توافقياً يتطلب موافقة زوجي المستقبل وقد ترتب على ذلك الإلغاء التام لممارسة الزواج بالإناثة. وبالفعل، فإن المادة 09 تنص عقد الزواج يبرم بموافقة الزوجين معا وتعتبر الموافقة بحكم القانون عنصراً مؤسساً للزواج، وفي حالة عدم الحصول على موافقة أحد الطرفين أو الطرفين معا يكون الزواج عرضة للإلغاء وبإمكان أي شخص معني، بمن في ذلك الطرفين، أن يطلب إبطاله عن طريق العدالة». التقرير الجامع للتقريرين الدورين الثالث والرابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بتاريخ 18 ماي 2009، ص.18.

كما صادقت عليها المغرب بموجب ظهير شريف رقم 1.93.361 الصادر في 29 رمضان 1421هـ، الموافق لـ 26-12-2000م، بنشر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18-12-1979 ولاسيما التصريجات (أ) والتحفظات (ب) المنصوص عليها في وثائق انضمام المملكة المغربية المودعة بنيويورك في 21-06-1993، ج.ر، ع.4866، لـ 23 شوال 1421هـ، الموافق لـ 18-01-2001، ص.226.

وصادقت تونس أيضاً بموجب القانون 68-85، المؤرخ في 12 جويلية 1991، ر.ر.ج.ت، ع.85، المؤرخ في 13 ديسمبر 1991.

³ وهو ما نصت عليه كذلك اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج بقولها في مادتها الأولى أنه: «لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضا الطرفين رضاً كاملاً لا إكراه فيه، وبإعراهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة

الاختيار، فقد أكدت على أن يكون الرضا كاملا، بمعنى أن تكون الزوجة راضية بكل تفاصيل هذا العقد بدءا من اختيار الزوج إلى غاية يوم الزواج؛ وحرًا، بمعنى ألا تخضع المرأة لأية ضغوط أو تأثيرات مهما كان نوعها أو مصدرها، وذلك عند افصاحها بنية قبول الزواج أو رفضه¹.

ومن هذا المنطلق، تتجلى أهمية الرضا في وقاية الأسرة من أي نزاع أو خلاف؛ وقد اعتمدت التشريعات المغربية في تحديدها لركن الرضا في عقد الزواج على الجانب النفسي له، على أساس أنه ينظر للرضا كمفهوم مخالف للإكراه، وكأنه يقول بأنه ينبغي أن يتم إبرام عقد الزواج من غير إكراه ولا إجبار، وهو الأمر الذي سيترتب عليه بالضرورة التوافق والتفاهم بين الزوجين أثناء الحياة الزوجية. وكذلك لتفادي النزاعات التي تترتب في حالة انعدام الرضا لأحد الطرفين بالطرف الآخر. والأكثر من ذلك، فإن توفر الرضا بمثابة الركن الأساسي لعقد الزواج، باعتباره أهم العناصر التي تساهم في تصحيح وإصلاح ما قد ينجم من سوء تفاهم، على أساس أن ما جمعتهما برضائهما أقوى مما قد يفرقهما².

غير أن الإكراه والإجبار وغيرهما من عيوب الإرادة يعتبر مما تقتضيه صحة الرضا في العقود بصفة عامة لذلك كان من الأجدر على المشرع أن يحاول إثراء النصوص القانونية المتعلقة بالصيغة في عقد الزواج، دون الاكتفاء بمادة واحدة أو مادتين على منوال المشرعين الجزائري والمغربي، أو عدم الإشارة مطلقا على شاكلة المشرع التونسي.

والحديث عن الإكراه الخاص بالأب الذي يختلف عما هو منصوص عليه في القواعد العامة المتعلقة بعيوب الإرادة في العقود، وذلك لما يملك من النفوذ الأبدي على ابنته راشدة كانت أو قاصرة، هي مسألة عالجها الفقهاء بما صح عن النبي ﷺ الذي نهى عن إكراه مواليتهم في الزواج، والرضا بالزواج أمر ضروري لا يرتبط بتاتا بالشخص الذي يتولى التعبير عن صيغته. والأكثر من ذلك، فهي مسألة مرتبطة

المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود وفقا لأحكام القانون». وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 1763 ألف د - 17 المؤرخ في 7 نوفمبر 1962، تاريخ بدء النفاذ 9 ديسمبر 1964.

¹ أعمر يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة، تيزي وزو، الجزائر، ط.1، 2010، ص.21.

² علي بن عوالي، ضمانات حماية الاسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2017-2018، ص.214.

بموضوع الولاية في عقد الزواج أكثر من ارتباطها بركن الرضا في عقد الزواج وضرورته الحتمية، بوجوده صحيحا وخاليا من كل العيوب.

وعليه، فإن عقد الزواج بهذا المعنى لا ينعقد بمجرد الطلب أو إعلان الرغبة فيه من جانب واحد دون اعتبار لإرادة المرأة التي لا تمييز بينها وبين إرادة الرجل¹.

الفرع الثاني: الصيغة في عقد الزواج

حتى نستخلص مفهوم الرضا في عقد الزواج، ينبغي الإشارة إلى أن الرضا كعنصر نفسي وذهني لا يمكن استبيان وجوده من عدمه إلا من خلال صاحبه، ولا يصير أمرا محسوسا إلا من خلال مجموعة من المراحل، فينشأ الباعث ابتداء في القلب ثم يتدبره العقل، فإذا ما استقر هذا الأخير عليه، فإن هذه المرحلة تسمى بالعزم. وعليه فإن هذه المراحل سالفة الذكر، هي ما يصطلح عليها بالإرادة الباطنة، وحتى تصير ظاهرة كان لا بد من التعبير عليها².

ومما سبق، فإن المقصود بالرضا في عقد الزواج على وجه الخصوص هو توافق رضا الطرفين الراغبين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأن ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا³، فالإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين اللذين يودان الارتباط بينهما شرعا، فيفيدان تحقق المراد من صدورهما⁴، وهي ما عبر عنها فقهاء الشريعة الإسلامية بالصيغة.

ويمكن القول إن صيغة عقد الزواج هي المرحلة التي يُفرغ فيها الرضا إلى المجال المحسوس بعد أن كان أمرا ذهنيا كامنا في نفس المتعاقدين. ولما كان عقد الزواج من العقود ثنائية الأطراف -رجل وامرأة- . فبالتالي، ينبغي توافر إرادتين من قبل الزوجين تهدف إلى الارتباط بعقد زواج شرعي. وهو ما يعرف

¹ إسماعيل لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001، ص.22.

² محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.26-30.

³ سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، ج.2، ط.3، 1397هـ، 1977م، ص.34.

⁴ بدران أبو العينين، الفقه... المرجع السابق، ص.330.

بالتراضي¹، ويتم هذا الأخير من خلال أفعال إيجابية تدل على رضا الطرفين، والتي تتمثل في الإيجاب والقبول².

فالإيجاب هو ما صدر من أحد المتعاقدين ويدل على ما يريده من إنشاء العقد، فهو التعبير الابتدائي عن الإرادة في الارتباط والزواج بالطرف الآخر³. ويسمى الشخص اللي صدر منه الإيجاب موجبا⁴، سواء صدر منه شخصيا أو من خلال وكيله أو وليه⁵ إذن فهو كأصل عام الكلام الذي يصدر أولا من أحد العاقدين دالا على رضاه بالعقد⁶.

بينما القبول، فهو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر دليلا على موافقته على ما أوجبه الأول، ويسمى الشخص الذي صدر منه القبول قابلا⁷. وسمي كذلك، لأنه رضي بما في الأول من التزام وإلزام، وما يلتزم به القابل كان نتيجة لرضائه بما تضمنه قول الأول من إلزام⁸، ويصدر القبول غالبا من الزوجة أو وكيلها أو وليها. وقد يكون العكس⁹.

غير أنه ينبغي الإشارة إلى بعض الاختلافات التي وجدت على مستوى المذاهب الفقهية؛ حيث ذهب الجمهور من فقهاء المالكية¹⁰ والشافعية¹¹ والحنابلة¹² إلى أن الإيجاب يكون من جانب ولي المرأة لأنها من جانب الملك وإن جاء متأخرا عن القبول، والقبول يكون من المتملك وهو الزوج، لذلك

¹ محمد مصطفى شلي، المدخل في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، ط.1، 1985، ص.440.

² محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.106.

³ كمال ابن الهمام، المرجع السابق، ج.3، ص.182.

⁴ محمد مصطفى شلي، المدخل...، المرجع السابق، ص.97.

⁵ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.22.

⁶ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج.3، ص.87.

⁷ محمد مصطفى شلي، أحكام...، المرجع السابق، ص.97.

⁸ المرجع نفسه.

⁹ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.22.

¹⁰ أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.2، ص.350.

¹¹ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.227.

¹² منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، الرياض، د.ط، د.س.ن، ص.511-512.

تكلموا على تقديم القبول على الإيجاب، لأن هذا الأخير من جانب المرأة وهي تستحي غالباً من الابتداء به¹، فالعبرة عندهم حتى تتحقق الصيغة هي أن يصدر الإيجاب من جانب المرأة ووليها بصرف النظر عن وقت صدوره حتى ولو كان بعد القبول، على أساس أنهم قالوا بصحة العقد إذا تقدم القبول على الإيجاب². ويضيف المالكية أنه لا يشترط الترتيب في صيغة النكاح، أي أنه يجوز أن يكون كلام الرجل سابق لكلام المرأة، فلو بدأ الزوج فقال لولي المرأة: زوجني وليتك بكذا، فقال الولي: زوجتكها به، فإن النكاح ينعقد بذلك³.

أما بالنسبة لرأي الأحناف، فهو ما تقدمنا به سابقاً؛ فتحديد ما هو إيجاباً مما هو قبول، هو زمن صدوره بغض النظر عن الشخص الذي أصدره، فلو ابتداءً به الرجل سمي إيجاباً، ولو ابتدأت به المرأة سمي كذلك إيجاباً؛ والقبول هو ما يأتي رداً على الإيجاب⁴.

كما اختلف الفقهاء ما بين الجمهور⁵ من المالكية والشافعية والحنفية إلى اعتبار الإيجاب والقبول بمثابة ركن واحد والمتمثل في الصيغة؛ بينما الحنابلة يعتبرون الإيجاب والقبول ركنين منفصلين، يتمثل الأول في الإيجاب، والثاني في القبول، لأن ماهية النكاح مركبة منهما ومتوقفة عليهما، ولا ينعقد النكاح إلا بهما مرتين⁶.

وحتى يتحقق التطابق بين الإيجاب والقبول، ينبغي أن يصدر في مجلس واحد، أي أن يكون الطرفين حاضرين متقابلين؛ فيجب سماع كل من العاقدين كلام الآخر مع علم الطرف الذي وجه إليه

¹ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.221.

² غير أنه لا يصح تقديم القبول على الإيجاب عند الحنابلة. موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.9، ص.331.

³ محمد بن عبد الله الخرشني، المرجع السابق، ج.3، ص.174.

⁴ كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج.3، ص.182.

⁵ كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج.3، ص.182. محمد بن عبد الله الخرشني، المرجع السابق، ج.3، ص.174. محمد بن

أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.227.

⁶ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف...، المرجع السابق، ج.5، ص.37.

الإيجاب أن قصد الموجب بعبارة إنشاء الزواج؛ وعلم الموجب أن قصد القابل الرضا به والموافقة عليه، وإن لم يفهم كل واحد منهما معاني المفردات لعبارة الآخر لأن العبرة بالمقاصد¹.

فإذا انقض المجلس دون صدور القبول، وصدر بعد ذلك فلا ينعقد العقد، لأن افتراق المجلس يعتبر سببا في بطلان الإيجاب، ونفس الأمر لو قام الموجب بالرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول². ولا يتحقق التطابق إذا صدر من القابل ما يدل على الإعراض عن الإيجاب، كالتطرق إلى موضوع آخر، فلا ينعقد العقد حتى ولو صدر القبول بعد ذلك³.

وبالتالي، لما كان التعاقد في مجلس عقد حضوري هو الأصل في إبرام العقود، على أساس أنه يتسنى لأطرافه وحتى بالنسبة للشهود، تبين المعنى الصريح من الإيجاب والقبول. غير أنه من الممكن أن تقتضي الظروف غياب أحد العاقدين عن مجلس العقد، ونكون في هذه الحالة أمام تعاقد بين غائبين، والذي يتم في غالب الأحيان عن طريق المراسلة.

وهو الأمر الذي رفضه الجمهور من المالكية⁴ الشافعية⁵ والحنابلة⁶، وذلك من خلال التضييق من نطاق الكتابة في التعبير عن الصيغة، والتي لا تكون إلا للأخرس، ولما كان الشخص الغائب قادر على الكلام فيرجى عقد الزواج لغاية حضوره في مجلس العقد، وهذا راجع إلى أن نفي الكتابة جاء على العموم كان الشخص حاضرا أو غائبا.

في حين انفرد الحنفية بقولهم بجواز العقد بالمراسلة عن طريق الرسول، شريطة حضور شهود يعلمون مضمون الكتابة، ويسمعون قبول القابل بها، وإلا لم ينعقد العقد⁷. فإذا كتب الرجل إلى امرأة زوجيني نفسك. أو أرسل إليها رسولا بذلك فلما وصل إليها الكتاب أو الرسول أحضرت الشهود وقرأت عليهم

¹ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.25.

² محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.40.

³ المرجع نفسه.

⁴ محمد بن عبد الله الخرشبي، المرجع السابق، ج.3، ص.175 وما بعدها.

⁵ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.231 وما بعدها.

⁶ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف...، المرجع السابق، ج.5، ص.37.

⁷ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3: كتاب النكاح، ص.21.

الكتاب أو عرفتهم مضمونه أو أبلغتهم رسالة الرسول وأشهدتهم أنها زوجت نفسها منه انعقد الزواج. فلا بد من القبول في مجلس قراءة الكتاب أو ابلاغ الرسول بحضرة الشهود ليتحد مجلس الإيجاب والقبول، ولا بد أن يسمع الشهود ما في الكتاب أو رسالة الرسول ثم يسمعون القبول ليكونوا سمعوا شطري العقد وشهدوا الإيجاب والقبول¹.

وفي الوقت الراهن، حلت الوسائل التكنولوجية الحديثة محل المراسلة التي كانت تستعمل في الماضي، وبالتالي يستطيع الشخص أن يتواصل مع شخص آخر على بعد آلاف الكيلومترات سواء بالمحادثة، أو عن طريق التواصل المرئي.

وقد رأى بعض الفقه المعاصر بجواز الزواج بالهاتف، وتعتبر المحادثة مجلس العقد، ما دام الكلام من المتعاقدين في شأن الزواج، فإذا انتقل من حديث الزواج إلى حديث في موضوع آخر انتهى مجلس العقد ويبطل الإيجاب².

غير أن عقد الزواج يتميز بشرط خاص وأساسي، ألا وهو اشتراط الشهود، فلا يتسنى لهم في حالة التعاقد عبر الهاتف معرفة مضمون المحادثة، لأنهما وإن سمعا كلام أحد المتعاقدين، فلا يمكنهما سماع المتعاقد الآخر³. فحضور الشهود وسماعهم ممكن في حالة اجتماع العاقدين في مكان واحد وفي حالة إرسال الرسول أو الكتاب، لأن السماع ممكن فيها، أما التكلم في الهاتف فإن 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 كلام الآخر، لأن الشهادة لم توجد على العقد. أما عند من لم يشترط الشهادة فيمكن أن يقال إنه ينعقد، متى تأكد كل من الطرفين من شخصية الآخر، ووضوح عبارته، والتأكد من ذلك عسير لاشتباه الأصوات وإمكان تقليدها⁴.

¹ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص. 25.

² بدران أبو العينين، أحكام...، المرجع السابق، ص. 41.

³ محمد عقلة إبراهيم، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، دار الضياء، الأردن، ط. 1، 1406هـ، 1986م، ص. 105-106.

⁴ مصطفى شليبي: أحكام...، المرجع السابق، ص. 107-108.

وقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي أنه: «1. إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب)، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلي الموجه إليه وقبوله؛ 4. إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال»¹.

ونظرا لخطورة عقد الزواج وما يترتب عليه من آثار آنية تتحقق بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول؛ فقد حرص فقهاء الشريعة الإسلامية على التطرق لكل التفاصيل المرتبطة بصيغة عقد الزواج، سواء من خلال العبارات اللازمة للتعبير عن الإيجاب والقبول، أو اللغة المستعملة في انشاء هذه العبارات؛ كما تطرقوا إلى تحديد الأشخاص المكلفين بإصدار صيغة عقد الزواج.

أولاً- شروط صيغة الزواج من حيث عباراته:

عبارات الزواج أو ألفاظه هي التي لا ينعقد إلا بها، حقيقية كانت أو مجازية، صريحة أو ضمنية؛ والأهم في ذلك كله أن تدل على أن المراد بها هو إبرام عقد الزواج سواء تعلق الأمر بالإيجاب أو القبول².

وبما أن الفقهاء قد اشترطوا الشهادة في عقد الزواج، فلا بد أن يكون اللفظ الذي ينعقد به صريحا ومفهوما للشهود، أما إذا خفي معناها عنهم فلا تصح شهادتهم، ويفتقد الزواج في هذه الحالة أهم شروط صحته؛ ولما كانت الشهادة في عقد الزواج بهذه الضرورة فيجب أن يستساغ من لفظي التزويج والإنكاح الفهم الصريح والمباشر لمدلولهما لدى الشهود، ألا وهو الرغبة في إبرام عقد الزواج³، فهذين اللفظين هما الأصل في التعبير عن صيغة عقد الزواج، دون الحاجة إلى أن يصاغ إلى جانبهما قرائن

¹ مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم: 52(3/6)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المرجع السابق، ص. 169. الملحق رقم. 20.

² محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص. 41.

³ عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: طه عبد الرؤوف، دار الكتب العلمية، ج. 2، ط. 1، 1414هـ، 1991م، ص. 91.

ودلائل، وهذا راجع لصيغتهما الصريحة في الدلالة على أن المراد بهما هو الزواج، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، لا يجوز استعمال ألفاظ الإباحة والإحلال والإيداع والإعارة والرهن، والوصية والإجارة¹، وغيرها من الألفاظ التي تحمل نفس دلالتها؛ إذ أن هذه الأخيرة تشترك في أنها تقوم على التأقيت لا التأييد. وبالتالي، فهي لا تحقق مفهوم الزواج ولو مجازاً².

لذلك، فإنه من الأصح استعمال لفظي الزواج والنكاح، مع الإشارة إلى أنه يشترط تضمين هذه الألفاظ في المبتدئ بالإيجاب، وحتى بالنسبة للطرف القابل؛ فلو قال أحد الطرفين: زوجتك ابنتي فقال الآخر: قبلت، لا ينعقد العقد عند جمهور الفقهاء ولا بد من قوله هذا النكاح أو هذا الترويج أو ما شابههما من الألفاظ الصريحة في الزواج³.

ومرد هذا الإجماع قوله تعالى في كتابه الكريم: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾⁴، وقوله أيضاً: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكُمَا﴾⁵، ومن السنة النبوية قوله ﷺ: {...مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ...}⁶.

¹ فالوصية وإن دلت على التمليك إلا أنه تمليك مضاف لما بعد الموت، والزواج يفيد التمليك في الحال، فلم توجد علاقة مسوغة الاستعمال لفظ الوصية في الزواج. كما أن لفظ الإجارة، وإن خالف فيه الكرخي من الحنفية لكن رأيه مردود عليه ولا معنى له، لأنها وإن أفادت ملك المنفعة في الحال إلا أنها شرعت مؤقتة بوقت معين والزواج شرع على الدوام والتأييد، وكل تأقيت فيه يلحق به الفساد على الأصح. محمد مصطفى شلبي، أحكام...، المرجع السابق، ص.98.

² عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.6، ط.1، 1413هـ، 1993م، ص.94.

³ غير أن بعض الفقه قال بانعقاده، على أساس أن القبول يعود على لفظ الزواج الذي ابتداء به الموجب. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.226؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.220؛ محمد بن عبد الله الخرشبي، المرجع السابق، ج.2، ص.174.

⁴ سورة النساء، الآية.22.

⁵ سورة الأحزاب، الآية.37.

⁶ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.67: كتاب النكاح، ح.ر:5066، باب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ص.3. أبو الحسن مسلم بن الحجاج، ج.16: كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، ووجد مؤنه، واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، ح.ر:1400، ص.1019.

وعلى خلاف العصر الحالي، كانت الزيجات في زمن الصحابة والتابعين، تتم بسهولة مقارنة بالوقت الحالي، خاصة أنه لا يشترط أن يتولى رجل الدين إبرام الزواج، إذ يكفي شهود عدل وولي حتى يبرم عقد الزواج، بالإضافة إلى الشروط الأخرى. وعلى هذا الأساس، وأمام اتساع رقعة الدولة الإسلامية في ذلك الوقت كان تتم صيغة الزواج زيادة على ألفاظها الأصلية، بألفاظ أخرى ليست مصاغة من لفظي الزواج والنكاح، وهو الأمر الذي أوجد اختلافا بين الفقهاء على النحو التالي:

حيث ذهب كل من ذهب الشافعية¹ والحنابلة² إلى القول بأن عبارات الإيجاب والقبول تعتبر باطلة بغير لفظي التزويج والإنكاح، وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء والزهري، وربيعة³. واستدلوا: بقوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤَمَّنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁴، فمدلول هذه الآية حسبهم أن لفظ الهبة الوارد فيها يختص به النبي ﷺ وحده، وهو ما يستخلص من قوله تعالى: ﴿... خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁵. ناهيك على أن حديث النبي ﷺ المروي من جابر رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال في خطبته بعرفة: {فَاتَّقُوا اللَّهَ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ}⁶، ولعل أغلب ما ذكر في القرآن الكريم بما يعبر به عن الزواج هو لفظي الزواج والنكاح، والذي جاء في أكثر من عشرين موضعا في القرآن، فيقول تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾⁷، وقوله: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ﴾⁸.

¹ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.226.

² موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.9، ص.460.

³ أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.2، ص.351.

⁴ سورة الأحزاب، الآية.50.

⁵ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.229.

⁶ النسائي، المرجع السابق، ج.51: كتاب عشرة النساء: باب إيجاب نفقة المرأة وكسوتها، ح.ر: 9135، ص.269؛ أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة بيروت، ج.8، ح.ر: 8905، ط.1، 1420هـ، 2000م، ص.118.

⁷ سورة النساء، الآية.03.

⁸ سورة النور، الآية.32.

فَعَقِدَ الزَّوْجَ لَهُ مِنَ الْخَطْوَةِ الْعَظِيمَةِ، إِذْ بِهِ تَحِلُّ الْمَرْأَةُ بَعْدَ أَنْ كَانَتْ مُحْرَمَةً، وَتَثَبَّتْ بِهِ الْأَنْسَابُ، فِيهِ نَاحِيَةٌ تَعْبُدِيَّةٌ تَجْعَلُنَا نَتَّقِيهِ بِمَا وَرَدَ عَنِ الشَّارِعِ فِيهِ مِنْ أَلْفَاظٍ، عَلَى أَسَاسٍ أَنْ غَيْرَ لَفْظِي الْإِنْكَاحِ وَالتَّرْوِيحِ لَيْسَ صَرِيحًا فِي إِرَادَةِ النِّكَاحِ بَلْ كِنَايَةٌ، وَالْكِنَايَةُ لَا تَعْلَمُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ وَلَا يُمْكِنُ لِلشَّهَادَةِ الْإِطْلَاعَ عَلَيْهَا، وَالشَّهَادَةُ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ، فَلَمْ يَنْعَقِدْ بِغَيْرِ لَفْظِي الْإِنْكَاحِ وَالتَّرْوِيحِ¹.

وَإِذَا كَانَ رَأْيُ الشَّافِعِيِّ وَالْحَنَابِلَةِ يَمِيلُ إِلَى التَّضْيِيقِ فِي الْأَلْفَاظِ الْمُسْتَعْمَلَةِ فِي صِيغَةِ عَقْدِ الزَّوْجِ؛ فَإِنَّ لِلْأَحْنَافِ رَأْيَ مَعَاكِسٍ تَمَامًا، إِذْ قَالُوا بِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ صِيغَةُ الزَّوْجِ بِالْهَبَةِ وَالتَّمْلِيكِ وَالتَّبَاعِ وَالصَّدَقَةِ شَرِيطَةً أَنْ يَكُونَ مَدْلُولُهَا هُوَ التَّأْيِيدُ، أَيْ بَقَاءُ الزَّوْجِيَّةِ مَدَى الْحَيَاةِ²، وَاسْتَدَلُّوا بِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا امْرَأَةً فَقَالَ: {قَدْ مَلَكَتْكُمْ بِمَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ}³، وَبِأَنَّهُ لَفْظٌ يَنْعَقِدُ بِهِ تَزْوِيحُ النَّبِيِّ ﷺ فَانْعَقَدَ بِهِ نِكَاحُ أُمَّتِهِ كَلْفِظِ الْإِنْكَاحِ وَالتَّرْوِيحِ. وَالْأَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، فَقَدْ ذَهَبُوا إِلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ مَا اسْتَدَلَّ بِهِ الشَّافِعِيُّ وَالْحَنَابِلَةُ، حَيْثُ قَالُوا بِأَنَّ اللَّهَ سَبَّحَانَهُ وَتَعَالَى قَدْ اخْتَصَّ النَّبِيَّ ﷺ فِي الزَّوْجِ لَا فِي الْهَبَةِ، بِأَنَّ خَفَّفَ عَنْهُ الْمَشَقَّةَ، وَتَظْهَرُ الْخُصُوصِيَّةُ فِي اسْقَاطِ الْمَهْرِ عَنْهُ، إِذْ لَا يَجُوزُ لِغَيْرِ النَّبِيِّ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَتَزَوَّجَ مِنْ غَيْرِ مَهْرٍ⁴.

غَيْرَ أَنَّنَا نَلْحِظُ اخْتِلَافًا بَيْنَ فَقَهَاءِ الْحَنْفِيَّةِ حَوْلَ انْعِقَادِ الزَّوْجِ بِلَفْظِ الْبَيْعِ وَالسَّلْمِ وَالصَّرْفِ، وَقَدْ أَجَازَهَا أَغْلِبُهُمْ؛ كَمَا اخْتَلَفُوا حَوْلَ لَفْظِ الْإِجَارَةِ، وَالغَالِبُ عِنْدَهُمْ أَنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ، لِدَلَالَتِهَا عَلَى التَّمْلِيكِ الْمُؤَقَّتِ، وَقَسَّ عَلَى ذَلِكَ الْإِحْلَالَ وَالْإِعَارَةَ وَالْوَصِيَّةَ وَالتَّعَاظِي⁵.

وَأَمَّا هَذَيْنِ الرَّأْيَيْنِ، فَقَدْ انْفَرَدَ الْمَالِكِيَّةُ بِقَوْلِهِمْ بِجَوَازِ الصِّيغَةِ بِلَفْظِ الْهَبَةِ، إِضَافَةً إِلَى لَفْظِي الْإِنْكَاحِ وَالتَّرْوِيحِ، اسْتِنَادًا لِقَوْلِهِ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَمْرًا مُؤَمَّنَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾،

¹ أحمد بن زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، دمشق، ج. 2، ط. 1، 1414هـ، 1994م، ص. 41.

² كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج. 3، ص. 229؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج. 2، كتاب النكاح، ص. 272.

³ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج. 16: كتاب النكاح، باب الصداق، ح. ر: 1425، ص. 1040. محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج. 77: كتاب اللباس، باب خاتم الحديد، ح. ر: 5871، ص. 156. النسائي، المرجع السابق، ج. 47: كتاب فضائل القرآن: باب القراءة عن ظهر قلب، ح. ر: 8007، ص. 274؛

⁴ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج. 3، ص. 91.

⁵ المرجع نفسه، ص. 92.

وذلك شريطة اقتران لفظ الهبة¹ بالمهر، الذي يعتبر في هذه الحالة قرينة على أن المراد بالهبة هو الزواج، وإن ذلك مجاز مشهور واضح لا تخفى فيه القرينة².

كما ذهب الفقه المعاصر إلى القول بصحة الإيجاب والقبول بأي لفظ جرى عرف الناس على اعتباره يدل على الزواج، وعليه تنعقد صيغة النكاح صحيحة³.

ثانياً- شروط صيغة الزواج من حيث ألفاظه:

ومما تقدم، يطرح اشكال آخر يتعلق بالألفاظ المعتبرة شرعا في صيغة عقد الزواج، ويتعلق بالأساس حول اللغة التي ينبغي أن يعبر بها طرفي الزواج، على الإيجاب والقبول.

فقال جمهور الفقهاء على أن اللغة العربية لا تعتبر شرطا لصحة الصيغة سواء كان المقبلين على الزواج قادرين على العربية أم لا، لأن العبرة بالقصد من الصيغة لا باللغة المعبر عنها، على أساس أن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، فالزواج وإن كان أمرا تعبديا. غير أنه، ليس كالصلاة التي لا تصح بغير العربية. وبالتالي، لا يشترط تعلم أركان الزواج باللغة العربية⁴.

¹ وقد اختلف المالكية في الألفاظ التي تدل على التأيد غير لفظ الهبة؛ فبعضهم يجعلها كالهبة، والبعض الآخر لا يعتد بها. وبالتالي لا تصح الصيغة بغير لفظي الإنكاح والتزويج. أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.2، ص.376.

² محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.42.

³ تقي الدين أبو العباس بن تيمية، الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج.5: كتاب النكاح، باب ما ينعقد به النكاح، ط.1، 1408هـ، 1987م، ص.450.

⁴ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3: كتاب النكاح، ص.09؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.221؛ أبو إسحاق برهان الدين بن مفلح، المبدع...، ج.6، ص.93؛ محمد أبو زهرة، محاضرات...، المرجع السابق، ص.79.

في حين قال الشافعية ومعهم الجعفرية¹ بوجوب صدور الصيغة باللغة العربية للمتكلم بها، دون غيرها من اللغات، وبرروا توجههم أن ألفاظ الزواج والنكاح جاءت على لغة القرآن، وهي أمر تعدي بمثابة الصلاة؛ ما لم يكن الشخص عاجزا عن العربية فيصح أن يعبر عن ألفاظ النكاح بغير العربية².
وعليه، فقد أجمع الأئمة³ على جواز التعبير بغير اللغة العربية للعاجز عنها، فيصح بلغته الأصلية⁴.
وبالتالي، وإن كانت كفة الجمهور من الفقهاء تشير إلى جواز النكاح بغير اللغة العربية خاصة في الوقت الحالي، التي اتسعت فيه رقعة الإسلام؛ وحتى لو أخذنا بما هو أبعد من ذلك بأن نجز ألفاظ النكاح بغير العربية حتى بالنسبة للقادرين عليها، على أساس أن المبدأ العام يتمثل في الأخذ بالمعنى والمقصد لا اللفظ. فإنه يكره إبرام العقود بغير العربية لغير حاجة، كما يكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة، كما روي عن مالك وأحمد والشافعي ما يدل على كراهية اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة⁵.

ويضيف الفقهاء بإجماعهم وفي جميع العقود شخصية كانت أو مالية، ينبغي أن تكون ألفاظه في الماضي. غير أنه يجوز في عقد الزواج أن يقتصر فقط لفظ الإيجاب على زمن الماضي، كأن يقول الأب

¹ لا تجزي الترجمة مع القدرة على النطق، غير أنها تجزي في حالة تعذر التكلم بما كما هو الحال بالنسبة للأعجم. فلو عجز أحد المتعاقدين تكلم كل واحد منهما بما يحسنه وفي وسيلة النجاة. والأحوط لزوماً كونه فيهما باللفظ العربي فلا يجزي غيره من سائر اللغات إلا مع العجز عنه ولو بتوكيل الغير وعند ذلك لا بأس بإيقاعه بغيره لكن بعبارة يكون مفادها باللفظ العربي بحيث يعد ترجمة له. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.229؛ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، المختصر النافع في فقه الإمامية، قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة، طهران، ط.3، 1410هـ، ص.169.

² وللشافعية رأي ثالث لا يصح بغير العربية حتى من العاجز عنها بل عليه أن يصبر عن المعقد حتى يتعلم العربية أو يوكل غيره ليعقد. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.229.

³ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3: كتاب النكاح، ص.09؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.221؛ أبو إسحاق برهان الدين بن مفلح، المبدع...، ج.6، ص.93.

⁴ للشافعية في هذه المسألة ثلاثة أوجه: الأول: ينعقد، والثاني: لا ينعقد، والثالث: إن لم يحسن العربية انعقد وإلا فلا. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، ج.7، ط.3، 1412هـ، 1991م، ص.36. أبو إسحاق إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي، المرجع السابق، ج.4، ص.438؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.229.

⁵ تقي الدين أبو العباس بن تيمية، الفتاوى...، المرجع السابق، ج.4: كتاب البيوع، باب صفة العقود، ص.9.

للخاطب: زوجتك ابنتي، فيقول الخاطب قبلت التزويج، وهذا هو الأصل في العقود، وإنما اختير لفظ الماضي لدلالته على التحقيق والثبوت، دون اللفظ الموضوع للمستقبل¹. ولا مانع بأن يُبنى زمن القبول للمستقبل أو الحال، كأن يقول الرجل للمرأة في مجلس العقد أتزوجك على مهر كذا، أو تزوجيني، فتقول قبلت، وذلك إذا كانت دلالة الحال على أن صيغة المضارع للإيجاب لا للوعد، أي أنهما يريدان التنجيز، وكذلك إذا كان أحد اللفظين بصيغة الماضي، والآخر بصيغة الأمر، كأن يقول لها زوجيني نفسك فتقول له قبلت فالعقد صحيح². ويرجع السبب في ذلك، أنه إذا كان لفظ الإيجاب مبني للمضارع أو المستقبل، فإنه يصير مجرد طلب للزواج كما عبرنا عليه في مرحلة الخطبة، لاحتماله المساومة. وعليه، فبدل أن نكون أمام عقد زواج، فإن الأمر لا يعدو كونه خطبة³، على أساس أن اللفظ المضارع يهدف للإخبار عن حصول الفعل في الحال أو في المستقبل، والأمر موضوع الطلب تحصيل الفعل في المستقبل، فاحتمال المساومة والعدة موجود فيهما⁴.

ولما كانت عقود الزواج في الإسلام تستند إلى أسس شرعية مستنبطة من القرآن والسنة، فإنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً باللغة العربية. وحتى يحدث الإيجاب والقبول أثره في الحال وجب أن تبني ألفاظه على الفعل الماضي؛ وإن ثبت عن النبي ﷺ وصحابته الكرام إنشاءهم للعقود بالألفاظ الماضية، فإن هذا الشرط معللاً وليس مطلوب فقط على سبيل الاستئناس بفعل النبي ﷺ، إذ يستحيل أن ترتب الألفاظ المبنية على الحاضر والمستقبل ما يدل على إنشاء العقد حالاً، ما لم ترتبط بقرائن قاطعة على أنها تهدف إلى إنشائه⁵، ويعتبر إحصار الشهود وإعداد الحفل ودعوة الناس غالباً، قرينة تؤكد على إرادة

¹ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3: كتاب النكاح، ص.09؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.221.

² أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.2، ص.350؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2: كتاب النكاح، ص.231.

³ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص.32.

⁴ محمد مصطفى شلي، أحكام...، المرجع السابق، ص.103.

⁵ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.45.

إنشاء العقد، بقوله زوجي نفسك أو أتزوجك، فهذه القرينة مانعة من احتيال معنى آخر غير إنشاء العقد¹.

ثالثاً- عقد الصيغة بالكتابة وبالإشارة:

من الشروط المتعلقة بصيغة عقد الزواج المتمثلة في الإيجاب والقبول، بأن يكون المقبلين على الزواج قادرين على الكلام، باعتباره الأصل في انتقال رضا الشخص من الحالة النفسية الكامنة في القلب إلى أمر محسوس يحدث أثره الشرعي. وبالتالي، فإذا كان الشخص غير قادر على الكلام، فإن الأحكام سالفة الذكر تتغير وفق الطريقة التي يعبر بها عن رضائه دون الكلام، والذي يكون إما بالكتابة أو بالإشارة. والمبدأ العام يقضي بأنه لا يصح الزواج الذي تنعقد صيغته بالكتابة، مع قدرة الطرفين على الكلام؛ كما لا ينعقد بالإشارة لضعف بياها ودلالاتها مقارنة بالكتابة².

غير أن العاجز عن الكلام، فإنه يصح عقده بالإشارة في حالة عدم قدرته على الكتابة، حيث تعتبر السبيل الوحيد الذي يخوله إبرام عقد الزواج؛ على أساس أنه لا مجال للقول بأنه يخضع للحجر بسبب حالته، ويتولى وليه صيغته بسببها، لأنه في حكم الأصم، التي لا تستوجب حالته إخضاعه للحجر؛ وهذا ما لم تجتمع فيه الحالتين-الحرس والصمم- فإنه لا يستطيع مباشرة زواجه بنفسه³.

أما إذا توافرت القدرة على الكتابة والإشارة، فيرى الجمهور من الفقهاء أنه إذا كان أحد الطرفين عاجزاً عن التعبير وكان يحسن الكتابة، فإنه يعبر عن إرادته بواسطة الكتابة؛ لأنها طريقة تعبير أكثر بيانا من الإشارة؛ وأبعد عن الاحتمال والوقوع في الشك⁴.

ويميز الحنفية في روايتين، عن حالة الأخرس القادر على الكتابة؛ فالأولى تقتضي عدم صحة تعبيره بالإشارة لأن الكتابة أبين، فمن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى⁵. أما الثانية، فقررروا فيها أنه ما

¹ محمد مصطفى شليبي، الأحوال...، المرجع السابق، ص.103.

² المرجع نفسه، ص.104.

³ محمد مصطفى شليبي، أحكام...، المرجع السابق، ص.105.

⁴ كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج.3، ص.191؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.227-228.

⁵ أبو إسحاق برهان الدين بن مفلح، المبدع...، المرجع السابق، ج.6، ص.95.

دامت الأصل في صيغة العقد هو الخطاب، ولما كان الشخص عاجزا عنه، فكان دونما ذلك في نفس المرتبة والشخص مخير بالتعبير بالكتابة أو الإشارة¹.

كما يمكن أن يكون للسكوت دلالة في التعبير عن الصيغة في جانبها الثاني، والمتمثل في القبول. وهو ما يعرف بالسكوت الملابس الذي تصاحبه مجموعة من القرائن الدالة على إنشاء العقد، ومع ذلك فإن مجال الاعتداد بالسكوت في صيغة الزواج ضيقة جدا، والتي تنحصر في تزويج البكر²، مصداقا لقوله ﷺ: { لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: أَنْ تَسْكُتَ }³.

رابعا- الصيغة المؤبدة والمنجزة:

ينبغي أن تُبنى صيغة عقد الزواج على التأييد، لأنه قائم على حل العشرة ودوامها، وإقامة الأسرة، وتربية الأولاد و القيام على شئونهم. و ذلك لا يكون على الوجه الكامل إلا إذا كانت عقدة الزوج منجزة وباقية إلى أن يفرق الموت، وعلى هذا الأساس يجب تضمين صيغة الزواج على ما يدل أنه مؤبد. وعليه، لا يجوز أن يقترن بأجل محدد، ولو كان هذا الأجل يفوق العمر الافتراضي للطرفين⁴.

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.43.

² مالك بن أنس، موطأ مالك، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.2، ط.1، 1406هـ، 1985م، ص.523. بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، المرجع السابق، ج.2، ص.208؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.5، ص.493.

³ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.16: كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ح.ر: 1419، ص.1036. محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.90: كتاب الحيل، باب في النكاح، ح.ر: 6968، ص.25.

⁴ أحمد بن زكريا الأنصاري، المرجع السابق، ج.2، ص.41.

كما لا يجوز أن يقترن بشرط يجعل من تحقق الزواج معلقا على تحقق ذلك الشرط، فلو قال رجل لامرأة أو وليها تزوجتك بداية العام القادم، فقالت قبلت، فإنه لا ينعقد لا في الحال ولا بحلول الزمن المضاف إليه¹. غير أنه إذا كان ذلك الشرط محققا حتى قبل التلفظ به، صح العقد².

فكون صيغة العقد منجزة، أي غير مضافة إلى زمن مستقبل ولا معلقة على شرط غير موجود وقت العقد. والعقد المضاف إلى زمن مستقبل مثل أن يقول رجل لامرأة³ تزوجتك بداية العام القادم، فقالت قبلت، وحكمه أنه لا ينعقد لا في الحال ولا بحلول الزمن المضاف إليه. فالزواج لا يكون إلا على الوجه الكامل إذ أن عقده باقية إلى أن يفرق الموت⁴.

ويعتبر زواج المتعة والزواج المؤقت من الزيجات التي لا تكون صيغتها منجزة ومؤبدة، أي تعتبر المدة المحددة شرطا أساسيا في قيامها.

فزواج المتعة يعتبر من الزيجات المحرمة بإجماع المذاهب السنية، ويكون في حالة ما إذا قال رجل أمتنع بك لمدة كذا بكذا من المال⁵. فقد نهي عنه النبي ﷺ، ولأن المعقود عليها عقد متعة ليست زواجا، وحتى بالنسبة لمن يجيزها من الشيعة، فإنهم لا يرتبون لها حقوق الزوجة من نفقة وميراث⁶.

واستدلوا بقوله تعالى في وصف المؤمنين: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَعْتَابِهِمْ حَقِظُونَ (5) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (6)﴾⁷، فالمولى عز وجل جعل الأصل في الأبضاع التحريم، ما لم يوجد

¹ فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص.52.

² زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج.3، ص.84؛ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3: كتاب النكاح، ص.53؛ أبو إسحاق برهان الدين بن مفلح، المبدع...، ج.6، ص.147-148؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.9، ص.81.

³ فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص.52.

⁴ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.46.

⁵ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.46.

⁶ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج.3، ص.115؛ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3: كتاب النكاح، ص.51؛ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل...، المرجع السابق، ج.6، ص.60 وما بعدها؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.178؛ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.47.

⁷ سورة المؤمنون، الآية. 05-06.

نكاح أو ملك يمين¹، وقد احتج بها القاضي يحيى بن أكثم التميمي على المأمون الذي أراد أن يجعل المتعة حلالاً. حيث قال له القاضي: {يا أمير المؤمنين، زوجة المتعة ملك اليمين؟ قال: لا، قال: هي الزوجة التي عند الله ترث وتورث ولها شرائطها؟ قال: لا، قال: فقد صار من يتجاوز هذين من العادين}².

كما أخرج بن ماجه عن عمر بإسناد صحيح أنه قال في خطبة له: {إِنَّ الرَّسُولَ ﷺ أَذَّنَ لَنَا فِي الْمُتَعَةِ ثَلَاثًا ثُمَّ حَرَّمَهَا، وَاللَّهِ لَا أَعْلَمُ أَحَدًا تَمَتَّعَ وَهُوَ مُخَصَّنٌ إِلَّا رَجَمْتُهُ بِالْحِجَارَةِ}³، فقد أعطى للمتعة حكم الزنا⁴.

بينما ذهب الشيعة الإمامية إلى جواز نكاح المتعة⁵، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁶، وقالوا بأن الآية الكريمة ذكرت لفظ الاستمتاع وهو غير لفظ النكاح في المعنى. وقد أمرت بإيتاء الأجور، مع العلم أن الأجرة حقيقة في الإجارة، وهي عقد على المنافع، والمتعة عقد على منفعة البضع. ومنح الأجر بعد الاستمتاع، هو دليل قاطع على أنه لا يراد به النكاح، ولو كان المراد بالأجر المهر لوجب بنفس العقد لا بعد الاستمتاع، كما هو الحال في النكاح، فدل ذلك على أن المراد هنا عقد يخالف عقد النكاح⁷.

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.46.

² عطية صقر، المرجع السابق، ج.1، ص.421.

³ أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.9: كتاب النكاح، باب النهي عن نكاح المتعة، ح.ر:1963، ص.631.

⁴ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ط.1، 1984، ص.33.

⁵ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3: كتاب النكاح، ص.51؛ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، المرجع السابق، ص.205-207.

⁶ سورة النساء، الآية.24.

⁷ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص.34.

وبما روي عن بن مسعود¹ رضي الله عنه أنه قال: {كُنَّا نَعْرُوُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، لَيْسَ لَنَا نِسَاءٌ، فَقُلْنَا: أَلَا نَسْتَخْصِي؟ فَهَاتَا عَنْ ذَلِكَ، ثُمَّ رَخَّصَ لَنَا أَنْ تَنْكِحَ الْمَرْأَةَ بِالْثُوبِ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ قَرَأَ عَبْدُ اللَّهِ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْرِمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾².

وتتمثل أحكام نكاح المتعة بالنسبة للشيعة، بأنه لا يتم بغير ألفاظ النكاح والزواج والمتعة، ويشترط تحت طائلة البطلان ذكر المهر والأجل؛ كما يلحق ولد المتعة بالأب؛ ويجوز نفيه دون الحاجة إلى لعان؛ ولا يثبت ميراث بين الزوجين في زواج المتعة؛ وبالنسبة للولد، فإنه يرثهما ويرثانه؛ ولا يقع طلاق في المتعة، وتعد المرأة حيضتان، وغير الحائض بخمسة وأربعين يوماً؛ وعدة الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام³.

غير أن ميراث الشيعة الإمامية مردود عليها من عدة أوجه، فالمراد بالاستمتاع في النكاح، لأنه هو المذكور في أول الآية وآخرها في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾⁴، فدل على أن المراد بالاستمتاع هنا النكاح المعهود. وأما التعبير بالأجر، فإن المهر يسمى أجره، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ الَّتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾⁵. وأما الأمر بإعطاء الأجر بعد الاستمتاع، والمهر يؤخذ قبل الاستمتاع؛ فالجواب عنه، أنه كان تقديماً وتأخيراً، فأتوهن أجورهن إذا استمتعتم بهن، أي إذا أردتم الاستمتاع بهن، وذلك مثل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁶، أي إذا أردتم الطلاق فطلقوهن؛ وكقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾⁷، أي: إذا اردتم القيام إلى الصلاة فاغسلوا⁸.

¹ حديث سبق تخريجه، ص. 144.

² سورة المائدة، الآية. 87.

³ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، المرجع السابق، ص. 205-207؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 9، ص. 6552.

⁴ سورة النساء، الآية من 22-25.

⁵ سورة الأحزاب، الآية. 50.

⁶ سورة الطلاق، الآية. 01.

⁷ سورة المائدة، الآية. 06.

⁸ عطية صقر، المرجع السابق، ج. 1، ص. 421؛ مصطفى السباعي، شرح...، المرجع السابق، ص. 83-84؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 9، ص. 6554.

وأما ما استدلوا به من حديث بن مسعود فقد كان ذلك في ظروف خاصة، ثم جاء بعد ذلك التحريم، فالنبي ﷺ وإن سكت عنها في غزوة أو أكثر غزاها في وقت اشتدت فيه العزوبة. غير أنه ثبت ثبوتاً قاطعاً أنه ﷺ نهي عنها، وروي نسخها في ستة مواطن آخرها حجة الوداع وثبت ذلك بطريقة تصل حد التواتر¹ فقد روي عن سلمة بن الأكوع قال: {رَخَّصَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي مُتْعَةِ النِّسَاءِ عَامَ أُوطَاسٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ نَهَى عَنْهَا}². وما روي عن سبرة بن معبد الجهني أن النبي ﷺ نهي في حجة الوداع عن نكاح المتعة، فيقول ﷺ: {يَا أَيُّهَا النَّاسُ، إِنِّي قَدْ كُنْتُ أَذُنْتُ لَكُمْ فِي الْإِسْتِمْتَاعِ مِنَ النِّسَاءِ، وَإِنَّ اللَّهَ قَدْ حَرَّمَ ذَلِكَ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، فَمَنْ كَانَ عِنْدَهُ مِنْهُنَّ شَيْءٌ فَلْيُخَلِّ سَبِيلَهُ، وَلَا تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا}³.

ومما سبق يتبين لنا ترجيح ما أجمعت به المذاهب السنية. وعليه، فإن أي شرط من شأنه أن يخالف مقصود النكاح لا يجب الوفاء به. ونكاح المتعة لا يتضمن فقط شرط مخالف لمقصود النكاح، وإنما يتعارض كلية عقد النكاح⁴، فيقول النبي ﷺ: {كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ}⁵.

أما الزواج المؤقت فهو الذي ينشأ بلفظ من الألفاظ التي يعقد بها عقد الزواج ولكن يقترن بالصيغة ما يدل على تأقيت الزواج بوقت معين محدود طال الوقت أو قصر⁶.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى بطلانه⁷ لأنه كنكاح المتعة، أو على الأقل في معناه، ولا فرق بينهما إلا في الصيغة، فنكاح المتعة يكون بلفظ التمتع، والزواج المؤقت يكون بلفظ الترويج والإنكاح،

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.46.

² أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.16: كتاب النكاح، باب نكاح المتعة، ح.ر:1405، ص.1023؛ أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، ج.36: كتاب النكاح، جماع أبواب الأنكحة التي نهي عنها، ح.ر:14161، ص.332.

³ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.16: كتاب النكاح، باب نكاح المتعة، ح.ر:1406، ص.1025؛ أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، ج.36: كتاب النكاح، جماع أبواب الأنكحة التي نهي عنها، ح.ر:14154، ص.330.

⁴ عطية صقر، المرجع السابق، ج.1، ص.381.

⁵ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.54: كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله، دون رقم الحديث، ص.198؛ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.20: كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، ح.ر:1504، ص.1142؛ أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.20: كتاب الشركة، باب الشرط في الشركة وغيرها، دون رقم الحديث، ص.131.

⁶ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.48.

⁷ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المرجع السابق، ج.1، ص.190.

كعقد النكاح المعروف، إلا أنه لمدة معينة. واقتران الصيغة بما يدل على التوقيت وتقيدها بالوقت جعلها غير صالحة لإنشاء الزواج، والعبرة في إنشاء العقود المقاصد والمعاني، لا للألفاظ المغردة والمباني¹. وقد ذهب أبي حنيفة إلى أنه إذا ذكر في العقد مدة لا يعيش مثلهما إليها صح النكاح، لأنه في معنى المؤبد. ولكن الراجح المروي عن أبي حنيفة هو أن العقد باطل، طالبت المدة أو قصرت لأن الصيغة بتوقيتها صارت غير صالحة للإنشاء².

وذهب زفر³ إلى أن العقد صحيح، ويبطل التأقيت ويكون الزواج مؤبداً، لأن التأقيت شرط فاسد، وعقد النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة عنده فيلغى الشرط ويصح العقد⁴. ويفرق زفر المتعة والزواج المؤقت من حيث العقد، فزواج المتعة يكون العقد فيه بألفاظ التمتع، بينما المؤقت يكون بلفظ الزواج ونحوه، لهذا يصح عقد الزواج المؤقت ويبطل زواج المتعة⁵.

أما جمهور الفقهاء كما أشرنا، فلا يفرقون في الحكم بين النكاح المؤقت والمتعة، من حيث إن المؤبد واحد في كليهما⁶.

خامساً- التوكيل في الصيغة:

الوكالة بفتح الواو أو بكسرها بمعنى الحفظ مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾⁷ (173)، أي بمعنى الحافظ لمن وكله توكيلاً مطلقاً، وتأخذ معنى التفويض لقوله تعالى: ﴿وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ وَكَفَى بِاللَّهِ وَكِيلاً﴾⁸ (3)، والوكيل هو الذي يقوم بأمر الإنسان، لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6558.

² محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.48.

³ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجم، البحر...، المرجع السابق، ج.3، ص.116، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين،

المرجع السابق، ج.3: كتاب النكاح، ص.51. أبو إسحاق برهان الدين بن مفلح، المبدع...، ج.3، ص.48.

⁴ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3: كتاب النكاح، ص.51-52.

⁵ محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار يافا للنشر والتوزيع، عمان، ط.1، 2011، ص.146.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6558.

⁷ سورة آل عمران، الآية.173.

⁸ سورة الأحزاب، الآية.03.

فهو موكل إليه¹. ومن الناحية الاصطلاحية هي تفويض أحد في شغل معلوم من المعاملات حال حياته، مع بقاء حق التصرف في يده².

والوكالة في عقد الزواج تجد مشروعيتها فيما روي عن النبي ﷺ: {أَنَّهُ وَكَّلَ أَبِي رَافِعٍ فِي تَزْوِجِ مَيْمُونَةَ بِنْتُ الْحَارِثِ؛ وَوَكَّلَ عَمْرُو بْنُ أُمَيَّةَ الضَّمْرِي فِي تَزْوِجِ حَبِيبَةَ بِنْتُ أَبِي سُفْيَانَ} ³.

فالوكالة في عقد الزواج جائزة بإجماع الفقهاء؛ غير أنهم اختلفوا في مدى صحتها بين الحنفية الذين يجيزون التوكيل بعقد الزواج من الرجل والمرأة إذا كان كل منهما بالغاً عاقلاً حراً، عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة بأن كل ما جاز للإنسان أن يباشره من التصرفات بنفسه، جاز أن يوكل غيره فيه⁴. بينما الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة لا يجيزوا للمرأة توكيل وليها في الزواج على أساس أنها لا تملك إبرام العقد بنفسها فلا يمكنها توكيل غيرها، فالولي هو الذي يباشر زواجها دون الحاجة إلى توكيل منها وإن كان الأمر يستدعي رأيها⁵.

وتكون الوكالة مطلقة، وهي التي لم تعين فيها الزوجة لا باسمها ولا بوصفها ولا بقدر معين من الصداق، كأن يقول الزوج للشخص «وكلتك أن تزوجني»، وكذلك بالنسبة للمرأة لمن يجيزون توكيلها -المذهب الحنفي-، فلو وكلت شخص بوكالة مطلقة وزوجها الوكيل بغير كفاء صح العقد. كما يمكن أن تكون الوكالة مقيدة وهي التي يقيد فيها الوكيل موكله بمجموعة من الصفات التي ينبغي توافرها في المرأة كن يقول له وكلتك أن تزوجني بفلانة من أسرة كذا، فإذا خالف الوكيل هذه الشروط وزوجه غيرها لا ينفذ العقد، وإنما يبقى موقوفاً على اجازة الموكل. مع الإشارة إلى أن الفقهاء لم يشيروا إلى الشكل والطريقة التي تتم فيها الوكالة⁶.

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج.2، ص.977.

² محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1، 2007، ص.53.

³ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، ج.39: كتاب النكاح، باب اجتماع الولاية، ح.ر: 13795، ص.225.

⁴ كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج.2، ص.427؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6726.

⁵ أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ج.2، ص.372، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع

السابق، ج.3، ص.157، موفق الدين بن قدامة، المغني...، ج.6، ص.462.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6727.

سادسا- موقف التشريعات المغاربية:

تطرق المشرع الجزائري والمغربي لأحكام الرضا في عقد الزواج من خلال المادة 10 من قانون الأسرة؛ والمادة 10 و 11 من مدونة الأسرة.

غير أنه بالرجوع إلى المواد 4 و 9 من قانون الأسرة، والمادة 4 من مدونة الأسرة، والفصل 03 من مجلة الأحوال الشخصية، نجد أنها حددت فقط مركز الرضا في عقد الزواج، باعتباره الركن الوحيد لعقد الزواج. غير أن التعريف في الأساس يكون من اختصاص الفقه الذي تطرقنا إليه آنفا وهو توافق رضا الطرفين الراغبين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، فما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا¹.

ونجد أن موقف المشرع الجزائري والمغربي جاء متماثلين، حيث نصت المادة 10 من قانون الأسرة على أنه: «يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة» وفي حالة انعدامه يعد الزواج باطلا بطلانا مطلقا²، وفق ما نصت عليه المادة 01/33 على أنه: «يطل الزواج إذا اختل ركن الرضا»، والمادة 10 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر»، ويقع باطلا كل زواج اختل فيه الإيجاب والقبول، وهو ما نصت عليه المادة 1/57 من مدونة الأسرة؛ ويكون بذلك موقف المشرع الجزائري والمغربي، متماشيا مع ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية، وبالأخص المذهب الحنفي من حيث المبدأ، فالتعبير على الرضا باعتباره عنصرا نفسيا يكون من خلال الصيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول، مع الإشارة إلى أن المشرع المغربي قد أشار لبعض شروط لإيجاب والقبول من خلال المادة 11 من مدونة الأسرة، في حين جاء نص المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري أقل دقة من نظيره المغربي.

¹ سيد سابق، المرجع السابق، ج.2، ص.34.

² العربي بلحاج، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.238.

غير أن بعض قوانين البلاد العربية لم تغفل التطرق إلى شروط الإيجاب والقبول، فقانون الأحوال الشخصية السوري¹ على سبيل المثال، يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه وفي مجلس واحد وأن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر ومدركاً أن المقصود به الزواج، وألا يصدر من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب.

ومع ذلك، يمكن الاستفادة من مدلول النصوص القانونية سالفه الذكر، لمعرفة الألفاظ التي تتعقد بها الصيغة، بالإضافة إلى اللغة التي ينبغي أن تتم بها؛

فعلى منوال كل العقود المدنية الأخرى، لا يتحقق ركن الرضا إلا بتوافق الإيجاب مع القبول. وكما أشرنا يعتبر التراضي أمر نفسي ينبغي التعبير عنه عن طريق الصيغة حتى يصير أمراً محسوساً، وهو الأمر الذي قرره المادة 10 من قانون الأسرة في شطرها الأول التي اعتبرت أن تحقق الصيغة لا يتم إلا من خلال الكلام، حيث نصت على أنه: «... بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً...»، أما بالنسبة للعاجز عن الكلام فيجوز له التعبير بالكتابة أو بالإشارة على حد سواء، وهو ما قال به فقهاء الحنفية في روايتهم الثانية التي تجعل من الكتابة والإشارة في نفس مرتبة، فحتى ولو كان الشخص العاجز عن الكلام يعرف الكتابة، فإنه يستطيع التعبير بالإشارة،

وعلى منوال المشرع الجزائري، تنص المادة 1/10 من مدونة الأسرة في شطرها الأخير بأن يكون التعبير بالكلام لا بالكتابة أو الإشارة، حيث تنص على أنه: «... بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة وعرفاً». إذن لم تشترط مدونة الأسرة ألفاظ معينة للتعبير بها عن الإيجاب والقبول آخذين بما جاء به المذهب الحنفي، وتأسيساً على القاعدة الفقهية التي تقرر أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ

¹ تنص المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: «1 - يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه وفي مجلس واحد وأن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر وفاهماً أن المقصود به الزواج، وألا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب؛ 2- ويبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب وبكل ما يفيد الإعراض من أحد الطرفين». المرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل بالقانون رقم 04 لعام 2019، ج.ر، ع.04، 07-02-2019.

والمباني، فأى لفظ يكون مفهوم للمتعاقد الآخر ويدل على الرغبة القطعية في إبرام عقد الزواج يؤخذ به، شريطة ألا يحتمل معنى آخر غير المعنى المراد به¹.

غير أن الفقرة الثانية من المادة 10 استثنت بالنسبة للعاجز أن يكون تعبيره بالكتابة إن كان قادرا عليها، وإلا بالإشارة المفهومة للطرف الآخر الدالة على رضائه بالعقد²، وهو الذي جاء بخلاف المشرع الجزائري. حيث اعتد المشرع المغربي بالكتابة بالنسبة للعاجز القادر عليها، بمرتبة سابقة للإشارة، ولا يتم الاستناد لها إلا في حالة العجز عن الكتابة. وهو في اعتقادنا التوجه الأصح، الذي يتوافق مع ما جاء به الجمهور من الفقهاء ومن بينهم الحنفية في روايتهم الأولى.

أما بالنسبة للمشرع التونسي، فلم يتطرق إلى أحكام الرضا في عقد الزواج، واكتفى بتحديد مركزه من خلال الفصل 03 من مجلة الأحوال الشخصية، التي تعتبر عقد الزواج عقدا رضائيا بالأساس. لذلك ينبغي التصريح برضا الشخص بما يدل على عقد الزواج ويتوافق معه، ولا يجوز الحد منه، ويعتبر كل شرط من شأنه أن يمنع أو يقيد حقوق الشخص المقبل على الزواج، فإنه باطل بطلانا مطلقا³.

ويعتبر هذا التوجه تأكيدا من المشرع التونسي على أن الزواج بيد الشاب والفتاة باعتبار الزواج يههما بالدرجة الأولى دون غيرهما، والسبب في ذلك هو أن له رؤية حديثة للأسرة لا يمكن أن تتحقق إلا بقيام رابطة زوجية متينة يكون الرضا بالزواج أحد أركانها⁴.

وبخصوص التعبير عن الرضا بالنسبة للأشخاص العاجزين عن الكلام فقد نص الفصل 23 من القانون 64 ل 23-05-1994 المتعلق بمهنة عدول الإشهاد على أنه: «علاوة على الشروط المفروضة بالفصل السابق، تحرر عقود التفويت في المكاتب المبرمة من طرف الأشخاص المصابين بعاهات كبيرة كالصم والبكم والعمى وما شبهها من العاهات بمحضر شخص يعينه رئيس المحكمة الابتدائية»، فقد

¹ محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص.36.

² المرجع نفسه، ص.35.

³ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص.42.

⁴ رشيدة الجلاصي، مجلة الأحوال الشخصية: مراكمة وتأسيس، الموقع الإلكتروني: مجلة الأحوال الشخصية: مراكمة وتأسيس (linkedin.com)، تاريخ النشر: 02-05-2020، تاريخ الاطلاع: 06-02-2022، على الساعة: 19:59.

اقتصر المشرع التونسي على مساعدة هؤلاء الأشخاص بواسطة شخص يعينه رئيس المحكمة، على العقود المتعلقة بالتفويت في المكاسب، والعقود التي يبرمها عدول الإشهاد. وبالتالي، لا تشمل عقود الزواج، أو بالأحرى العقود التي يبرمها ضابط الحالة المدنية. غير أنه يمكن القول إن عقود الزواج بدورها تستوجب مساعدة الأشخاص المصابين بعاهات كبيرة، من خلال تعيين مترجم عنهم من قبل رئيس المحكمة الابتدائية، خاصة أن عقد الزواج لا يتضمن فقط التعبير عن صيغته وإنما يمكن أن يدرج الزوجين الشروط التي يريانها ضرورية.

ويلاحظ مما تقدم، أن المشرع الجزائري والمغربي اعتبرا أن الصيغة تتم بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا أو لغة أو عرفا، وهو ما قال به فقهاء المذهب الحنفي؛ غير أنه ينبغي الإشارة على إجماع الأئمة على الألفاظ التي لا يتم بها الزواج، لذلك ينبغي على المشرعين إلزام الشخص المكلف بإبرام عقد الزواج بالألفاظ التي لا يتم بها عقد الزواج شرعا على أساس أنه غير مكلف بالاجتهاد في هذه الألفاظ.

وعلى العموم وأمام الإجراءات الإلزامية بالحضور أمام ضابط الحالة المدنية بالنسبة للقانون الجزائري، أو العدلين بالنسبة للقانون المغربي والتونسي، فإنه من اللازم تقنين هذه الألفاظ من خلال أحكام تنظيمية صادرة من الوزارة المختصة التي تلزم الشخص المكلف بإبرام عقد، ولا نبالغ لو قلنا بإلزامها وفق ما جاء بها المذهب الشافعي والحنبلي، والمقرر لديهما أن ألفاظ الزواج لا تتم بغير لفظي الإنكاح والتزويج. وهذا راجع إلى أنه ما دام عقد الزواج يبرم أمام شخص واحد على خلاف ما كان سائد في الماضي فإن اقتصره على لفظي الإنكاح والتزويج لا يدع مجالاً للشك في الألفاظ التي تتم بها صيغة عقد الزواج، على أساس أن الفقهاء وبما فيهم الشيعة أجمعوا على هذين اللفظين. والأكثر من ذلك، فإنه يجعل من عقد الزواج شرعياً بقدر ما هو مدنياً.

وبخصوص اللغة اللازمة لصيغة عقد الزواج، فقد أجاز المشرع المغربي على منوال ما جاء به الجمهور من الفقهاء بجواز الصيغة بغير اللغة العربية حتى ولو كان طرفي العقد عالين باللغة العربية¹، وقد استقر العمل في المغرب على قبول إبرام عقد الزواج ممن لا يعرف العربية بواسطة لغته، وإذا لم يتسنى

¹ محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص.39.

للقاضي أو العدلين فهم تلك اللغة، يتم الاستعانة بترجمان، وقد نصت المادة 30 من القانون 16.03¹، بشأن خطة العدالة على أنه يستعين العدل بترجمان مقبول لدى المحاكم عند وجود صعوبة في التلقي مباشرة من المشهود عليهم. وفي حالة انعدامه فبكل شخص يراه العدل أهلا للقيام بهذه المهمة، كما يشترط ألا يكون للترجمان مصلحة في الشهادة، وعلى سبيل الوجوب تكتب الشهادة باللغة العربية وينص فيها على اللغة الأجنبية التي تم بها التلقي، إذا تم الأمر بغير لغة الكتابة²، وعلى هذا الأساس يلتزم العدلين في عقد الزواج بإعادة صياغة الإيجاب والقبول، بعد تلقيه بلغة أخرى، باللغة العربية، طبقا لنص المادة 67 من المدونة².

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري ضمينا من خلال الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون الأسرة: «... بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة...»، ومن خلال هذا النص نعتقد أن المشرع لم يشترط التعبير بألفاظ اللغة العربية، فيكون عقد الزواج بكل لغة تفيد المعنى المرغوب فيه، ولو كان العاقدان قادرين على التحدث باللغة العربية. وعلى الرغم من أن هذا النص يرتبط بتعبير العاجز عن اللفظ، إلا أنه يمكن تقريره على التعبير باللفظ، وحتى ولو التزمنا بتفسيره تفسيرا ضيقا، فإن ما هو مقرر لدى الجمهور من الفقهاء بجواز التعبير عن الصيغة بأي لغة، شريطة أن تكون مفهومة للطرف الآخر، وهو الرأي الذي يستند إليه القاضي في حالة تطبيقه لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية.

وإذا ما قرر الفقه الإسلامي إجماعا بأن ألفاظ الصيغة خاصة بالنسبة للإيجاب، يجب أن تكون مبنية للماضي، فإن فلسفة التشريعات المغاربية أبعد من أن تنتهج نفس الدقة التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية، على الرغم من اختلافهم في العديد من المواضيع. وبالتالي، فإن إمكانية عرض نزاع أمام القضاء المغاربي بخصوص مسألة الزمن الذي تبنى عليه ألفاظ الإيجاب والقبول تكاد تكون منعدمة ومستحيلة، مع بقاء إمكانية حدوثها من الناحية النظرية؛ وفي كل الأحوال فإن المادة 222 من قانون الأسرة

¹ ظهير شريف رقم 1.06.56، الصادر في 15 محرم 1427هـ، الموافق لـ 14-02-2006م، بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، ج.ر، بتاريخ 01 صفر 1427هـ، الموافق لـ 02-03-2006، ع.5400، ص.556.

² محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.236.

الجزائري والمادة 400 من مدونة الأسرة المغربية، تتيح اللجوء إلى الفقه الإسلامي، والذي أشرنا إليه في بادئ الأمر بإجماعهم على أن يبني لفظ الزواج ابتداء -الإيجاب- للماضي.

ويعاب على المشرع التونسي كما أشرنا إليه مسبقا هو إزاحة الفقه الإسلامي من حقل المصادر الشكلية للقانون في مادة الأحوال الشخصية؛ فعلى الرغم من أن الإبعاد لم يحصل صراحة غير أن سكوت المشرع الأسري التونسي عن الإشارة إليه يعتبر في حد ذاته إبعاد له كمصدر مكمل للتشريع، وهو الأمر الذي ابتدأ به في مجلة الالتزامات والعقود التي كانت نقطة البداية لتحوّل جذري في نظرية الأصول والمصادر الشكلية للقانون المدني التونسي¹. ولما كانت هذه الأخيرة هي الشريعة العامة للعقود، وأمام الفراغ التشريعي الملاحظ في أغلب فصول المجلة التونسية التي تبنت خيار الاختصار مقابل التطويل، والإيجاز مقابل الإطناب، وإهمال الفروع والجزئيات التي تركت لاجتهاد القاضي والاقتصار على ذكر الكليات والمسائل العامة والأمور الهامة مما سيجد القاضي نفسه يدور في حلقة مغلقة لانعدام النصوص التي تحيل على الفقه الإسلامي أو أحد مذاهبه أو غيره².

وما ينبغي الإشارة إليه أثناء الحديث عن شروط الإيجاب والقبول، فإنه يقع تحت طائلة البطلان كما قرر جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية، كل صيغة ارتبطت بوصف من أوصاف الالتزام، كأن تكون معلقة على شرط محتمل الوقوع في المستقبل، أو أجل محدد طال أو قصر. لذلك ينبغي أن تكون صيغة العقد دالة على ترتيب آثار عقد الزواج في الحال، دون تعليقها على شرط، أو أجل.

غير أن ما جاءت به مدونة الأسرة في المادة 47 منها التي تنص على أن: «الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلاً والعقد

¹ Mohammed Kamel Charfeddine, Codes civils ou code civil ? Réflexions sur une éventuelle recodification, in : L'apport du XXème siècle au droit privé tunisien, Actes du colloque tenu mes 23-24 et 25 avril 1998, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2000, n° 7, p. 40.

مقتبس عن: رشيدة الجلاصي، المرجع السابق. مجلة الأحوال الشخصية: مراكمة وتأسيس (linkedin.com)، تاريخ النشر: 2020-05-02، تاريخ الإطلاع: 2022-02-06، على الساعة: 19:59.

² المرجع نفسه.

صحيح»، والمادة 35 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: «إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا»، والفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية¹ في شطرها الأول بقولها: «الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد...»، وقد رتبت الفقرة 02 من نفس الفصل عقوبة سالبة للحرية تصل لحد السجن مدة ستة أشهر على الأشخاص الذين يستمرون بالمعايشة بعد الحكم بفساد الزواج. فكل هذا مستنبط مما جاء به فقهاء الحنفية الذين قرروا بأن البطلان يشمل الشرط والأجل، دون عقد الزواج فإنه يبقى صحيحا ويعتبر عقدا منجزا ومرتباً لآثاره في الحال.

وهو الحكم نفسه الذي يقاس عليه زواج المتعة والزواج المؤقت من الناحية القانونية، والذي يمكن أن نقرره في حالة ما إذا كانت نية أحد الزوجين أو كلاهما تذهب إلى اعتبار الزواج للمتعة أو على سبيل التأقيت، وهذا دون التصريح به سواء أمام الضابط المختص أو أمام القاضي؛ غير أنه لا يمكن أن نتصور أن يتم التعبير عليه علنا، ولو حدث فإنه لا يتم إبرام عقد الزواج، لأنه مخالف لما نصت عليه المادة 04 من قانون الأسرة والمادة 04 من مدونة الأسرة، والفصل 03 من مجلة الأحوال الشخصية، التي تقتضي أن يكون الزواج قائما على التأييد لا التأقيت.

وإذا كان التردد واضحا لدى التشريعات المغاربية في وضع نص صريح يجرم هذا الزواج، فإن رفض المجتمع المغاربي بنسبة كبيرة لزواج المتعة بصفة خاصة يظهر جليا من خلال انعدام النزاعات القضائية المتعلقة بهذا الموضوع. أي نعم، تتفشى الانحرافات الأخلاقية بكثرة في مجتمعنا وصلت لحد المثلية الجنسية والتغيير الجنسي كما أشرنا إليه مسبقا والتي تعتبر أعظم ضررا من زواج المتعة. غاية ما في الأمر أنه لم يجد بعد فئة اجتماعية تحتضنه؛ وبالتالي، فعلى المشرع التجهز بترسانة قانونية أسرية وعقابية لمنع تفشي هذا النوع من الزيجات المحرمة.

وبخصوص الشروط المرتبطة بالصيغة فقد اشترطت المادة 11 من مدونة الأسرة أن يصدر الإيجاب والقبول من كلا المتعاقدين بشخصهما بنص المادة 4/67 من مدونة الأسرة.

¹ هكذا أصبحت صياغة الفصل 21 بمقتضى المرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 والمصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أبريل 1964، المتعلق بتنقيح بعض فصول مجلة الأحوال الشخصية، ر.ج.ت، ع.21، ل 24-28 أبريل 1964، ص.571، الملحق رقم.21.

وحتى يرتب الإيجاب والقبول أثره، يجب أن يتطابقا في مجلس عقد واحد وحضوري، وهو ما يفهم من المادة 2/11 من المدونة التي تنص على أنه: «يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا: 2- متطابقين في مجلس واحد؛ تطابق الإيجاب مع القبول بأن يفهم القابل مدلول الإيجاب، ويعلن قبوله طبقا لما تضمنه الإيجاب دون شرط أو قيد». وهذا الأمر يجب أن يتم أمام العدلين تحت طائلة البطلان حتى يتم توثيقه بنص المادة 9/67 من مدونة الأسرة، وحضور الزوجين للتوقيع على عقد الزواج لديهما. وإذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول في القصد والمعنى، فإن مصيره البطلان بنص المادة 3/57 من مدونة الأسرة، التي تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب ممن له صفة بنص المادة 58 من مدونة الأسرة¹.

بينما جاءت المادة 10 من قانون الأسرة غامضة نوعا ما حيث نصت كيفية التعبير عن الإيجاب والقبول فقط؛ غير أنه عملا بأحكام الفقه الإسلامي من خلال المادة 222 من قانون الأسرة، والتي أشرنا إليها فيما سبق، فإنه ينبغي يصدر في مجلس واحد، أي أن يكون الطرفين حاضرين متقابلين؛ وحتى يتطابق الإيجاب والقبول، وجب سماع كل من العاقدين كلام الآخر مع علم الطرف الذي وجه إليه الإيجاب أن قصد الموجب بعبارة إنشاء الزواج؛ وعلم الموجب أن قصد القابل الرضا به والموافقة عليه، وإن لم يفهم كل واحد منهما معاني المفردات لعبارة الآخر لأن العبرة بالمقاصد².

فإذا انقض المجلس دون صدور القبول، وصدر بعد ذلك فلا ينعقد الزواج، لأن افتراق المجلس يعتبر سببا في بطلان الإيجاب، ونفس الأمر لو قام الموجب بالرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول³. ولا يتحقق التطابق إذا صدر من القابل ما يدل على الإعراض عن الإيجاب، كالتطرق إلى موضوع آخر، فلا ينعقد العقد حتى ولو صدر القبول بعد ذلك⁴.

¹ محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص.36.

² عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.25.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.40.

⁴ المرجع نفسه.

وفي اعتقادنا، لا يختلف ما هو مقرر في الفقه الإسلامي مع ما هو وارد في القواعد العامة في نظرية العقد في القوانين المدنية للدول المغاربية، سواء القانون المدني الجزائري¹، أو مدونة الالتزامات والعقود² أو مجلة الالتزامات والعقود³.

ويطرح التساؤل في هذه الحالة بالنسبة للمشرع التونسي، عن مدى تطبيق القواعد العامة المقررة في مجلة الالتزامات والعقود؟ خاصة أمام انعدام النصوص القانونية التي تنظم طرق التعبير عن الإرادة في عقد الزواج.

للإجابة على هذا التساؤل، فإنه لا يتسنى غير إعمال الفصلين 532 و535⁴، واللذان يحيلان إلى العمل بالقواعد العامة في العقود، مع الإشارة أن الرضائية في العقود هو مبدأ موحد سواء تعلق الأمر بالمسائل الشخصية أو المسائل المالية، مع بعض الاستثناءات التي وجدت لها نصوص متفرقة سواء في مجلة الأحوال الشخصية أو في قانون الحالة المدنية.

كما لا يعتبر إقصاء الفقه الإسلامي من المصادر الشكلية المباشرة التخلي عنه نهائياً كمصدر مادي، أي حين تحديد مضمون القاعدة التشريعية. فقد كان الفقه الإسلامي حاضراً في مجلة الأحوال الشخصية التي أكد واضعوها على أنهم «أخذوا نصوصها من مناهل الشريعة الفيّاضة». وقد كان هذا الحضور أمراً لا مفرّ منه بالنظر إلى عديد العوامل منها أن لجنة الصياغة في أغلبها كانت مكونة من

¹ المادة 60 من القانون المدني.

² الفصل 23 و24 من قانون الالتزامات والعقود.

³ الفصل 32 و34 من مجلة الالتزامات والعقود.

⁴ يحيل الفصل 532 من قانون الالتزامات والعقود في شأن غموض النص إلى: «وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون». أما إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون، فإن الفصل 535 من ذات المجلة لا يحيل على الفقه الإسلامي وإنما يدعو إلى إعمال القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون. وسيقوم دستور 1 جوان 1959 باستكمال المسيرة وذلك بسكوته عن الشريعة أو الفقه الإسلامي كمصدر شكلي مكمل للقانون، وهو نفس الاتجاه الذي سيسير فيه، ستون سنة بعد ذلك، من خلال دستور 27 جانفي 2014، تحت ضغط المجتمع المدني والأحزاب المدنية. رشيدة الجلاصي، المرجع السابق، الموقع الإلكتروني: مجلة الأحوال الشخصية: مراكمة وتأسيس (linkedin.com)، تاريخ النشر: 02-05-2020، تاريخ الإطلاع: 06-02-2022، على الساعة: 19:59.

القضاة الشرعيين الذين انطلقوا من لائحة الشيخ جعيط التي كانت النية تتجه في البداية إلى تهذيبها بعض الشيء وإصدارها في شكل قانون وضعي¹.

وفي هذا الصدد لا يعتبر القاضي مخالفا للقانون إذا ما أخذ بالاجتهاد الفقهي في هذه المسألة؛ وطبقا لفلسفة المشرع التونسي التي تعاملت مع المذاهب الفقهية بنوع من الحرية في استيفاء نصوصها القانونية، فإن أغلب الظن يشير إلى أن اجتهاد القاضي سينصب على المذهب الحنفي، لما فيه من التيسير.

كما يطرح التساؤل حول قصد المشرع المغربي بمجلس واحد هو التعاقد بين حاضرين، سواء كان الحضور فعليا أو حكما اتحد فيه الزمان، أم يدخل في مفهومه التعاقد بين غائبين؟ وبالتالي، أمام النصوص القانونية الواردة في مدونة الأسرة، نعتقد أن اللفظ خانة من خلال قوله مجلس واحد على أساس أنه يمكن أن يكون المجلس واحد-فمدلول كلمة واحد تحتل في أغلب الظن المكان-، إذ يمكن أن يتحد المكان في التعاقد بين غائبين، غير أن المادة 4/13 والمادة 4/67 من مدونة الأسرة، تقتضي حضور الطرفين أو من ينوب عنهما، أمام العدلين أو القاضي. وبالتالي، فلا مجال للقول بإمكانية التعاقد بين غائبين في ظل مدونة الأسرة الحالية، فكان يستحسن على المشرع المغربي أن يستخدم على الأقل مجلس موحد بدل مجلس واحد.

لذلك يجب أن يتم التعاقد في مجلس العقد حضوريا، والذي عرفناه بأنه الفترة الزمنية التي تمتد بعد الإيجاب إلى حين صدور القبول، أو إذا انصرفا الطرفان أو أحدهما عن التعاقد، وقد جرت العادة على أن العدل هو الذي يتولى طرح السؤال على الزوجين وقد يتم ذلك في مكتب العدول أو في بيت أهل الزوج أو الزوجة².

وقد أجازت مدونة الأسرة المغربية بموجب المادة 17 منها لأحد الزوجين توكيل من ينوب عنهما في إبرام عقد الزواج من خلال إذن قضائي يستصدر من قاضي شؤون الأسرة بعد تحقق الشروط، وقد

¹ رشيدة الجلاصي، المرجع السابق، الموقع الإلكتروني: مجلة الأحوال الشخصية: مراكمة وتأسيس (linkedin.com)، تاريخ النشر: 02-05-2020، تاريخ الإطلاع: 06-02-2022، على الساعة: 19:59.

² إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، مطبعة الجسور، وجدة، المغرب، ط. منقحة، 2020، ص.124.

عددت المادة 17 هذه الشروط في: «- وجود ظروف خاصة لا يتأتى معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه؛ - تحرير وكالة بعقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية، مصادق على توقيع الموكل فيها؛ - أن يكون الموكل فيها متمتعاً بكامل أهليته المدنية، وفي حالة توكيله من الولي، يجب أن تتوفر فيه شروط الولاية؛- أن يعين الموكل في الوكالة اسم الزوج الآخر ومواصفاته، والمعلومات المتعلقة بهويته وكل المعلومات التي يرى فائدة في ذكرها؛- 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؛ - أن يؤشر القاضي المذكور على الوكالة بعد التأكد من توافرها على الشروط المطلوبة؛».

وعليه فإن تقرير المشرع المغربي للوكالة لم يأتي مطلقاً على منوال فقهاء الشريعة الإسلامية الذي جعلوا الوكالة مطلقة في عقد الزواج، بل يجب أن تتوافر على الشروط المذكورة أعلاه أهمها هو ضرورة توفر الظرف الخاص الذي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، لذلك وجب أن يكون معتبراً حتى يمنح القاضي الإذن لتلك الوكالة¹.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فكان قد اتجه إلى إجازة الزواج المنعقد بالوكالة طبقاً لنص المادة 20 من قانون الأسرة 84-11 والتي نصت على أنه: «يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة»، ويكون بهذا قد أعطى الحق للزوج أن يوكل غيره في إبرام زواجه دون أن يمنح هذا الحق للزوجة التي يتولى زواجها وليها طبقاً لنص المادة 11 من نفس القانون، وهذا هو الرأي الراجح لدى الجمهور من الفقهاء. إلا أن الإضافة التي جاء بها المشرع الجزائري تتمثل في أن تكون الوكالة خاصة²، وقد أضفى عليها المشرع الجزائري الطابع التعاقدي وتخضع لحكام القانون المدني بموجب المادة 574 من القانون المدني.

أما بعد تعديل 2005، قام المشرع الجزائري بإلغاء المادة 20 من قانون الأسرة، وما يؤخذ عليه في هذا الصدد أنه فضل أن يسير في الظل فلا هو أجاز الزواج بالوكالة ولا منعها صراحة³، وباستقراء النصوص الواردة في قانون الأسرة نلاحظ أنه على الرغم من إلغاء المشرع الجزائري لأحكام المادة 20

¹ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 233.

² أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 141.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 78.

من قانون الأسرة، غير أنه لا يوجد نص يمنع من الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز الزواج عن طريق الوكالة حتى من دون وكالة خاصة. إلا أن المشرع الجزائري جاء بنصوص خاصة تضمنها قانون الحالة المدنية بموجب المواد 72 و73 و74 منها والتي تتطلب الحضور الشخصي لكلا الزوجين والتعبير عن إرادتهما أما الضابط المختص بإبرام عقد الزواج. والمشرع في هذا الصدد قد خالف ما جاءت به المذاهب الفقهية وجل قوانين الدول العربية.

فكان على المشرع الأخذ بأحكام الوكالة لما فيها من تيسير على الراغبين في الزواج خاصة في حالة ما إذا اعترضتهم ظروف قاهرة تحول بينهم وبين الحضور الشخصي في مجلس العقد.

ويمكن القول، إن هذا الالغاء هو سياسة تشريعية غرضها تنويع عقد دون تدخل أي وسيط. مما يعني أن حضور الزوجين يكون اجباري أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، هذا ويجب أن يعرب كلاهما موافقتهم بجرية أي أن تكون الإرادة خالية من العيوب سواء غلط أو تدليس أو إكراه¹.

وبالنسبة للتشريع التونسي، يقع التعبير عن الإيجاب والقبول من طرف الزوجين أمام المأمور العمومي، ويكون التصريح إما من خلال الزوجين شخصيا، أو من خلال وكيل خاص، وهو ما نص عليه الفصل 09 من مجلة الأحوال الشخصية بقوله: «للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما، وأن يوكلتا من شاء. وللولي حق التوكيل أيضا»، ويكون المشرع التونسي قد أخذ بما جاء به الفقهاء الأربعة من حيث إجازة الوكالة في عقد الزواج بالنسبة للرجل الراشد، ورأي الحنفية بالنسبة للمرأة، إذ يجوز عندهم أن تتولى زواجهما بنفسها، فمن تولى العقد لنفسه، جاز له أن يوكل غيره. والأكثر من ذلك فقد أجاز نفس الفصل للوكيل أن يوكل من شاء. وقد أكد الفصل 10 من المجلة أن الوكالة لإبرام عقد الزواج لا يشترط فيها شرط خاص، مع إلزام الوكيل بالحصول على إذن موكله في حالة ما إذا أراد توكيل غيره.

هذا بالإضافة إلى الشكل الرسمي الذي ينبغي أن يفرغ فيه عقد الوكالة، ويقع تحت طائلة البطلان في حالة ما إذا لم يتم تعيين الزوجين. وهو ما نص عليه الفصل 10 من المجلة في شطره الأخير.

¹ Djilali tchouar, droit de la famille quels principe d'égalité, Etudes de droit, Mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, Konouz édition, Tlemcen, 2013, p.205.

ونلاحظ في هذا الصدد عناية الشريعة الإسلامية بأدق التفاصيل المتعلقة بوجود التراضي في عقد الزواج وكيفية التعبير عليه من خلال الصيغة اللازمة له، حتى يتحقق وجودة بصفة فعلية، وهذا مقارنة مع ما جاءت به القوانين المغاربية التي نظمت أحكام الرضا والتعبير عليه بصفة محتشمة. ومع ذلك، وحتى يتحقق الأثر القانوني للرضا في عقد الزواج يجب أن يصدر صحيحا، وهو الأمر الذي سنعالجه من خلال المطلب الثاني.

المطلب الثاني

صحة الرضا في عقد الزواج

رأينا فيما سبق أنه لا يكفي وجود الرضا بصفة كامنة في الشخص الراغب بالزواج، بل ينبغي أن يتم التعبير عليه بالوسائل الشرعية والقانونية المقررة في هذا الصدد. وحتى يحدث هذا التعبير أثره يجب أن يصدر من ذي أهلية على ذي أهلية (الفرع الأول)، كما ينبغي أن يكون صحيحا، أي خاليا من العيوب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأهلية والكفاءة في عقد الزواج

إن مقتضيات عقد الزواج تستوجب أن يصدر الرضا من الشخص المكلف شرعا وقانونا، والذي تتحقق فيه صلاحية إصدار عبارات عقد الزواج، ولا تكون إلا إذا صدرت من شخص متمتع بالأهلية الكاملة (أولا). هذا بالإضافة إلى أن يكون الشخص كفاء لمباشرة عقد الزواج وتحقيق أهدافه الشرعية (ثانيا).

أولا- الأهلية في عقد الزواج:

تعددت المصطلحات والمفاهيم التي ترتبط بالمظهر الفيزيولوجي للشخص، والذي متى توفر فيه يكون من خلاله أهلا لمباشرة عقد الزواج، فالأهلية في عقد الزواج هو المصطلح الشائع استعماله، كما أنه من الجائز استخدام مصطلحي البلوغ والرشد.

فالأهلية في اللغة: إسم مؤنث، مذكره الأهلي، وهو المنسوب إلى الأهل، والأهلية للأمر هي الصلاحية له¹.

ولما كان المعنى اللغوي يشير إلى أنها تعبر عن الصلاحية والجدارة لأمر معين؛ فإنه نفس المعنى الذي تداوله الفقهاء في اصطلاحهم، فهي صلاحية الإنسان لما يجب عليه من الحقوق، وما يلزمه من الواجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف، لصحة ثبوت الحقوق له، والواجبات عليه²، وتحديد هذه الصلاحية تكون من الشارع المولى عز وجل، والتي تجعل من الشخص محلاً للخطاب الشرعي الذي يرتب له حقوقاً والتزامات³.

وتثبت الأهلية في الإنسان منذ خلقه في بطن أمه، فيرث وهو مازال جنيناً، وتكتمل حقوقه كلها بعد ولادته حياً؛ ثم يسأل بعد ذلك عن التصرفات الصادرة منه⁴.

وعليه تعتبر الأهلية بمثابة المعيار الأساسي الذي يتوقف عليه معرفة ما يتمتع به الفرد من حقوق وما يتحمل من التزامات⁵، وعلى هذا الأساس قسم الفقهاء الأهلية إلى قسمين أساسيين؛ يتمثلان في أهلية الوجوب، وأهلية الأداء؛ وبين هذا وذاك تدخل مجموعة من الاعتبارات والمعايير التي سنتطرق إليها في هذا السياق.

فأهلية الوجوب هي القدرة والصلاحية على اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات⁶، وهي ترتبط بالوجود، فمتى وجد الشخص قامت أهلية وجوبه، ويتحقق هذا الوجود بولادته حياً⁷. وقد دأب الفقهاء

¹ مجمع اللغة العربية، مجموعة المؤلفين: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المرجع السابق، ص.32.
² محمد إبراهيم الحفناوي، عوارض الأهلية عند الأصوليين، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، 2003، ع.18، ص.71.
³ مصطفى الزرقا، المدخل...، المرجع السابق، ج.2، ص.783.
⁴ محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط.1، 1998، ص.71.
⁵ العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.35.
⁶ محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، تونس، د.ط، 2004، ص.118.
⁷ عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ج.1، ط.1، 2012، ص.110.

على تسميتها بأهلية الوجود إذ تجب لكل شخص كان له وجود سواء كان طبيعياً بميلاده حياً أو حكماً بالنسبة للشخص المعنوي. وعلى هذا الأساس، يتساوى جميع الناس في اكتسابهم لأهلية الوجود كأصل عام، وهي ترتبط بالشخص وجوداً وعدمه فإذا وجدت الشخصية وجدت بالضرورة أهلية الوجود، وإذا انعدمت الشخصية انعدمت معها أهلية الوجود، لأنها وصف في الشخص فإذا زال يزول معه هذا الوصف¹.

أما أهلية الأداء، فهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه، والتي تكون معتبرة في نظر الشارع، ومناطها هو التمييز والعقل لا الوجود، ولا تثبت للصبي غير المميز ولا للمجنون ولا للمعتوه. فأهلية الأداء لديهم منعدمة²، لأنهم يباشرون بنفسهم التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبهم حقوقاً، وأن تحملهم التزامات على وجه يعتد به قانوناً³.

وعليه يتم تحديد المرحلة التي يعتبر فيها الشخص مكلفاً بالخطاب الشرعي، بالعقل والادراك والتمييز فمن لا عقل له وهو المجنون، فإنه فاقد لأهلية الأداء، لأنه يفتقد إلى القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبیحة المدركة للعواقب، وأفعاله وأقواله ليس لها حاكم يحكمها، ويجريها على نسق سواء؛ وإذا كان الصبي غير مميز فإنه قلما يفقه، فإن كان مميز ففقهه قاصر، وعليه فالصبي ليس مكلفاً لقصور فهمه عن إدراك معاني الخطاب⁴، وهو ما قاله النبي ﷺ: فعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: {رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، الْمُبْتَلَى حَتَّى يَبْرَأَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَكْبُرَ، وَفِي رِوَايَةٍ ثَانِيَةٍ حَتَّى يَخْتَلِمَ، وَفِي رِوَايَةٍ ثَالِثَةٍ حَتَّى يَبْشَبَ} ⁵.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.26.

² يقابلها البلوغ من الناحية الشرعية، والذي يكون من خلالها الشخص البالغ مكلفاً بجميع التكاليف الشرعية، وتكتمل لديه أهلية الأداء الدينية والمدنية. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.4: نظرية العقد، ص.2969.

³ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ج.1، ط.2، 2004، ص.163.

⁴ بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتيبي، القاهرة، ج.2، ط.1، 1414هـ، 1994م، ص.56.

⁵ محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.15: أبواب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، ح.ر: 1423، ص.32. أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.10: كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، ح.ر: 2041، ص.658.

ولما كان معيار أهلية الأداء هو العقل والتمييز، فإن هذين المصطلحين ما هما إلا تعبير عن مصطلح الرشد، والذي يستعمل عادة لوصف الشخص الذي يملك قدرة الاهتداء والصلاح وإصابة الصواب والاستقامة على طريق الحق¹، وتقدير الفعل الحسن من السيء². وبالتالي، لا يخرج مفهوم الرشد عن صلاح الشخص في دينه وإصلاحه في ماله. ويستعمل هذا المصطلح على مستوى التشريع والفقهاء القانونيين بسن الرشد، والذي يرتبط بإرادة الشخص في مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، وإدراكه لإمكانية تحمله التزامات مقابل تحمله على حقوق³.

مع مراعاة أن جمهور الفقهاء لا يشترطون العقل لصحة عقد الزواج، فيجوز عندهم أن يزوج الولي المجنون وكذا المعتوه، ولا فرق في الجنون بين أن يكون أصلياً أو طارئاً عند الحنفية⁴.

وإلى جانب العقل والادراك الذي يعتبر أمر نسبي لا يمكن ضبطه من خلال معيار موضوعي، بل يتغير من شخص لآخر؛ يمكن تحديد أهلية الأداء من خلال مجموعة من الأوصاف الظاهرة في جسم الانسان ذكراً كان أو أنثى، وهو ما يعرف بالبلوغ. فقد جاء في لسان العرب أنه من الفعل بَلَغَ، ويقال

سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.37: كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، ح.ر: 4399، ص.140. أبو عبد الله أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج.42، ح.ر: 25114، ص.51.

¹ فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة ووجه للشافعية اختاره بن سريير إلى أنّ الرشد صلاح في المال واهتداء إلى حفظ المال وإصلاحه، والقدرة على تدبير الأمور المالية واستغلالها استغلالاً حسناً، وقد جمع هذا المعنى الامام مالك بقوله: الرشد تمييز المال، وحفظه فقط. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2: كتاب النكاح، ص.232. شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.4، ص.387. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ج.5، ص.66.

وذهب الشافعية إلى أنّ المراد بالرشد هو إصلاح في الدين والمال، وهذا ما اختاره بن المنذر، وبه قال الحسن البصري وقال الشافعي: «الرشد والله أعلم الصلاح في الدين، حتى تكون الشهادة جائزة، وإصلاح المال، وإمّا يعرف إصلاح المال بأن يختبر اليتيم». محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص.220.

² مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص.282.

³ عدنان ابراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص.111.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.3، ص.99؛ بهرام أبو البقاء تاج الدين السلمى الدميري الدمياطي المالكي، الشامل في فقه الإمام مالك، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات، ج.1، ط.1، 1429هـ، 2008م، ص.350؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص.140؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج.5، ص.62.

بلغ الشيء يبلغ بلوغا وبلاغاً أي وصل وانتهى، وبلغ الغلام أي احتلم كأنه بلغ وقت الكتاب عليه والتكليف¹، وهو المعيار الذي استعمله الفقهاء إلى جانب العقل والادراك لتحديد مرحلة نهاية الصغر؛ حيث عرفه المالكية بأنه قوّة تحدث في الصبّي يخرج بها عن حالة الطفوليّة إلى حالة التّكليف².

وتحديد البلوغ لدى فقهاء الشريعة الإسلامية لا يتحدد بسنٍ معينة، وإنما بمظاهر بيولوجية للشخص يُستدل منها على البلوغ كالاختلام للرجل والحيض للمرأة³، والتي تختلف من شخص لآخر، وعلى حسب اختلاف الزمان والمكان، ويستدل عليه من خلال قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁴، ومعنى قوله تعالى ﴿... بَلَغُوا النِّكَاحَ...﴾ لدى أغلب المفسرين: هو الاحتلام⁵. وقوله أيضاً: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ (59)﴾⁶. وبالتالي، تتحقق الأهلية الكاملة للشخص إذا جمع بين قوة البدن وهو البلوغ، وبين قوة المعرفة وهو إيناس الرشد⁷.

ومع ذلك لم يعتمد الفقهاء على الرشد الفكري والبلوغ البدني في تحديد أهلية الشخص بصفة مطلقة، إذ يحتمل ألا تظهر علامات البلوغ، إضافة لصعوبة الحكم على العقل والادراك بالنقصان والتمام، على اعتبار أنه أمر باطني لا يمكن الاطلاع عليه، فيمكن الاسترشاد بما ذكره في سن البلوغ لمعرفة سن الرشد، وقد تنوعت كلمات الفقهاء في تحديد سن البلوغ. وذهب جمهور الفقهاء إلى أن سن البلوغ هو تمام خمسة عشر عاماً⁸، واستدلوا بقوله ﷺ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: ﴿عُرِضَتْ

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج.5، ص.383-384.

² محمد بن عبد الله الخرشبي، المرجع السابق، ج.8، ص.87.

³ لم يختلف الفقهاء حول الحيض والاحتلام باعتبارها معايير أساسية في تحديد البلوغ، غير أنهم اختلفوا في مسائل أخرى كإنبات شعر العنة شعراً خشناً. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.2، ط.4، 1424هـ، 2003م، ص.314.

⁴ سورة النساء، الآية.06.

⁵ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبو بكر القرطبي، المرجع السابق، ج.5، ص.33-34.

⁶ سورة النور، الآية.59.

⁷ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبو بكر القرطبي، المرجع السابق، ج.5، ص.33-34.

⁸ وهم الشافعية والحنابلة والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة، وأبو حنيفة في رواية، وابن وهب، وعبد الملك بن الماجشون وعمر بن عبد العزيز، وجماعة من أهل المدينة، واختاره بن العربي من المالكية. أبو الحسين يحيى بن سالم العمراني، البيان في مذهب

عَلَى النَّبِيِّ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ فِي الْقِتَالِ وَأَنَا بِنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَمْ يُجْزِنِي، وَعَرِضْتُ عَلَيْهِ يَوْمَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا بِنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً فَأَجَازَنِي} ¹.

وقيل ثمانية عشر عاماً، كما هو مذهب الحنفيّة²، والمالكيّة³، في حين ذهب داود الظاهري إلى ألا حد للبلوغ بالسن وإن بلغ أربعين سنة بل العبرة بخروج المني للرجل وبالحيض للمرأة⁴، لقوله ﷺ: {رَفَعَ الْقَلَمَ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، الْمُبْتَلَى حَتَّى يَبْرَأَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَكْبُرَ، وَفِي رِوَايَةٍ ثَانِيَةٍ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَفِي رِوَايَةٍ ثَالِثَةٍ حَتَّى يَشَبَّ} ⁵.

وتحدد أهلية الأداء بالنسبة للشخص من خلال ثلاثة مراحل في حياته؛ فالأولى كما تسمى بمرحلة الطفولة، تمتد من ولادته إلى غاية بلوغه سن التمييز، وتعدم أهلية الأداء بالنسبة إليه في هذه المرحلة، وقد حددها الفقهاء تقديراً ببلوغ الطفل سبع سنوات⁶، ويسمى الشخص في هذه المرحلة بعديم

الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ج.6، ط.1، 1421هـ، 2000م، ص.220-221؛ ابن أبي عمير، الشرح الكبير، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، ج.13، ط.1، 1415هـ، 1995م، ص.358؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.4، ص.345.

¹ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.33: كتاب الإمارة، باب بيان سن البلوغ، ح.ر: 1868، ص.1490. محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.52: كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم، ح.ر: 2664، ص.177.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.7: كتاب الحجر، ص.172.

³ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، التمهيد...، المرجع السابق، ص.333.

⁴ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.2، ص.314.

⁵ حديث سبق تخريجه، ص.206.

⁶ استنبط الفقهاء سن التمييز من حديث رسول الله ﷺ بشأن فريضته للصلاة في قوله: {عَلِّمُوهُمْ عَنْهَا لِسَبْعِ وَأَضْرِبُوهُمْ عَنْهَا لِعَشْرٍ}. سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.2: كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، ح.ر: 494، ص.133؛ محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.2: أبواب الصلاة، باب ما جاء حتى يؤمر الصبي بالصلاة، ح.ر: 407، ص.259.

التمييز، ويضاف إليه المجنون والمعتوه¹؛ ويعود هذا التحديد إلى عدم اكتمال الفهم والمصلحة بالنسبة لعدم التمييز².

أما المرحلة الثانية، فتتمثل في مرحلة التمييز، وتبدأ بمجرد قدرة الشخص على التمييز بين ألفاظ ومعاني العقود، ويعرف المراد منه عرفاً ويدرك أسس التعامل العامة، وحدد الفقهاء سن التمييز بأنه يتبدئ بمجرد بلوغ السابعة من العمر³، وقد قسموا تصرفات المميز إلى: تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وتكون صحيحة ونافذة من قبله؛ وتصرفات ضارة ضرراً محضاً، وهي تصرفات باطلة؛ وتصرفات تقع بين النفع والضرر، وتتوقف صحتها على إجازة الولي⁴.

أما المرحلة الثالثة، فتبدأ منذ البلوغ، والذي يكون من خلال الأزمات الطبيعية وإلا من خلال سن معينة اختلف الفقهاء في تحديدها، والتي تصل إلى 18 سنة كأقصى تقدير⁵.

1. أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية:

بناء على ما سبق من المفاهيم المرتبطة بالأهلية والبلوغ والرشد، تكتمل أهلية الشخص متى أُخرج من حجر أبيه وصح إقراره متى كان مكلفاً شرعاً وغير محجور عليه، ويصير بهذه الحالة أهلاً للزواج⁶.

¹ المعتوه هو الشخص ناقص العقل، وقيل المدهوش من غير جنون. ومادته: عُتِهَ عَتَاهًا وَعَتَاهًا، وَعَتَاهِيَّةٌ، غير أن العته أو الضعف العقلي، أو ضعف الملكات العقلية، فإنه إذا بلغت حالاته إلى درجة ذهاب العقل، فإن المعتوه ساعتها يكون كالمجنون. محمد صدقي آل بورنو أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.1، 1424هـ، 2003م، ص.198.

² عبد العزيز بن محمد علاء الدين البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البنودي، دار الكتاب الإسلامي، ج.4، باب الأمور المعترضة على الأهلية، د.ط، د.س.ن، ص، ص.271.

³ ما عدا الشافعية الذين قالوا بأن أهلية الشخص تتميز بمرحلتين انعدام التمييز والرشد، فتكون معدومة في الإنسان حتى يبلغ، أو أن تكون كاملة فيه بعد البلوغ والعقل، ما لم يطرأ عليه عارض من عوارض الأهلية. أبو الحسين يحيى بن سالم العمراني، المرجع السابق، ج.6، ص.227.

⁴ محمد الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير، دمشق، ج.1، ط.2، 1427هـ، 2006م، ص.494.

⁵ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص.121-122.

⁶ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.4، 2013، ص.22.

ويقصد بأهلية الزواج في هذه الحالة، بالصفة التي يمكن معها للرجل والمرأة أن يباشرا كل واحد منهما عقد الزواج بنفسه أو بواسطة وكيل مستوف لكل الشروط، فإذا توافر الشرطان المذكوران في شخص معين أصبح أهلاً للزواج. وترتبط أهلية الزواج بأهلية الأداء، على أساس أن عقد الزواج هو تصرف قائم على الإرادة ومن ليست له أهلية أداء مطلقاً ليست له إرادة معتبرة في إبرام عقد الزواج¹.

غير أنه لم يحدد الفقهاء سن البلوغ الذي تتم من خلاله أهلية الرجل والمرأة للزواج، وقالوا إن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بعد مرحلة الطفولة والتميز، والتي تظهر من خلال أمرات البلوغ، فبالنسبة للفتى بالاحتلام؛ أما الفتاة فبالحيض. وقدر جمهور الفقهاء سن البلوغ بالخامسة عشرة بالنسبة للأنثى والذكور، وحسب ما ذهب إليه الفقه المالكي فهي ثمانية عشر سنة عاماً في الفتى والفتاة².

فعقد الزواج لما يحمله من خطورة على العاقدين، والذي من المحتمل أن تصل إلى أهليهما، خاصة إذا علمنا أنه يقوم على تحمل الالتزامات أكثر من تلقي الحقوق. ولما كان كذلك، يجب إبرام عقد الزواج من شخصين اكتملت أهليتهم من صلاح في العقل والإدراك وبلوغ في الجسم والبدن، فإذا كان أحدهما أو كلاهما ناقص الأهلية، بأن كان صبي مميز وتولى³ عقد زواجه بنفسه، كان العقد موقوفاً على اجازة من له الحق في الاجازة⁴. وعلى هذا الأساس، لا يمكن للشخص مباشرة زواجه بنفسه ما لم تكتمل أهليته بالبلوغ والإدراك، ويعتبر زواج الصغار في هذه الحالة أمر يتنافى ومقاصد الشريعة الإسلامية،

¹ فاروق عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 74.

² رمضان على السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط. 2، 2011، ص. 137.

³ يشترط الفقه الصفة الشرعية في تولي زواج الغير، فإذا كان ولياً وجب أن يكون مخولاً من قبل الشارع بتولي نكاح من هم في ولايته؛ أما إذا كان وصياً وجب توفر انابة الشخص الأصيل والذي تنصرف إليه آثار عقد الزواج، مع عدم مخالفته لما وكل إليه، وفي كلتا الحالتين، إذا لم تتوفر شروطهما كان العقد موقوفاً على إجازة الولي المكلف بالنسبة لأحكام الولاية، والموكّل بالنسبة لأحكام الوكالة. كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج. 3، ص. 302-303؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع...، المرجع السابق، ج. 17، ص. 204؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ج. 5، ص. 66.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج. 2: كتاب النكاح، ص. 232. أما عند غير الحنفية فلا تصلح عبارة المرأة لإنشاء عقد الزواج، حتى لو كانت بالغة عاقلة، كما أسلفنا الذكر.

وهو الرأي الذي سلكه عديد الفقهاء، كابن شبرمة وأبو بكر الأصبم، وقد استدلوا على قوله تعالى ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾¹.

إذ يتعلق الأمر في الآية الكريمة من جهة، بأن استحقاق اليتامى لأموالهم مرتبط بزمن البلوغ الشرعي للنكاح²، والذي يتحقق عنده التكليف. ومن جهة أخرى، فإن بلوغ سن النكاح هو علامة على انتهاء الصغر. الذي يصح به الزواج للمعاشرة والسكن والتناسل، فيتناfi الصغر مع تحقيق هذه الأهداف³.

كما استدلوا بقوله ﷺ: {... لَا تُنكَحُ الْبِكْرَ حَتَّىٰ تُسْتَأْذَنَ...}⁴، فيتضمن هذا الحديث نهيًا عن تزويج البكر ما لم تستأذن، وبما أنها لم تبلغ إدراكا وبدنا، فلا مجال لاستئذانها لعدم الاعتداد به، وهذا الأمر راجع لعدم إدراكها للنكاح، فيحتمل صدور إذنها من عدمه بما يخالف مصلحتها، لهذا ليس لها إذن معتبر⁵.

ولعل اعتماد أصحاب هذا التوجه بالبلوغ كمعيار فارق بين إجازة ومنع مباشرة عقد النكاح، هو أن البلوغ الطبيعي يرتبط بشدة بقدرة الفتى أو الفتاة على الجماع أو الممارسة الجنسية، خاصة بالنسبة للمرأة التي تتحمل آثار أشد مقارنة بالرجل، إذ تجبل وتستبرئ وترضع وغير ذلك. وقد حدث النبي ﷺ في هذا الموضوع بقوله: {يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصُّومِ، فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ}⁶، فهذا الحديث موجه للشباب لا الصغار، والشباب

¹ سورة النساء، الآية.06.

² وقد نوقش هذا الاستدلال بأن المقصود بالنكاح هنا هو الحلم لا التزويج، فلا يمكن الاستناد للآية الكريمة كدليل قاطع على أن أهلية النكاح مرتبطة بالاحتلام، ولا نكاح لمن لم يحتلم، أبو جعفر الطبري، المرجع السابق، ج.7، ص.566.

³ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.4، ص.387.

⁴ حديث سبق تخريجه، ص.185.

⁵ محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي، القاهرة، ج.12، ط.1، 1422هـ، ص.58.

⁶ حديث سبق تخريجه، ص.14.

كما عرفه النووي، هو الذي بلغ ولم يتجاوز سن الثلاثين. والأكثر من ذلك، فإن المقصود من قوله ﷺ {...البائة...} هي القدرة على الجماع¹.

في حين يرى الجمهور من الأئمة الأربعة بجواز نكاح الصغار²، مستدلين بقول الله تعالى: ﴿وَالَّتِي يُنْسِنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْ﴾³، فقد ذكرت الآية الكريمة عِدَّةَ المرأة التي لم تحض، ومن يدخل في حكمها عدة من لم تحض لصغر، فحكم بصحة طلاق الصغيرة التي لم تحض، والطلاق لا يقع إلا في نكاح صحيح، فتضمنت الآية جواز تزويج الصغيرة⁴. قال البخاري في هذه الآية في باب انكاح الرجل ولده الصغار، لقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي لَمْ يَحِضْ﴾، فجعل عدتها ثلاثة أشهر قبل البلوغ، قال بن جرير وكذلك عدد اللائي لم يحضن من الجوازي لصغرهن إذا طلقهن أزواجهن بعد الدخول وبنحو الذي قلنا في ذلك قال أهل التأويل⁵.

¹ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.9، ط.2، 1392هـ، ص.173.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2: كتاب النكاح، ج.2، ص.241؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحفيد-، المرجع السابق، ج.3، ص.37؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.200؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ج.5، ص.54.

³ سورة الطلاق، الآية.4.

⁴ ويستدل كذلك من سبب نزول هذه الآية، حيث أن ناساً من أهل المدينة لما نزلت هذه الآية في البقرة في عدة النساء، قالوا: لقد بقي من عدة النساء عدداً لم تذكر في القرآن، الصغار والكبار اللاتي قد انقطع حيضهن، وذوات الحمل، فأنزل الله سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّتِي يُنْسِنُ مِنَ الْمَحِيضِ﴾، وقد وقع الاتفاق على أن الصغيرة التي لم تبلغ سن التكليف هي من اللائي لم يحضن. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، دار ابن كثير، دمشق، ج.5، ط.1، 1414هـ، ص.292.

قال بن بطلال المالكي: قال المهلب: أجمع العلماء على أنه يجوز للأب تزويج ابنته الصغيرة التي لا يوطأ مثلها، لعموم الآية: ﴿وَالَّتِي يُنْسِنُ مِنَ الْمَحِيضِ﴾. أبو الحسن علي بن خلف بن بطلال، شرح صحيح البخاري، تحقيق: تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، السعودية، ج.48: كتاب الرضاع، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، ط.2، 1423هـ، 2003م، ص.247.

مع أنه لا يجوز لأزواجهن البناء بهن إلا إذا صلحن للوطء، واحتملن الرجال وأحوالهن تختلف في ذلك على قدر خلقهن وطاقتهن. أبو الحسن علي بن خلف بن بطلال، المرجع السابق، ج.47: كتاب النكاح، باب تزويج الصغار من الكبار، ص.172.

⁵ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.67: كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، ص.17.

كما يستدل من جواز نكاح من لم يبلغ الحلم، من قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّا قَبْلُ وَلَا تُنكِحُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فِي النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَرَغِبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوَالِدِينَ وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا (127)﴾² ، فقد دلت الآيتان على جواز تزويج اليتيمة، وهي من دون البلوغ³.

كما أن زواج النبي ﷺ من عائشة رضي الله عنها، خير دليل على جواز نكاح الصغار، فقد قالت: {تَزَوَّجَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَيْسَتْ سِنِينَ، وَبَنِي يِي وَأَنَا بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ}⁴. فزواج النبي ﷺ من عائشة بهذا السن، يصلح أن يكون أصلاً في جواز تزويج الصغيرة⁵.

وأمام هذه الآراء، فقد تم ترجيح ما جاء به جمهور الفقهاء الذين قالوا بجواز تزويج الصغار كأصل عام، وذلك راجع لقوة الحجج التي جاءوا بها. غير أنه ينبغي مراعاة مصلحة الصغير⁶، وتقتضي هذه

¹ سورة النساء، الآية. 03.

² سورة النساء، الآية. 127.

³ وقد وصف بعض أهل العلم قوله تعالى: ﴿...الْيَتَامَىٰ...﴾ بالشخص اليتيم القريب من البلوغ. غير أنه وصف مردود عليه، على أساس أنه لو أريد باليتيم الشخص الذي بلغ الحلم، لعمّ به من بلغه ومن لم يبلغه. والقول بأن اليتيم من بلغ دون غيره هو أمر لا يحتمله اللفظ؛ ولما صح لفظ اليتيم بإذن وليه كما صح احرامه وتصرفه بالبيع بإذن وليه لدى الجمهور من الفقهاء. تقي الدين أبو العباس بن تيمية، مجموع...، المرجع السابق، ج. 32: كتاب الفقه، باب أركان النكاح وشروطه، ص. 48-49؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري...، المرجع السابق، ج. 9، ص. 197.

⁴ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج. 16: كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، ح. ر. 1422، ص. 1039. محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج. 67: كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته من الإمام، ح. ر. 5134، ص. 17.

⁵ غير أن هذا التوجه نوقش من قبل البعض، بأنه من الخصائص التي ينفرد بها النبي ﷺ بحكم نبوته لا بحكم بشريته؛ غير أن تتبع أفعال النبي ﷺ، يعتبر من باب الاقتداء به والاستئنان بسنته، باعتباره أسوة للعالمين لقوله تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَنْ كَانَ يَرْجُوا اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا (21)﴾، سورة الأحزاب، الآية. 21. ولا وجه للتخصيص في زواج النبي ﷺ في زواجه من أمنا عائشة رضي الله عنها. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج. 2: كتاب النكاح، ص. 240؛ أبو محمد علي بن حزم، المرجع السابق، ج. 9، ص. 459؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري...، المرجع السابق، ج. 9، ص. 197.

⁶ تقي الدين أبو العباس بن تيمية، الفتاوى...، المرجع السابق، ج. 3: مسألة طلب منه رجل بنته لنفسه، ص. 137.

المصلحة ألا يزوج الأب والجد البكر حتى تبلغ، ويستأذنها، خشية وقوعها في ذمة زوج كارهة له. وعليه، ينبغي وجود مصلحة ظاهرة وبينية يخشى معها تفويت فرصة الزوج¹.

كما أن جواز نكاح الصغار تواتر عما ورد من آثار الصحابة في تزويجهم بناتهم قبل البلوغ، كما جاء عن علي رضي الله عنه في تزويج ابنته أم كلثوم، وهي صغيرة لم تبلغ فقد زوجها عمر رضي الله عنهما²؛ وللتابعين وتابعي التابعين. وصمد هذا التوجه لغاية أوائل القرن الماضي مع سقوط آخر خلافة إسلامية، المتمثلة في الدولة العثمانية، لتظهر خريطة تشريعية جديدة في هذا الخصوص، ارتبطت بتقنين سن الزواج على أساس مختلف عما كان العمل به من قبل، والذي يعتمد كما أشرنا على البلوغ الطبيعي كأصل عام.

2. تقنين سن الزواج:

يقصد به وضع حد أدنى لسن الزواج للذكور والانات، بحيث لا يسمح للأولياء ولا للقضاة تجاوزه إلى ما دونه³، وهو الأمر الذي اختلف تماما عما كان به العمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية، التي لا تعارض الزواج المبكر بالنسبة للشباب والشابات شريطة أن تتوفر الإمكانيات المادية والجسمانية، بل تحث عليه، حماية وصيانة لأسرنا ومجتمعاتنا، خاصة في ظل موجات الانحراف والإباحية التي تجتاح مجتمعاتنا العربية والإسلامية عبر الفضائيات ووسائل الإعلام الموجهة⁴.

وظهرت بوادر هذا التحديد وإلزامه قانونا في البلاد الإسلامية، منذ أواخر الدولة العثمانية حيث قام السلطان العثماني محمد رشاد سنة 1917 بإصدار قانون حقوق العائلة في النكاح المدني والطلاق، ونص في المادة 04 منه على أنه: «يشترط في أهلية النكاح أن يكون الخاطب في سن الثامنة عشرة

¹ أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.5، ص.182.

² أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.7، باب ما جاء في إنكاح الأبكار، ح.ر: 13660، ص.185.

³ إبراهيم بن منصور بين إبراهيم المقاص، حكم تقنين سن الزواج في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2012، ص.22.

⁴ أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهظة، الأحوال الشخصية، دار المسيرة، الأردن، ط.1، د.س.ن، ص.65.

فأكثر، والمخطوبة في سن السابعة عشر فأكثر»، كما نص في مادته 07 على أنه: «لا يجوز لأحد أن يزوج الصغير الذي لم يتم الثانية عشرة من عمره، ولا الصغيرة التي لم تتم التاسعة من عمرها»¹.

وبعد سقوط الدولة العثمانية، وتفكك العالم الإسلامي إلى مجموعة من الدويلات؛ أخذت مصر الريادة كأول دولة عربية حديثة قامت بتقنين سن الزواج سنة 1923 بموجب القانون رقم 56، حيث نصت في المادة 01 على أنه: «لا تسمع دعوى الزوجية، إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة، وسن الزوج يقل عن ثماني عشرة سنة وقت العقد، إلا بأمر منا»، كما نصت المادة 02 على أنه: «لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مسند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثماني عشرة سنة وقت العقد»².

وتوالى بعد ذلك التشريعات العربية في تقنين سن الزواج، على منوال لبنان سنة 1938³، ثم سوريا سنة 1953⁴.

كما أجاز مجمع الفقه الإسلامي تحديد سن الزواج حسب ما يراه كل بلد محققاً لمصلحة الفتاة والأسرة والمجتمع، وله الحق في تقرير عقوبة مناسبة لمن يزوج الفتاة الصغيرة بغير إذن القاضي⁵.

¹ قانون حقوق العائلة العثماني الصادر 25-10-1917.

² عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.34.

³ تضمن قانون الأحوال الشخصية اللبناني الصادر في 1938 في تحديد سن الزواج ب 18 سنة للرجل و 17 سنة للمرأة، إبراهيم بن منصور بين إبراهيم الهفص، المرجع السابق، ص.65.

⁴ نص في المادة 1/15 على أنه: «يشترط في أهلية الزواج، العقل والبلوغ»، في حين نصت المادة 16 على أنه: «تكتمل أهلية الزواج بالنسبة للفتى ب 18 سنة، وفي الفتاة ب 17 سنة». المرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل بالقانون رقم 04 لعام 2019، ج.ر، ع.04، ل 07-02-2019.

⁵ مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم: 217(1-23)، ل 19-23 صفر 1440هـ، الموافق ل 28 أكتوبر-01 نوفمبر 2018م، بشأن زواج الصغيرات بين حق الولي ومصلحة الفتاة ومدى سلطة ولي الأمر في منعه أو تقييده من المنظور الشرعي. الملحق رقم.22.

أما بالنسبة للدول المغاربية، فقد أصدرت تونس مجلة الأحوال الشخصية سنة 1956، والتي نصت في فصلها 14 على أنه: «يجب أن يكون كل من الزوجين بالغاً»، ونص الفصل 21 على فساد عقد الزواج إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما غير بالغ¹.

في حين نصت مدونة الأحوال الشخصية المغربية² الملغاة في الفصل 08 على أنه: «تكمل أهلية النكاح في الفتى بتمام الثامنة عشرة، فإن خيف العنت رفع الأمر إلى القاضي، وفي الفتاة بتمام الخامسة عشرة من العمر».

غير أن الجزائر عرفت أول تحديد لسن الزواج سنة 1930 بموجب قانون الأهالي والذي صدر من قبل السلطات الاستعمارية وحدد سن الزواج بموجب المادة 01 منه: «... على أن الأهالي من القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطن الفرنسي لا يمكنهم إبرام عقد الزواج قبل إتمام سن الخامسة عشر سنة من عمرهم إلا بموجب إعفاء صادر عن الحاكم العام مستندا في ذلك إلى مبررات خطيرة بعد أخذ رأي لجنة تتألف من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر وقاضي الصلح و طبيب، وبعد تصريح مسبق بالخطوبة أمام الموظف، الذي يتلقى التصريح بالزواج وفقا لنص المادة 17 من قانون الحالة المدنية»³. غير أن أول قانون صادر من الدولة الجزائرية المستقلة كان سنة 1984 بموجب القانون رقم 84-11 والذي نص في المادة 7 منه على أنه: «تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام (21) سنة، والمرأة بتمام (18) سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو ضرورة».

وبالاستناد لما سبق، نعتقد أن التشريعات العربية الإسلامية تبنت تحديد سن الزواج دون الاعتماد على معايير محددة ولا أوضاع اجتماعية مؤثرة، والقول بأن الاتفاقيات والمعاهدات هي الدافع لتقنين

¹ إبراهيم بن منصور بين إبراهيم الهقاص، المرجع السابق، ص.66.

² ظهير شريف رقم 1-57-343، لسنة 1957، بتاريخ 6-12-1957، بشأن مدونة الأحوال الشخصية، ج.ر، ع.2354، ل 13 جمادى الأولى 1377هـ، الموافق ل 07 دجنبر 1957م، ص.2632.

³ قانون رقم 30-30 الصادر في 02-05-1930، المتعلق بتحديد سن الزواج. الملحق، مقتبس عن: كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2014-2015، ص.11.

سن الزواج هو أمر غريب نوعاً ما¹، ذلك أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة تم في 10-12-1948 والذي نص في المادة 1/16 على أن: «الاعتراف بحق التزوج وتأسيس أسرة للرجال والنساء متى بلغوا سن الزواج دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين...»²، واصدارها كذلك في دورتها التاسعة قرار رقم 843 لسنة 1954 وطلبت من الدول إلغاء جميع زيجات الأطفال وخطبة الصغيرات قبل سن البلوغ وهذا بموجب المادة 01، وجاء في المادة 2 على أنه: «تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين الحد الأدنى لسن الزواج، ولا يجوز التزوج قانوناً لمن لم يبلغهما، ما لم تعفه السلطة المختصة من شرط السن لأسباب جدية وتحقيقاً لمصلحة طالبي الزواج»³.

إضافة إلى الإعلان العالمي لحقوق الطفل⁴ الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار 1386 في الدورة 14 في 20-11-1959 والذي اعترف بإعلان حقوق الطفل المنعقد بجينيف 1924⁵، ومما جاء في ديباجته: «ولما كان الطفل يحتاج بسبب عدم نضجه الجسمي والعقلي الى حماية وعناية خاصة سواء قبل مولده أو بعده»، وبموجب هذه العناية فقد عرّفت الطفل بأنه: «كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة من عمره».

ناهيك عن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لـ 1979 والتي تدعو بموجب المادة 15 إلى ضرورة منح المرأة الأهلية القانونية المماثلة لأهلية الرجل في متابعة مصالحها ضمن المؤسسات القضائية والغاء كل قيد مفروض على تلك الأهلية.

¹ عبد الجليل مفتاح، حماية الأسرة في المواثيق الولية والدساتير الجزائرية، مجلة الاجتهاد القضائي، ع.7، د.س.ن، ص.9.

² قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 217، المؤرخ في 10-12-1948، المتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

³ الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار رقم: 1763 ألف (د-17) المؤرخ في 07-11-1964، المتضمن اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج.

⁴ الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار رقم: 1386 (د-14) المؤرخ في 20-11-1959، المتضمن الإعلان العالمي لحقوق الطفل.

⁵ اعتمد من المجلس العام للاتحاد الدولي لإغاثة الأطفال في جلسته بتاريخ 23 فبراير 1923، وتم التصويت النهائي عليه من قبل اللجنة التنفيذية في جلستها بتاريخ 17 مايو 1923، والموقع عليه من أعضاء المجلس العام في فبراير 1924، الموقع الإلكتروني:

إعلان حقوق الطفل لعام 1924 - جنيف - مكتبة حقوق الإنسان بجامعة منيسوتا (umn.edu)، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، تاريخ الاطلاع: 11-02-2023، على الساعة: 14:04.

وأهم ما يمكن التطرق إليه في الاتفاقيات الدولية هو مؤتمر الأمم المتحدة للمرأة بعنوان المساواة والتنمية والسلام في القرن الحادي والعشرين بنيويورك لسنة 2000 والذي دعا إلى الحرية الجنسية والإباحية للمراهقين والمراهقات والتبكير بها مع تأخير سن الزواج. ودعت المنظمة الدولية لرعاية الطفولة يونيسيف إلى مكافحة الزواج المبكر عالميا من خلال اتفاقية الرضا بالزواج، العمر الأدنى للزواج، تسجيل الزواج المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 01-11-1992¹.

وأمام هذا الهجر المفاجئ لما كان معمول به في التشريع الإسلامي لأكثر من ثلاثة عشرة قرن، والذي يقضي بأن تحديد أهلية الزواج يكون بالبلوغ الطبيعي والرشد-مع أن هذا الأخير لا يعتمد على جمهور الفقهاء-. وعليه، فإن تحديدها بسن معينة يكون نادرا ما يتم اللجوء إليه في حالة تأخر البلوغ الطبيعي. وعلى هذا الأساس، كان لنا أن نتساءل عن الموقف الشرعي لعلماء هذا العصر من هذا التحول، هل هو أمر منافي للشريعة الإسلامية؟ أم أنه من السياسة الشرعية اعتماد أهلية الزواج بسن معينة، طبقا للظروف الاجتماعية التي اقتضاها الوقت الراهن؟

وفي هذا الصدد، ظهر قولين في تحديد الموقف الشرعي لفقهاء العصر الحالي. حيث ذهب الأول إلى القول بعدم جواز إصدار قانون لتحديد ابتداء سن الزواج. وهذا ما ذهب إليه كثير من أهل العلم، من أبرزهم العلامة الشيخ محمد نجيب المطيعي والشيخ عبد العزيز بن باز² وغيرهم.

واستدلوا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء المتقدمين الذين أجازوا نكاح الصغار، فلا يجوز الإقدام على تعديل أو تعديل ما دل عليه الكتاب والسنة والإجماع، من عدم تحديد سن الزواج، بل الواجب الاستسلام والانقياد لما دلت عليه الأدلة، دون اعتراض عليها أو تقييد لها³، فتحديد سن الزواج، ومنع الشخص من مباشرة عقده قبل هذه السن المحددة يقتضي منع الحلال، الذي ندب الشارع إليه وحض الناس عليه، أو منع السنة المؤكدة، وكلا الأمرين معصية بإجماع المسلمين. فليس لأحد أن يشرع أو يغير

¹ إبراهيم بن منصور بن إبراهيم الهقاص، المرجع سابق، ص.73.

² عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، مجموع الفتاوى، جمع وإشراف: محمد بن سعيد الشويعر، دار القاسم للنشر، الرياض، ج.4، ط.1، 1420هـ، ص.125.

³ خالد بن عبد الله المصلح، تحديد سن ابتداء الزواج رؤية شرعية، المجمع الفقهي الإسلامي، الرياض، ط.1، د.س.ن، ص.22.

ما شرعه الله ورسوله، لأن فيه الكفاية، ومن رأى خلاف ذلك فقد ظلم نفسه، وشرّع للناس ما لم يأذن به الله¹.

في حين ذهب القول الثاني، إلى إجازة تحديد سن الزواج؛ وهو ما أخذ به عديد العلماء أمثال مفتي جمهورية مصر العربية عبد الرحمن قراة وشيخ الأزهر محمد أبو الفضل والشيخ محمد بن صالح العثيمين وغيرهم².

وقد استدلو بأن تحديد سن الزواج، هو محل خلاف لدى الفقه المتقدم، فزواج الصغار لا يحقق مقاصد الشريعة في النكاح ولا يجرز مصالحه، فمن الممكن أن يصل الأمر إلى عدم معرفة المقبل على الزواج لمعنى النكاح، فكيف هو الحال بمعرفة مصالحه³.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تهدف إلى تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها⁴. والإخلال بهذا مزلة، فمن لم يوازن بين ما في الفعل والترك من المصلحة الشرعية والمفسدة الشرعية، فقد يدع واجبات، ويفعل محرمات. ومفاسد زواج الصغيرات غالبية على مصالحه، مع ضعف الأمانة والتعلق بالدينا. فيكون تحديد سن الزواج وسيلة لمنع تلك المفاسد. ولهذا نظير في منع عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعض الصحابة من الزواج بالكتبايات؛ لما خشي أن يفضي إلى المفاسد⁵. ومن فعل عمر رضي الله عنه، يتبين ما ذكره شيخ الإسلام بن تيمية حيث قال: «فإن الأمر والنهي، وإن كان متضمنا

¹ عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، المرجع السابق، ص. 126-127.

² محمد بن صالح بن محمد العثيمين، شرح صحيح البخاري، تخرّيج وتعليق: محمد ناصر الدين الألباني، عبد العزيز بن البارز، المكتبة الإسلامية، القاهرة، ج. 6، ط. 1، 1428هـ، 2008م، ص. 272.

³ محمد بن صالح بن محمد العثيمين، شرح... المرجع السابق، ج. 12، ص. 57.

⁴ تقي الدين أبو العباس بن تيمية، الاستقامة، تحقيق: محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد سعود، المدينة المنورة، السعودية، ج. 1، ط. 1، 1403هـ، ص. 288.

⁵ وفيه تزوج حذيفة يهودية فكتب إليه عمر: طلقها. فكتب إليه لم، أحرام هي؟ فكتب إليه لا ولكني خفت أن تدعوا المسلمات وتعاطوا المومسات منهن. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج. 7، باب ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك دون أهل الكتاب، وتحريم المؤمنات على الكفار، ح. ر: 13984، ص. 280.

لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة، فينظر في المعارض له، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفسد أكثر؛ لم يكن مأمورا به؛ بل يكون محرما إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته»¹.

كما أن الوقت الحالي يختلف عما مضى، فالبنية الجسمانية للمقبل على الزواج خاصة بالنسبة للمرأة تجعلها غير قادرة على القيام بالرعاية المنوطة بها، في بيت زوجها، كما قال النبي ﷺ: {...وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيْتِ زَوْجِهَا}².

بالإضافة إلى إمكانية توفر سوء النية فيمن يتولى زواج الصغار، والذي سيؤدي لا محالة إلى ظلمهم بتزويجهم غير الأكفاء، لتحصيل مصالح مادية أو غيرها، حاضرة أو مؤجلة. فيكون تحديد سن ابتداء الزواج مندرجا في قاعدة سد الذرائع، وهي من الوسائل المباحة إذا كانت تفضي إلى محرم غالبا³.

وأمام هذين الرأيين، نعتقد أن محل الخلاف بينهما، راجع إلى أن الأول يؤكد ما جاءت به المذاهب الأربعة من جواز زواج الصغار. بينما الثاني يرى بأن جواز تحديد سن الزواج، يضمن بأن الشخص الذي يكون مقبلا عليه هو شخص بالغ. وعليه، فقد تغير الزمان والمكان والأشخاص، وبقي الخلاف نفسه. على أساس أن الفقه المتقدم اعتمد سنا معينة للزواج في حالة تأخر الأُمُرات الطبيعية، وحتى بالنسبة لزواج الصغار، ينبغي أن يكون في تزويجهم مصلحة ظاهرة ومستعجلة.

إلا أننا نرى أن محل الخلاف الجوهرى هو المعيار المعتمد في تحديد سن البلوغ، هل يكون من خلال الأُمُرات الطبيعية أم من خلال السن القانونية المحددة في التشريعات؛ مع العلم أن الشخص المقبل على الزواج في كلتا الحالتين هو شخص بالغ. والسؤال الذي ينبغي أن يطرح من قبل أهل العلم هو أنه لماذا تم الانتقال في تحديد سن البلوغ من قبل المشرعين من البلوغ الطبيعي إلى تحديد سن قانونية؟

¹ تقي الدين أبو العباس بن تيمية، مجموع...، المرجع السابق، ج.28، ص.129.

² أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.11: كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل، ح.ر:1829، ص.1459. محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.11: كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، ح.ر:893، ص.5.

³ أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرابي، الفروق، وزارة الأوقاف، السعودية، ج.2، ط.خ، 1431هـ، 2010م، ص.32.

في الحقيقة، يرجع هذا الأمر إلى عديد الأسباب والاعتبارات الدينية والاجتماعية؛ فانخفاض الوازع الديني يعد من أهمها، والذي نتج عنه تراجع الشباب عن الدخول في الزواج خوفا من تهدم مشروعه مبكرا؛ كما يمكن أن يكون مرتبط بالظروف الخاصة للمقبلين على الزواج الذين يرغبون على سبيل المثال بإكمال تعليمهم العالي؛ بالإضافة إلى المشاكل الاجتماعية الأخرى وبالخصوص الزيادة السكانية المرتفعة التي لا تتماشى ومقتضيات الظروف الراهنة، خاصة الأزمات السياسية التي تعيشها البلاد العربية بصفة عامة، والمغربية بصفة خاصة¹.

وبالتالي، فمن المغالطة أن يجعل الخلاف دائرا بين منع زواج الصغير والصغيرة مطلقا، وإباحته مطلقا. فإن بين الأمرين وسطا لم ينقل عن أحد من العلماء خلاف فيه، وهو من بلغ بالفعل في سن 15 أو 16 أو 17، وهو لا يصدق عليه وصف الصغر لغة ولا شرعا². والظاهر، إنه من الناحية الانضباطية في الوقت الحاضر، أن يمنع الأب من تزويج ابنته مطلقا، حتى تبلغ وتُستأذن³.

3. موقف التشريعات المغربية:

بناء على ما تقدم، نجد أن الدول المغربية كما أشرنا آنفا، قد سايرت التشريعات العربية المسلمة في تقنين سن الزواج بالاعتماد على سن معينة.

فالمشرع الجزائري لم يعتمد على البلوغ الطبيعي في تحديد أهلية الزواج، بل من خلال سن معينة قدرها بـ 16 سنة للفتاة و18 سنة للفتى وهذا بموجب قانون المتعلق بتنظيم سن الزواج واثبات العلاقات الصادر سنة 1963⁴. غير أنه بصدور القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، حدد أهلية الزواج بموجب المادة 07 على أنه: «تكتمل أهلية الرجل في الزواج تمام 21 سنة وللمرأة بتمام 18 سنة». وقد حاول المشرع برفعه سن الزواج من خلال هذا النص مجابهة النمو الديموغرافي الذي بلغ ذروته آنذاك،

¹ فؤاد عبد اللطيف أحمد، الزواج المبكر بين الشريعة والقانون، مجلة الحجاز العالمية المحكمة للدراسات الإسلامية والعربية، عمان، الأردن، 2015، ع.12، ص.279.

² محمد رشيد بن علي رضا، مجلة المنار، مطبعة المنار، مصر، ج.25، د.ط، 1342هـ، ص.147.

³ محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح... المرجع السابق، ج.06، ص.272.

⁴ قانون رقم 63-224 المؤرخ في 29-06-1963، المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج. مقتبس عن: كريمة محروق، المرجع السابق، ص.12.

والذي لم يكن للدولة الجزائرية الإمكانيات المادية لمواجهة، والذي ترتب عليه بالضرورة تراجع القدرة المالية للشخص، التي تجعله غير قادر على تحمل مسؤوليات الزواج¹.

ومن الناحية القانونية، فقد ترتب على هذا التحديد نوع من التعارض بين أهلية الزواج والأهلية المدنية، فيصبح الرجل راشدا في معاملاته المدنية وقاصرا فيما يخص عقد الزواج. وفي الجهة المقابلة، تكون المرأة أهلا لإبرام عقد الزواج، وقاصرة في تصرفاتها المدنية نظرا لعدم بلوغها السن القانونية المقدره بـ 19 سنة². مع الأخذ بعين الاعتبار أن المرأة البالغة 18 سنة في ظل القانون 84-11 لا تتمكن من مباشرة زواجها بنفسها، ذلك أن المواد 09 و 11 من قانون الأسرة 84-11 تعتبران الولي من أركان عقد الزواج، لما له من الصلاحية في مباشرة زواج موليته، على اعتبار أن هذا الأخير أدى بشؤونها ويعمل للحفاظ على مصلحتها³. وهو الأمر الذي أكدته القضاء الجزائري⁴.

ولتدارك هذا التعارض والاشكالات القانونية المترتبة عليه، أصبح سن الزواج مقدرا بـ 19 سنة للجنسين من خلال تعديل المادة 07 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، ليتحقق التوافق بين أهلية الزواج والأهلية المدنية.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد مركز الأهلية في عقد الزواج، فلم ينص عليها في المادة 09 من قانون الأسرة التي حددت ركن الزواج ممثلا في الرضا، ولا من خلال شروط صحته المنصوص عليها في المادة 09 مكرر منه. وفي حقيقة الأمر، لا يُعنى بهذا التوجه أن المشرع لا يعتبرها من شروط صحة الزواج، كل ما في الأمر أنه خصص لمسألة الأهلية نص قانوني منفصل عن النصوص القانونية المنضمة لشروط صحة الزواج. كما أن تحديد المشرع لسن الزواج لا علاقة له بسن الرشد المنصوص عليه في القانون المدني في المادة 40 منه، وإنما يرتبط بالبلوغ الطبيعي ووظيفة الزوجين في إنجاب الذرية⁵.

¹ العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.62.

² الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.60.

³ العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.124.

⁴ حيث قرر بأنه: «ليس للمرأة أن تزوج نفسها وأن حضور وليها إلى جانبها هو شرط أساسي وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا يقضي به القاضي من تلقاء نفسه». م.ع، غ.أ.ش، 07-12-1986، م.ق، ع.1، 1986، ص.139.

⁵ الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.3، 2015، ص.30.

وعليه، لا يطرح اشكال بخصوص توافق توجه المشرع الجزائري من عدمه مع أحكام الشريعة الإسلامية، من حيث منعه لزواج ما دون السن القانونية. وإنما يطرح في إحجام الشباب عن الزواج وتأخره لما بعد سن الثلاثين بسبب البطالة وأزمة السكن والعجز عن تحمل تكاليف الزواج، مما نتج عنه مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة والذي يشهد ارتفاعا فاحشا في الوقت الحالي¹.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد حدد سن الزواج بـ 15 سنة للفتاة و18 سنة للفتى في مجلة الأحوال الشخصية لـ 1956. غير أنه بعد التعديل، أصبح سن الزواج بـ 17 سنة للفتاة و20 سنة للفتى بموجب الفصل 05 من مجلة الأحوال الشخصية المعدلة سنة 1964، والسبب في رفع سن الزواج بالنسبة للجنسين، راجع إلى أنه يعطي الفرصة والوقت الكافي للطرفين للاستقرار والاكتفاء المادي لتحمل أعباء الزواج، كما أن الاعتبارات الاجتماعية لعبت دورا أساسيا في هذا التوجه، فتحديد النسل كان الشغل الشاغل للدولة التونسية آنذاك².

وفي الواقع، لا ترتبط القدرة المادية على الزواج نھائيا بسن الرشد، ذلك أن هذا الأخير يعتبر قرينة بسيطة على توفر القدرة، في حين يمكن أن يكون الشخص قاصرا وله من الإمكانيات المادية المعتبرة التي لا تتوفر لدى الشخص البالغ. بالإضافة إلى أن انخراط المرأة في العمل، يعطي للمقبلين على الزواج فرصة التأزر والتعاون على تحمل الأعباء الزوجية³، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، نجد أن المشرع التونسي قد وقع في تناقض⁴ بين نصوصه القانونية خاصة بعد صدور مجلة حماية الطفل التي اعتبرت⁵ على منوال اتفاقية حقوق الطفل، من خلال الفصل 03 منها سن الرشد بـ 18 سنة للجنسين، وما دون ذلك يعتبر طفلا قاصرا. في حين حددت مجلة الأحوال الشخصية من خلال الفصل 05 منها

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 25.

² ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص. 31.

³ نصح بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964، المؤرخ في 20-02-1964، المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21-04-1964.

⁴ هجيرة خدام، المرجع السابق، ص. 159.

⁵ القانون عدد 92 لسنة 1995، المؤرخ في 09-11-1995 المتضمن مجلة حماية الطفل، المتمم بالقانون عدد 41 لسنة 2002 المؤرخ في 17-04-2002، ر.ر.ج.ت، ع. 32، لـ 19-04-2002، ص. 1139.

أهلية المرأة للزواج بـ 17 سنة، و20 سنة للرجل. غير أن قانون الحالة المدنية¹ التونسي لسنة 1994 ألزم الأشخاص المكلفين بإبرام عقد الزواج بعدم توثيقه لمن لم يبلغ من الجنسين السن المقررة قانون بـ 18 سنة في الفصل الثالث من مجلة حماية الطفل²، وبـ 17 سنة. وأمام هذا التعارض، ولما كانت القاعدة تقتضي بأن الخاص يقيد العام، فإن السبيل القانوني الأمثل يكون بتطبيق الفصل 03 من مجلة حماية الطفل التي تمنع المرأة من الزواج على الرغم من أن أهلية الزواج لديها كاملة³.

وبناء على هذه الأسباب، قام المشرع التونسي سنة 2007⁴ بتعديل مجلة الأحوال الشخصية وأصبح بمقتضاها سن الزواج مقدر بـ 18 للرجل والمرأة، وترتب على هذا التعديل إزالة التعارض بين مجلة الأحوال الشخصية وبين مجلة حقوق الطفل. ومن جهة أخرى، تحقيق التلاؤم بين مجلة الأحوال الشخصية واتفاقية حقوق الطفل التي صادقت عليها تونس سنة 1991⁵. غير أن المشرع التونسي لم يتدارك الاختلاف الوارد بين مجلة الأحوال الشخصية، وما تضمنته مجلة الالتزامات والعقود التي حددت الأهلية المدنية بـ 20 سنة طبقاً للفصل 07، إلا مؤخراً بموجب تنقيح بعض فصول مجلة الالتزامات والعقود⁶ سنة 2010 وأصبح محدد بـ 18 سنة للجنسية. كما يستنتج من مضمون الفصل 05 من المجلة أن إبرام عقد الزواج دون مراعاة السن القانونية هو أمر غير جائز.

¹ القانون عدد 3 لسنة 1957، المؤرخ في أول أوت 1957، والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية، ر.ر.ج.ت، 02-08-1957، ص.13.

² تبريرات رفع سن الزواج تتعلق بالحد من الإنجاب وتنظيم النسل، على اعتبار أن الزواج المتأخر يمكن من إنجاب عدد أطفال أقل؛ حامد الجندلي، قانون الأحوال الشخصية التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط.1، 2011، ص.482.

³ ينص الفصل 03 من مجلة حماية الطفل على أن: «المقصود بالطفل على معنى هذه المجلة، كل إنسان عمره أقل من ثمانية عشر عاماً ما لم يبلغ سن الرشد بمقتضى أحكام خاصة».

⁴ القانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14-05-2007. بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية، ر.ر.ج.ت، ع.42، لـ 08 جمادى الأولى 1428هـ، الموافق لـ 25 ماي 2007م، ص.1851.

⁵ قانون عدد 92 لسنة 1991 مؤرخ في 29-11-1991، يتعلق بالمصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، ر.ر.ج.ت، لـ 3-12-1991، عدد 82، ص.1619.

⁶ بموجب القانون عدد 39 لسنة 2010، المؤرخ في 26-07-2010، المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني، ر.ر.ج.ت، لـ 30-07-2010، ع.61، ص.2108.

وبالنسبة للمشرع المغربي، فقد حددت مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة أهلية الزواج بـ 15 سنة بالنسبة للفتاة و18 سنة بالنسبة للفتى في الفصل 08 منها. غير أنها تراجعت عن هذا الفصل في مدونة الأسرة بموجب المادة 18 منها وحددت أهلية الرجل والمرأة بـ 18 سنة؛ ويعتبر هذا النص تطبيقات لما صادقت عليه المغرب في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي نصت في البندين الأولين من المادة 15 منها: «تتعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون. تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية، أهلية قانونية ماثلة للرجل، وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية، وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملهما على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية»، كما نصت في المادة 16 على أنه: «لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعية منها، لتحديد سن أدنى للزواج وتجعل تسجيله في سجل رسمي أمرا إلزاميا»¹. ويعود السبب في ذلك، أن الشخص الذي يكون سنه ما دون 18 سنة هو مجرد طفل طبقا لما نصت عليه اتفاقية حقوق الطفل².

ويتضح من النصوص سالفة الذكر، أن المساواة بين الفتى والفتاة في سن الزواج، من المبادئ المستجدة التي أخذت بها المدونة الجديدة، فحدده بتمام 18 سنة شمسية كاملة من عمرهما، وأهلية الزواج لا تتحقق ببلوغ الفتى والفتاة لهذه السن فقط، بل يجب أن يتمتع كل واحد منهما بكامل قواه العقلية. فالعقل والادراك يعد من قبيل الشروط الأساسية لعقد الزواج، فإذا كان أحد الزوجين مجنونا أو معتوها كان الزواج فاسدا؛ لأن الجنون والعته من عوارض الأهلية التي تحتاج إلى تدخل قضائي، وكل تصرف صادر عن هذه الفئة يعتبر باطلا مطلقا، وإذا ما تعلق الأمر بالزواج، فقد اعتبره المشرع المغربي زواجا فاسدا³.

¹ المكّي إقلانية، المرجع السابق، ص.221.

² ظهير شريف رقم 1.93.363 صادر في 9 رجب 1417، الموافق لـ 21 نوفمبر 1996، بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، ج.ر، ع.4440، الصادرة يوم الخميس 19 دجنبر 1996، ص.2847.

³ راجع المواد 23 و60 و61 من مدونة الأسرة.

وبالتالي، متى تحقق الإدراك وبلوغ سن الرشد القانونية يعتبر الشخص أهلا لإبرام عقد الزواج؛ ويرجع ذلك إلى أن الشخص ببلوغه ذلك السن يكون عاقلا ومدركا لخطورة عقد الزواج، فهو تصرف قانوني له أهمية خاصة لما يحمل الزوج من تبعات مالية، لالتزامه بدفع مبلغ الصداق وتجهيز بيت الزوجية والانفاق على الزوجة بعد البناء بها مباشرة، فالقاعدة العامة أن من لم يبلغ 18 سنة من يحجر عليه من الناحية المالية لصغر سنه¹.

كما أن المشرع المغربي سعى من خلال هذا التحديد، لضمان تطبيق القانون المغربي على المغاربة ببلدان الإقامة أو على الأقل عدم مخالفة تطبيق القانون الأجنبي المطبق على زواجهم بخصوص شرط الأهلية للنظام العام المغربي²، وقد حقق المساوات بين الرجل والمرأة من جهة. وبين أهلية الزواج والأهلية المدنية من جهة أخرى. حيث ينص الفصل 01/03 من قانون الالتزامات والعقود على أن: «الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية». وهو ما نص عليه في المادة 209 من مدونة الأسرة بقولها: «سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة».

وقد اعتبر الفقه المغربي رفع السن القانونية للفتاة من 15 سنة إلى 18 سنة هو انتصار لها ورفعاً للظلم التي كانت تتعرض له الفتاة المغربية التي كانت تغتصب في طفولتها بتزويجها في سن الخامسة عشر من عمرها وهو سن جد منخفض لن تقوى من خلاله على تحمل آثار الزواج الذي هو مؤسسة لتدبير الشأن الأسري تدبيرا حكيما لن يتسنى للصغار تحمل مسؤولياته³.

في حين اعتبر البعض الآخر أن هذا الإجراء غير مؤسس لا من الناحية الاجتماعية، حيث أثر هذا التحديد على النساء القرويات-وما أكثرهم في المغرب- اللاتي يعتبرن الزواج بمثابة الهدف الأسمى الذي يتم من خلاله التخلص من قسوة العيش في الفقر والمعاناة؛ كما أنه من الناحية القانونية، لا يمنع من تحديد سن أقل مما نصت عليه اتفاقية حقوق الطفل إذ احترمت الأوضاع الاجتماعية للدول

¹ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 260.

² عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 71.

³ إدريس الفاخوري، بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الجديدة، مداخلة في مؤتمر بعنوان مدونة الأسرة، المعهد العالي للقضاء، المغرب، 2004، ص. 156.

الأطراف في المعاهدة التي لن يتسنى لها تحديد سن الزواج بـ 18 سنة حيث نصت في البند الأخير: «ما لم تنص التشريعات المحلية على خلاف ذلك»¹.

ومن الناحية الدينية، وجب توفير أدنى الشروط لإبرام الزواج حماية للمقبلين عليه من الزنا، لذلك كان لزاما على ولاية الأمر توفير هذه الحماية، على اعتبار أنها تحقق التوازن النفسي والاستقرار الأسري للشباب والشابات، ولعل نتاج هذا التقنين، يتم حصدها في الوقت الراهن، وذلك من خلال كثرة العلاقات الجنسية التي تتم خارج إطار الزواج، وهو ما يعتبر بمثابة افلاس أخلاقي، والذي يتم مداراته من خلال الزيجات العرفية التي لن يتسنى للقضاة معرفة حلالها من حرامها².

كما أن القول بأن المرأة التي لم تبلغ الثامنة عشرة من عمرها، معرضة لأضرار جسدية نتيجة للعلاقة الجنسية والحمل والوضع؛ هو أمر دفع بجمعية نقابة الأطباء المغربية بالسخرية من اللجنة الاستشارية الملكية التي أعدت مشروع مدونة الأسرة، على أساس أن هذا التحديد فيه حرمان للشخص من حقه الطبيعي. لذلك فإن المدونة قررت هذا النص لفئة معينة من النساء مخافة الأضرار التي تصيبهم نتيجة عدم اكتمال بلوغهم؛ ولكنها لم تراعي الأشخاص الذين يبلغون في سن مبكرة جدا لا يتسنى لهم فيها من الزواج، مما سيدفعهم، إما إلى الكبت؛ وإما لإطلاق الحرية الجنسية، وكلا الحالتين خطرهما أعظم بكثير من الأضرار التي تترتب على الزواج المبكر³.

ويعتقد بعض الفقه أن التشريعات المغربية للأسرة قد وفقت في تحديد السن التقديري للزواج؛ فمن جهة لم يشر القرآن الكريم ولا السنة النبوية من خلال نص قاطع وثابت يفترض أن أهلية الشخص تقوم على معيار البلوغ الطبيعي. ومن جهة أخرى، فإن تحديد أهلية الزواج بالبلوغ الطبيعي من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية يستند على مصلحة وعوامل تجاوزها الزمن نتيجة للتطورات التي عرفت

¹ عبد السلام بلاحي، المرأة المغربية مقاربات في الإصلاح، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دراسات، المغرب، 2001، ع.38-39، ص.38.

² سناء زعيمي، الوضع القانوني للمرأة المغربية بين الكونية والخصوصية، دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، المغرب، 2005-2006، ص.116.

³ خديجة الركاني، مدونة الأسرة والمنظومة الكونية لحقوق الإنسان، منشورات الزمان، المغرب، 2004، ع.04، ص.198.

المجتمعات، لذلك كان من الضروري على المشرع مسايرة هذه التطورات ووضع نصوص قانونية تتماشى مع الواقع¹.

ويعتبر تحديد السن القانونية، هو من باب السياسة الشرعية التي تهدف حماية الأسرة من المفساد؛ وعليه حتى ولو أقرنا بما قاله الفقهاء بجواز نكاح الصغار، فإن التقييد الذي أقرته التشريعات المغاربية يندرج ضمن قيد الجواز أو المباح، على أساس أن زواج الصغار غالباً ما تترتب عليه مفساد وأضرار، لا يمكن استدراكها، لذلك وجب حسمها قبل الوقوع فيها، من باب إعطاء المتوقع حكم الواقع².

ثانياً- الكفاءة في عقد الزواج:

على غرار الأهلية، اعتد الفقهاء بشرط الكفاءة في عقد الزواج؛ وهي التساوي والتعادل والمماثلة، ومنها الكفاء وهو النظير والمساوي، وكذلك الكفاء والكفو على فعل وفعل، والمصدر الكفاءة بالفتح والمد؛ ويقال فلان كفى فلان وكفو فلان، وفلان كفاء فلانة إذا كان يصلح لها بعلاً، والجمع من ذلك أكفاء³. وهو نفس المعنى الذي اصطلح عليها في أقوال الفقهاء بأن اعتبروها المساواة والمماثلة؛ وفي موضوع الزواج، هي المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة، يعد الإخلال بها مفسداً للحياة الزوجية⁴، فهي إذن أمر يوجب عدمه عاراً، وهي لا تعتبر من شروط صحة النكاح، واشتراط التماثل في معان خاصة مفروض حتى لا تعير الزوجة ولا وليها بهذا الزواج⁵.

¹ جيلالي تشوار، الزواج...، المرجع السابق، ص.52.

² رشيد عمري، المرجع السابق، ص.124.

³ ابن منظور، المرجع السابق، ج.1، ص.140.

⁴ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.156.

⁵ أبو بكر البكري الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر، دمشق، ج.3، ط.1، 1418هـ، 1997م، ص.377.

وتستمد الكفاءة في عقد الزواج مشروعيتها من قوله ﷺ: {تَخَيَّرُوا لِئَنْظِفَكُمْ وَانكِحُوا الْأَكْفَاءَ وَانكِحُوا إِيَّاهُمْ} ¹، وقوله أيضا: {ثَلَاثَةٌ لَا تُؤَخَّرُهَا: الصَّلَاةُ إِذَا أَتَتْ، وَالْجَنَازَةُ إِذَا حَضَرَتْ، وَالْأَيْمُ إِذَا وَجَدَتْ كُفُوًا} ².

فوجه الدلالة من قوله ﷺ، أنه لما كان في نكاح غير الكفاء عار على الزوجة والأولياء، وعضاضة على الأولاد؛ كان للزوجة أو وليها دفع هذا العار وهذه العضاضة ³.

وقد اختلف الفقهاء حول اشتراطها، بالإضافة إلى اختلافهم في تحديد أنواع الكفاءة المعتبرة في عقد الزواج، وهو ما سنحاول توضيحه في النقطة الموالية.

1. الاختيارات الفقهية في تحديد معايير الكفاءة في عقد الزواج:

تشعبت آراء الفقهاء في تحديد طبيعة الكفاءة في عقد الزواج (أ)، بالإضافة إلى الخلاف الفقهي حول تحديد أنواع الكفاءة (ب).

أ. طبيعة الكفاءة في عقد الزواج:

انقسمت كلمة الفقه بين رأيين؛

حيث ذهب الرأي الأول ⁴ إلى أن الكفاءة لا تعتبر شرط في عقد الزواج، واستندوا في توجيههم إلى عديد الأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية.

فيقول المولى عز وجل: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ﴾ ⁵، فالتقوى في قوله تعالى هو المعيار الأساسي الذي يقاس عليه كفاءة الشخص، وهو ما يتأكد من خلال أمر النبي ﷺ بني بياضه أن يزوجوا أبا هند

¹ أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المرجع السابق، ج.2: كتاب النكاح، ح.ر: 2687، ص.176.

² أبو عبد الله ضياء الدين المقدسي، المستخرج من الأحاديث المختارة مما لم يخرج البخاري ومسلم في صحيحيهما، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، دار خضر للطباعة، بيروت، ج.2، ح.ر: 691، ط.3، 1420هـ، 2000م، ص.313.

³ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.9، ص.100.

⁴ وهو قول مالك والكرخي وقول سفيان الثوري والحسن البصري. وهو رواية عن الإمام أحمد والشافعي، كما روي عن عمر بن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سلمان وابن سيرين وابن عوف وزيد بن علي. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2: كتاب النكاح، ص.317؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.33.

⁵ سورة الحجرات، الآية.13.

امرأة منهم، فقالوا لرسول الله نزوج بناتنا موالينا؟¹ فأنزل الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقْوَىٰ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾².

ويقول ﷺ: {إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ، فَأَنْكِحُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةً فِي الْأَرْضِ وَفَسَادًا. قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ؟ قَالَ: "إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَأَنْكِحُوهُ" ثَلَاثَ مَرَّاتٍ {³.

ويقول أيضا: {أَلَا لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَىٰ أُعْجَمِيٍّ وَلَا لِعَجَمِيٍّ عَلَىٰ عَرَبِيٍّ وَلَا لِأَحْمَرَ عَلَىٰ أَسْوَدَ وَلَا أَسْوَدَ عَلَىٰ أَحْمَرَ إِلَّا بِالتَّقْوَىٰ {⁴. بالإضافة إلى عديد الأحاديث النبوية الشريفة التي تؤكد هذا التوجه.

في حين ذهب جمهور الفقهاء⁵ إلى اعتبار الكفاءة من شروط النكاح، واستدلوا على قوله ﷺ: {أَلَا لَا يُزَوَّجُ النِّسَاءَ إِلَّا الْأَوْلِيَاءَ وَلَا يُزَوَّجَنَّ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ {⁶.

وقوله أيضا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال له رسول الله ﷺ: {ثَلَاثٌ يَا عَلِيُّ لَا تُؤَخِّرُهُنَّ: الصَّلَاةُ إِذَا أَتَيْتَ، وَالْجِتَارَةُ إِذَا حَصَرْتِ، وَالْأَيْمُ إِذَا وَجَدْتِ كُفْرًا {⁷. وكذلك قوله ﷺ: {تَخَيَّرُوا لِطُفْلِكُمْ فَأَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمُ الْأَكْفَاءَ {⁸.

¹ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبو بكر القرطبي، المرجع السابق، ج.16، ص.340.

² سورة الحجرات، الآية.13.

³ أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.9: أبواب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، ح.ر: 1085، ص.387.

⁴ أبو عبد الله أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج.38، ح.ر: 23489، ص.474.

⁵ بدر الدين العيني، المرجع السابق، ج.4، ص.151؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.33؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.270؛ إعانة الطالبين، ج.3، ص.322.

⁶ الحافظ علي بن عمر الدارقطني، المرجع السابق، ج.15: كتاب النكاح، باب المهر، ح.ر: 3601، ص.358. أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.39: كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، ح.ر: 13761، ص.215.

⁷ أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المرجع السابق، ج.2: كتاب النكاح، ح.ر: 2686، ص.176.

⁸ المرجع نفسه، ص.177. أبو عبد الله ضياء الدين المقدسي، المرجع السابق ج.2، ح.ر: 691، ص.313.

وحديث بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: {العَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ قَبِيلَةٌ بِقَبِيلَةٍ، وَرَجُلٌ بِرَجُلٍ، وَالْمَوَالِي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ قَبِيلَةٌ بِقَبِيلَةٍ وَرَجُلٌ بِرَجُلٍ إِلَّا حَائِكٌ أَوْ حِجَامٌ} ¹. وقوله ﷺ: {لَأَمْنَعَنَّ تَزْوِجَ ذَوَاتِ الْأَحْسَابِ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ} ².

وقد أضاف الجمهور ³ ما يثبت توجههم أن تحقيق الزواج لمقاصده الشرعية لا يتحقق إلا إذا تم بين الأكفاء ⁴، وأن تتحقق في الرجل على وجه الخصوص، لما يملكه من القوامة الزوجية التي تمكنه من تسيير الأسرة وتدبير أمورها، بخلاف الزوجة التي لا تشتترط فيها الكفاءة ⁵.

ويتلخص من الرأيين، أن رأي الجمهور هو الأولى بإعماله، ويتأكد أكثر فأكثر، ذلك إن الله سبحانه وتعالى اعتبر الكفاءة في الدين حيث يقول عز من قائل: ﴿وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾ ⁶.

كما أن النبي ﷺ أرشد فاطمة بنت قيس لنكاح الكفاء في قوله: {...أَمَّا مُعَاوِيَةَ فَضُغْلُوكَ لَا مَالَ لَهُ} وقوله أيضا في أبي جهم: {...فَرَجُلٌ لَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ}، وخير ﷺ زوجا كفاء لها لقوله: {وَلَكِنَّ انْكَحِيَ أُسَامَةَ} ⁷.

¹ قال الألباني أن الحديث موضوع لانقطاع إسناده بين شجاع وبن جريج. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء...، المرجع السابق، ج.6: كتاب النكاح، ح.ر: 1869، ص.268.

² الحافظ علي بن عمر الدارقطني، المرجع السابق، ج.15، كتاب النكاح، باب المهر، ح.ر: 3785، ص.457. قال الألباني بأن الحديث ضعيف، محمد ناصر الدين الألباني، إرواء...، المرجع السابق، ج.6: كتاب النكاح، ح.ر: 1867، ص.265.

³ ينبغي الإشارة إلى مسألة مهمة في أدلة الجمهور الذين استندوا إلى أحاديث ضعيفة من جهة؛ وأحاديث لا يحتج بها في جانب الكفاءة من جهة أخرى. وللتفصيل في هذا الموضوع راجع: محمد ناصر الدين الألباني، إرواء...، المرجع السابق، ج.6: كتاب النكاح، ح.ر: 1867، ص.265.

⁴ بدر الدين العيني، المرجع السابق، ج.4، ص.152.

⁵ عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، مصر، ط.1، 1425هـ، 2004م، ص.309.

⁶ سورة البقرة، الآية. 221.

⁷ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.18: كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، ح.ر: 1480، ص.1114.

وذلك راجع إلى أن رأي الجمهور من الفقهاء فيه تحقيق للمساواة العامة والمصلحة الزوجية التي لا تتحقق إلا بين زوجين متكافئين. على أساس أنه من الصعوبة أن يتم الجمع بين قلبين متباعدين، والتاريخ يوضح ميول أغلب الناس إلى من يكافئهم في المقاييس الاجتماعية في كل عصر¹.

ب. أنواع الكفاءة:

إن اختلاف الفقهاء في تحديد طبيعة الكفاءة في عقد الزواج، ترتب عليه الاختلاف في تحديد أنواعها، والأمر بطبيعة الحالة يرجع إلى العرف والعادة التي فرضته قوتها الإلزامية في تحديد معايير الكفاءة. غير أنهم أجمعوا² على الدين كمعيار ثابت تتحدد به كفاءة الرجل المقبل على الزواج، مع الإشارة إلى أن الدين المقصود في هذه الحالة ليس بالإسلام، على أساس أن هذا الأخير يعتبر من موانع الزواج وهو أمر مفروض³؛ بل بلوغ الزوج درجة من التقوى والصلاح والاستقامة ومكارم الأخلاق، فالشخص المتصف بهذه الصفات يعتبر متدينا⁴. وقد حث النبي ﷺ على الزواج من ذوات الدين فقال: { **تُنكحُ المَرْأَةُ لِأَنْبَعِ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَلِجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا، فَاطْفَرُ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبُّثٌ يَدَاكُ** }⁵ وقال ﷺ: { **الدُّنْيَا مَتَاعٌ، وَخَيْرُ مَتَاعِ الدُّنْيَا الْمَرْأَةُ الصَّالِحَةُ** }⁶.

¹ هادي عبد قحطان، الكفاءة في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العراق، 2007، ع.2، ص.201.

² وقد خالف إجماع الفقهاء محمد بن الحسن من الأحناف، فقال بأن الكفاءة في الدين غير معتبرة، لأن الصلاح من أمور الآخرة التي بين المرء وربه، والكفاءة متعلقة بأمر دنيوي يرجع إلى علاقة الناس في الدنيا بعضهم البعض، ومدارها أن يكون الزوج ذا منزلة واعتبار بين الناس، وكم من فاسق عاص له بين الناس منزلة واعتبار. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2: كتاب النكاح، ص.320.

³ عبد الرحمن الدوري قحطان، صفوة الأحكام من نيل الأوطار وسبل السلام، دار الفرقان، الأردن، ط.1، 1419هـ، 1998م، ص.246.

⁴ أحمد سعيد أبو راس، أحكام الزواج في الإسلام، نظرة تقويمية للكفاءة في عقد الزواج، الدار الجماهيرية للنشر، ليبيا، ط.1، 1425هـ، ص.45.

⁵ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.67: كتاب النكاح، باب الأكلفاء في الدين، ح.ر: 5090، ص.7، أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.17: كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، ح.ر: 1466، ص.1086.

⁶ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.17: كتاب الرضاع، باب خير متاع الدنيا، ح.ر: 1467، ص.1090.

كما يعتبر النسب¹ مما يقاس به كفاءة المقبل على الزواج، وهو صلة الإنسان بمن ينتهي إليه من الآباء والأجداد، ويعتد بالكفاءة في النسب بصلة الشخص بأصله. وعلى هذا الأساس، متى كان الراغب متصلاً بنسب شريف، فلا زوج يكافئه إلا إذا كان مماثلاً له في النسب².

وتعتبر الحرفة³ من المعايير التي يعتد بها في الكفاءة في عقد الزواج، وتتحقق الكفاءة في الحرفة والمال متى كانت حرفة الرجل متقاربة مع حرفة المرأة أو أبيها، والمعتبر في الحرفة هو العرف السائد في زمان ومكان معين⁴.

¹ اختلف الفقهاء في الاعتداد بالنسب كعيار للكفاءة في الزواج بين الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة الذين رأوا باعتباره في الكفاءة. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2: كتاب النكاح، ص.319؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.9، ص.390؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج.5، ص.67.

في حين يرى المالكية وما تبعهم من بعض الفقهاء وهم بن قيم الجوزية والصنعاني، بعدم الاعتداد بالنسب كعيار للكفاءة في الزواج، وهو الرأي الأقرب إلى الصواب، نظراً لأنه يتماشى وقيم الإسلام التي تهدف إلى القضاء على التمييز العرقي والعرفي الذي نشأ في ظل النعرة الجاهلية. الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، مؤسسة الريان، الرياض، ج.2، ط.1، 1423هـ، 2002م، ص.507؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.226؛ شمس الدين أبو عبد الله بن قيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق، ج.5، ص.146؛ أبو إبراهيم عز الدين الصنعاني، سبل السلام، دار المنار، القاهرة، ج.6، ص.59.

² رمضان على السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.142.

³ يرى جانب من الفقهاء وهم أبو يوسف ومحمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة والشافعية والحنابلة، أن الحرفة من أهم اعتبارات الكفاءة في عقد الزواج. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المرجع السابق، ج.1، ص.196؛ أبو الحسين يحيى بن سالم العمراني، المرجع السابق، ج.9، ص.203؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج.5، ص.67.

في حين يرى المالكية وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل في قول آخر، أن الكفاءة في الحرفة غير معتبرة في عقد الزواج؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2: كتاب النكاح، ص.320؛ الصادق عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ج.2، ص.567؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.9، ص.395؛ أبو إبراهيم عز الدين الصنعاني، المرجع السابق، ج.6، ص.61.

وهو الرأي الراجح على أساس أن الشريعة الإسلامية لم تقسم الحرف إلى شريفة وذنينة، وإنما قسمتها إلى حرف مشروعة وغير مشروعة، فكل حرفة مشروعة هي شريفة وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6754.

⁴ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر، ط.1، 1988، ص.191.

كما يعتد بالمال في الكفاءة في عقد الزواج، إذ يعتبر من أهم الأسس التي تقوم عليه الحياة الأسرية خاصة في وقتنا الحالي، الأمر الذي جعل من المال في مرتبة أعلى من النسب والتدين، ويعتبر المعيار الأول للتحقق من كفاءة الشخص. مقارنة بزمان ولى، الذي كان ينظر فيه إلى دين الشخص أكثر من أي معيار آخر¹.

وقد اختلف الفقهاء في هذا المعيار إلى قول الجمهور من الحنفية في المشهور عندهم، وبعض المالكية والشافعية، وفي رواية عند الحنابلة، مفاده أن الشخص يكون كفاء متى توفرت له القدرة على المهر والنفقة².

وتعتبر السلامة من العيوب من أهم معايير الكفاءة في عقد الزواج، فالأصل أن يكون الزوجين خاليين من العيوب التي تتعارض وأهداف عقد الزواج. فمن حق كل مقبل على الزواج أن يتزوج من شخص صحيح وسليم، لأن النفس تعاف صحبة من به عيب كالرتق³ والجب⁴ والبرص⁵ والجذام⁶ وغيرهم من الأمراض؛ ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبار السلامة من العيوب من شروط الكفاءة في عقد الزواج.

¹ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.4، ص.54.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2: كتاب النكاح، ص.319؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.224؛ أبو الحسين يحيى بن سالم العمراني، المرجع السابق، ج.9، ص.203؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.35.

³ الرتق من رتق وضدها الفتق، وهو إلحام الفتق وإصلاحه. ويقال رَتَّقَتِ الْمَرْأَةُ رَتْقًا، وَهِيَ رَتْقَاءٌ بَيْنَةَ الرَّتْقِ: التَّصَقَّ خِتَانُهَا فَلَمْ تُنَلِّ لِارْتِنَاقِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ مِنْهَا، فَهِيَ لَا يُسْتَطَاعُ جَمَاعُهَا. ابن منظور، المرجع السابق، ج.10، ص.114.

⁴ الجبُّ من جيب وهو القَطْعُ. فيقال، جَبَّهُ يَجْبُهُ جَبًّا وَجَبَابًا وَجَجَبَّهُ وَجَبَّ حُصَاهُ جَبًّا بِمَعْنَى اسْتَأْصَلَهُ. وَحَصِيٌّ مَجْبُوبٌ بَيْنُ الْجِيَابِ. والمَجْبُوبُ هُوَ الْحَصِيُّ الَّذِي قَدْ اسْتُؤْصِلَ ذَكَرُهُ وَحُصِيَاهُ. وَقَدْ جَبَّ جَبًّا. ابن منظور، المرجع السابق، ج.1، ص.249.

⁵ البرص هو مرض يصيب الجلد فيطبق عليه بياضا. أبو الفتح محمد الحنبلي، المطلع على أبواب الفقه، تحقيق: بشير الأدلي، المكتب الإسلامي، لبنان، ط.1، 1421هـ، 2000م، ص.205.

⁶ الجذام هو مرض يصيب الجلد فيتشقق الجلد ويتقطع اللحم ويتساقط. أبو الفتح ناصر الدين المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، تحقيق: محمود فاخوري، عبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، سوريا، ط.1، 1399هـ، 1979م، ص.137.

فذهب الجمهور من الحنفية¹ والمالكية² والحنابلة³، إلى القول بآلا اعتبار للسلامة من العيوب كصفة من صفات الكفاءة في عقد الزواج، فلا يبطل النكاح بغياهما. غير أنه للمرأة الخيار في فسخ الزواج أو الإبقاء عليه إذا ما تم إبرامه، والخيار بعد الزواج للمرأة دون غيرها، لأن الضرر يعود عليها فقط.

في حين قال الشافعية بشرطية السلامة من العيوب التي توجب للمرأة الخيار في الزواج، لما قد تحدثه هذه الأمراض من خلل في مقاصد الزواج وأهدافه⁴.

والراجح من أقوال الفقهاء، أنه على الرغم من ضرورة سلامة الشخص من العيوب والأمراض خاصة التي تتعارض مع أهداف الزواج. ومع ذلك، فمن حق الشخص المريض والمعيب في الزواج أكبر، غير أنه من الضروري ألا يغير على قرينه، بأن يعلمه بحالته الصحية وما به من أمراض حتى يكون رضاه كاملا وغير معيب بعيب التدليس. وكما هو مقرر إجماعا سواء اعتبرنا السلامة من العيوب شرطا للكفاءة أو لا، فإنه في كل الأحوال يترتب الخيار للمرأة في فسخ الزواج أو الإبقاء عليه⁵.

وينبغي الإشارة إلى أن الكفاءة من حق الزوجة لا الزوج، ويمتد هذا الحق إلى وليها. ويترتب عليه حق الخيار في فسخ الزواج أو الإبقاء عليه لكل من الزوجة أو الولي على حدة، فإذا رضيت الزوجة مثلا بانعدام الكفاءة وتمسك الولي بحقه في الفسخ، فهذا الأخير التمسك بفسخ الزواج إذا رأى بضرره الكبير على موليته⁶.

¹ كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج.3، ص.295؛ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3: كتاب النكاح، ص.93.

² محمد بن عبد الله الخرشبي، المرجع السابق، ج.3، ص.205؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.226.

³ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.35.

⁴ أبو الحسين يحيى بن سالم العمراني، المرجع السابق، ج.9، ص.203؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.9، ص.106-107؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع...، المرجع السابق، ج.17، ص.376-377.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6755.

⁶ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.35.

2. الاختيارات القانونية في تحديد معايير الكفاءة في عقد الزواج:

على خلاف ما تم تقريره في الفقه الإسلامي، لم تعطي التشريعات المغاربية لشرط الكفاءة في عقد الزواج النصيب الكامل من النصوص القانونية، وإنما اكتفى بمظهر من المظاهر التي يتحقق به جزء من الكفاءة، والتي تتعلق بالكفاءة الجسدية للمقبل على الزواج، وسلامته من العيوب التي تؤول دون تحقيق أهدافه، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج»، والمادة 65 من مدونة الأسرة التي تنص 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 يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزير العدل والصحة». مع الإشارة إلى أن المشرع المغربي اعتبر الكفاءة من شروط لزوم عقد الزواج بموجب الفصل 14 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الذي ينص على أن: «الكفاءة المشترطة في لزوم الزواج حق خالص بالمرأة والولي؛ والكفاءة تراعى حين العقد ويرجع في تفسيرها إلى العرف»، واعتبر الفصل 15 منها أن التناسب في السن من المعايير التي تتحدد بها كفاءة الزوج حيث ينص على أنه: «يعتبر التناسب العرفي في السن بين الزوجين حقاً للزوجة وحدها». وعليه، فإن الكفاءة في عقد الزواج في ظل المدونة الملغاة تميل في حقيقتها إلى الحق أكثر منها إلى الشرط، ويتمسك به الطرف الذي تقررت لمصلحته الكفاءة، والمتمثل بطبيعة الحال في الزوجة¹.

ويعتبر المشرع التونسي السباق في استحداث نصوص قانونية تنظيمية، تلزم المقبلين على الزواج باستصدار شهادة طبية تثبت خضوع المقبلين على الزواج للفحص الطبي، وهذا ما تضمنه القانون عدد 46 لسنة 1964 المتعلق بالشهادة الطبية²، ونص في المادة 01 على أنه: «لا يمكن لضابط الحالة المدنية أو العدول الذين وقع اختيارهم لتحرير عقود الزواج أن يقوموا بإبرام الزواج إلا بعد أن يتسلموا من كلا الشخصين العازمين على الزواج شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن الشهرين تثبت أن المعني بالأمر

¹ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 400.

² القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 3 نوفمبر 1964 المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، ر.ج.ت، ع. 53، ل 03-11-1964، ص. 1484. الملحق رقم. 12.

قد وقع فحصه قصد الزواج بدون أن تذكر بها إشارة أخرى»، وقد تضمن قرار وزير الصحة التونسي الصادر في 19-12-1995 نموذج الشهادة الطبية¹، كما اشترط القرار الصادر من وزير الداخلية والصحة العمومية المؤرخ في 28-07-1995 في الفصل 01 بإلزام المقبلين على الزواج تسليم الشهادة الطبية إلى العدول أو ضابط الحالة المدنية بكامل تراب الجمهورية².

وهو ما تبناه المشرع المغربي من خلال القرار الوزاري المشترك³ لوزير العدل والصحة رقم 04-347 الصادر في 02-03-2004 الذي يحدد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية التي تمنح للخاطب والمخطوبة، طبقا للمادة 65 من مدونة الأسرة. وهو أيضا ما استحدثه المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الذي يحدد شروط وكيفية تطبيق المادة 07 مكرر⁴ وهذا بعد سنوات عجاف من النقص التشريعي الذي تلى إلغاء قانون الصحة⁵ لعام 1976 الذي نص في المادة 115 من على أنه: «تحدد بموجب مرسوم كفايات الفحص الطبي للسابق للزواج، وذلك لأجل حماية صحة العائلة»، أو بالنسبة للمشرع المغربي الذي لم يشترط الفحص الطبي قبل الزواج في مدونة

¹ قرار وزير الصحة العمومية المؤرخ في 16-12-1995، يتعلق بضبط أنموذج الشهادة الطبية السابقة للزواج والبيانات التي يجب أن تتضمنها، ر.ج.ت، ل 26-12-1995. الملحق رقم.23.

² قرار وزير الداخلية والصحة العمومية المؤرخ في 28-07-1995 يتعلق بتعميم الشهادة الطبية السابقة للزواج على كامل تراب الجمهورية التونسية، ر.ج.ت، ل 08-08-1995، ص.1741، الملحق رقم.24.

³ القرار الوزاري المشترك لوزير العدل المغربي والصحة رقم 04-347 الصادر في 02-03-2004 الذي يحدد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية التي تمنح للخاطب والمخطوبة، ج.ر، ر.5192، ل 04-03-2004. الملحق رقم.25.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427هـ، الموافق ل 11-05-2006، يحدد شروط وكفايات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، ج.ر، ع.31، ل 16 ربيع الثاني 1427هـ، الموافق ل 14-05-2006، ص.04.

⁵ أمر رقم 76-79 المؤرخ في 29 شوال 1396هـ، الموافق ل 23-10-1976، يتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر، ع.101، المؤرخة في 27 ذو الحجة 1396هـ، الموافق ل 19-12-1976، ص.139.

الأحوال الشخصية إلا من خلال تنقيح 1993 الذي اشترط على المقبلين على الزواج استصدار شهادة طبية تثبت خلوهما من الأمراض¹.

وقد اشترط المشرع المغربي في المادة 03 من القرار الوزاري المشترك على الطبيب القيام بالفحص السريري للمعني قبل اصدار الشهادة الطبية؛ ويمكن أن يأمر بإجراء فحوصات وتحاليل طبية تكميلية إذا ارتأى ذلك وتبين له أن الحالة الصحية للمعني بالأمر تستدعيه.

وفي حقيقة الأمر ارتبط اشتراط المشرع المغربي للشهادة الطبية قبل إبرام الزواج بظهور مرض فقدان المناعة، غير أن من شأن تطبيق المقبلين على الزواج لفحوى النص التشريعي المشترك بالفحص الطبي قبل الزواج، أن يجيد بالخطيين عن العديد من الأخطار الطبية، خاصة إذا ما قاما بفحوصات دقيقة أثبتت حمل أحدهما لأمراض خبيثة تنتقل للطرف الآخر، ومن هنا تتحقق أهم مقاصد الشريعة الإسلامية المتمثلة في حفظ النسل وتحسينه، وخلق أسرة قوية أكثر حضوراً وعطاء داخل المجتمع²، بالإضافة إلى التقليل من طلبات التطليق للعييب، على أساس أن القيام بالفحص الطبي قبل الزواج يمكن كل طرف من التحقق من الأهلية الجسدية للطرف الآخر، والتي تحقق معها أهداف الزواج واستمراريته³.

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 3 من المرسوم التنفيذي التي اشترطت على الطبيب بصفة إلزامية بالقيام بفحص عيادي شامل، وتحليل فصيلة الدم؛ غير أن المادة 4 من هذا المرسوم، حددت فحوصات اختيارية تخضع لسلطة الطبيب في إجرائها أو عدم إجرائها، حيث يمكنه أن يقوم بفحص السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب ومدى القابلية للإصابة

¹ محمد الشافعي، الشهادة الطبية قبل الزواج في القانون المقارن، مجلة المحامي، كلية الحقوق، جامعة مراكش، المغرب، 2008، ص.5.

² محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.410.

³ محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص.92.

ببعض الأمراض، كما يمكنه إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض والعيوب التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الطرف الآخر أو إلى الذرية، وذلك بعد إعلام طالب الشهادة بخطر العدوى منها¹.

وعلى منوال التشريع الجزائري والمغربي أشار المشرع التونسي إلى الفحوصات التي يجريها المقبل على الزواج بصفة إلزامية إذ لا يجوز للطبيب تسليم الشهادة الطبية للمعني بالأمر ما لم يتم بالفحص الطبي العام، فحص الرئتين بالأشعة وتصويرها إذا اقتضى الحال ذلك، بالإضافة إلى فحص الدم وهذا ما نص عليه الفصل 04 القانون عدد 46 لسنة 1964 المتعلق بالشهادة الطبية.

في حين ذكر بعض الفحوصات الأخرى التي يجريها على سبيل الاختيار من قبل الطبيب من خلال الفصل 02 من القانون نفسه بقوله: «يجب أن توجه بصفة خاصة عناية الطبيب أثناء الفحص المنصوص عليه بالفصل السابق إلى الإصابات المعدية والاضطرابات العصبية ونتائج الإدمان على المشروبات الكحولية وغيرها من الأمراض الخطرة وخاصة مرض السل والزهري بالنسبة للقرين وللذرية». والملاحظ من توجه التشريعات المغاربية أنها أخذت بالحد الأدنى للفحوصات التي يلتزم الطبيب القيام بها على غرار الفحص السريري وتحليل فحوصات الدم؛ فهي كلها فحوصات سطحية لا يتأتى بها الكشف عن الأمراض التي تتعارض وأهداف الزواج.

وفي حقيقة الأمر، فإن منح الطبيب السلطة التقديرية في إجراء الفحوصات المعمقة من عدمها، هو أمر يجانب الصواب، والواقع العملي يبين صحة هذه الفرضية، ذلك أن المقبلين على الزواج غالبا ما يتحصلون على الشهادة الطبية من غير القيام بالفحوصات نهائيا.

ومع ذلك، يحسب للمشرع المغاربي سعيه في تقنين النصوص القانونية الملزمة للشهادة الطبية قبل الزواج، وإن كانت في فحواها تحتاج إلى إعادة النظر في العديد من الجوانب خاصة المتعلقة بالفحوصات اللازمة التي تبين الأمراض التي من شأنها أن تتعارض والهدف من مقاصد الزواج، مما يؤدي

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 53.

إلى عدم تحقق المقاصد التشريعية الشرعية المتمثلة في حفظ النفس، والذي لا يتحقق إلا من خلال حفظ النسل.

والواقع يبين أن من شأن نتائج الفحوصات الطبية لأحد الطرفين أن تؤثر على رضا الطرف الآخر سواء بإتمام إجراءات الزواج أو الإحجام عنه، نظرا للحالة الصحية للطرف الآخر. وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن الفحص الطبي قبل الزواج أكبر من كونه إجراء شكلي، ونص التشريعات المغاربية عليه في ذلك الباب مقبول على أساس أنه لا وجود لعقد زواج رسمي من غير الشهادة الطبية.

وعلى الرغم من أن الهدف الأساسي للفحص الطبي قبل الزواج، هو التأكد من خلو المقبلين على الزواج من الأمراض التي من شأنها أن تعيق بناء أسرة متماسكة خالية من الأمراض خاصة الوراثية؛ غير أن هذا الهدف يسقط ويتلاشى مع مبدأ سلطان الإرادة للمقبلين على الزواج، فالقرار في إتمام إجراءات الزواج من عدمها يعود للزوجين دون غيرها، حيث لا يجوز للشخص المكلف بإبرام عقد الزواج من رفض إبرامه بسبب إصابة أحد الزوجين أو كلاهما بمرض معين، ما دامت إرادتهما متوفرة.

وعليه، يتخذ الفحص الطبي قبل الزواج شكل النصيحة أو الاستشارة، والتي تبقى معلقة رهن قرار المقدمين على الزواج إما بالرغبة في الزواج أو الرغبة عنه¹.

ويتأكد هذا التوجه من خلال نص المادة 7 من المرسوم 06-154 التي تنص على أنه: «لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين»، كما يستنتج ضمنا من نص المادة 4/65 من مدونة الأسرة أنها لم تشترط الخلو الفعلي من الأمراض، وإنما العلم الفعلي بالحالة الصحية لكل طرف والذي لا يتحقق إلا من خلال الشهادة الطبية.

غير أنه، باستقراء توجه المشرع التونسي نجد نوع من التعارض بين بعض النصوص القانونية؛ حيث ينص من خلال الفصل 2/02، التي منحت الطبيب دورا إيجابيا في قبوله أو امتناعه عن تسليم

¹ هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.194.

المقبل على الزواج الشهادة الطبية إذا تبين له أن هذا الزواج غير مرغوب فيه صحيا وأن يرجى تسليم الشهادة لغاية زوال خطر العدوى من المريض أو تصبح حالة المريض الصحية غير مضرّة بالطرف الآخر. في حين، نص في الفصل 05 من القانون نفسه على إمكانية إعفاء المقبلين على الزواج في الحالات الاستثنائية من تقديم الشهادة الطبية، وذكر على سبيل المثال لا الحصر إذا كان أحد الزوجين في حالة احتضار.

وفي حقيقة الأمر يعتبر هذا التوجه نقلا حرفيا لما قرره المشرع الفرنسي، إذا يسعى من خلاله التأكيد على حرية الشخص المطلقة في إبرام عقد الزواج، على الرغم من أن النتائج المترتبة على هذا الزواج حتمية والمتمثلة في انحلال الزواج في وقت مبكر، وحتى ولو تم الزواج فإنه من الصعب أن تتحقق أهم أهدافه المتمثلة في تحصين النفس، على أساس أن الزوج الذي يكون في حالة احتضار يستحيل عليه في أفضل الأحوال القيام بأبسط الواجبات الزوجية¹.

كما ينبغي الإشارة إلى أن النصوص التنظيمية للشهادة الطبية في القوانين المغربية لم تشترط طبيب معين للقيام بالفحوصات المحددة، حيث حددت المادة 02 من القرار 04-347 بجواز استصدار الشهادة الطبية من أي طبيب سواء تابع للقطاع العام أو الخاص أو القطاع شبه العمومي؛ كما لم يتضمن المرسوم 06-154 تحديد طبيب خاص للقيام بالفحوصات الطبية، مما يترتب عليه تفسير النص على عمومته، بأن يجوز لكل طبيب يمارس مهنة الطب بصفة قانونية القيام بها²، كما أن الفصل الرابع من القانون 46 نص على أنه: «يمكن للفحص المنصوص عليه أعلاه أن يقع حسب اختيار المعنيين بالأمر إما لدى الأطباء أو بمخابر التحليلات الطبية المقبولة لهذا الغرض من طرف كتابة الدولة للصحة العمومية والشؤون الاجتماعية وإما بالمستشفيات العمومية».

¹ محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي، مركز النشر الجامعي، تونس، ط.1، د.س.ن، ص.412.

² العربي بلحاج، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، 2007، ع.01، ص.118.

وقد تناول المشرع التونسي نصوصا صريحة تلزم الأشخاص المكلفين بإبرام الزواج استظهار الشهادة الطبية للمقبلين على الزواج تحت طائلة العقوبات التأديبية والجزائية، وهو ما نص عليه الفصل 01 من القانون 46 لسنة 1964.

كما يستخلص من المادة 7 مكرر من قانون الأسرة والمادة 6 من المرسوم التنفيذي 06-154، أن المشرع الجزائري اعتبر تقديم الشهادة الطبية بمثابة الإجراء الإلزامي أمام ضابط الحالة المدنية، ليتأكد هذا الأخير من توافرها على الشهادة الطبية من جهة. وعلمها بنتائج الفحوصات الطبية للطرف الآخر من جهة أخرى. وفي حالة عدم حصولهما على الشهادة الطبية فيمتنع ضابط الحالة المدنية أو الموثق في هذه الحالة عن تحرير هذا العقد، أما إذا تجاهلا هذا الشرط، وقاما بتحرير عقد زواج شخصين دون استلامه لهذه الشهادة فإنه يكون بفعله هذا قد خالف القانون. وبالتالي، تقوم مسؤوليته الإدارية، إضافة إلى إمكانية متابعتة جزائيا. وعلى هذا الأساس تقوم مسؤولية الموثق أو ضابط الحالة المدنية من خلال المادة 222 من قانون العقوبات والمواد 71-77 من قانون الحالة المدنية.

والملاحظ من خلال موقف المشرع المغربي أنه اعتبر الفحص الطبي قبل الزواج من قبيل الإجراءات الإدارية والشكلية لعقد الزواج من خلال نصه في المادة 65 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: «يحدث ملف لعقد الزواج، ويحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل إبرام العقد، ويضم الوثائق الآتية: 4...- شهادة طبية لكل من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزير العدل والصحة».

والقول بأن المادة 16 من مدونة الأسرة المغربية، والمواد 2/6 و22 من قانون الأسرة، التي تتيح إثبات الزوجية، قد أفرغت وجوبية الشهادة الطبية من محتواها، هو أمر غير صحيح، ذلك أنه لا يوجد ما يمنع الزوجين الذين تزوجا بصفة غير رسمية من القيام بالفحوصات الطبية لمعرفة الحالة الصحية لبعضهما البعض. والأكثر من ذلك، حتى ولو لم يقوموا بهذه الفحوصات الطبية، فإن هذا يعتبر قرينة على أن كل طرف راضي بالحالة الصحية للطرف الآخر.

وفي ختام هذا الفرع نقول إن التشريعات المغاربية من خلال اشتراطها للفحص الطبي قبل الزواج، قد حققت جزءاً من شرط الكفاءة في عقد الزواج التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمقاصد الشرع الإسلامي المتشوف إلى حفظ النفس، التي تتحقق من خلال حفظ مصالح الناس وضبط تصرفاتهم على وجه يمنعهم من الوقوع في المفاسد، فلا يوجد في الشرع ما يمنع من اشتراط الفحص الطبي قبل الزواج حتى يتبين كل طرف في عقد الزواج من الحالة الصحية للطرف الآخر. وعلى هذا الأساس، يحمل شرط الشهادة الطبية في عقد الزواج في شقه أمرين؛ يتمثل الأول في وجوب تقديم شهادة طبية عند فتح ملف عقد الزواج؛ أما الثاني فيتمثل في رضا أحد الزوجين بعيوب وأمراض الزوج الآخر لا يمنع من إبرام عقد الزواج. ومن هنا تتحقق الوظيفة الترغيبية والإرشادية للفحص الطبي قبل الزواج، التي تدفع الشخص المقبل على الزواج، إلى إثبات حقه في الزواج على حق الطرف الآخر في الزواج من شخص سليم وصحيح¹.

الفرع الثاني: عيوب الرضا في عقد الزواج

حتى يصدر رضا الشخص حراً وكاملاً، وجب أن يكون خالياً من العيوب التي تبطله، وبالرجوع إلى الأحكام العامة للعقود، سواء من جهة الفقه الإسلامي أو من الناحية القانونية، فإن هذه العيوب لا تخرج عن الغلط والتدليس-أو التغيرير- والإكراه والاستغلال.

وعليه، إن خصوصية عقد الزواج الشخصية لا تجعله يخضع للقواعد العامة إلا نادراً، وقد اختص فيما يستلزم لصحة إرادته كذلك؛ وكما سنرى في دراستنا لهذا المطلب، يمكن القول إن عيب الإكراه والتدليس من شأنهما أن يؤثرتا في إرادة الشخص، خاصة إذا ما علمنا أنها لا تكون إلا من خلال فعل مادي إيجابي صادر من شخص آخر، من شأنه أن يجعل من إرادة الشخص المقبل على الزواج معيبة. فإن كانت الإرادة موجودة، فإنها لم تصدر عن نية واختيار. لذلك، فهي تحول دون جود رضا سليم بالزواج من الطرف الآخر².

¹ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل...، المرجع السابق، ج.2، ص.597.

² عمر السيد أحمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط.1، 1995، ص.102.

بينما عيبي الغلط والغبن أو الاستغلال هما عيبان يرتبطان بأمر مادية، إن لم نقل مالية محضة¹. وعلى هذا الأساس فإننا سنتطرق إلى العيوب المؤثرة على رضا الشخص في عقد الزواج، والمتمثلة في التدليس (أولاً)، والإكراه (ثانياً).

أولاً- التدليس:

يمكن القول في دراستنا لعيب التدليس، إنه امتداد لعيب الغلط؛ وقد تضمن الفقه الإسلامي ومعه القوانين المدنية المغربية، أحكاماً تفصيلية لعيب التدليس في العقود بصفة عامة، مع الإشارة أنه يصطلح عليه في الفقه الإسلامي بالتغريب.

وكما أشرنا من قبل، تقتضي الطبيعة الخاصة لعقد الزواج، أن يفرد بأحكام خاصة عما هو مقرر في العقود بصفة عامة، وهو ما أكدته العديد من الحالات التي لا يمكن أن نحيل فيها إلى القواعد العامة للمعاملات المدنية، وهو ما سيتضح من خلال التطرق إلى التعريفات العامة للتدليس والتغريب وما يشابههما من المصطلحات على شاكلة الغش والخداع والكذب.

فالتدليس عبارة عن مجموعة من الوسائل الاحتمالية التي يمارسها أحد المتعاقدين قصد تمويه الحقيقة وتضليل الطرف الآخر بالشيء الذي يجمله على التعاقد²، وهكذا فالمتعاقد تحت وطأة التدليس إنما يتعاقد تحت تأثير الوهم المثار في ذهن المدلس عليه، بإرادته إذن ليست حرة سليمة، بل هي معيبة والعيب الذي يشوبها هو الغلط الذي ولده التدليس³.

¹ أحمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، ج.1، ط.1، 2012، ص.120.

² عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، مطبعة الكرامة، الرباط، المغرب، ج.1، ط.2، 2005، ص.117.

³ مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ج.1، د.ط، 2020، ص.98.

وَدَلَسَ العيب أي كتمه عن المشتري مع علمه به، أو غطاه عنه بما يوهم المشتري عدمه، وهي تشتق من الدلسة وهي الظلمة، فكأن البائع يستر العيب وكتمانه جعله في ظلمة فخفي عن المشتري فلم يره ويعلم به¹.

أما التغيرير، من غره يغره غرورا، خدعه وأطمعه بالباطل، وأنا غريك من هذا، أي أنا الذي غرك منه، أي لم يكن الأمر على ما تحب، والغرور بالضم، ما اغتر به من متاع الدنيا، وفي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ فَلَا تَغُرُّوكُمُ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا وَلَا يَغُرُّوكُم بِاللَّهِ الْغُرُورُ﴾²، أي لا تغرنكم الدنيا، فإن كان لكم حظ فيها ينقص من دينكم، فلا تؤثروا ذلك الحظ. والغرور الشيطان، يغر الناس بالوعد الكاذب³.

بينما الغش هو إظهار خلاف ما أضمره مع تزيين المفسدة له، فيقال: غشه أي لم يحضه النصح وزين له غير المصلحة، والمغشوش: الشيء غير الخالص، فيقال لبن مغشوش أي غير خالص⁴.

ويراد بالتدليس اصطلاحا، بأنه إخفاء العيب المأخوذ من الدلسة وهي الظلمة، وذلك بأن يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشتري به ويكتمه⁵. أما التغيرير فيقوم على الاحتيال بوسائل قوليه، أو فعلية كاذبة؛ لترغيب أحد المتعاقدين في العقد، وحمله عليه⁶.

وعليه، يقوم التدليس أو التغيرير على إغراء المتعاقد وخديعته ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك⁷.

ومما سبق يمكن تعريف التغيرير والتدليس في عقد الزواج بأنه: «استعمال وسائل احتيالية قولية كانت أو فعلية، من قبل أحد الزوجين أو أوليائهم أو من غيره، لخداع الطرف الآخر وحمله على إبرام

¹ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.4، ص.114.

² سورة فاطر، الآية.05.

³ ابن منظور، المرجع السابق، ج.5، ص.12-13.

⁴ المرجع نفسه، ج.6، ص.323.

⁵ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع...، المرجع السابق، ج.3، ص.344.

⁶ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل...، المرجع السابق، ج 1 ص 463.

⁷ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.3069.

عقد النكاح، بما لم يكن ليرضى به لو لا هذه الوسائل الاحتمالية». ولا بد من الإشارة إلى أن التغيير يعرف بهذا المصطلح عند الأحناف، ومصطلح التدليس عند المالكية والشافعية والحنابلة¹.

واستعمال هذه الطرق الاحتمالية يؤدي إلى عقد تزويج غير مرغوب فيه، لما فيه من الضرر المادي أو المعنوي، أو كليهما معاً، ولولا التضليل والخداع لما أقدم المخدوع على هذا الزواج، والتضليل قد يكون بالقول المصاحب للعقد أو السابق له، أو بالفعل، أو بمخالفة الشرط المقترن بالعقد، وقد يكون من أحد الزوجين، أو من غيرهما، والضرر يجب أن يدفع، ويرفع بقدر الإمكان شرعاً، عقلاً، وواقعاً؛ لارتباط أحكامه بمقاصد الشريعة المتمثلة بجلب المصلحة، ودرء المفسدة عن المكلف، والتعريف يشمل ذلك بعمومه، وإطلاقه².

وبالنظر إلى ما جاء به الفقه الإسلامي في هذا الصدد، نجد أن تقسيمه لعيوب الإرادة كما أشرنا بما يعرف بالخيارات الفقهية، وهذه الأخيرة تمنح للطرف الذي تكون إرادته معيبة، ويمكن استخلاص عيب التدليس أو التغيير في نوعين. يتمثل الأول في خيار العيب؛ أما الثاني فيتمثل في خيار التغيير أو فوات الشرط المرغوب.

فخيار العيب، يكون في حالة ما إذا أخفى أحد الزوجين على الطرف الآخر عيباً خفياً من شأنه أن يمنع الوطاء والجماع، أو تعاف منه النفوس وينقص الاستمتاع، وهذا مفهوم العيب بالنسبة للمالكية³. والعيب بالنسبة للشافعية هو ما كان مؤدياً إلى النفور بين الزوجين، وموجباً لتفويت المقصود من النكاح⁴، ولا يختلف مفهوم العيب بالنسبة للحنابلة عما سبق، إذ أنه ما يمنع المقصود بعقد النكاح المتمثل في

¹ أسعد أحمد هلدير، نظرية الغش في العقد، دار الثقافة، الأردن، ط.1، 2012، ص.87.

² علي عبد بن الأحمد أبو البصل، التغيير في النكاح، دراسة فقهية مقارنة، جامعة الطائف، 2013، دار الشاملة الذهبية، ص.10.

³ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.280.

⁴ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة...، المرجع السابق، ج.7، ص.86-87.

الوطء، ومن أمثلة هذه العيوب، الرتق والجب¹، كما تعتبر من العيوب ما توجب التنفير بين الزوجين² كالجدام والبرص³ والجنون.

وقد اعتنق جمهور الفقهاء هذا التوجه، على أساس أن النكاح يدخله الخيار كغيره من العقود المدنية، فبمجرد توفر أحد العيوب في الطرف الآخر، يترتب عليه مباشرة عدم لزوم العقد في حقه، ويكون لمن انتفت إرادته على المحل أو كانت معيبة، الخيار في الفسخ أو الرضا بالعقد⁴.

في حين نجد الأحناف قد اعتدوا بالعيب الذي يوجب التفرقة بين الزوجين بسبب الزوج، والذي من شأنه أن يمنع الزوجة استيفاء حقتها المستحق بالنكاح، والعكس غير صحيح⁵.

والراجح هو ما ذهب إليه الحنفية، بمعنى أن العيب الذي يكون من قبل الزوجة لا يعتد به على أساس أن الزوج قد قرر له الشرع تعدد الزوجات. وبالتالي، فإن تقرير العيب للطرفين من شأنه أن يؤدي إلى ظلم للزوجة أكثر من ظلم الزوج. والأكثر من ذلك، فإن الحكم الذي قرره الحنفية لا يتمثل في حق الزوجة في الفسخ، بل حقتها في طلب الطلاق، ولا يكون إلا من خلال ثلاث عيوب تتمثل في: الجب والعنة والخصاء⁶.

والقول بأنه للزوج الذي تكون إرادته معيبة بسبب إخفاء العيب الخيار بين فسخ الزواج أو الإبقاء عليه، متى توفرت مجموعة من الشروط:

¹ راجع تعريف الرتق والجب، ص. 235.

² منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج. 5، ص. 116-117.

³ راجع تعريف الجدام والبرص، ص. 235.

⁴ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 277.

⁵ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج. 2، ص. 336.

⁶ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجم، البحر...، المرجع السابق، ج. 4، ص. 132-133.

حيث يتمثل الشرط الأول في أن يكون العيب سابقاً على الزواج، أما إذا كان بسبب حادث، فقد اختلف في ثبوت الخيار¹. حيث قال الحنفية² وبعض الحنابلة لعدم ثبوت الخيار به، وجعل المالكية³ الخيار للزوجة دون الزوج إن كان قبل الدخول، أما إذا كان بعده فلا خيار؛ بينما الرأي الشائع لدى الحنابلة⁴ فهو ثبوت الخيار للزوجين بالعيب الحادث.

أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم علم الزوج أو الزوجة بعيب الطرف الآخر، وإلا سقط حقه في الخيار، باستثناء عيب العنة بالنسبة للشافعية فينظر خلال مدة سنة. فلو تزوج رجل بامرأة فوجد بها قرناً، لا تحبل ولا يقدر الزوج على مجامعتها، فلو كان عالماً بهذا العيب قبل مجامعتها ثم جامعها فقد رضي به وإن لم يعلم فله الخيار بين الفسخ أو الإمساك⁵.

والشرط الثالث يتمثل بعدم التلذذ بالمعيب بعد العلم بالعيب وإلا سقط الخيار، وأن يكون العيب مستحكماً لا يرجى شفاؤه، فالزوج المصاب بالعيب ينتظر فترة زمنية معتبرة تقررها الخبرة، كما لا يجب أن يكون هذا العيب مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالزوج الآخر⁶.

أما خيار التغيرير أو فوات الشرط، يكون في حالة ما إذا كان العقد مقروناً بشرط مرغوب فيه، كأن تتزوج المرأة رجلاً على أنه عربي فإذا هو أجنبي، أو غني فإذا هو عاجز عن النفقة، أو على أنه بن فلان فإذا هو لقيط أو بن زنا، أو على أنه عفيف فإذا هو فاجر فاسق. فلها الخيار في ذلك كله فإن

¹ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام المتعلقة به، دار الفكر الجامعي، مصر، ط. 1، 2008، ص. 461.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج. 2، ص. 336.

³ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 281.

⁴ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، ج. 5، ص. 105.

⁵ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج. 2، ص. 327. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي،

المرجع السابق، ج. 4، ص. 277.

⁶ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص. 492.

شاءت فرت وإن شاءت قرت، فإن اختارت الفرقة ولم يدخل بها فليس لها مهر ولا عليها عدة، وإن دخل بها فلها مهر المثل بما استحل من فرجها¹.

وكأصل عام، لا يثبت فيها حق الخيار بفوات الصفة المرغوبة في عقود الزواج؛ واستثناء يثبت هذا الحق في حالة عدم الإدراك بالمعاينة الظاهرية، كما ينبغي أن يكون الوصف المرغوب أقل من الوصف الموجود، أما إذا كان أحسن منه فلا مجال للقول بالحق في الخيار بين الفسخ والإجازة. وهو ما اعتمده الحنابلة²، فلو تزوج رجل امرأة على أنها مسلمة واتضح أنها كتابية، فله الخيار في فسخ النكاح، لأنه شرط صفة مقصودة فظهرت على خلافها، فأشبه ما لو اشترطها حرة فاتضح أنها أمة. أما لو اشترطها أو بالأحرى ظنها كافرة (كتابية) واتضح بأنها مسلمة فلا خيار له. ونفس الأمر في حالة ما إذا اشترطها بكرا وظهرت ثيبا، فله الخيار؛ أما الصفات الأخرى، بأن تكون بيضاء أو طويلة، أو تكون خالية من عيوب النكاح كالعمي أو الخرس أو الصمم أو العرج، فليس له الخيار ما لم يشترط هذه الصفات وظهرت الزوجة بخلافها، على اعتبار أن ما اشترطه مقصودا ظهر الطرف الآخر بخلافه.

أما بالنسبة للشافعية³، فلهم قولين في هذه المسألة؛ فالأول يرى ببطلان العقد على أساس أن الصفة المشترطة مقصودة، ولو ظهر الطرف الآخر على خلافها يبطل العقد؛ أما الثاني، فيرى بصحة العقد لأن ما لا يفتقد العقد إلى ذكره، وذكره العاقد وخرج بخلافه، وقد أخذ هذا القول بما جاء به الحنابلة، فيثبت الخيار في حالة ما إذا ظهر النقصان على المشروط، ولا يثبت إذا خرج بالزيادة، فلو شرطت بأنه حر فخرج عبدا، أو أنه جميل فخرج قبيحا، أو أنه عربي فخرج أعجميا، يثبت لها الخيار، لأنه نقص لم ترض به، وإن لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربي فخرج أعجميا وهي أعجمية،

¹ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.4: كتاب البيوع، باب خيار الشرط ص.581؛ أبو إسحاق إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي، المرجع السابق، ج.4، ص.464؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة...، المرجع السابق، ج.7، ص.187. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، ج.5، ص.105.

² منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج.3، ص.57. عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ص.141.

³ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة...، المرجع السابق، ج.7، ص.187.

ففيه وجهان: أحدهما أن لها الخيار لأنها ما رضيت أن يكون مثلها وثانيهما أنه لا خيار لها لأنه لا نقص في صفة ولا كفاءة.

وذهب المالكية¹ إلى صحة الشرط، فإذا ما اشترط أحد الزوجين في العقد سلامة صاحبه من العيوب أو من كل عيب، وقع ذلك على كل ما يعد في العرف عيباً، لا على ما يراه هو عيباً، وذلك كالقرع والعمى والشلل ونحوه، وكان لمن اشترط ذلك إذا وجد صاحبه على خلافه، الحق في الخيار بين الرضا بحاله وبين الرد. وكذلك إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر خلوه من عيب معين، أو اشترط فيه وصفا مرغوباً فيه، كالصغر في السن، والجمال، فظهر أنه على غير ذلك، كان له الخيار لفوات الشرط. وهو نفس الحكم في حالة وصف الولي لموليته، بأن يقول بأنها سليمة من كل عيب. غير أنه إذا ما اشترط الزوج أن تكون زوجته بكراً، وظهرت ثيباً، ففي المسألة تفصيل:

فإذا كان زوال بكارتها بنكاح أو فيما معناه، فله الخيار مطلقاً، لفوات الصفة المرغوبة حقيقة وحكماً. أما إذا فقدت العذرية بوثة-أي من غير وطء- فإذا كان الولي عالماً وكنم على الزوج المشترط، كان له الخيار للتغيير؛ أما إذا لم يعلم الأب، ففيه قولان: يتمثل الأول في ثبوت حق الخيار لتخلف الشرط، وهو زوال العذرة حقيقة؛ أما القول الثاني، فيرى بعدم ثبوت الخيار، لعدم زوال البكارة حكماً، لأنها بكر ما لم توطأ وطئاً لا حدّ فيه؛ فالبكر عند الفقهاء هي التي لم توطأ بعقد صحيح أو فاسد جار مجرى الصحيح².

بينما الحنفية يعتبرون العقد لازماً، ولا يجوز نقضه بسبب فوات الوصف المرغوب، أي أنه ليس للمتعاقد حق الخيار بين فسخ العقد أو الإبقاء عليه. فلو شرط الزوج وصفا مرغوباً في الزوجة، كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن، فظهرت ثيباً عجوزاً شمطاء ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل، لا خيار له في فسخ النكاح به³.

¹ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.281.

² وهذا التعريف للبكر خاص بالمالكية، وذهب الشافعية والحنابلة إلى اعتبار من زالت بكارتها بزناً ثيباً لا بكراً، وكذلك الحنفية إذا تكرّر منها الزنا أو حدّت. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.281 وما بعدها. عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.4، ص.52.

³ كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج.3، ص.267.

ويعتد بعض الحنفية بحق الخيار للتغيير بالنسبة للزوجة دون الزوج، على اعتبار أن الزوج يمتلك الطلاق فيتخلص به أمّا المرأة فلا¹.

ومما سبق، يتضح أن عيب التدليس أو التغيير مقرر من خلال أحكام خاصة تختلف بصفة كبيرة عما هو مقرر في العقود الأخرى خاصة التي تتسم بالصبغة المالية، ذلك أن هذه الأخيرة هي عقود زمنية تنتهي بمجرد تنفيذ الالتزامات المتقابلة؛ بينما التزامات عقد الزواج هي أبدية.

وبالنسبة لموقف التشريعات المغاربية، وأمام انتفاء النصوص القانونية التي تنظم عيوب الإرادة في عقد الزواج بصفة موضوعية، ينبغي الإشارة إلى أنه لا مجال للقول بتطبيق القواعد العامة للعقود سواء من الناحية الشكلية وحتى من الناحية الموضوعية. فمن الناحية الشكلية يلتزم القاضي المغربي والجزائري بتطبيق المواد 400 من مدونة الأسرة والمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وبالنسبة للقاضي التونسي فيلتزم بمرجعية مجلة الأحوال الشخصية وما تم العمل به في القضاء التونسي. ومن الناحية الموضوعية، فإن عيوب الإرادة المقررة في القواعد العامة للعقود، يطغى عليها الجانب المالي أكثر من الجانب الشخصي.

وأمام هذه المعطيات، نجد أن التشريعات المغاربية قد عالجت عيب التدليس في عقد الزواج بصفة محتشمة من خلال حالات معينة بالذات.

فالمشرع الجزائري نص في المادة 86 من القانون المدني على أنه: «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كان الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد». وباستقراء هذا النص القانوني نجد أنه يتلاءم نوعاً ما مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي باستثناء الجزاء المترتب عليه، ألا وهو الحق في الإبطال من الناحية القانونية، والحق في الفسخ من الناحية الشرعية.

وأمام غياب نص قانوني في قانون الأسرة الجزائري، رأينا عديد الباحثين يدعون بتطبيق القواعد العامة المقررة في المادة 86 و287². وهذا في اعتقادنا أمر غير صحيح شكلاً وموضوعاً ذلك أن التطبيق

¹ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.4: كتاب البيوع، باب خيار الشرط ص.582.

² تنص المادة 87 من القانون المدني: «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمدلس عليه أن يطالب بإبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس».

السليم للقانون يكون من خلال اللجوء إلى الفقه الإسلامي من خلال المادة 222 من قانون الأسرة، على أساس أن هذا الأخير لم يتضمن ولا نص صريح أو ضمني يقضي بالإحالة إلى القواعد العامة في القانون المدني، كما هو الحال في النيابة الشرعية بموجب المواد 82 و 83 من قانون الأسرة التي أحالت إلى المواد 40 و 41 من القانون المدني. وحتى لو تضمنت الإحالة فمن غير المنطقي بالقول بالحق في إبطال العقد للتدليس خاصة إذا وقع دخول. والأكثر من ذلك، فإن المادة 33 من قانون الأسرة قررت بأن عقد الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا إذا اختل ركن الرضا، ومن هنا يطرح التساؤل حول عيب التدليس هل يؤدي إلى اختلال ركن الرضا؟

فالإجابة وفق القواعد العامة تكون بالتأكيد؛ أما خصوصية عقد الزواج وما هو مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية تقتضي بأن عقد الزواج صحيح ونافذ لكنه غير لازم، فشتانا بين العقد الباطل والعقد غير اللازم.

كما أن فلسفة المشرع الجزائري في تقريره لعيب التدليس بموجب المادة 8 مكرر من قانون الأسرة التي تمنح الزوجة الأولى والثانية الحق في التطليق والمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن عدم إخبارهم بالتعدد؛ تتجه إلى اعتبار عقد الزواج الذي تكون فيه إرادة أحد الطرفين معيبة بعيب التدليس هو التطليق بالنسبة للزوجة بموجب المادة 2/53 التي تنص على أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج»، بمعنى أن موقف المشرع الجزائري في هذه الحالة جاء وفق رأي الأحناف الذين لم يقرروا حق الخيار مطلقا في حالة العيب أو فوات الشرط، باستثناء الزوجة في حالات معينة يكون لها طلب التطليق لا الفسخ، الذي نجده مقرر بالنسبة لجمهور الفقهاء بالنسبة لكلا الزوجين.

أما بالنسبة للزوج فإنه يملك حق الطلاق بالإرادة المنفردة بموجب المادة 48 من قانون الأسرة، وعلى هذا الأساس نعتقد أن طلاق الزوج في هذه الحالة هو تعسفي خاصة إذا ما أثبت الخبرة الطبية أن عيوب الزوجة لا تمنع من المعاشرة الجنسية، وإن كانت الزوجة عقيم، على أساس أن ما قرره المادة 8 مكرر سالف الذكر تمنح للزوج أن يتزوج بامرأة أخرى، ويعتبر هذا العيب من قبيل المبررات الشرعية

التي تبيح له التعدد. أما إذا أثبتت الخبرة أن هذه العيوب تمنع المعاشرة الجنسية فإن طلاق الزوج في هذه الحالة جائز لانتفاء المحل، المتمثل في حل الاستمتاع بين الزوجين.

كما أن قضاء المحكمة العليا تبني نفس الفلسفة التشريعية في قراره الصادر في 19-11-1984 حيث قرر بأنه: «متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء 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 ذلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرق لقواعد الشريعة الإسلامية»¹.

وتكون المحكمة العليا قد اعتبرت العجز الجنسي للرجل من بين العيوب التي تمنح الحق للزوجة للمطالبة بالتطليق لا الإبطال، فتكيف حالة العجز الجنسي قبل عقد الزواج بأنها تعتبر من قبيل التدليس إذا كان الزوج عالما بها، وفي كل الأحوال سواء قبل الزواج أو بعد تكون ممن يمنع تحقيق أهداف الزواج. وعلى هذا الأساس، لم تفرق المحكمة العليا في قرارها سالف الذكر بين العيب الذي يكون قبل الزواج أو بعده.

ويضاف إلى العجز الجنسي حالة العقم التي تكون من جانب الزوج، فإنها تمنح الزوجة الحق في طلب التطليق على اعتبار أن العقم مما يحول دون تحقيق أهداف عقد الزواج، وهو ما قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر في 16-02-1999 على أنه: «من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً، ولما تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالاً طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعلى هذا الأساس فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق أهداف الزواج طبقوا القانون تطبيقاً سليماً، ومتى كان كذلك استوجب النقض»².

¹ م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ: 19-11-1984، م.ر: 34784، م.ق، ع.3، 1989، ص.74.

² م.ع، غ.أ.ش، ل 16-02-1999، م.ر: 213571، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع.خ، 2001، ص.119.

وأمام انتفاء النصوص القانونية في موضوع عيب التدليس، فقد طرحت مسألة بكاراة أو عذرية الزوجة على القضاء الجزائري وقررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 11 فبراير 2009 أنه: «حيث لا يتبين من وقائع الدعوى ولا من أوراق الملف ما يفيد اشتراط البكاراة في عقد الزواج طبقا لما توجبه أحكام المادة 19 من قانون الأسرة، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بمجلس قضاء قالمة لما حملوا الطاعنة مسؤولية الطلاق وحرمانها من التعويض المترتب عنه يكونون قد خالفوا القانون وجانبوا الصواب»¹.

ومن خلال هذا القرار فإن قضاة المحكمة العليا أسسوا قبولهم للطعن على أساس ما هو مقرر لدى جمهور الفقهاء تحت مسمى خيار الشرط أو خيار فوات الوصف المرغوب، فالمرأة التي ليس فيها ما يمنع من المعاشرة الجنسية وتحقيق أهداف عقد الزواج؛ وهو الأمر الذي دفع بالفقهاء إلى اعتبار البكاراة من الصفات التي لا يرتبط ذكرها بوجود العقد من عدمه، بل ينبغي أن تكون صفة مشروطة في عقد الزواج، لأن فقدان العذرية لا يرتبط بالضرورة بالنكاح أو بما يدخل في معناه، وإنما يمكن للمرأة أن تفقد عذريتها نتيجة حادث لا غير. وهو ما تم الاستناد إليه في القرار السابق بموجب المادة 19 قانون الأسرة التي تتيح لكلا الزوجين أن يشترط على الطرف الآخر كل ما هو ضروري أثناء الحياة الزوجية، ومن ذلك شرط البكاراة.

وبالتالي، فإن عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج من قبل الزوج، لا يحمل الزوجة المسؤولية في الطلاق والتعويض، لأن البناء بالزوجة ينهي كل دفع بعدم العذرية، وهو ما جاء في القرار الصادر في 23-05-2000². غير أنه لو صرحت الزوجة أو وليها الحاضر في مجلس العقد بأنها بكر ثم تبين بعد ذلك أنها ثيب، فإن هذا يعتبر تدليسا على الزوج؛ وفي كل الأحوال ليس له إلا الحق في الطلاق، دون أن يكون له الحق في الإبطال أو الفسخ.

أما بخصوص المشرع المغربي فقد تضمنت مدونة الأسرة نصا خاصا بعيب التدليس من خلال المادة 63 منها والتي تنص على أنه: «يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس

¹ م.ع، غ.أ.ش، م.ر.: 480264، م.م.ع، ع.1، 2009، ص.283.

² م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ 23-05-2000، م.ر.: 243417، م.ق، ع.01، 2002، ص.301.

بها هو الدافع إلى قبول الزواج، أو اشتراطها صراحة في العقد أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين... ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في التعويض».

وبناء عليه، يعتبر توجه المشرع المغربي أكثر موضوعية مقارنة بنظيره الجزائري، وهذا من خلال التطرق إلى عيب التدليس من خلال نص قانوني مجرد، على عكس المشرع الجزائري الذي وجه الخطاب في المادة 8 مكرر إلى الزوجة التي يتزوج عليها زوجها دون إعلامها.

ويستخلص من المادة 63 من مدونة الأسرة أن المشرع سار على رأي جمهور الفقهاء عدا الحنفية، من خلال منح الحق للزوج أو الزوجة في حالة ما إذا قام أحد الزوجين باستعمال وسائل احتيالية، سواء كانت قولية أو فعلية تخفي الحقيقة عن الزوج الآخر وتولد الغلط في ذهنه وكانت هي الدافع¹ إلى إبرام عقد الزواج، فله الحق بطلب الفسخ قبل الدخول وبعده، وهو نفس الحكم المقرر لدى الجمهور. وتبعاً لذلك يقوم التدليس على عنصرين، عنصر مادي حسي يتمثل في الوسيلة الفعلية أو القولية. أما العنصر المعنوي فيتمثل في نية التضليل والاحتيال، والتي تعتبر أمراً غير مشروع².

كما اعتبرت كذلك أن اشتراط أحد الزوجين أوصاف في الطرف الآخر وظهرت على خلاف ذلك، من قبيل التدليس الذي يوجب الحق للطرف المدلس عليه بفسخ عقد الزواج.

وقد أضافت المادة 63 شرطاً اجرائياً يتعلق بتقادم دعوى فسخ الزواج للتدليس خلال أجل شهرين من تاريخ العلم بالتدليس. على أساس أنها مسألة لا ترتبط بالنظام العام، بل ترتبط بعلاقة خاصة بين الزوجين تستوجب التقدم بطلب الفسخ للمحكمة محل الاختصاص.

وبالتالي، إذا كانت أفعال التحايل هي الدافع إلى إبرام الزواج، كأن يعتمد أحد الزوجين إلى إخفاء عيب فيه عن الزوج الآخر لإبرام عقد الزواج، فإن الزوج الآخر يكون قد أبرم عقد الزواج نتيجة للوهم والغلط الذي سببه التدليس، وتكون إرادته في هذه الحالة معيبة³، وهو ما قرره القضاء المغربي من خلال

¹ وهو ما يسميه فقهاء القانون المدني بالتدليس الدافع في مقابل التدليس غير الدافع والذي لا يخول لوحده طلب إبطال العقد. محمد الشرقاني، النظرية العامة للالتزامات، مطبعة سجل ماسة، المغرب، ج.1، ط.1، 2011، ص.122.

² عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.254.

³ مأمون الكزبري، المرجع السابق، ص.98.

محكمة النقض في قرارها الصادر في 16-03-2021 على أنه: «بمقتضى المادة 63 من مدونة الأسرة إذا تعرض الزوج أو الزوجة للإكراه أو اكتشف وقائع كانت هي الدافع لعقد الزواج، فله أن يطلب من المحكمة فسخ هذا العقد سواء قبل البناء أو بعده داخل أجل لا يتعدى شهرين من يوم العلم بهذا التدليس...»¹.

كما قضت قبل ذلك المحكمة الابتدائية بوجدة الصادر في 09-05-2005: «حيث أن المدعى عليها فرعياً بإخفائها واقعة كانت قبل زواجها متزوجة بغيره وأنها طلقت من ذلك الزوج، يكون باعتمادها شهادة الخطوبة الدالة على أنها عازبة، والحال أنها ليس كذلك، قد استعملت الاحتيال معه، وحيث أصيبت إرادة الزوج نتيجة تدليسها عليه بغلط في شخصها فعاب بذلك إرادته مما يكون معه طلب فسخ عقد الزواج بسبب التدليس، والذي تقدم مستنداً على أساس قانوني ويتعين الاستجابة له»².

وما يلاحظ من خلال هذا الحكم أن المحكمة لم تؤسس قبولها طلب الفسخ، على أساس أنها ثيب، وإنما بسبب إخفائها للواقعة، ومن هنا يتضح أن موقف القضاء كان سيتغير لو أن الزوجة لم تكن متزوجة من قبل حتى ولو لم تكن عذراء، بدليل أن بكاراة المرأة كوصف مرغوب في عقد الزواج يجب أن يشترطه الزوج، تطبيقاً لما هو مقرر في الفقه الإسلامي بموجب المادة 400 من مدونة الأسرة.

وعلى منوال التشريع الجزائري قرر القضاء المغربي أن إخفاء الزوج زواجه الثاني عن زوجته الأولى يعتبر من قبيل التدليس، يحق بموجبه للزوجة الأولى طلب الفسخ، وهو ما قرره محكمة الاستئناف بالجديدة في قرارها الصادر في 19-09-2006³.

وهو الأمر الذي نعتبره غير منطقي بالنسبة للتشريع المغربي، فعقد الزواج الأول هو عقد صحيح ونافذ ولازم لكلا الزوجين، ومن الناحية العملية فإن الزواج الثاني في غالب الأحوال يبرم بعد مرور مدة

¹ م.ن.م، ع.113، ل 16-03-2021، م.ش، ع.286-2-2-2018، الملحق رقم.26.

² المحكمة الابتدائية بوجدة، قسم قضاء الأسرة، ل 09-05-2005، م.ر:04-2340. مقتبس عن: محمد الشافعي، المرجع السابق، ص. 67.

³ محكمة الاستئناف الجديدة، 19-09-2006، مجلة الملف، ع.11، 2007، ص.269.

زمنية معتبرة، فكيف لفعل خارج عن نطاق الزواج الأول شكلا وموضوعا أن يتسبب في فساد، على اعتبار أن ما قرره المشرع المغربي بالنسبة لهذه الحالة هو الفسخ، وهذا الأخير لا يكون إلا في حالة الزواج الفاسد، لذلك كان من الأفضل أن يتبنى ما جاء به المشرع الجزائري لما قرر للزوجة الأولى حق في التطلق، على أساس أن الزوج من خلال زواجه الثاني قد أحل بالتزام قانوني ألا وهو اخبار الزوجة الأولى، ناهيك عن الشروط الأخرى المقررة النصوص القانونية التي تنظم تعدد الزوجات¹.

كما أن تقرير المشرع المغربي حق المدلس عليه بفسخ الزواج ليس حكما مطلقا، كما هو الحال في القواعد العامة التي تعتبر التدليس عيب من عيوب الإرادة، تجعل من العقد متأرجحا ما بين الصحة والبطلان، وحتى بالنسبة للفقهاء الإسلاميين الذي منح الخيار للشخص الذي وقع ضحية التغيرير الحق في الخيار بين الفسخ والإبقاء. فإن التدليس في عقد الزواج من شأنه أن يعدم العقد، وهو ما نجده مقررا في قرار محكمة الاستئناف بوارزازات في قرارها الصادر في 30-04-2008 بفسخ الزواج: «وحيث أن المستأنف عليها كانت حاملا عند العقد وكانت عالمة بذلك وأخفته على المستأنف، الشيء الذي يجعل عقد النكاح بينهما فاسدا شرعا لكون المعقود عليها كانت حاملا وقت عقد النكاح عليها، عملا بقول الشيخ جليل: وتأبد تحريمها بوط، وإن بشبهة².

غير أنه ينبغي الإشارة إلى أن الحكم بالفسخ هو حكم غير مؤسس قانونا ذلك أن الزواج بالمرأة الحامل سواء كانت نتيجة لتدليس من الزوجة أو غير ذلك من الأسباب، يعتبر باطلا بطلانا مطلقا طبقا للمادة 58 من مدونة الأسرة، وينبغي على المحكمة القضاء ببطلان الزواج لا بفسخه، سواء تم دخول أو لم يتم، وهو ما قرره المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكمها الصادر في 03 يناير 2006³.

غير أن محكمة النقض المغربية قضت في قرارها الصادر في 23-08-2011 بأنه: «لئن ثبت تدليس الزوج بإدلائه بتصريح كاذب بخصوص وضعيته الاجتماعية تسهيفا لعقده على امرأة ثانية دون

¹ وهو ما سنعالجه بدقة عند التطرق لإجراءات الترخيص القضائي لتعدد الزوجات في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة.

² محكمة الاستئناف، ورازات، 30-04-2008، مجلة قضاء الأسرة، وزارة العدل، ع.4 و5، 2009، ص.121.

³ المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، 03-01-2006، مجلة المحاكم المغربية، ع.120، 2009، ص.211، مقتبس عن: محمد الشافعي، الزواج...، ص.72.

احترام مسطرة التعدد، فإن القانون، وإن جرم فعله، لم يخول الزوجة الأولى طلب فسخ عقد زواج ضررتها، ويبقى للزوجة الثانية وحدها الحق في المطالبة ببطالان عقد زواجها إذا ما ارتأت ذلك، وأثبتت أن رضاها شابه عيب من عيوب الرضا»¹.

والأمر نفسه بالنسبة لحالة الزواج بامرأة متزوجة، فإن الحكم في هذه الحالة وإن كان نتيجة لتدليس الزوجة على الزوج بأنها لا زالت في عصمة رجل آخر، فإنها تخضع لأحكام المادة 57 من مدونة الأسرة لا المادة 63 منها، وهو ما قرره محكمة تارودانت الابتدائية حكمها الصادر في 05-11-2007 على أنه: «حيث ثبت من خلال وقائع الملف أعلاه أن المدعى عليها تزوجت بالمدعى بتاريخ 01-08-2003 حسب عقد الزواج موضوع طلب الابطال والحال أنها لازالت في عصمة السيد ... قبل وقوع الطلاق بينهما في ديسمبر 2004 بألمانيا، مما يثبت أن المدعى عليها قد تزوجت بالمدعى في الوقت الذي كانت فيه في عصمة رجل آخر، وهو الأمر الذي لا تعترف به الشريعة الإسلامية ولا القانون الوضعي، لأن وظيفة المرأة في الزواج وإثارة تحول دون إمكانية تعدد الأزواج. وحيث أن من شروط عقد الزواج طبقاً للمادة 13 من المدونة انتفاء الموانع الشرعية، وهي إما موانع مؤبدة أو موانع مؤقتة، ومن الموانع المؤقتة طبقاً للمادة 39 وجود المرأة في علاقة زواج أو عدة أو استبراء، وحيث يكون الزواج باطلاً طبقاً للمادة 57 من مدونة الأسرة، إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد من 35 إلى 39 من المدونة، وتصرح المحكمة ببطالان الزواج تطبيقاً للمادة 57 أعلاه، بمجرد اطلاعها أو بطلب ممن يعنيه الأمر»².

وبالنسبة للعيوب التي تمنع من تحقيق أهداف الزواج الشرعية خاصة الجنسية منها، فقد كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تمنح الحق لأحد الزوجين الحق في طلب التفريق رغم علمه به قبل الزواج، وهو ما قرره المجلس الأعلى في قراره الصادر في 18-10-2000³، غير أن مدونة الأسرة

¹ م.ن.م، غ.أ.ش، ع.439، ل 23-08-2011، م.ش، ع.154-2-1-2011، مجلة قضاء محكمة النقض، ع.75، ص.111. الملحق رقم.27.

² المحكمة الابتدائية، تارودانت، 05-11-2007، م.ر: 07-130، ص.91.90، مقتبس عن: خالد بن مومن، المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، ط.1، 2015، ص.150.

³ المجلس الأعلى المغربي، ع:982، ل 18-10-2000، م.ش، ع.396-2-99، مجلة المجلس الأعلى، ع.25، 2001، ص.103.

اعتبرته من قبيل الحالات التي تندرج ضمن أحكام المادة 63 منها، وإن تضمنت هذه الأخيرة مفهوم واسع للتدليس كسبب مستقل لفسخ الزواج دون أن يستثنى من ذلك حالة التدليس بكتمان العيب والاستثناء لا يكون إلا بنص صريح¹، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الابتدائية بسطات في 03-01-2008 بفسخ عقد الزواج للتدليس معتمدة على ما يلي: «حيث أنه تهدف الدعوى إلى فسخ عقد الزواج للتدليس، وحيث ادعى الزوج المدعي أن زوجته ترفض معاشرته دائما وهو الأمر الذي أكدته الزوجة خلال جلسات البحث التي أجريت معه، وحيث أن أهم أسباب الزواج التناسل وتحقيق الرغبة الجنسية، لتهداً النفوس وتستقيم، مما يشكل معه عدم تمكين الزوجة نفسها ضرراً بالغاً لا يمكن أن تستمر العلاقة الزوجية وحيث أن رفع هذا الضرر يستلزم الاستجابة لطلب الزوج»².

ولما كانت التدليس قائماً على الخداع والحيلة التي تعتبر في حد ذاتها عملاً غير مشروع، فإنه يستوجب التعويض طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية³. وعلى هذا الأساس حكمت المحكمة الابتدائية ببركان في 24-11-2005 بتعويض الزوجة التي كانت ضحية التدليس من زوجها الذي أخفى عليها واقعة أنه كان متزوجاً بامرأة وجاء الحكم كما يلي: «ما دام المدعى عليه قد احتال على المدعية وأخفى عليها واقعة زواجه من غيرها بعد تقديمه شهادة الخطوبة على أساس أنه عازب خلافاً للحقيقة، فإنه يكون من حق المدعية تطبيقاً لمقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بها من جراء واقعة التدليس والاحتيال التي تعرضت لها من طرف المدعى عليه الذي أوهمها بأنه عازب»⁴، فما يثير الانتباه أن المحكمة الابتدائية للسلطات بعد أن ثبت لديها تدليس الزوجة على

¹ آسية بوخاتم، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج، دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، الجزائر، ع.2، 2017، ص.57.

² المحكمة الابتدائية بالسلطات، قسم قضاء الأسرة، ع.29-08، ل 03-11-2008، م.ش. ر. 1363-7، حكم غير منشور. مقتبس عن: خالد التومي، ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية؟، الموقع الإلكتروني: بحث قانوني حول مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة - استشارات قانونية مجانية (mohamah.net)، تاريخ النشر: 15-08-2018، تاريخ الاطلاع: 08-02-2022، على الساعة: 19:28.

³ آسية بوخاتم، المرجع السابق، ص.58.

⁴ حكم المحكمة الابتدائية ببركان، ع.969-05، ل 24-11-2005، م.ش. ع.205-04، مجلة المناظرة، ع.11، 2006، ص.284.

زوجها بكتماؤها كونها مصابة بمرض نفسي وهو عدم ميلها لمعاشرة الرجال، وبعد أن قضت لهذا السبب بفسخ الزواج للتدليس فإنها رفضت طلب التعويض وقد بررت أن هذا الرفض راجع لعدم سوء نية الزوجة أو والدها¹.

فإقرار التدليس من المحكمة هو اعتراف بتحقيق أركانها، التي من ضمنها نية التظليل أي العنصر المعنوي، وبهذا كان لازماً عليها الحكم بالتعويض، أما تعليل المحكمة بحسن نية الزوجة يتعارض مع تأسيسها للفسخ بسبب التدليس على اعتبار أن العيب لا دخل للزوجة فيه².

وقد قررت محكمة النقض بأن عذرية المرأة لا تعتبر من قبل الأوصاف التي تمنح الزوج الحق في فسخ الزواج وهذا في قرارها الصادر في 25-03-2014: «إن العذرية لم تشترط في العقد. وبالتالي، فلا كلام للزوج بشأنها ولو صدق كما هو مقرر فقها، وتكون قد طبقت صحيح القانون والفقهاء»³.

أما بالنسبة للمشرع التونسي، فنجد انعدام تام للنصوص القانونية المنظمة لعيوب الإرادة في عقد الزواج، وقد ذهب فقه القضاء التونسي إلى أنه استناداً لما قرره مجلة الأحوال الشخصية في فك الرابطة الزوجية بمقتضى جواز الطلاق بالإرادة المنفردة بالنسبة لكلا الزوجين، والطلاق بالتراضي، أو التطبيق للضرر بالنسبة للزوجة، فإنه من الأسهل على الشخص الذي تكون إرادته معيبة بعيب التدليس أن يقوم بدعوى فك الرابطة الزوجية مقارنة بدعوى إبطال عقد الزواج⁴.

غير أن القضاء التونسي، نظر في قضية طلاق قام برفعها الزوج يطالب الحكم بطلاق زوجته متمسكا بأنها مصابة بمرض في الأعصاب وقد حاول علاجها لكن دون جدوى فأصبحت الزوجة غير قادرة على القيام بواجباتها الزوجية. وقد رأت محكمة التعقيب بأنه لا مجال للحكم بالطلاق للضرر الذي تقدم به الزوج على أساس إصابة زوجته بمرض في الأعصاب، وذلك لأن مرض الزوجة هو مصيبة

¹ المحكمة الابتدائية بسطات، بتاريخ: 03-01-2008، ع.29-08، ملف شرعي: 07-1383، مقتبس عن: خالد بن مومن، المرجع السابق، ص.162.

² خالد بن مومن، المرجع السابق، ص.162.

³ م.ن.م، غ.أ.ش، ع.239، ل 25-03-2014، م.ش، ر.42-2-1-2013، نشرة قضاء محكمة النقض، ع.77، ص.87.

⁴ ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص.40.

حلت بها دون أن يكون لها في ذلك أي ذنب، ولذا فإنه يستنتج من هذا أن الزوج مخير بين حلين إما أن يصبر على ما أنزله المولى عز وجل بزوجه وبه، أو أن يلتجئ إلى تطليقها على أساس الفقرة 3 من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية. غير أنها اقترحت على الزوج لفصل المشكل القانوني المطروح عليها فقالت أنه: «كان من الممكن للزوج أن يقوم بقضية في إبطال الزواج لو أقام الدليل على أن مرض زوجته هو سابق لعقد الزواج وأنه كان يجمله وأنه ما كان ليتزوج لو كان عالماً به»¹.

ومن هذا التعليل، يتضح أن محكمة التعقيب التونسية كان لها ميول إلى تطبيق القواعد العامة في مجلة الالتزامات والعقود.

غير أن ما جنح عليه القضاء التونسي من خلال العديد من القضايا المطروحة عليه، هو أنه قرر لمن وقع ضحية التدليس اللجوء لطلب الطلاق للضرر، كما هو مقرر في القضاء الجزائري، والذي يستند إلى ما قال به فقهاء المذهب الحنفي. حيث قضت المحكمة الابتدائية بالقيروان في 01-11-2007 بقبول طلب الزوجة بصفتها مدعية، بالطلاق من الزوج بعد أن أوهمها بأنه يعمل مهندس، في حين أنه تزوجها طمعا في مالها، وأسست المحكمة حكمها بالاستناد إلى الفقرة 03 من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، وقد خولت المحكمة الزوجة الحق في المطالبة بالتعويض، على اعتبار أن ما أخفاه الزوج على زوجته ليس من قبيل التدليس الذي يؤثر على إرادتها².

وقد اعتبر القضاء التونسي أن عقم الزوجة لا يعتبر عيبا من عيوب عقد الزواج في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس في 21-11-2017: «حيث يعرض المدعي أنه متزوج بالمدعى عليها بتاريخ 26-07-2016، وتم البناء بها دون أن ينجبا أبناء...، وقد قضت المحكمة بإيقاع الطلاق بين الزوجين، مع إلزام الزوج بأن يؤدي للزوجة مبلغ 200000 دينار تونسي لقاء ضررها المادي، يدفع لها في شكل جناية عمرية مشاهرة، وبالحلول 12000 دينار تونسي لقاء ضررها المعنوي، و350 دينار تونسي لقاء أتعاب تقاضي وأجرة المحاماة وتحميله المصاريف القانونية»³.

¹ م.ت، ق.ت.م، ع.5929، ل 15-12-1981، مقتبس عن: ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص.41،40.

² المحكمة الابتدائية بالقيروان، ع.41258، ل 01-11-2007. الملحق رقم.28.

³ المحكمة الابتدائية بتونس، ع.10501، ل 21-11-2017، م.ر:60905، الملحق رقم.29.

كما أن العجز الجنسي للزوجة يعتبر من قبيل العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف عقد الزواج، وقد قررت محكمة التعقيب التونسية في قرارها الصادر في 07-06-2007: «أنه لا خلاف حسب كل الفقهاء أن القدرة الجنسية تعد من الشروط الجوهرية لعقد الزواج، وهي من الشروط الفيزيولوجية الجوهرية التي تتأسس عليها العلاقة الجنسية باعتبارها أمراً طبيعياً وحتماً ولازماً لقيام العلاقة الزوجية.

إن المشرع التونسي ولئن لم يعرف الزواج ضمن مجلة الأحوال الشخصية، إلا أنه يمكن القول عامة أن الزواج هو عقد يتعايش بمقتضاه رجل وامرأة على سقف واحد ليلتقيا عاطفياً وجنسياً للمحافظة على الجنس، ويمكن القول إن هذا التعريف يتماشى مع مبادئ الشريعة الإسلامية. ولا خلاف، إن عقد الزواج مبناه الكرامة وذات الشخص مقصودة فيه بالذات، وأنه متى فقدت فيه الشروط المطلوبة يتعين فسخ هذا العقد بالطرق القانونية لا التنفيذ على ذات الشخص. طالما أقرت الزوجة بانعدام العلاقة الجنسية بينها وبين معاقدها على مر العديد من السنين فإن صبر الزوج وتمهله عن طلب الطلاق لا يعد تنازلاً منه عن ضرره ورضائه باستمرار الحياة الزوجية على هذا النحو. وإن المرض الجنسي الذي تعانيه المرأة يعد عائقاً عن ممارسة الحياة الجنسية وبالتالي يمثل ضرراً مباشراً¹.

وما يفهم من هذا القرار أن محكمة التعقيب تبنت رأي جمهور الفقهاء، تحت مسمى خيار الفسخ للعيوب، وعليه متى تبين أن الزوجة أخفت على زوجها العجز الجنسي قبل الزواج فإن له الحق في المطالبة بفسخ الزواج للتدليس.

غير أن حيثيات القضية أكدت أن الزوجة تزوجت بالمعقب سنة 1985 وأنجبت منه ثلاث أولاد، مما يتضح أن العجز الجنسي أصاب الزوجة بعد البناء بها، وبعد انجائها، وما دامت مجلة الأحوال الشخصية قد اعتبرت تعدد الزوجات جريمة يعاقب عليها القانون، فلا مفر من الزوج غير طلب الطلاق، وكيفما قررت محكمة التعقيب في حق الزوجة، فإنه ظالم لها، على أساس أن إصابتها جاءت بعد انجائها لثلاث أبناء. وفي اعتقادنا فإن ضرر الزوج أهون من ضرر الزوجة، ونكاد نجزم أن هذه الحالة تعتبر من الحالات العديدة التي تفضل فيها الزوجة جواز تعدد الزوجات بدل منعه واعتباره جريمة.

¹ م.ت، ق.ت.م، ع.12678، ل 07-06-2007. الملحق رقم.30.

فلو طرحت هذه القضية أما القضاء الجزائري أو المغربي، لاعتبرا أن طلاق الزوج هو طلاق تعسفي، على اعتبار أن مرض الزوجة في هذه الحالة يعبر مبررا شرعيا لتعدد الزوجات وفق المادة 8 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 40 من مدونة الأسرة المغربية.

وبخصوص عذرية الزوجة، وعلى منوال القضاء الجزائري والمغربي، اشترطت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 21-06-2017: «أن تكون عذرية الزوجة موثقة قبل إتمام الزواج وفقا لأحكام الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية، حتى يتم الاحتجاج بفقدانها بعد الزواج»¹.

ثانيا- الإكراه:

الإكراه في اللغة، يقال قام على كُرِهٍ أي على مشقة، وأقامه فلان على كُرِهٍ أي أكرهه على القيام به²، وهو حمل إنسان على أمر لا يريد طبعاً أو شرعاً³، والكُرِه بمعنى المشقة، وهو ما يكرهه الإنسان ويشق عليه، وإنما سمي الشر مكروهاً لأنه ضد المحبوب وامرأة مستكرهة غصبت نفسها فأكرهت على ذلك، والإكراه في أصل اللغة هو حمل الشخص على فعل شيء يكرهه⁴.

ويستخلص مما سبق أن التعريفات اللغوية لم تركز على اعتبار الإكراه كنقيض للرضا، بل اعتبرته نقيضا للمحبة، ويوجد اختلاف كبير بين الشيء الذي ترضى به والشيء الذي تحبه، والمثال الحي في هذا الصدد هو أن المريض يتناول أحيانا أدوية تحت الإكراه، ليس لأنه لا يرضى بها وإنما لا يجب طعمها مثلاً⁵.

أما من الناحية الاصطلاحية، فد عرفه فقهاء الحنفية بأنه فعل يفعله المرء بغيره، ينتفي به رضاؤه، أو يفسد به اختياره، من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطأ⁶، وهو فعل يوجد

¹ م.ت، ق.ت.م، ع.46517، ل 21-06-2017. الملحق رقم.31.

² زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، باب الكاف، ص.269.

³ أبو البقاء الكفوي، الكليات، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.1، د.س.ن، ص.163.

⁴ ابن منظور، المرجع السابق، ج.13، ص.535.

⁵ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.4: كتاب النكاح، ص.21.

⁶ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.24، ص.38.

من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذي طلب منه¹، وهو الدعاء إلى الفعل بالإبعاد والتهديد².

وعرفه المالكية بأنه ما يفعله الانسان مما يضره، أو يؤلمه من ضرب أو غيره³. في حين يرى الشافعية بأن الاكراه هو أن يصير الرجل في يدي من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان أو لص أو متغلب على واحد من هؤلاء، ويكون المكره يخاف خوفا عليه، دلالة أنه أمر امتنع من قبول ما أمر به، يبلغ به الضرب المؤلم أكثر من اتلاف نفسه⁴.

أما الحنابلة فقالوا بأنه لا يكون الشخص مكرها حتى ينال من العذاب كالضرب أو الخنق أو العصر أو الحبس أو الغط في الماء مع الوعيد وما أشبه⁵.

وقد عرفه بعض الفقه المتأخر بأنه حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر عليه الحامل على إيقاعه، فيصير الغير خائفا⁶.

غير أن التعريفات الاصطلاحية التي أوردها الأئمة الأربعة فصلت في هذه المسألة، خاصة بالنسبة للحنفية الذي اعتبروا أنه من شأن الإكراه أن يعدم الرضا ويجعل العقد باطلا، كما من شأنه أن يفسد الاختيار ويجعل العقد فاسدا، بخلاف الجمهور الذين يعتدون بالرضا والاختيار كعنصرين متلازمين في الإرادة وجودا وعدما.

ويمكن القول إن الاكراه هو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضيه، ولا يختار مباشرته، لو ترك ونفسه⁷.

¹ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.4: كتاب النكاح، ص.21.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.7، ص.175.

³ شمس الدين أبو عبد الله الخطاب، مواهب...، المرجع السابق، ج.4، ص.45.

⁴ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص.240.

⁵ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.10، ص.103.

⁶ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط.1، 1998، ص.370.

⁷ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.4، ص.3063.

وقد قسم الفقهاء الإكراه إلى نوعين، إكراه ملجئ أو كامل؛ وإكراه غير ملجئ أو ناقص؛ فالإكراه الملجئ هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار، بأن يهدده بالقتل، أو بإتلاف بعض الأعضاء، أو بالضرب الشديد الذي يخشى منه القتل أو تلف العضو، أو تلف جميع المال. وبالتالي فإنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار.

أما الإكراه الناقص أو غير الملجئ، هو التهديد بما لا يضر النفس أو العضو، كالتهديد بالضرب اليسير أو بالحبس، أو بإتلاف بعض المال، أو بإلحاق الظلم كمنع الترقية أو إنزال درجة الوظيفة. وعليه، فإنه يعدم الرضا، ولا يفسد الاختيار. ويضيف الفقهاء نوع ثالث، وهو الإكراه الأدبي الذي يعدم تمام الرضا، ولا يعدم الاختيار، كالتهديد بحبس أحد الأصول أو الفروع، أو الأخ أو الأخت ونحوهم، وحكمه أنه إكراه شرعي استحساناً لا قياساً، كما قرر الكمال بن الهمام من الحنفية، وهو رأي المالكية¹، ويترتب عليه عدم نفاذ التصرفات المكره عليها. ويرى الشافعية² أن الإكراه نوع واحد، وهو الإكراه الملجئ، وأما غير الملجئ فلا يسمى إكراهاً³.

والإكراه بأنواعه لا يزيل الأهلية، وإنما يزيل الرضا، وقد يزيل الاختيار وهو الملجئ عند الحنفية، ويزيل الرضا والاختيار معا عند غير الحنفية⁴.

وهو ما أشرنا إليه في تعريفنا للرضا، فلو كان إكراهاً ملجئاً فالعقد باطل عند الحنفية أما إذا كان غير ملجئ فالعقد فاسد، أما بالنسبة للجمهور فالعقد الذي يقوم على الإكراه الملجئ هو باطل أما إذا كان غير ملجئ فهو عقد صحيح غير نافذ.

وقد اشترط الفقهاء جملة من الشروط حتى يتحقق الإكراه:

- أن يكون الشخص المكره قادراً على تنفيذ تهديده، أما إذا لم يكن قادراً على تنفيذ ما هدد به لعجزه أو لتمكن المستكره من الهرب، فلا يتحقق الإكراه؛

¹ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.367.

² محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.471.

³ كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج.9، ص.233.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.4، ص.3064.

- أن يغلب على ظن المستكره إيقاع المكره ما هدد به في الحال إذا لم يمتثل، فإن لم يغلب على ظنه وقوع ما هدد به لا يتحقق الإكراه؛

- أن يكون الشيء المهدد به مما يشق على النفس تحمله. وهذا يختلف باختلاف الأشخاص، فيجب أن يبحث تأثيره في كل شخص على حدة؛

- أن يكون المهدد به عاجلاً، فلو كان آجلاً في المستقبل لم يتحقق الإكراه؛ لأن بالتأجيل يتمكن المستكره من الاحتماء بالسلطات العامة¹؛

- أن يكون الإكراه بغير حق، أي لا يكون مشروعاً. فإن كان الإكراه بحق، أي الهدف منه تحقيق غرض مشروع، فلا تأثير له على التصرفات أصلاً، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه، واستملاك الأراضي جبراً عن أصحابها للصالح العام كتوسيع مسجد أو طريق ونحوه²؛

وبتوافر هذه الشروط يكون للإكراه تأثير في التصرفات ويجعلها باطلة، سواء كانت قابلة للفسخ كالبيع والإجارة والهبة ونحوها، أم غير قابلة للفسخ كالزواج والطلاق واليمين والرجعة. فلا يصح البيع أو الإيجار الصادر من المستكره، ولا يقع طلاق المكره، ولا يثبت عقد الزواج بالإكراه؛ لأن الإكراه يزيل الرضا، والرضا أساس التصرفات، وهذا قول جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية³.

في حين يميز الحنفية بين التصرفات المحتملة للفسخ، والغير محتملة للفسخ؛ وعقد الزواج لا يحتمل الفسخ، إذ يصح مع الإكراه ويلزم، لأنه تصرف يستوي فيه الجد والهزل، والإكراه في معنى الهزل لعدم القصد الصحيح للتصرف فيهما. بدليل الحديث النبوي: {كُلُّ طَلَّاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَّاقَ الصَّيِّ وَالْمَجْنُونِ}⁴.

¹ وهذا شرط عند الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة. وقال المالكية: لا يشترط أن يكون المهدد عاجلاً، وإنما الشرط أن يكون الخوف حالاً. شمس الدين أبو عبد الله الخطاب، مواهب...، المرجع السابق، ج.4، ص.45. محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص.240. موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.10، ص.103.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.4، ص.3065.

³ شمس الدين أبو عبد الله الخطاب، مواهب...، المرجع السابق، ج.4، ص.45. محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص.240. موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.10، ص.103.

⁴ جمال الدين أبو محمد الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة، بيروت، ج.3: كتاب الطلاق، ط.1، 1418هـ، 1997م، ص.221.

أما إذا كان التصرف قابلاً للفسخ كالبيع والإجارة والهبة فلا يصح مع الإكراه. ويكون العقد فاسداً عند جمهور الحنفية -أبي حنيفة وصاحبيه-، أي أنه إذا زال الإكراه وأصر المستكره على العقد مع الطرف الآخر ورضي به صار صحيحاً، فيكون للمستكره بعد زوال الإكراه الخيار بين إمضاء التصرف وفسخه¹.

وقد اعتبر زفر والمالكية تصرف المستكره موقوفاً على إجازته عند زوال الإكراه عنه، كتصرف الفضولي. وبما أن هذا التصرف ينفذ ويلزم بالإجازة، فهذا دليل على كون التصرف موقوفاً لا فاسداً، لأن التصرف الفاسد يفسخ فسخاً ولا يجوز إجازة. وهذا ينبئ أن رأي زفر أوجه وأقوى وأصح؛ لأن جمهور الحنفية قالوا إن تصرف المستكره يقبل الإجازة بعد زوال الإكراه، فلو كان فاسداً لما صحت إجازته، لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة بل يجب فسخه شرعاً، ويملك الشيء المعقود عليه بالقبض، وهذا لا ينطبق على عقد المستكره².

أما بالنسبة للتشريعات المغاربية، فقد نظمت مسألة الإكراه في قواعدها العامة للعقود حيث تنص المادة 88 من القانون المدني على أنه: «يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق»، والمادة 46 من قانون الالتزامات والعقود على أن: «الإكراه هو إجبار مباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصاً آخر على أن يعمل عملاً بدون رضاه»، والفصل 50 من مجلة الالتزامات والعقود على أن: «الإكراه هو إجبار أحد بغير حق على أن يعمل عملاً لم يرتضه»، فهو إذن ضغط على إرادة الشخص بما يحمله على التعاقد دون رضاه.

وفي البخاري والبيهقي والترمذي جاء ب: «كُلُّ طَلَّاقٍ جَائِزٌ، إِلَّا طَلَّاقُ الْمَثْوَى». محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج. 68: كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكراه والسكران والمجنون، ح. ر: 5268، ص. 46. محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج. 3: أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في طلاق المعتوه، ح. ر: 1191، ص. 488. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج. 42: كتاب الخلع والطلاق، باب ما يقع به الطلاق من الكلام ولا يقع إلا بنية، ح. ر: 15110، ص. 588.

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج. 7، ص. 182.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 3067.

ومما سبق نجد أن القواعد العامة للعقود للدول المغاربية قد اعتبرت الإكراه بأنه الضغط الذي يمارس على إرادة الشخص¹، والذي يولد له حالة من الرهبة والخوف التي تحمله على التعاقد، والتي من شأنها أن تؤثر على حرية الشخص واختياره؛ ويكون إما إكراه مادي من خلال الضرب أو التعذيب أو إجبار الشخص على إمضاء العقد، وهو ما لا يمكن اعتباره من قبيل عيوب الإرادة إذ أنه يعدمها. أو إكراه معنوي، لا يصل إلى هدم الإرادة وإنما يعيبها فقط²، إذ لا يتضمن أفعالا ماديا إيجابية، على أساس أن العبرة فيه أنه يقوم على التهديد بالضرب أو التعذيب، مما يولد للشخص حالة الخوف والرهبة التي ولدها في ذهن المتعاقد الآخر جعلته يقبل التعاقد بأهون الشرين وأخف الضررين³.

فلمتعاقد تحت تأثير الرهبة إنما تعاقد بإرادته، ولكن إرادته لم تكن حرة، حيث أن المتعاقد كان أمام أحد الخيارين إما أن يتحمل الأذى المهدد به وإما أن يتعاقد وكلاهما شر فاختر التعاقد كأهون الشرين لدرء الضرر عن نفسه أو عن غيره⁴.

كما تنص اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج في مادتها 01 على أنه: «لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وبإعراجهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود وفقا لأحكام القانون». وبناء على ما تقدم⁵ من أحكام عامة حول الإكراه في العقود، فإن الحكم في عقد الزواج يختلف إذا ما اعتبرنا الإكراه من عيوب الإرادة، فيمكن تعريف الإكراه على إبرام عقد الزواج بأنه جملة الأفعال المادية والمعنوية التي يمارسها أحد الزوجين أو الغير على الزوج الآخر، بحيث تولد له رهبة وخوف تدفعه إلى إبرام عقد الزواج، فلو لا تلك الرهبة لما أبرم عقد الزواج.

¹ عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص.125.

² هذا النوع من الإكراه، لا علاقة له بعيوب التراضي لأن إرادة المتعاقد قد انعدمت الأمر الذي يكون أقرب إلى القوة القاهرة منه إلى مجرد عيب في الإرادة.

³ عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص.125.

⁴ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.230.

⁵ راجع ص.264 إلى 268.

ومن خلال هذا التعريف يمكن القول إنه يمكن أن يصدر الإكراه من أحد الزوجين تجاه الطرف الآخر، أو من الغير، سواء كان من الأقارب أو غير الأقارب. كما يعتبر إكراها الأفعال التي تصدر من قبل الولي الشرعي لأحد الزوجين بأن يكرهه أو يجبره على الزواج.

غير أنه ينبغي التنويه إلى مسألة مهمة جدا، والتي ترتبط بإجبار الأب لأحد أبنائه بالزواج دون رضاه، وهذه المسألة ترتبط بما سنتطرق إليه في أحكام الولاية، ذلك أن عديد الفقهاء القانونيين اعتبروا أن تزويج الأب لابنته الصغيرة من قبيل الإجبار، وأغفلوا مسألة أساسية أن الصغيرة غير مكلفة بالتعبير عن إرادتها بنفسها وإنما يتولى أبوها بالتعبير عنها كطرف أصيل في العقد.

وعن موقف التشريعات المغاربية عن الإكراه الصادر من غير الولي، نجد أنها أغفلت التطرق إلى هذا النوع من الإكراه إذ أنه لا يتضمن النفوذ الأدبي للولي على موليته، بل يعتبر عملا غير مشروعاً يستوجب غالبا قيام المسؤولية الجزائية إلى جانب المسؤولية المدنية.

باستثناء المشرع المغربي الذي نص صراحة بموجب المادة 63 من مدونة الأسرة، التي تمكن الشخص الذي وقع ضحية إكراه أن يطلب التعويض ممن أكرهه باعتباره عملا غير مشروع.

وكما هو مقرر في القواعد العامة، فقد اعتبرت الإكراه المادي مما يعدم الإرادة، على اعتبار أن فعل الإكراه قد تحقق، إذ أن هذه الحالة لا تعني أن المتعاقد أبرم العقد بإرادته تحت تأثير الخوف والرهبة، بل إرادته منعدمة أدت إلى عدم تحقق الإيجاب أو القبول من الطرف المستكره. وعليه، يعتبر عقد الزواج الذي يتم في هذه الحالة باطلا بطلانا مطلقا وللمحكمة أن تقضي ببطلانه بمجرد اطلاعها عليه، سواء وقع بناء أم لم يقع¹، مع حق المرأة في الصداق بعد البناء، ووجوب الاستبراء، أما في حالة الحكم ببطلان العقد بعد البناء فيثبت النسب للأب حسن النية² وتعتبر حالة الإكراه في عقد الزواج من أسباب البطلان المنصوص عليه في المادة 57 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: «يكون الزواج باطلا: 3- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول».

¹ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص. 133.

² وزارة العدل، دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، مطبعة فضال، المغرب، ع. 1، 2004، ص. 51.

غير أن ما جاءت به 63 من مدونة الأسرة هو ما يعتبر من قبيل الإكراه الذي يعيب الإرادة فقط، ويترتب عليه حق الشخص الذي وقع ضحية الإكراه المطالبة بفسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال مدة شهرين من زوال الإكراه، وهو ما قضت به المحكمة الابتدائية بالرباط من خلال طلب الزوجة بفسخ زواجها من أستاذها الذي أكرهها على الزواج منه تحت طائلة الرسوب في الامتحان، وهو الأمر الذي أثبتته شهودا سمعوا عدم رضاها، وقد أجلوا الدخول إلى ما بعد الامتحان، وقد اعتبرت المحكمة أن مطالبة الزوجة بفسخ الزواج مباشرة بعد ظهور النتائج بمثابة الدليل على صدور الإكراه من الزوج، وحضورها أمام العدلين وتوقيعها على رسم الزواج يعد قرينة بسيطة على رضائها يجوز اثبات عكسها¹. فالإشارة إلى الإكراه كسبب من أسباب فسخ الزواج مسألة جديدة أدخلتها مدونة الأسرة، وذلك لما فيه من محاسن، التي تتمثل في حماية عقد الزواج وحماية كل طرف فيه من أية ممارسة أو سلوكيات تتنافى ومبدأ الرضائية والحرية والاختيار، إذ يصبح كل عقد زواج أبرم تحت الإكراه ولو من الغير - وإن لم تشر المدونة إلى هذه الحالة - مهدد بالفسخ والانحلال².

وقد اعتبر المشرع المغربي الإكراه على الزواج جريمة معاقب عليها من خلال الفصل 1 و2 و3 و503 من القانون رقم 13-103 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء³، وينص على أنه: «دون الاخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وغرامة من 10000 إلى 30000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، من أكره شخصا على الزواج باستعمال العنف أو التهديد، وتضاعف العقوبة إذا ارتكب الإكراه على الزواج باستعمال العنف أو التهديد، ضد امرأة بسبب جنسها أو قاصر أو في وضعية إعاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية. ولا تجوز المتابعة إلا بناء على شكاية الشخص المتضرر من الجريمة. ويضع التنازل عن الشكاية حدا للمتابعة القضائية ولآثار المقرر القضائي المكتسب لقوة الشيء المقضي به في حالة صدوره.

¹ المحكمة الابتدائية بالرباط، ع.17، ل 14-01-2004، م.ر: 05-101، مجلة القبس المغربية، ع.2، 2005، ص.301. مقتبس عن: عماد بنعلال، الإكراه على الزواج في التشريع المغربي، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، المغرب، 2021، ع.07، ص.132.

² عبد الكريم الطالب، النزعات المدنية لمدونة الأسرة، مجلة المحاكم المغربية، يناير فبراير 2007، ع.106، ص.30.

³ ظهير شريف، ع.1-18-19، ل 05 جمادى الثانية 1439هـ، الموافق ل 22-02-2018، بتنفيذ القانون رقم 13-103 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، ج.ر، ع.6655، ل 12-03-2018.

ويترتب على ما سبق أن العقوبة لا تقرر إلا إذا كان الاكراه مقرونا بالعنف سواء كان جسدياً أو نفسياً أو اقتصادياً، حسب ما جاءت به المادة الأولى من القانون 103.13؛ أو التهديد الذي يتحقق بتهديد الجاني للضحية بارتكاب أفعال الاعتداء على شخصه أو ماله¹، ويعاقب عليها بموجب الفصول 425 و 426 و 427 و 429 من القانون الجنائي، ولا تضاعف العقوبة إذا كان مرتكب الجريمة أحد الزوجين ضد الآخر أو أحد الأصول أو أحد الفروع أو أحد الاخوة أو كافلاً أو شخصاً له ولاية أو سلطة على الضحية أو مكلف برعايته أو إذا كان ضحية الجريمة قاصراً أو في وضعية إعاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية حسب الفقرة 01 من الفصل 429 من القانون الجنائي².

وقد تضمنت الفقرة 02 من الفصل 429 من نفس القانون ظروف التشديد لتصبح العقوبة بالحبس من سنة إلى سنتين وغرامة من 20000 إلى 60000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط إذا ارتكب الاكراه على الزواج باستعمال العنف أو التهديد ضد امرأة بسبب جنسها أو قاصر أو في وضعية إعاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية. وما ينبغي الإشارة إليه أن متابعة الشخص المكره من الناحية الجزائية تقتضي إثبات الإكراه على الزواج وهو الأمر الصعب من الناحية العملية، كما أن ظروف التشديد ترتبط فقط إذا كانت الزوجة هي الضحية دون الزوج، وقد تم استبعاد الظروف المشددة إذا كان المكره أحد الأصول أو من له رعاية أو كفالة أو سلطة رغم أنها الحالات الأكثر انتشاراً في الواقع³.

كما اشترط الفصل 1-2-503 في فقرته 03 أن المتابعة الجنائية للجاني لا تكون إلا من خلال شكوى يتقدم بها الشخص المتضرر حيث نصت على أنه: «لا تجوز المتابعة إلا بناء على شكاية الشخصية المتضرر من الجريمة»، وهو تقييد لحق النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية حماية للأسرة، وهو في حد ذاته اعتبار المشرع لهذا النوع من الجرائم التي لا تمس النظام العام، وهو الأمر الذي يمكن

¹ عماد بنعلال، المرجع السابق، ص. 137.

² أضيف هذا الفصل 1-429 بالقانون الجنائي، بمقتضى المادة 5 من ظهير شريف رقم 1.18.19، الصادر في 05 جمادى الثانية 1439هـ، الموافق لـ 22-02-2018، بتنفيذ القانون رقم 13-103 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، ج.ر، ع. 6655، بتاريخ 23 جمادى الثانية 1439هـ، الموافق لـ 12-03-2018، ص. 1449.

³ عماد بنعلال، المرجع السابق، ص. 138.

الجاني من الإفلات من العقوبة خاصة إذا ما تعرض الضحية لضغوط عائلية تدفعه إلى العدول عن الشكاية¹.

وقد انتفت النصوص القانونية التي تنص على الإكراه في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، غير أن ما تضمنه الفصل 51 من مجلة الالتزامات والعقود، بأن الإكراه لا يوجب فسخ العقد، إلا إذا كان هو السبب الملجئ للتعاقد، أو إذا كان من شأنه إحداث ألم بيدن المكروه أو باضطراب معنوي له وبال في نفسه، أو خوف على حياته، أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح اعتبارا لسنة، وكونه ذكرا أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثره، وإذا توفرت تلك المواصفات، فإنه يوجب فسخ العقد ولو وقع على من له قرابة مع المتعاقد المكروه، كأن يكون أحد والديه أو وليه القانوني²؛ يميل نوعا ما إلى ما هو مقرر في المذهب الحنفي، غير أن تطبيق هذا النص القانوني على حالة الإكراه على الزواج يتنافى ومبدأ الرضائية في عقد الزواج.

وقد تضمن القانون الجنائي التونسي صورا خاصة بالإكراه على إبرام عقد زواج على منوال الفصل 227 مكرر من المجلة الجنائية الذي يعاقب 5 سنوات سجنا من يتصل جنسيا بقاصرة برضاها. غير أن المشرع اعتبر التزوج بالمعتدي مما يوقف المتابعة الجزائية، فعلى فرض أن زواجا يبرم من قبل شخص للتقصي من المتابعة الجزائية فقد تبادر إلى ذهنه القيام بقضية في إبطال عقد الزواج بعلّة أن إكراها قد سلط عليه لإبرام ذلك العقد وبأن رضاه كان معييا لكنه من المتوقع أن مثل هذا الموقف لن يحض بقبول المحاكم التي ستقضي برفض طلب إبطال الزواج على أساس الإكراه المزعوم، وعلينا أن نذكر أن هذا

¹ عماد بنعلال، المرجع السابق، ص.138..

² وفي هذا الصدد يرى الأستاذ محمد اللجمي: «إنه من الصعب اليوم في تونس أن يبرم زواج تحت وطأة الإكراه، ولو من قبل ولي الفتاة القاصرة، إذ أن ما يشترطه القانون لعقد الزواج من موافقة الأم إضافة لموافقة ولي الزواج، وما يقتضيه إبرامه من حضور لدى عدلي الإشهاد أو لدى ضابط الحالة المدنية في جو احتفالي، وما يضعه القانون على كاهل أولئك المأمورين من واجب التأكد من رضا الزوجين قبل إبرام العقد، كل ذلك يوفر أكثر من فرصة لكل من الزوجين لا فرق بين الرجل والمرأة، للتحرر من الإكراه إن وجد وللتعبير عن عدم رضاه بالزواج في الوقت المناسب، إن كان حقيقة غير راض به وأن هناك من يريد إكراهه عليه». محمد اللجمي، قانون الأسرة، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، ط.1، 2008، ص191.

الشخص الذي يكون قد أبرم عقد زواج لن يمكنه تطليق زوجته إنشائه خلال العامين بعد الدخول وإلا فإنه يعرض نفسه لمتابعة جزائية تستأنف ضده¹.

وقد جاء المشرع التونسي بنص عام يتضمن تجريم إكراه المرأة على الزواج بموجب البند 5 من الفصل 02 من القانون الأساسي المتعلق بمنع الاتجار بالأشخاص ومكافحته²، واعتبر إكراه المرأة على الزواج من قبيل الممارسات الشبيهة بالرق.

وبخصوص المشرع الجزائري، فباستثناء ما نصت عليه المادة 88 من القانون المدني، والنص الخاص بإجبار الولي³، لم يفرد حالة الإكراه على الزواج بنص خاص، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع التونسي، غير أن المحكمة العليا في قرارها الصادر في 12-03-2008 قررت أن: «عقد الزواج بصفة عامة مبني أساسا على الرضا وهو ركن من أركانه المنصوص عليها في المادة 09 من قانون الأسرة؛ إضافة إلى ذلك فإن المادة 04 من نفس القانون تعرف الزواج على أنه عقد رضائي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وحيث بناء على المادتين المشار إليهما أعلاه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة ما على الدخول بها رغم معارضتها له أو عدم رضاها به»⁴.

وما يلاحظ من هذا القرار أن القضية متعلقة بزوجة ناشز رفضت أن يدخل بها زوجها، والذي يعتبر حق من حقوق الزوجية، سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة؛ ومع ذلك رفضت المحكمة العليا إكراه الزوج لزوجته على الدخول بها. فكيف هو الحال في الحالة التي يكره فيها شخص لآخر بأن يتزوج به، فإن مصير هذا الزواج وفق ما هو مقرر في المادة 4 و9 من قانون الأسرة وما قرره المحكمة العليا هو البطلان طبقا لنص المادة 33 من قانون الأسرة على اعتبار أن الإكراه على الزواج يعتبر من الأسباب التي تؤدي إلى اختلال ركن الرضا.

¹ ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص.41.

² قانون أساسي عدد 61 لسنة 2016 مؤرخ في 3 أوت 2016 يتعلق بمنع الاتجار بالأشخاص ومكافحته، ر.ر.ج.ت، ع.66، ل 12-08-2016، ص.2852.

³ المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري.

⁴ م.ع، غ.أ.ش، 12-03-2008، م.ر:415123، م.م.ع، ع.1، ص.275.

لذلك نجد أن ما هو مقرر في المذهب الشافعي هو الذي يتماشى والفلسفة التشريعية الحديثة لكل من المشرع الجزائري والتونسي التي تقتضي أن يكون رضا الزوجين حرا وكاملا، وذلك أمام انتفاء النصوص القانونية في النصوص الأسرية وعدم إمكانية تطبيق القواعد العامة للعقود، التي وإن قررت بأن عقد المستكره قابل للإبطال لمصلحته، فذلك يرجع إلى طبيعة محل العقد الذي يكون ماليا في غالب الأحيان أو مقوما بالمال؛ غير أن محل عقد الزواج يرتبط بذات الإنسان، الذي يقتضي الحكم ببطلانه. غير أن المشرع العقابي الجزائري على منوال نظيره التونسي والمغربي، قد اعتبر زواج الخاطف من مخطوفته حتى ولو كانت قاصر من شأنه اسقاط المتابعة الجزائية ما لم تباشر بناء على شكوى ممن لهم الصفة في طلب بطلان عقد الزواج، ولا تباشر هذه الشكوى إلا بعد استصدار حكم قضائي يقضي ببطلان عقد الزواج¹.

وفي ختام هذا الباب، يمكن القول إنه بالوجود الفعلي والقانوني لأركان عقد الزواج، مادية كانت أو معنوية، يتحقق من خلالها الهيكل العام لمنظومة الزواج. غير أن هذا الأخير، يبقى مفرغا من محتواه ما لم تتحقق شروطه القانونية، سواء المتعلقة بالجانب الموضوعي لعقد الزواج، أو بجانبه الشكلي والإجرائي.

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص، 66.

الباب الثاني

شروط صحة عقد الزواج

يُصطلح على الشرط¹ بأنه ما يتوقف الحكم شرعا على وجوده، مع بقاءه خارج حقيقته وماهيته، ويلزم من عدمه الحكم².

وأمام التجاذب الفكري بين فقهاء الشريعة الإسلامية، حول ما يمكن اعتباره شرطا في عقد الزواج. فلا يعتريه التعارض حول وجوده من عدمه، وإنما حول تصنيفه، والذي سيترتب عليه الاختلاف لا محالة في حكمه الشرعي حالة انتفائه، سواء بالفساد والبطلان. وهو الأمر الذي سيدفع بالقاضي إلى التردد في كل مرة بين الاختيارات الفقهية التي تحتكم إلى البعد المقاصدي في تحديد الشرط من الركن. غير أن التشريعات المغاربية، كفت القاضي عناء تحديد الشرط من الركن. بل الأكثر من ذلك، فرقت بين ما يعتبر شرطا موضوعيا أو شكليا.

والحديث في هذا الباب يتعلق بشروط صحة عقد الزواج، والتي تنقسم بدورها إلى شروط موضوعية (الفصل الأول)، وشروط إجرائية (الفصل الثاني).

¹ الشرط في اللغة هو العلامة، والجمع أشراف، والشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ج.2، ص.368.

² محمد الزحيلي، الوجيز...، المرجع السابق، ج.1، ص.403.

الفصل الأول

الشروط الموضوعية لعقد الزواج

على اختلاف التوجهات الفقهية في تحديد شروط الزواج، بين شروط الصحة والنفاد واللزوم. فإن الاختيارات القانونية للدول المغاربية، اتسمت بفلسفة مغايرة عن المعطيات الفقهية التي تفرق بين ما يدخل في ماهية العقد وحقيقته، وبين ما يعتبر جزءاً من العقد ولا يدخل في حقيقته. وتظهر هذه الفلسفة في أن هدف التشريعات المغاربية من تحديد الشروط الموضوعية لعقد الزواج يميل إلى التنظيم، ذلك أن هذه الشروط متطلبة في وجودها لصحة عقد الزواج، دون النظر في ماهيتها أو وصفها الشرعي ومدى ارتباطها بعقد الزواج سواء للزومه أو لنفاده أو لصحته. وبالتالي، فإنها لا تخرج عن الولي والصداق (المبحث الأول)، بالإضافة إلى الشاهدين وانعدام الموانع الشرعية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الولاية والصداق في عقد الزواج

نتطرق في دراستنا لهذا المبحث إلى شرط الولي (المطلب الأول)، والصداق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الولاية في عقد الزواج

تعتبر الولاية في عقد الزواج من أهم المسائل التي كانت محل تجاذب فقهي سواء في ظل الفقه المتقدم أو المعاصر وحتى الفقه المتأخر، وهذا راجع بطبيعة الحال إلى المتغيرات الاجتماعية في تعامل الأفراد المكلفين بها سواء بالنسبة لصاحب الولاية أو المولى عليه، فهي مسألة ثابتة في مقصدها متغيرة في استعمالها.

ونظراً لأهمية الولاية في عقد الزواج، وجب علينا دراسة هذا الموضوع من جميع جوانبه بدءاً من ماهية الولاية في عقد الزواج (الفرع الأول)، ثم تحديد مركز الولي في زواج مواليه (الفرع الثاني)، لنختتم هذا الموضوع بسلطات الولي في عقد الزواج (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج

إن الحديث عن ماهية الولاية في عقد الزواج، يقتضي منا توضيح المصطلحات والمفاهيم المتعلقة بها (أولاً)، ثم تحديد شروطها (ثانياً)، فتحديد مراتب الأولياء (ثالثاً).

أولاً- مفهوم الولاية:

الولاية في اللغة من ولى، ومن أسماء الله الحسنى: الوليُّ وهو النَّاصِر، فيقول الله ﷻ: ﴿أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا لَكُمْ مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ﴾¹ و﴿وَوَلِيَّ الشَّيْءِ وَوَلَايَةً وَوَلِيًّا فَعِيلٌ بِمَعْنَى فَاعِلٍ، مِنْ وَلِيٍّ، إِذَا قَامَ بِهِ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ ﷻ: ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا﴾²، والجمع أولياء، والولاية بالكسر هي المصدر، والولاية بالفتح هي الاسم، وهي المحبة والنصرة، وولي اليتيم هو الذي يقوم بأمره ويتولَّى كفايته، وولي المرأة هو الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه³.

أما اصطلاحاً، فهي السلطة الشرعية التي تجعل لصاحبها حق التصرف في شؤون غيره، وهو المعنى الشائع استعماله لدى الفقهاء، بأن جعلوا الولاية بمثابة السلطة التي تمكن الشخص من إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها⁴. وتكون إما ولاية قاصرة، أي مرتبطة بالشخص نفسه وسببها هو سن الرشد. أو ولاية متعدية، إذا كانت السلطة الممنوحة للشخص متعلقة بشؤون غيره كتزويج ابنته أو التصرف في أموال من هم تحت ولايته⁵. وأسباب هذه الولاية عديدة، سواء بالقرابة النسبية كولاية الأب على أولاده، أو قرابة حكمية كولاية المعتق على من أعتقه إذا لم يكن له قريب عاصب، وهي ما تعرف بالولاء؛ بالإضافة إلى الإمامة كولاية الحاكم أو رئيس الدولة أو القضاة، وهذه الأخير تثبت لهم بصفاتهم لا بذواتهم، وهي ما تعرف بالولاية العامة⁶. وتنقسم الولاية المتعدية بدورها إلى قسمين: ولاية على المال، وهي الولاية التي تمنح السلطة للشخص على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال نافذة من غير

¹ سورة البقرة، الآية. 107.

² سورة البقرة، الآية. 257.

³ ابن منظور، المرجع السابق، ج. 15، ص. 407.

⁴ بدران أبو العينين، أحكام...، المرجع السابق، ص. 163.

⁵ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، مصر، د. ط، 1994، ص. 107.

⁶ بدران أبو العينين، أحكام...، المرجع السابق، ص. 164.

توقفها على إجازة أحد. بينما الولاية على النفس، فتتمثل في القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير توقفه على إجازة أحد¹.

وقد عرفها بعض الفقه المتأخر بأنها قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية²، وعرفها البعض الآخر بأنها قدرة الإنسان على التصرف الصحيح النافذ لنفسه أو لغيره، جبرا أو اختيار³، وهي أيضا في قول البعض قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله، أو على نفس الغير وماله⁴.

ومن الناحية القانونية، جاء تعريف الولاية موافقا للمعنى الاصطلاحي، فهي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم، أو القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على الإجازة⁵. وقد نص المشرع الجزائري على الولاية على المال في الباب الثاني بعنوان النيابة الشرعية⁶، وبالنسبة للمشرع التونسي في الكتاب العاشر بعنوان الحجر والرشد، والذي تضمن أسباب الحجر على القاصر للصغر أو الجنون أو ضعف العقل أو السفه⁷؛ في حين نص المشرع المغربي على أحكام الولاية بصفة عامة في القسم الثاني من مدونة الأسرة بعنوان النيابة الشرعية.

أما الولاية على النفس التي تتضمن الولاية في عقد الزواج، فقد نص عليها المشرع الجزائري في القسم الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة الجزائري المعدل

¹ فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص. 87.

² مصطفى أحمد الزرقا، المدخل...، المرجع السابق، ج. 2، ص. 843.

³ صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة، القاهرة، ط. 1، 1976، ص. 31.

⁴ عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج. 6، ص. 339.

⁵ العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص. 68.

⁶ وهي السلطة التي قررها المشرع الجزائري للولي أبا كان أو أما، اتجاه أموال القاصر، والتي يكون له بموجبها الإشراف والتصرف في هذه الأموال بما يتماشى ومصلحته، وهو ما تضمنته المادة 88 من قانون الأسرة بقولها: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام."، حنان بن عزيزة، إشكالية تجاوز الولي حدود سلطاته على أموال القاصر في ظل قصور الجزاءات القانونية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، المجلد. 4، 2019، ع. 01، ص. 224.

⁷ راجع الفصول من 153 إلى 159 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

والمتمم تحت عنوان الزواج وانحلاله. ومدونة الأسرة المغربية في الباب الأول بعنوان الأهلية والولاية من القسم الثاني بعنوان الأهلية والولاية والصدّاق من الكتاب الأول بعنوان الزواج؛ والمشرع التونسي في الفصول من 6 إلى 9 من مجلة الأحوال الشخصية من الكتاب الأول بعنوان الزواج.

وهو المقام الذي يندرج فيه موضوع دراستنا والذي يقتصر على الولاية على النفس، التي تتعلق بولاية الشخص على مواليه في أحواله الشخصية لا المالية، والمتمثلة في عقد الزواج.

ثانياً- شروط الولي:

تعددت شروط الولي، من التكليف، والذكورية والرشد في العقد، والحرية واتفاق الدين¹، وهي شروط لا يكاد فقهاء الشريعة الاسلامية يختلفون عليها، وتتمثل فيما يلي:

1. الأهلية الكاملة:

تتحقق أهلية الشخص متى كان مكلفاً بالخطاب الشرعي، ويكون ببلوغه بدناً، ورشده عقلاً². وعليه، تسقط عن لا عقل له لافتقاده قوة التمييز بين ما هو نافع وما هو ضار، وتنقص عن الشخص المميز لقصور فقهه عن إدراك معاني الخطاب³، وهذا ما يتأكد مع قول النبي ﷺ: فعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: {رَفَعَ الْقَامَ عَنْ ثَلَاثَ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، الْمُبْتَلَى حَتَّى يَبْرَأَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَكْبُرَ، وَفِي رِوَايَةٍ ثَانِيَةٍ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَفِي رِوَايَةٍ ثَالِثَةٍ حَتَّى يَشْبَ} ⁴.

وعلى هذا الأساس، يكون الشخص أهلاً لتولي مصالح غيره متى كان عاقلاً بالغاً مميزاً. وفي حقيقة الأمر ليست هذه المعاني إلا تعبيراً عن مصطلح الرشد، الذي يستعمل عادة لوصف الشخص الذي

¹ صالح بن إبراهيم بن محمد الحصين، الاستدلال المنع لمسائل زاد المستقنع، دار كنوز للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط.2، 2018، ص.317.

² أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبو بكر القرطبي، المرجع السابق، ج.7، ص.135.

³ بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، المرجع السابق، ج.1، ص.345.

⁴ حديث سبق تخريجه، ص.206.

يملك القدرة على الإهتمام والصالح، وإصابة الصواب والإستقامة على طريق الحق وتقدير الفعل الحسن من السيء¹.

وهو نفس المفهوم المستعمل في التشريع والفقهاء القانوني بما يعرف بسن الرشد، الذي يرتبط بإرادة الشخص في مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، وإدراكه لإمكانية تحمله التزامات مقابل تحصله على حقوق².

2. اتحاد الدين:

يقول المولى عز وجل: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكُفْرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾³، فمدلول هذه الآية، أنه لا ولاية للكافر على المسلم. والأكثر من ذلك، فلا ولاية للمسلم على غير المسلم لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾⁴. وعليه، فإن اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه، ينتج عنه بالضرورة الإتحاد في وجهات النظر بينهما في تقدير المصلحة. ناهيك على أن الولاية ترتبط بالميراث بصفة تبعية، فلا ميراث مع اختلاف الدين⁵. غير أنه لا مجال لإعمال هذا الشرط في حالة الولاية العامة للحاكم، والتي تثبت بدورها حتى لرعاياه غير المسلمين⁶.

¹ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص.304.

² عدنان ابراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص.111.

³ سورة آل عمران، الآية.28.

⁴ سورة الأنفال، الآية.73.

⁵ محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط.4، 1983، ص.274.

⁶ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ج.7، الأحوال الشخصية، ط.2، 1985، ص.197.

3. الذكورة:

تباينت آراء الفقهاء حول مدى ضرورة توافر شرط الذكورة للشخص الذي يتولى عقد الزواج على غيره، حيث يرى الجمهور من المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³ بأنها لا تثبت لأنثى، وقد أسسوا هذا التوجه، بأنه مادامت الولاية لا تثبت للمرأة على نفسها بالغة كانت أو قاصرة، فأولى ألا تثبت لها على غيرها. أما بالنسبة للحنفية، فقد أثبتوا الولاية للأُم وبنات الابن والأخت والعممة وغيرهم من القرابة الوارثين، شريطة ألا يكنّ عصابات مع الرجال، وهذا هو المشهور لدى الإمام أبو حنيفة، فالولاية تكون لعامة الأقارب المستحقين للميراث ذكورا كانوا أو إناثا⁴.

4. العدالة:

اختلف كذلك في هذا الشرط على رأيين؛ فالأول يرى أن الولاية لا تثبت لغير عادل استنادا لقوله ﷺ: { لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ }⁵، وفسروا المرشد بالرشيد والفاسق ليس برشيد،

¹ حيث يرى المالكية بشرط ذكورية الولي إلى جانب البلوغ والعقل والحرية والإسلام، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات والممهّدات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط.1، ج.1، 1988، ص.473.

² وقد استند الشافعية في تأكيدهم على ذكورية الولي لما روي عن ابن جريج عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال: { كَانَتْ عَائِشَةُ تُخْطَبُ إِلَيْهَا الْمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِهَا فَتَشْهَدُ فَإِذَا بَقِيََتْ عَهْدَةَ النِّكَاحِ قَالَتْ لِبَعْضِ أَهْلِهَا زَوْجٌ فَإِنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَلِي عَهْدَةَ النِّكَاحِ }، محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.5، ص.12.

³ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج.5، ص.53.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.2، ص.241.

⁵ أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.9: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ح.ر: 1881، ص.605؛ محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.3، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ح.ر: 1101، ص.399؛ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.12: كتاب النكاح، باب في الولي، ح.ر: 2085، ص.302؛ عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بھرام الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني، المملكة العربية السعودية، ج.3، ح.ر: 2228، ط.1، 1412هـ-2000م، ص.1396؛ ابن حبان، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.9، ح.ر: 4075 ط.1، 1408هـ-1988م، ص.386.

وهذا رأي للشافعية¹ والحنابلة² في أحد قوليهما. في حين يرى أبو حنيفة³ ومالك⁴ والشافعي⁵ وأحمد في قول آخر⁶، أنه لا يعتبر شرطاً، وأسسوا قولهم إن النبي ﷺ صرح بالعدل في الحديث سالف الذكر بالنسبة للشاهدين دون الولي، والإرشاد ليس مرادفاً للعدل، وإنما يكون بالخبرة وفهم المصلحة، وفسق الأب لا يمنع من شفقتة على أولاده ومراعاة مصلحتهم.

5. موقف التشريعات المغاربية:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الشروط الواجب توافرها في الولي، وعليه ينبغي إعمال المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تطرقنا إليها فيما سبق، والتي تكون خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي. غير أنه، وباستقراء القواعد الفقهية والنصوص الوارد في قانون الأسرة، نجد أن سلطة القاضي مقيدة إلى حد ما في تقرير هذه الشروط، وهذا راجع إلى الاختلاف الوارد بين الفقهاء من جهة. وإلى سلطة الولي على مواليه من جهة أخرى.

¹ اعتبر الشافعية شرط العدالة في الولي جوهرياً، تسقط معه ولايته وتنتقل للولي الأبعد درجة سواء كان فسقه بشرب الخمر أو لا، أعلن بفسقه أو لا، وقال الشافعي بأن الأصح في المراد بالمرشد في الحديث بالعدل، ولأنه نقص يقدح في الشهادة، فيمنع الولاية شأنه شأن الرق. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.255.

² شرط العدالة في إحدى الروايتين للحنابلة، شرط أساسي للولي فلا يلي الفاسق نكاح قريبته وإن كان أباً؛ لأنها ولاية نظرية، فنافها الفسق، كولاية المال. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج.5، ص.54.

³ فالولاية حسبهم أساسها الشفقة والحرص على تحقيق المصلحة، وصحة الزواج المبرم من الولي الفاسق تتوقف على كفاءة الزوج ومهر المثل. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.239.

⁴ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج.3، ص.473؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحفيد، المرجع السابق، ج.3، ص.40.

⁵ في حين يرى الشافعي في كتابه الأم إن العدالة المقصودة في الحديث خاصة بالشاهدين لا بالولي، ولو اختصت بالولي لاقتزنت به صفة العدالة في الوصف لا الرشد، في قوله ﷺ: **{بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ}**. محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.5، ص.23.

⁶ وهي الرواية الثانية للحنابلة، ومقتضاها ثبوت الولاية للفاسق لأنه قريب ناظر، فكان ولياً كالعدل، ولأن حقيقة العدالة لا تعتبر، بل يكفي كونه مستور الحال. ولو اشترطت العدالة اعتبرت حقيقتها كما في الشهادة. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، مرجع سابق، ج.5، ص.54.

كما لم يتطرق المشرع المغربي إلى شروط الولاية في عقد الزواج، غير أنه يستشف من نص المادة 14 من مدونة الأسرة أنه أخذ بشرط الإسلام في الشاهدين الذي يعتبر من شروط صحة عقد الزواج، وعلى هذا الأساس، بالقياس على المادة سالفه الذكر والمادة 400 من مدونة الأسرة فإن الغالب أن شرط الإسلام ضروري في الولي، أو بالأحرى شرط اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه.

وعلى العموم، فلا خلاف بخصوص شرط البلوغ واتحاد الدين والعدالة. بينما شرط الذكورة، والذي رجحه جمهور الفقهاء دون الحنفية، يتعارض مع توجه المشرع الجزائري خاصة بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، فنجد على سبيل المثال المادة 87 من قانون الأسرة¹ التي منحت الأم الولاية بعد الأب، وتمنح الفقرة 03 من المادة نفسها الولاية للأم في حالة الطلاق، دون أن يكون لها تولى عقد الزواج. كما أن المادة 11 من قانون الأسرة منحت المرأة الراشدة حرية اختيار وليها سواء كان من أحد الأقارب الأولين أو أي شخص تختاره. وبالتالي، فإن الاختيار من شأنه أن ينطوي على ذكر أو أنثى، وهو نفس ما يستخلص من المادة 25 من مدونة الأسرة² أنها منحت المرأة حرية تقيض من يتولى عقد زواجها سواء كان أبيها أو أحد أقاربها.

كما أن المشرع المغربي اعتبر الأم بمثابة النائب الشرعي للقاصر بالإضافة إلى الأب والقاضي، وهو ما نصت عليه المادة 230 من مدونة الأسرة³.

¹ تنص المادة 87 من قانون الأسرة على أنه: «يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا؛ وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد؛ وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة»

² تنص المادة 25 من مدونة الأسرة على أنه: «الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصحتها».

³ تنص المادة 230 من مدونة الأسرة على أنه: «يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب: 1. الولي وهو الأب والأم والقاضي».

في حين نجد المشرع التونسي ينص في الفصل 08 من مجلة الأحوال الشخصية¹ على أن الذكورة من الشروط الواجبة في الولي، ثم ينص في الفصل 09 من المجلة² على أنه يجوز للطرفين توكيل من شاء لتولي عقد الزواج. والأكثر من ذلك، فللولي أن يوكل أيضا في زواج مواليه.

ومن هذا المنطلق، فإن فلسفة المشرعون المغاربة تضمنت منح المرأة دورا أكبر مما كان عليه، تمهيدا لمنحها مباشرة عقد زواجها بنفسها من غير سلطة أبوية تراحمها على حقها المشروع كما يزعم أنصار الحقوق والحريات الفردية التي تحاول إنقاذ المرأة من قيود الولاية المتسلطة.

ثالثا- مراتب الأولياء:

اختلفت كلمة الفقه في تحديد مراتب الأولياء على النحو التالي:

فترتيب الأولياء بالنسبة للمذهب الحنفي، يكون على أساس القرابة التي تعتبر سببا لثبوت الولاية، وذلك لما تحمله من الشفقة في حق القريب المولى عليه، إذا كان عاجزا عن مباشرة زواجه بنفسه. ويتحدد معيارها بالميراث، فكل من استحق الميراث استحق الولاية، ومراتب الأولياء عندهم هي: ابن³ المرأة ولو من زنا وابنه وإن نزل، وبعده الأب وأب الأب (الجد) وإن علا، ثم الأخ وابن الأخ، وبعدهم العم وابن العم، وفي حالة عدم وجود العصبة تنتقل الولاية إلى كل قريب يرث المرأة من ذوي الأرحام، وفي حالة انعدام هؤلاء تنتقل الولاية إلى السلطان أو القاضي⁴.

أما بخصوص المذهب المالكي، فقالوا بأن الولاية تثبت للأب ووصيه بالنسبة لولاية الإيجابار، أما في غير ذلك فتكون للابن وابنه وإن نزل، ثم الأب، ثم الأخ فابنه وإن نزل، ثم أبي الأب (الجد)، ثم

¹ ينص الفصل 08 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: «الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينبيه».

² ينص الفصل 08 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: «للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلتا من شاء وللولي حق التوكيل أيضا».

³ أخذ على هذا التوجه بأنه جعل الابن في مرتبة سابقة على الأب. غير أننا نرى بأنه توجه صحيح، ذلك أن الحالة التي يتولى فيها الابن زواج أمه هي حالة استثنائية، على اعتبار أن هذه المرأة ثيب. بينما البكر على منوال كل الفقهاء يتولى زواجها أبوها في المرتبة الأولى.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.241.

العم فابنه وإن نزل...، فغيرهم من الأقارب¹، وفي حالة انعدامهم يضيف الإمام مالك كافل المرأة غير العاصب، وبعده تنتقل الولاية إلى الحاكم².

في حين قال الشافعية بآلا ولاية مع وجود الأب، فإذا مات فالجد، ثم بني الأب والأم (الإخوة) وبنينهم، ثم العم فابنه، ثم تنتقل إلى المعتق إن كان ذكرا ثم عصبته إن وجدت، ثم الحاكم³.

أما الحنابلة، فإنّ مراتب الأولياء عندهم هي للأب فوصيه ثم الحاكم عند الحاجة بالنسبة لولاية الإيجابار، ثم تنتقل الولاية إلى الأقرب فالأقرب من العصابات بالميراث وهي البنوة في المقام الأول ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة، ثم تنتقل إلى المولى المعتق ثم عصبته الأقرب فالأقرب ثم السلطان الأعظم فثائبه، فإن تعذر وكلت رجلا عدل يتولى عقدها⁴.

والملاحظ مما سبق ذكره، أن موضع الأب في ولايته على أولاده هو موضع ثابت بإجماع الفقهاء، لتميّزه عن غيره من القرابة، وحرصه على توفير المصلحة لمن هم في ولايته. والأكثر من ذلك، ما يوجد في قلبه من رحمة ورأفة وشفقة عليهم. غير أن الراجح هو ما جاء به فقهاء الحنفية، لما فيه من جلب الميسرة، إذ وعلى الرغم من إمكانية ثبوت الولاية لغير الأب -في حالة غيابه أو وفاته-، والتي تضيي نوعا من التفاوت في القصور والكمال في نظر الولي، غير أن هذا التفاوت في حالة القصور يمكن تداركه ببلوغ المولى عليه ومنحه الخيار إما بفسخ الزواج إذا ما رأى أن الولي قد أوقع خلافا بقصور الشفقة والنظر في مصلحته⁵.

غير أن ما تم ترجيحه من الأحكام الفقهية المختلفة، لا يتناسب مع توجه التشريعات المغاربية، التي لم تتبنى الأحكام الفقهية من حيث ترتيب الأولياء، حيث جعلت الولاية حق للمرأة تمارسه حسب

¹ أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي، دون دار نشر، دون بلد، ج.2، د.ط، د.س.ن، ص.335.

² هذا بالنسبة للولاية الخاصة، كذلك يضيف المالكية الولاية العامة التي تعرف بولاية الإسلام لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾، سورة التوبة، الآية.71. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج.3، ص.472.

³ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.258.

⁴ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف...، ج.5، ص.51.

⁵ بدران أو العينين، أحكام...، المرجع السابق، ص.123.

اختيارها وهذا يظهر جليا من خلال حرف العطف «أو» -الذي يفيد الاختيار لا الترتيب- الذي مكن المرأة البالغة الراشدة من تقديم الولي البعيد عن الولي القريب، حيث جاء نص المادة 11 قانون الأسرة على النحو التالي: «تعقد المرأة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له». وهذا بعد أن كان قد اتبع رأي جمهور الفقهاء من خلال تحديد مراتب الأولياء وهذا من خلال نص المادة 11 من قانون 84 - 11 التي كانت تنص على أنه: «يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له».

وهو ما أخذ به المشرع المغربي، فبعد أن كان يعتمد الترتيب المقرر في المذهب المالكي من خلال الفصل 11 من مدونة الأحوال الشخصية؛ أصبحت ولاية الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة ملكا لها دون غيرها وهذا يظهر بجلاء من خلال المادة 25 في شطرها الأول من مدونة الأسرة، وحتى في حالة ما إذا ارتأت بتولي شخص آخر لزواجها، فإن ذلك لا يتم من خلال الترتيب الفقهي، وإنما بناء على حرمتها المطلقة في اختيار وليها.

وغير بعيد عن المشرع الجزائري والمغربي، فقد سلك المشرع التونسي توجهه سابقه، وهذا منذ صدور مجلة الأحوال الشخصية سنة 1957 حيث ينص في الفصل 09 على أنه: «للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلوا به من شاء وللولي حق التوكيل أيضا».

ويكون المشرعون المغاربيون بذلك قد أغفلوا دور الأب واعتبر وجوده كعدمه، وما لهذا من آثار وخيمة على الأسرة خاصة المرأة، فيمكنها تولي عقد زواجها فهي حرة. وفي هذا التوجه خرق صريح لأحد الأسس الشرعية التي تؤطر عقد الزواج، والذي من شأنه أن يؤدي إلى فوضى اجتماعية، خاصة إذا ما تعرض هذا الزواج للفشل وانتهى بالطلاق، فإنه من الصعب أن يتقبلها أبوها وهي قد أبرمت عقد الزواج من دونه¹.

في حين احترام المشرع الجزائري ترتيب الأولياء الفقهي من خلال نص المادة 2/11 من قانون الأسرة بقولها: «...يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له». وهذا على خلاف المشرع المغربي والتونسي الذي منح ولاية زواج القاصر إلى النائب الشرعي

¹ كريمة محروق، المرجع السابق، ص. 26.

المتمثل في الأب والأم من خلال المادة 121¹ و230 من مدونة الأسرة المغربية، والفصل 06 من مجلة الأحوال الشخصية². غير أنه لا يمكن القول بأن التشريعات المغاربية أبقت ولاية الأب على القاصر على أساس أنهما من اختصاصات القاضي³.

الفرع الثاني: مركز الولي في الزواج

تباينت آراء الأئمة الأربعة حول مدى اعتبار الولي ركنا في عقد الزواج أو شرطاً لصحته، ولعل هذا التباين راجع إلى عدم وجود النص القطعي الثابت، سواء في القرآن الكريم أو في السنة النبوية⁴، وفيما يلي نستعرض التوجهات الفقهية التي تعتبر الولي ركنا لعقد الزواج (أولاً)، والتوجهات التي تعتبره شرطاً لعقد الزواج (ثانياً)، لتتطرق فيما بعد إلى موقف التشريعات المغاربية من هذين الرأيين (ثالثاً).

أولاً- القائلون بركنية الولي في عقد الزواج:

الركن من رَكَنٍ يَرْكُنُ رَكْنًا وَرُكُونًا فِيهَا وَرَكَانَةٌ وَرَكَانِيَّةٌ، وَرَكَنٌ إِلَى الشَّيْءِ أَي مَالٌ وَسَكَنٌ، فيقول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا﴾⁵، وَرَكُنُ الشَّيْءِ جَانِبَهُ الْأَقْوَى، وَرَكَنَ الْإِنْسَانُ جَانِبَهُ الْأَقْوَى⁶. وركن العقد ما يتوقف على وجوده وكان داخلاً في ماهيته⁷.

ومما سبق، فإن اعتبار الولي ركنا من أركان عقد الزواج، يجعل منه مكوناً أساسياً في ماهية عقد الزواج ويتوقف عقد الزواج على وجوده، ويترتب على انتفائه بطلان عقد الزواج. وبهذا قال جمهور

¹ تنص المادة 21 من مدونة الأسرة على أن: «زواج القاصر متوقف على موافقة نائبة الشرعي».

² ينص الفصل 06 من مجلة الأحوال الشخصية على أن: «زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم».

³ وهو ما سنراه في الفصل الثاني من الباب الثاني بعنوان الإذن القضائي بزواج القاصر.

⁴ الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص.63.

⁵ سورة هود، الآية.113.

⁶ ابن منظور، المرجع السابق، ج.17، ص.1721.

⁷ عبد الكريم زيدان، الوجيز...، المرجع السابق، ص.59.

الفقهاء من المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³، وتبعاً لذلك لا يجوز للمرأة أن تتولى زواجها سواء كانت بكراً أو ثيباً، راشدة أو سفیهة، حرة أو أمة أذن لها وليها أم لم يأذن، وإذا تم الزواج فسخ قبل الدخول وبعده، وإن طال الزواج ونتج عنه أولاد، يثبت نسبهم للشبهة⁴.

وقد استدلووا من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾⁵، وقوله أيضاً: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾⁶، فالخطاب في الآيتين موجه إلى الأولياء. ولو كان لهن مباشرة زواجهن لغيرهن، كان ليقول: ولينكح الأيامي منكم، وأن يقول: ولا ينكحوا المشركين حتى يؤمنوا، وهذا دليل على أنه ليس لأحد من المخاطب فيهن أن يزوج نفسه⁷.

والأكثر من ذلك، فإن النهي الوارد في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁸، موجه للأولياء عن منع النساء من نكاح من ارتضينه من الأزواج، فلو كان لهن أمر تزويج أنفسهن، لما كان للنهي عن العضل فائدة، وقد قال الإمام الشافعي رحمه الله في هذه الآية: «ولا أعلم الآية تحتل غير هذا التفسير، لأنه إنما يؤمر بأن لا يعضل المرأة من له سبب إلى العضل، بأن يتم به نكاحها من الأولياء»⁹.

¹ عدد الملكية أركان الزواج بالصيغة، والزوج والزوجة، والولي والصدوق. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحفيد-، المرجع السابق، ج.3، ص.36.

² وعدد الشافعية أركان الزواج إلى: صيغة، وزوجة، وشاهدان، وزوج وولي وهما العاقدان. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.188.

³ أركان الزواج لدى الحنابلة هي: الإيجاب، والقبول، والزوجين الخاليين من الموانع، والولي، فإن عقدته المرأة لنفسها، أو غيرها بإذن وليها، أو بغير إذنه لم يصح. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الروض...، المرجع السابق، ص.511.

⁴ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحفيد-، المرجع السابق، ج.3، ص.37 وما بعدها.

⁵ سورة النور، الآية.32.

⁶ سورة البقرة، الآية.221.

⁷ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج.3، ص.471.

⁸ سورة البقرة، الآية.232.

⁹ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.5، ص.13.

أما من السنة النبوية، قوله ﷺ عن عبد الله بن عباس: { لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ... }¹، ووجه الدلالة أن النهي الوارد في الحديث يدل على عدم جواز انفراد المرأة بعقد زواجها ومباشرته بنفسها لاشتراط الولي في صحة نكاحهن².

وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: { أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، بَاطِلٌ، بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ مِمَّا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَوَلِيُّ مَنْ لَا وَوَلِيَّ لَهُ }³. وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: { لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ، وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَّائِنَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا }⁴.

فمفهومه صحة الزواج بإذن الولي، لأن المنع لحقه فجاز بإذنه، كنكاح العبد، لعموم الخبر الأول؛ ولأن المرأة غير مأمونة على البضع، لنقص عقلها، وسرعة انخداعها، فلم يجز تفويضه إليها، كالمبذر في المال، وإنما ذكر تزويجها بغير إذن وليها، لأنه الغالب⁵.

¹ حديث سبق تخريجه، ص. 283.

² أبو إبراهيم عز الدين الصنعاني، المرجع السابق، ج. 2، ص. 176.

³ قال الشافعي، أخبرنا مسلم وسعيد وعبد الحميد عن بن جريج عن سليمان بن موسى عن بن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها، عن رسول الله ﷺ، محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج. 5، ص. 13؛ محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج. 3: أبواب النكاح، ح. ر: 1102، ص. 399؛ أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج. 9: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ح. ر: 1879، ص. 605؛ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج. 12: كتاب النكاح، باب في الولي، ح. ر: 2083، ص. 229؛ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج. 39: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ح. ر: 13599، ص. 169؛ الحافظ علي بن عمر الدارقطني، المرجع السابق، ج. 15: كتاب النكاح، ح. ر: 3520، ص. 313.

⁴ أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج. 9: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ح. ر: 1882، ص. 606؛ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج. 39: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ح. ر: 13634، ص. 178؛ الحافظ علي بن عمر الدارقطني، المرجع السابق، ج. 15: كتاب النكاح، ح. ر: 3539، ص. 326.

⁵ موفق الدين بن قدامة، الكافي...، المرجع السابق، ج. 3، ص. 9.

كما أن المنطق يقتضي أن المرأة عاطفية أكثر من الرجل، فمن شأن القول المزخرف أن يوقعها في زواج فاشل لا تتحقق أهدافه المنشودة. وعلى هذا الأساس، كان لزاماً إذن الولي بزواجها تأميناً لها من الخداعها ووقوعها فيه على وجه المفسدة¹.

وفي حقيقة الأمر، لا يؤثر هذا النقصان من أنوثة المرأة ودورها المجتمعي الذي يمكنها من العلم بمصالح الزواج ومقاصده، كما أنه لا يسلبها أهلية سائر التصرفات المالية، بل الأكثر من ذلك، فإنه يؤخذ بإقرارها في الحدود والقصاص².

ثانياً- القائلون بشرطية الولي في عقد الزواج:

اعتبر الحنفية³ الولي شرط صحة في عقد الزواج، حيث قالوا إن نكاح الحرة بلا ولي هو نافذ، على اعتبار أنها تصرفت في خالص حقها، والولاية بالنسبة لها هو أمر مستحب بأن تفوض أمر التزويج لوليها كي لا تنسب للوقاحة، غير أنه حتى يلزم النكاح يشترط أن يكون الزوج كفاء، وألا يقل مهرها عن مهر المثل، وفي حالة انعدامه يكون للولي حق الاعتراض على العقد⁴.

وقد استدلت الحنفية موقفهم من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁵، ذلك فإن العبرة ليست للنهي الموجه للأولياء عن العضل، وإنما قوله: ﴿أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾، وهذا النكاح مضاف للنساء لا للأولياء، والمراد بالعضل هنا المنع والحبس. والأكثر من ذلك، فالمنع على حسب أصحاب هذا الرأي موجه للزوج الذي طلق زوجته ومنعها من الزواج بمن ارتضته بعد انتهاء عدتها-على اعتبار إنه من الجائز بقاء المطلقة في بيت الزوجية

¹ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.7.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.252.

³ انفرد الحنفية باعتبار الصيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول، بالركن الوحيد لعقد الزواج. أما باقي الأركان التي جاء بها الجمهور، فهي تتردد ما بين شروط صحة ولزوم ونفاذ لعقد الزواج. فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ج.2، ط.2، د.س.ن، ص.95.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.260.

⁵ سورة البقرة، الآية.232.

قبل انقضاء عدتها¹. ويقول عز وجل أيضا: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...﴾²، ووجه الاستدلال في هذه الآية، إن عقد النكاح ملك للمرأة وحدها لقوله: ﴿...حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...﴾، والتراجع عن النكاح في قوله: ﴿...فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا...﴾ نسب للزوجين دون ذكر الولي³.

ومن السنة النبوية قوله ﷺ عن عبد الله بن العباس: {الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صَمْتُهَا}⁴، ومقتضى الحديث وجهان. أولهما إن النبي ﷺ شارك بين المرأة والولي ثم قدمها عليه بقوله: {...أَحَقُّ بِنَفْسِهَا...}، فإن كان إجراء العقد من الولي صحيحا، فصحتته عن المرأة بنفسها أولى. أما الثاني، فيتمثل في توقف العقد على رضا المرأة، فمن غير المعقول أن يعتبر برضاها في صحة العقد، ثم يحكم عليها بالفساد إذا باشرته بنفسها⁵.

قال بن قيم الجوزية في هذا الحديث: «إنَّ البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من مالها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يرقها، ويخرج منها بضعها بغير رضاها إلى من يريد هو، وهي من أكره الناس فيه، وهو أبغض شيء إليها؟ ومع هذا فينكحها إياه قهرا ويجعلها أسيرة عنده»⁶.

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج. 2، ص. 262.

² سورة البقرة، الآية 230.

³ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج. 2، ص. 262؛ أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، المرجع السابق، ص. 402.

⁴ وفي رواية أبو هريرة: {لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ. قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: أَنْ تَسْكُتَ}. أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج. 16: كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ح.ر: 1419، ص. 1036؛ محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج. 9: أبواب النكاح، باب ما جاء في استثمار البكر والثيب، ح.ر: 1107، ص. 407.

⁵ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج. 2، ص. 248.

⁶ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.س.ن، ص. 358.

ولما كانت المرأة البالغة أهلاً لمباشرة تصرفاتها المالية من بيع وهبة بغير وليها، كانت أهلاً كذلك لعقد زواجها بعبارتها، والذي يعتبر أخطر وأشد من المعاملات المالية، فإنه من الضروري أن يكون لها القرار إلى جانب وليها في مباشرته، على أساس أن آثار الزواج ستترتب لها لا لوليها¹.

وتأسيساً على ما سبق بيانه من قول الجمهور باعتبار الولي ركناً في عقد الزواج، وقول الحنفية باعتباره شرطاً لعقد الزواج، يبقى دور الولي في عقد الزواج إيجابياً، يتمكن بموجبه من الحفاظ على مصلحة المرأة المقبلة على الزواج. وكل ما في الأمر أن الميزة التي يتمتع بها مركز الولي في قول الجمهور، هو إن دوره سابق أو معاصر لعقد الزواج. بينما مركز الولي في قول الحنفية هو لاحق لإبرام عقد الزواج.

والأكثر من ذلك، سواء اعتبرنا الولي ركناً لعقد الزواج أو شرطاً لصحته، فهذا لا يمنع من توقف عقد الزواج على وجوده، ووجه الاختلاف بين الرأيين، أن الولي في قول الجمهور مرتبط بأصل عقد الزواج، وجزاء تخلفه البطلان، بينما الولي على قول الحنفية مرتبط بوصف من أوصاف عقد الزواج، ويترتب على تخلفه فساد عقد الزواج.

واختلاف الفقهاء راجع في المقام الأول إلى الاختلاف في أقسام عقد الزواج، فعند الجمهور قسمان هما: العقد الصحيح والعقد الباطل. بينما الحنفية، لديهم العقد الباطل وهو ما لم يصح بأصله - أركان انعقاده - ووصفه - شروط انعقاده - والعقد الفاسد، هو ما صح بأصله ولو يصح بوصفه. والعقد الصحيح هو ما صح بأصله ووصفه². ومعيار التفرقة بين الرأيين، هو أن الجمهور يرون أن النهي في حالة غياب الولي موجه إلى أصل العقد، بينما الحنفية يرون أن هذا النهي موجه إلى وصف من أوصافه³. وسواء اعتبرنا العقد باطل أو فاسد لغياب الولي، فإنه يدخل ضمن نطاق العقد غير الصحيح.

¹ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.8.

² مصطفى إبراهيم الزلي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، نشر إحسان للنشر والتوزيع، العراق، ط.1، 2014، ص.311.

³ عبد الكريم زيدان، الوجيز...، المرجع السابق، ص.68.

ثالثا- موقف التشريعات المغاربية:

إن المتصفح لقانون الأسرة الجزائري ما بين قانون 1984 والأمر 2005، يلاحظ تغييرا جذريا في المنهج المتبع من قبل المشرع الجزائري، والذي اعتمد بداءة على أحكام الفقه الإسلامي؛ فبعد أن كان يعتبر الولاية ركنا أساسيا في عقد الزواج بموجب المادة 9 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، أصبحت الولاية شرطا من شروط صحة عقد الزواج بموجب المادة 9 مكرر من الأمر 05-02، لتصبح الصيغة -الإيجاب والقبول- بمثابة الركن الوحيد لعقد الزواج بموجب المادة 09 من الأمر 05-02.

ويكون المشرع الأسري من خلال هذا التعديل قد هجر رأي الجمهور الذي يقضي بركنية الولي. والأكثر من ذلك، لا مجال للقول بأن المشرع الجزائري قد انتهج المذهب الحنفي الذي يجعل من الصيغة الركن الوحيد لعقد الزواج، والولي شرط لصحته، لأنه أغفل دور الولي الذي يستطیع الاعتراض على الزواج الذي تم من دون موافقته، إذا ما قل المهر عن مهر المثل أو كان الزوج غير كفاء¹.

مع الإشارة أن المشروع التمهيدي لقانون الأسرة تضمن في محتواه إلغاء شرط الولي نهائيا، وهو الأمر الذي لقي موجة من الانتقادات من طرف الأحزاب الإسلامية والهيئات الدينية، على أساس أنه لا يعبر عن مقومات الأسرة الجزائرية المسلمة، وبالفعل فقد صادق مجلس الوزراء على المشروع مع إلغاء البند المتعلق بعدم حضور الولي أثناء عقد القران، وهو ما دفع بالمشرع صياغة المادة 11 من قانون الأسرة 05-02 على المنوال المعمول به حاليا، حيث تنص على أنه: «تعقد المرأة زواجها بحضور وليها أو أحد أقاربها الأولين أو أي شخص تختاره»، وهذا بعد أن كان ينص في المادة نفسها من القانون 11/84 بقولها: «يتولى زواج المرأة وليها...». وعلى مستوى الساحة القانونية الجزائرية، ذهب بعض الفقه إلى أن توجه المشرع للتقليل من دور ومكانة الولي بمجرد حضوره الشكلي عند إبرام عقد الزواج، هو أمر غريب ومناقض للعادات والأعراف الجزائرية². في حين يفسره البعض الآخر بأنه محاولة من

¹ أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 87.

² الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 66.

المشرع الجزائري لإرضاء طرفين؛ أحدهما ينادي بإلغاء الولي، وآخر يصر على إبقائه، فاختر التوفيق بينهما بالجمع بين متناقضين¹.

وفي نفس السياق قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في: 14-02-2007 أن: «الزواج العرفي يثبت بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل، ولا يشترط أن يكون الولي محصوراً في الأب فقط»².

وبين هذا وذاك، نعتقد أن هذا التوجه هو بمثابة استنكار لأحكام الشريعة الإسلامية التي لا مجال للقول بعدم صلاحية أحكامها في هذا الزمان، وفي البيئة الإسلامية التي ينتمي إليها المجتمع الجزائري؛ إضافة إلى أن تغييب دور الولي الذي يعتبر مسألة سيادية إن صح القول - بالنسبة لكل الفقهاء مع اختلاف توجهاتهم-، وهذا من شأنه أن يحدث خللاً في توازن الأسرة الجزائرية المتمسكة بأصالتها الإسلامية، وهذا الأمر بين وواضح على مستوى التشريع والقضاء، لكنه ليس بين لدى المجتمع الجزائري الذي لا زال ينظر إلى مسألة الولاية كمسألة شرعية ثابتة وقطعية.

ولما كان الفقه الإسلامي مصدر رئيسي لتفسير النصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 222 من قانون الأسرة. فإن المنطق يقتضي بأن تشترك مرجعية الحكم المفسّر مع الحكم المفسّر، وتبعاً لذلك، يتوجب على القاضي عدم تجريد الحكم الفقهي المستنبط من موضعه، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، نجد القاعدة الفقهية تقضي بأن الأخذ بالجزء مما لا يتجزأ كالأخذ بالكل³. وهو ما قال به أحد أعضاء اللجنة الوطنية لإعادة دراسة قانون الأسرة، بالأبتر فيما جاء في المذهب الحنفي في هذه المسألة كون نص المادة 222 من قانون الأسرة يحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية⁴.

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 40-41.

² م.ع، غ.أ.ش، 14-02-2007، م.ر: 381880، م.م.ع.02، 2007، ص.483.

³ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.242.

⁴ وهو قول عبد القادر بن داود -عضو اللجنة الوطنية لإعادة دراسة قانون الأسرة-، مقتبس عن: سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه علوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص.173.

ونستخلص مما سبق، أن المادة 11 من قانون الأسرة -الذي يعتبره غالبية الفقهاء القانونيين الجزائريين مستوحى من الفقه الحنفي-، أعطى المرأة حق مباشرة عقد الزواج دون أن يمنح للولي حق الاعتراض على الزواج إذا كان الزوج غير أصحح لها، قد أفرغت من محتواها. غير أنه استثناسا بالمادة 222 من قانون الأسرة، لنا أن نمنح للولي حق الاعتراض لعدم كفاءة الزوج، على أساس أن الحكم الذي جاء به الحنفية هو حكم كلي غير قابل للتجزئة، ويعتبر المشرع الجزائري طبقا للقاعدة الفقهية سالفة الذكر قد أخذ بكل الحكم، أي بما يشمل حق الولي في الاعتراض؛ والأكثر من ذلك، لا يمكن القول بتعارض هذا الطرح مع حرية المرأة في إبرام عقد زواجها، لأنه يصب في مصلحتها، ذلك أن الاعتراض لا يتحقق إلا إذا ثبت عدم كفاءة الزوج.

وبالنسبة للتشريع المغربي، فبعد أن كانت الولاية في عقد الزواج مستنبطة إلى حد كبير من المذهب المالكي، حيث كانت بمقتضى الفصل 05 من مدونة الأحوال الشخصية تعبر عن موافقتها بواسطة وليها، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، راشدة أو قاصرة. تم التمهيد لإلغاء الولي في عقد الزواج بمناسبة تعديل سنة 1993 الذي منح المرأة نوعًا من الحرية المقيدة برقابة أبوية¹، حيث نص الفصل 05 المعدل على أنه: «لا يتم الزواج إلا برضى الزوجة وموافقتها على ملخص الزواج لدى العدلين...»، كما أصبح الفصل 12 من مدونة الأحوال الشخصية ينص على أن: «الولاية حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض من المرأة على ذلك». وأهم ما تضمنه تعديل الفصل 12 هو إلغاء الفقرة الأخيرة من هذا الفصل التي كانت تمنح الولي سلطة إجبارية على موليته في حالة جنوحها إلى الفساد أو على الأقل التطلع إلى الرجال².

وبعد حرب ضروس من الهيئات والجمعيات النسوية المغربية والمهتمين بشؤون الأسرة، تم إلغاء الولي بشكل كامل عن المرأة الراشدة، والذي جاء بشكل صريح من خلال المادة 13 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: ...3- ولي الزواج عند الاقتضاء»،

¹ إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص.124.

² محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.350.

والمادة 25 من مدونة الأسرة لا تقتضي الولي في زواج المرأة الراشدة، وعلى هذا الأساس لا يعتبر الولي شرطاً من شروط صحة زواج المرأة الراشدة.

والمشرع المغربي بهذا التوجه لم يتخلى فقط عن رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، بل هجر أحكام الشريعة الإسلامية، حيث لا يمكن القول بأن المشرع المغربي قد أخذ بالفقه الحنفي، خاصة بعد إلغاءه للفقرة الأخيرة من الفصل 12 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة سالفه الذكر، الذي يعبر نوعاً ما عن حق الولي في الاعتراض على الزواج. وبناء على هذا التوجه أصبح للمرأة الراشدة التي بلغت 18 سنة في ظل مدونة الأسرة المغربية، تولي زواجها من غير وليها¹.

أما بالنسبة للمشرع التونسي، فقد ألغى الولي من زواج المرأة الراشدة منذ صدور مجلة الأحوال الشخصية سنة 1956، فلم يأخذ بما قرره الشريعة الإسلامية، وهو ما يتبين من خلال الفصل 2/3 من المجلة الذي لم يشر إلى الولي باعتباره من شروط الزواج حيث ينص على أنه: «ويشترط لصحة الزواج إسهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة».

وما يثير الاستغراب في توجه المشرع التونسي، أنه برر إلغاء شرط الولي في عقد الزواج من خلال المذكرة الصادرة عن وزارة العدل التونسية بمناسبة إصدار مجلة الأحوال الشخصية أن الحكومة التونسية تهدف من خلال نصوص المجلة إلى إرضاء كل طوائف المجتمع التونسي بما ينال استحسان العلماء المسلمين من جهة؛ وتحقيق التلاؤم مع روح العصر والتفكير العام. فنصوص المجلة مستوحاة من مناهل الشريعة الفياضة ومختلف مصادرها من دون التقييد بمذهب دون مذهب، كما تم اقتباس بعض الأمور من القوانين العامة التي لا تنافي الدين وتقتضيها الظروف الحاضرة والحياة العصرية².

ونقول في النصوص القانونية التي تضمنها مجلة الأحوال الشخصية التونسية، وحتى الجزائرية والمغربية في مسألة الولاية في عقد الزواج، أنها جاءت مخالفة للدين الإسلامي، ولا تقتضيها الظروف الحاضرة

¹ محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص.75.

² المذكرة الصادرة عن وزارة العدل التونسية بمناسبة إصدار مجلة الأحوال الشخصية في 03-10-1956، وزارة العدل، الجمهورية التونسية، 1972، ص.3.

والحياة العصرية. وتسير في اتجاه إلغاء الفوارق الفطرية بين الرجل والمرأة، التي تهدد كيان الأسرة العربية المسلمة.

والملاحظ من هذا النهج الذي اتبعته التشريعات المغاربية أنها انتقلت بالمرأة من محل في العقد إلى طرف أصيل في العقد، وذلك راجع بالضرورة إلى اشتراط تعبيرها على رضاها أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق وتوقيعها على وثيقة عقد الزواج إلى جانب الزوج¹.

ويرجع السبب في التوجه إلى إلغاء دور الولي في عقد الزواج، إلى الالتزامات الدولية للدول المغاربية؛ فقد حثت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان إلى ضرورة رفع السلطة الأبوية على زواج أبنائهم، والاعتداد برضاهم دون غيرهم²، كما نصت المادة 16/ب من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة على أنه: «لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الزوجين رضاء حرا كاملا، لا إكراه فيه»؛ وهو ما نصت عليه المادة 01 من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج³، والمادة 3/23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية⁴.

وما يندى له الجبين في هذا الصدد، هو ارتفاع الأصوات التي تطالب بإدخال تعديلات إضافية على قانون الأسرة الحالي فيما يتعلق بشرط الولاية في الزواج. وفي اعتقادنا، لا مجال من جعل حضور الولي شكليا أكثر مما هو عليه الآن.

وفي حقيقة الأمر، مهما ارتفعت الأصوات التي تنادي بإلغاء الولي بصفة نهائية من تولي زواج مواليه، فإن الواقع الاجتماعي للجزائر وباقي الدول الإسلامية لازال متمسكا به، حيث لا توجد فتاة

¹ زكية حميدو تشوار، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، الجزائر، 2011، ع.12، ص.59.

² قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 217، المؤرخ في 10-12-1948، المتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

³ الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار رقم: 1763 ألف (د-17) المؤرخ في 07-11-1964، المتضمن اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج.

⁴ الجمعية العامة للأمم المتحدة، 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976، المتضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

لا ترغب في حضور أبيها عقد زواجها. وحتى بالنسبة للشباب المقبل على الزواج فإنه لا يقبل الزواج من فتاة في معزل عن أهلها¹.

فإطلاق الحرية للفتاة التي لم يسبق لها زواج في اختيار من تشاء لتتزوج حتى من غير موافقة وليها، هو إهدار لحق الفتاة في الحماية والدعم الذي يقدمه لها وليها، فلو تزوجت من غير رضا أبيها، فإن هذا من شأنه أن يفتح المجال للزوج الذي اختارته-والواقع يبين أنه في غالب الأحوال غير كفاء- أن يعتدي عليها بشتى الطرق على أساس أنه يعلم أنها لن تشتكيه لأهلها، فشتانا بين سلطة الأب على ابنته وتسلط الزوج على زوجته².

الفرع الثالث: سلطات الولي في عقد الزواج

تبعاً لما تطرقنا إليه آنفاً حول مركز الولي في عقد الزواج، تبين لنا إيجابية الدور الذي يلعبه في زواج من هم في ولايته، وهذا بإجماع الفقهاء الأربعة الذي تركز اختلافهم حول جزئيات يمكن اعتبارها بسيطة إلى حد كبير، مع اتفاقهم حول المبدأ العام المتمثل في ضرورة وجود الولي في عقد الزواج ودوره الإيجابي في زواج مواليه.

وعليه، فإن السلطة المخولة للولي التي تجعل منه عنصراً أساسياً في عقد الزواج، تطرح لنا العديد من الإشكالات التي تتمحور على وجه الخصوص، حول مدى صلاحية الولي في إجبار من هم في ولايته على الزواج (أولاً)؟ وبموجب هذه السلطة، هل يجوز للولي منع موليته من الزواج في حالة ما إذا ارتضت شخصاً معيناً أن يكون زوجها لها (ثانياً)؟

¹ عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، 2015، ع.23، ص.115.

² مجموعة المؤلفين، اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة سيداو CEDAW رؤية نقدية من منظور شرعي، اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، ط.4، 2010، ص.69.

أولاً- ولاية الإجماع:

يمكن تعريفها بأنها تنفيذ القول على الغير. وبالتالي، فهي تخول للولي الاستقلال وحده بعقد الزواج دون أن يكون للمولى عليها رأي في ذلك وتسمى ولاية الاستبداد، وتثبت بأربع أسس: القرابة، والملك، والولاء، والإمامة¹.

ولمعرفة مناط الإجماع -على وجه الخصوص بالنسبة للنساء-، وجب علينا معرفة أصنافهم، والتي يمكن إجمالها في البكر والثيب.

فبالنسبة للبكر التي لم تصل لدرجة البلوغ، اتفق العلماء على أنه لأبيها الانفراد بعقد زواجها، وليس له أن يستأذنها إذا زوجها من كفاء²، ويستمد جواز زواجها من قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَكْتُمْنَ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ...﴾³.

أما بخصوص البكر البالغة، فاختلف الفقهاء في مدى جواز إجبارها، حيث ذهب الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة أنه يحق لأبيها إجبارها وإن كان يستحب استئذانها⁴. بينما يرى الحنفية إنه من غير الجائز إجبارها على الزواج بل من الواجب استئذانها، ويكون الولي في هذه الحالة وكيلًا عنها في الصيغة⁵.

أما بالنسبة للثيب الصغيرة، التي تزوجت ثم مات عنها زوجها أو طلقته منه، فقد رأى الامام مالك وأبو حنيفة وأحمد أنه لأبيها أن يجبرها على الزواج. بينما ذهب الشافعية أنه لا يجوز تزويجها حتى

¹ محمد أبو زهرة، الولاية...، المرجع السابق، ص.108.

² وقد أجمع الفقهاء أيضا على ثبوت ولاية الإجماع على الصغير المميز وغير المميز والمجنون والمعتوه. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.238؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج.3، ص.471؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.200؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج.5، ص.42.

³ سورة الطلاق الآية.04.

⁴ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحنفي، المرجع السابق، ج.3، ص.37-38.

⁵ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج.3، ص.117. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.240.

تصل إلى سن البلوغ¹، وهذا راجع لعموم قوله ﷺ: {الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا}²، وهو وجه اتفاق الفقهاء على أن الثيب البالغة لا تنكح إلا بإذنها، ولا يحق للأب ولا لغيره أن يزوجها دون رضاها.

والملاحظ مما تقدم من آراء الفقهاء، أنهم اختلفوا بخصوص صنف الثيب الصغيرة والبكر البالغة، ومرد هذا الاختلاف عندهم هو علة الإجماع. فعلته بالنسبة لمن يميزوا إجبار البكر البالغة هي البكارة، على أساس أن البكر لا تعي مصالحها في النكاح، وهو قول لدى الامام مالك وأحمد والشافعي؛ بينما علة الإجماع لمن يميزوا إجبار الثيب الصغيرة هو الصغر وهو قول للإمام أبو حنيفة، لأنه حسبهم هو سبب العجز ووجدت الولاية لتغطية هذا العجز. غير أن الإجماع في الزواج ليس منوطا لجميع الأشخاص الذين ثبتت لهم الولاية، وهو ما لم يتفق عليه الفقهاء الأربعة في تحديده، والذي له ولاية الإجماع عند مالك وأحمد بن حنبل هو الأب والوصي، وجعلها الشافعي للأب والجد، وقال أبو حنيفة هي للعصبات جميعا³.

وعن توجه التشريعات المغاربية، فإنه لا مجال للحديث عن ولاية الإجماع سواء قبل التعديل أو بعده وهذا من خلال نص المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة على أنه: «لا يجوز للولي مطلقا أن يجبر من هي تحت ولايته على الزواج، كما ليس له أن يزوجها دون أخذ موافقتها»، وهذا إن دل على شيء، فإنما يدل على أنه أخذ بولاية الاختيار واستبعد ولاية الإجماع⁴. فقد جاء النص عاما، يشمل المرأة البالغة وغير البالغة، بل إنه أعطى للمرأة الراشدة حق الخيار⁵ فيمن يتولى زواجها كما سبق بيانه في ترتيب الأولياء، ولم يميز بين الثيب والبكر في عقد الزواج،

¹ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.200.

² حديث سبق تخريجه، ص.293.

³ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجم، البحر...، المرجع السابق، ج.3، ص.117. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.240، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج.3، ص.471. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.182.

⁴ سمير شيهاني، المرجع السابق، ص.171.

⁵ وهو الأمر الذي يعتبر مخالفا لما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية.

وإنما جعل علة الولاية في الصغر. والأكثر من ذلك، نزع سلطة الوالي على الصغير الذي هو في ولايته، ومنحها للقاضي من خلال نص المادة 7 من قانون الأسرة.

غير أنه بعد تعديل المادة 13 بالأمر 05-02 أُخرجت المرأة البالغة وبقيت القاصرة، حيث تنص على أنه: «لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها». وهذا لا يعني أنه يجوز للولي إجبار المرأة البالغة على الزواج، وهذا يظهر من عدة أوجه؛ أولها، أنه إذا كان لا يجوز إجبار المرأة القاصرة، فمن باب أولى لا يجوز إجبار البالغة؛ والوجه الثاني، يتمثل في نص المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة الذي منحها سلطة مباشرة زواجها بنفسها؛ أما الوجه الثالث، فيرجع لنص المادة 1/33 من قانون الأسرة الذي قرر بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا، وهذا الأخير يكون بمقتضى المادة 10 من قانون الأسرة بين طرفي علاقة الزواج وهما الزوج والزوجة، إذ لا بد من موافقتها على هذا الزواج¹.

وقد أكد القضاء الجزائري هذا الطرح في عديد قراراته، من خلال منع إجبار الوالي لموليته على الزواج، فقد قضى مجلس قضاء مستغانم في قراره الصادر في 31-05-1968 بتغريم الوالي بغرامة مالية جراء تصريحه بقبول ابنته بالزواج في حين كانت رافضة له، بالإضافة إلى حبس الزوج مدة 15 يوما بتهمة الاشتراك مع الوالي².

وما يمكن استنتاجه مما سبق، إنه بموجب تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005، أصبحت الولاية في عقد الزواج ولاية إذن واستحباب، فهي اختيارية بالنسبة للمرأة، سواء كان أبوها، أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر ولو لم يربطها به أي قرابة³.

وبالنسبة للتشريع المغربي، فقد نص على ولاية الإيجاب في حالة وحيدة وهو ما جاء به الفصل 12 في فقرته الأخيرة الذي منح للولي حق تزويج ابنته إذا خاف عليها الفساد والفجور، وأن عدم زواجها سيؤدي لا محالة إلى ضرر كبير على المرأة وعلى وليها، ولا يكون إلا إذا رفع أمرها إلى القاضي.

¹ سمير شيهاني، المرجع السابق، ص. 171.

² مجلس قضاء مستغانم، غ.ج، بتاريخ 31-05-1968. مقتبس عن: سمير شيهاني، المرجع السابق، ص. 171.

³ العربي بلحاج، أحكام...، المرجع السابق، ص. 322.

غير أنه بصدر مدونة الأسرة سنة 2004، أُلغيت ولاية الإجماع على المرأة بصفة نهائية، وهو ما يتماشى ومقتضيات المادة 13 من مدونة الأسرة التي لا تعتبر الولي من شروط زواج المرأة الراشدة؛ والمادة 24 من مدونة الأسرة التي منحت الولاية للمرأة الراشدة التي تمارسها حسب اختيارها، والمادة 25 من مدونة الأسرة التي تمنح المرأة مباشرة عقد زواجها بمقتضى ولايتها العامة على نفسها.

كما لا يمكن القول أساساً بالولاية على المرأة الراشدة سواء كانت ولاية إجبار أو ولاية اختيار، على أساس أنه لا وجود لولي المرأة في عقد زواجها حتى نقول بمدى اعتماد المشرع التونسي بولاية الإجماع في هذه الحالة.

ثانياً- سلطة العضل:

العضل في اللغة من عَضَلَ، ويقال عَضَلَ به الأمر، عَضُلاً، أي اشتد واستغلق، وعضل عليه: ضيق عليه، وحال بينه وبين مراده ظلماً. وعضل المرأة عن الزواج: حبسها، وعضل الرجل أُمَّهُ يَعْضُلُهَا وَيَعْضُلُهَا عَضُلاً وَيَعْضُلُهَا: منعها الزوج ظلماً¹.

ومن حيث الاصطلاح، يمكن القول إن عضل الولي هو منع العاقلة البالغة من الزواج بكفتها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه².

ويتحقق العضل في حالة ما إذا ردّ الولي -مجبّر أو غير مجبّر- أول خاطب متى كان هذا الأخير كفاءً، وهذا رأي الجمهور من الفقهاء. بينما يرى المالكية أن العضل يكون بالولي غير المجبّر، دون الولي المجبّر، وإن قام برد أول خاطب رغبت فيه موليته وكان كفاءً، وحتى ولو تكرر منه ذلك، اللهم إلا إذا تأكد أنه كان ينوي الإضرار بموليته من خلال منعه هذا الزواج. والراجح في هذا الصدد، أن الولي سواء كان مجبراً أو غير مجبر يعد عاضل في حالة ما إذا رفض الزوج الكفاء لموليته³. ولعل هذا الأمر محسوم بصريح قول المولى عز وجل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج11، ص.2988.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.245.

³ الصادق عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ج.2، ص.567.

يَنْتَهَمُ بِالْمَعْرُوفِ¹، ومضمون الآية أن الله عز وجل لم يمنح الولي حقا مطلقا في مباشرة زواج موليته أو منعها منه، وإنما هو ملزم بمراعاة مصلحتها بدرجة أولى، لذلك فإن أي عضل وامتناع منه من تزويجها بكفء ارتضته لنفسها، هو أمر غير جائز وغير نافذ بإجماع الفقهاء²، لذلك حتى يقع عقد الزواج صحيحا وناظا يجب على الولي الرجوع إلى موليته ويعرف رضاها، وهل هي راغبة في الزواج أو راغبة عنه³.

وبالتالي، لا يمكن الأخذ بما قيل إن الولي يمكن أن يضر بموليته بمنعها الزواج بمن ارتضت به، لأن الباب مفتوح أمامها لرفع أمرها للقاضي إذا بدا لها أن وليها يريد حرمانها من الزواج برجل دون وجه حق، خاصة إن الغاية من تشريع الولاية، هي التوجيه والصيانة والحماية لا التسلط والاستبداد، وهذا ما يسقط كل الادعاءات التي تزعم بظلم الإسلام للمرأة وحرمانها من اختيار شريك حياتها. وعليه، فالراجع بإجماع الأئمة، هو انتقال الولاية إلى القاضي ليأمر بالتزويج أو لا يأمر به على حسب مصلحة المرأة، فلو طلب الزواج برجل وادعت كفاءته وأنكر الولي، ورأى القاضي بكفاءته، ألزمه تزويجها؛ أما إذا لم تثبت فلا زواج بينهما لتبوث منع الولي القائم على عدم كفاءة الزوج⁴.

وبخصوص موقف المشرع الجزائري نجد أنه نص في المادة 12 من قانون 84-11 على أنه: «لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته على الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها...». وبمفهوم المخالفة يستنتج من هذه المادة أن المشرع سلك ما جاء به الفقهاء الأربعة على جواز منع الولي من زواج موليته من الشخص الذي لا يصلح أن يكون زوجا لها، وهذا ما يعرف بالاعتراض على الزواج وليس العضل، والذي جاء به فقهاء الحنفية، وفي حالة عضل الولي موليته من الزواج بكفء، جاز لها أن ترفع أمرها

¹ سورة البقرة، الآية. 232.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج. 2، ص. 246.

³ بدران أبو العينين، أحكام...، المرجع السابق، ص. 127.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج. 2، ص. 246؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي - الحفيد -، المرجع السابق، ج. 3، ص. 42-43؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 188؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج. 5، ص. 62.

للقاضي ليتولى تزويجها بكفئتها وهذا بموجب الفقرة 02 من المادة 12 سالفه الذكر، وهذا تطبيق سليم لحديث النبي ﷺ: {...فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالْسلْطَانُ وِلِيُّ مَنْ لَا وِلِّيَّ لَهُ} ¹.

أما الفقرة 03 من المادة 12، فنصت على أنه: «ليس للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت»، وما يلاحظ من خلال هذه الفقرة إن المشرع أجاز للولي الاعتراض على زواج ابنته البكر إذا لم يكن فيه مصلحة، غير أنه لا يجوز له منعها من الزواج إذا ارتضت زوجا صالحا وكفاء لها، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 30-03-1993 حيث أنه: «لما تبين من قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية للزواج طبقوا صحيح القانون» ².

أما بعد تعديل قانون الأسرة في 2005 ألغى المشرع المادة 12 وكفى نفسه عناء تعديلها، واكتفى بالمادة 11 من قانون الأسرة التي تؤكد حرية المرأة في مباشرة عقد قرانها، مع بقاء الولي كطرف شكلي في مجلس العقد.

وبالتالي لا توجد مادة صريحة في قانون الأسرة تمنع الولي من عضل المرأة دون سبب، ويكون المشرع قد فتح باب التسلط وظلم الأولياء لمن هم في ولايتهم، خاصة أن واقع الأسرة الجزائرية يؤكد أن الفتاة لا زالت تحت سلطة الأب أو الولي الذي يمارس العضل عليها بأبشع صوره خاصة في الريف. وهذه الظاهرة متأصلة ومتجذرة في المجتمع الجزائري وهي أكبر وأهم من أن يسكت عليها المشرع الجزائري أو يتجاهلها كما فعل بمقتضى تعديل 2005، وهذا مخالف لما جاءت به الشريعة الإسلامية من جهة. ومن جهة أخرى، فإنه بإلغاء المادة 12 يكون قد خرج عما جاء به الفقه الحنفي الذي يعطي للولي حق الاعتراض في حالة ما إذا كان الزوج غير كفاء أو تزوجت بأقل من مهر المثل، وهذا من شأنه زعزعة استقرار الأسرة والسير نحو تغريبها وتغريب المجتمع الجزائري عموما، وفي هذا الصدد يقول أحد الفقهاء الجزائريين «كنا نأمل أن يأخذ قانون الأسرة بالمذهب الحنفي في موضوع الولاية خاصة إذا علمنا

¹ حديث سبق تخريجه، ص. 291.

² طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، د.ط، 2009، ص. 35.

أنه لا توجد أية صريحة أو حديث يجعلان من الولي كركن في الزواج أو كشرط لصحته، وبالتالي، على المشرع الجزائري أن يمنح حق الاعتراض للولي الأب ضد العقد الذي تبرمه ابنته من غير كفاء¹.

وكتقييم لموقف المشرع الجزائري نجد أن المادة 12 قبل الالغاء، قد حققت قبل إلغائها التوازن المطلوب شرعا بين عضل الولي لموليته من الزوج الكفاء الذي ارتضته، وبين حق الأب في الاعتراض على زواج لا يحقق مصلحة لابنته، وفي هذا حماية لها من الاغترار ودفعاً للعار وكل ما من شأنه أن يمس بشرفها وشرف الأسرة.

أما بالنسبة للمشرعين المغربي والتونسي، فلم تتضمن نصوصهما القانونية سواء في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، أو مدونة الأسرة بالنسبة للتشريع المغربي؛ أو في ظل مجلة الأحوال الشخصية خلال التنقيحات المتعاقبة عليها، ما يمنح الولي إمكانية عضل موليته لسبب مشروع أو غير مشروع. وهذا راجع إلى فلسفة المشرع المغربي والتونسي وحتى الجزائري بعد تعديل 2005، التي افرغت مسألة الولاية في عقد الزواج من محتواها، وليس للولي في هذه الحالة سلطة عضل على موليته، باستثناء السلطة الأدبية للأب بصفة خاصة على ابنته، التي تخضع إليها اختيار، والتي تنشأ من منطلق ديني أخلاقي يفرض على البنت أو الابن طاعة أبيه، خاصة إذا ما كان في ذلك العضل مصلحة حقيقية ومشروعة للمقبلة على الزواج. وما دون ذلك، فلا سلطة قانونية مقررة للولي على موليته. بل الأكثر من ذلك، فللمرأة التي تعاني من التعسف الفعلي من الولي اللجوء إلى القضاء لرفع ذلك التعسف سواء كانت راشدة أو قاصرة.

المطلب الثاني

الصداق - المهر - في عقد الزواج

من الشروط الشرعية الموضوعية لعقد الزواج نجد الصداق، الذي يحمل نوعاً من التعبير والامتنان من الرجل تجاه المرأة مما يدل على صدق نيته في التقرب إليها والزواج بها، والذي يعتبر حق مكفول للمرأة ويدخل في ملكيتها بمجرد إبرام عقد الزواج.

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 125.

أما اصطلاحاً، فهو ما يكون عوضاً في النكاح، مقوماً بالمال. وهذا أعم من أن يكون نقداً أو غير نقد، حالاً أو مؤجلاً، مالاً معيناً أو منفعة، وغير ذلك مما يصلح أن يكون عوضاً في عقد البيع أو الإجارة¹.

وقد اصطلاح على الصداق عديد المصطلحات، فيصح القول بالمهر، وَالنَّحْلَةُ، وَالْفَرِيضَةُ، وَالْأَجْرُ، وَالْعَلَاثِقُ، وَالْعُقْرُ، وَالْحَبَاءُ... الخ².

أما الاختلاف الفقهي خاصة بين الأئمة الأربعة حول تحديد مركز لصداق في عقد الزواج وتكييفه الشرعي، فإنه بالضرورة نجد بعض التباين في اصطلاحهم على مفهوم الصداق مع اجماعهم على وجوبه للزوجة.

فالحنفية قالوا بأنه ما يجب شرعاً إبانةً لِشَرَفِ الْمَحَلِّ فَلَا يُحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ؛ إذن فهو اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو بالعقد³.

وغير بعيد عن الأحناف؛ فقد اعتبر المالكية الصداق بأنه كل ما يعطى للزوجة في مقابل الاستمتاع بها أو ما يجعل لها نظير الاستمتاع بها⁴. فالصِّدَاقُ عندهم هو الثمن الذي يعطى للزوجة في مقابل البضع؛ وذلك بالقياس على عقد البيع الذي يعتبر فيه الثمن مقابل السلعة⁵. وعلى هذا الأساس سنجد في تفصيلنا لشروط الصداق عند المالكية أنه يشترط فيه ما يشترط في الثمن في عقد البيع.

أما الحنابلة، فقد اعتبروا الصداق بأنه كل شيء قابل للتقويم بالمال، فكل ما جاز أن يكون ثمنًا جاز أن يكون صداقاً قليلاً كان أو كثيراً لقول رسول الله ﷺ للذي قال له زوجني هذه المرأة إن لم يكن

¹ أحمد علي طه ريان، فقه الأسرة، د.د.ن، د.ط، د.س.ن، ص.139.

² موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.209.

³ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجم، البحر...، المرجع السابق، ج.3، ص.152.

⁴ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.4، ص.452.

⁵ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.294.

لك بها حاجة، قال: {...الْتَمِسْ وَأَوْ حَاتِمًا مِنْ حَدِيدٍ} ¹، فإذا زوج الرجل ابنته بأي صداق جاز ². فالصداق عندهم هو عوض النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضي الطرفين أو الحاكم؛ كما يعتبر الصداق العوض الذي يجب للمرأة في نحو النكاح كوطء الشبهة، والزنى بأمة، ووطء المكرهة ³. في حين عرفه الشافعية بأنه ما وجب بعقد نكاح أو وطء أو تفوت بضع قهرا، كرضاع ورجوع شهود ⁴.

وقد عرف الفقه المعاصر الصداق بأنه ما أوجبه الشارع من المال أو المنفعة التي تقوّم بالمال حقا للمرأة على الرجل في عقد زواج صحيح أو دخول بشبهة أو وطء في نكاح فاسد ⁵.
وكتعريف جامع للصداق يمكن القول بأنه العوض الذي يعطى للمرأة بعقد نكاح وما ألحق به؛ فالقول: «بعقد نكاح»، بمعنى هو الأصل الذي يوجب الصداق المعبر عنه بالعوض الذي يتمثل في المال والمنفعة المقومة بالمال؛ والقول «وما ألحق به»، بمعنى أنه يشمل أيضا وطئ امرأة بشبهة؛ أو إكراهها على الزنى؛ إذن الصداق هو العوض الذي يعطى للمرأة بعقد نكاح وما ألحق به؛ وسمي صدًاقا لأن بذله يدل على صدق طلب الخاطب أو إن شئت فقل: العاقد ووجهه: أن المال محبوب إلى النفوس كما قال الله تعالى: ﴿وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا﴾ ⁶، ولا يبذل المحبوب إلا فيما هو مثله أو أشد فإذا بذله الإنسان دل على صدق رغبته وطلبه لهذه المرأة التي أصدقها ⁷.

¹ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.16: كتاب النكاح، باب الصداق، ح.ر:1425، ص.1040؛ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.67: كتاب النكاح، باب السلطان ولي، ح.ر:5135، ص.17.
² عبد الرحمن أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، ج.11، ط.1، 1424هـ، 2003م، ص.423.

³ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف...، المرجع السابق، ج.5، ص.128.

⁴ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.291.

⁵ محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ج.2، ص.463.

⁶ سورة الفجر، الآية.20.

⁷ محمد بن صالح بن محمد العثيمين، كتاب فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، المكتبة الإسلامية، القاهرة، ج.4، ط.1، 1427هـ، 2006م، ص.582.

ومن الناحية القانونية، عرّف المشرع الجزائري الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة بأنه: «ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء»، وعلى هذا الأساس لمعرفة مفهوم الصداق بصفة دقيقة وجب علينا الرجوع إلى المعنى اللغوي للنحلة¹، وهو مصطلح استعمله أغلب الفقهاء في تحديدهم لمفهوم الصداق، والذي يتضمن في معناه المفهوم المادي الذي حاول المشرعين المغربي والتونسي الابتعاد عنه، كما يتضمن المعنى المعنوي والنفسي والذي يهدف إلى اعتباره بمثابة عربون الوفاء والمحبة من الزوج اتجاه زوجته المستقبلية.

وقد عرفت مدونة الأسرة المغربية الصداق بأنه كل مال قل أو كثر يقدمه الزوج إلى زوجته، تعبيرا منه على رغبته في الزواج وإنشاء أسرة. وهو ما أشارت إليه المادة 26 من المدونة بقولها: «الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية»²، وما يلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع المغربي قد ركز في تحديده لمفهوم الصداق - وإن كان من غير اختصاصاته - على قيمته المعنوية لا المادية، لما يحمله من تعابير الامتنان والرغبة في إتمام مراسيم الزواج، وهو ما يؤدي إلى تحقيق الألفة بين الزوجين، والرفع من شأن المرأة. وإن كان الرأي السائد لدى جمهور الفقهاء هو أن الصداق في مقابل الاستمتاع³، ولعل الحكمة من هذا التوجه على حسب رأي الفقه المغربي أن المشرع حاول أن يترفع بالصداق من الناحية الشرعية والقانونية عن فكرة البيع والشراء، والاعتداد بقيمته المعنوية والرمزية على حد تعبير المشرع في المادة 26 سالف الذكر⁴.

ويكون المشرع المغربي بهذا الطرح قد هجر ما جاء به الأئمة الأربعة في تحديدهم لمفهوم الصداق الذي اعتبروه المقابل وال عوض الذي يستحل به البضع، ولعل السبب في ذلك يعود إلى محاولته إعادة

¹ النحلة في اللغة من نحل، ونُحِلَ المرأةُ هو مَهْرُهَا، وقيل بأن هِيَ نِحْلَةٌ مِنَ اللَّهِ لَهَنَّ أَنْ جَعَلَ عَلَى الرَّجُلِ الصَّدَاقَ وَمَنْ يَجْعَلُ عَلَى الْمَرْأَةِ شَيْئًا مِنَ الْعَرْمِ، فَتِلْكَ نِحْلَةٌ مِنَ اللَّهِ لِلنِّسَاءِ. ابن منظور، المرجع السابق، ج. 11، ص. 650.

² محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج. 5، ص. 77.

³ علال الفاسي، التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة الرسالة، الرباط، المغرب، ط. 2، 2000، ص. 138.

⁴ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 364.

مركزة الزوجة كطرف أصيل في عقد الزواج لا محلا له، لذلك جنح المشرع بوصفه كالهديّة المفروضة على الزوج بمناسبة عقد الزواج.

غير أنه، وإن كان في هذا الطرح جانب من الصواب وأن قول المشرع في تعبيره عن الصداق بالعطية هو وصف معنوي أكثر منه مادي، إلا أنه لا يمكن الأخذ به على إطلاقه. ذلك أننا يمكن أن نترفع عن وصف الصداق كمقابل للاستمتاع، لو كانت تلك العطية أو المنحة تمنح من الزوج بصفة إرادية لا وجوبية؛ والأمر في الحقيقة على خلاف ذلك أن منح الصداق للزوجة وارد على سبيل الوجوب والإلزام بصريح النص القرآني. والأكثر من ذلك، فما القول في قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾¹.

وغير بعيد عن توجه المشرع المغربي، فقد تبني المشرع التونسي التوجه نفسه نوعا ما، فقد نص الفصل 2/3 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: «يشترط لصحة الزواج شهادة شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة»، والفصل 12 منها الذي جعل تحديد الصداق خاضعا لإرادة الزوجين بكل ما يريانه مناسبا أن يكون صداقا تملكه المرأة باعتباره تعبيراً عن المشاعر التي يكنها الزوج لزوجته ورغبته في الزواج منها²، وقد أكدت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 7-11-1950 على أن: «الصداق بقيمة المالية لا يجعل عقد الزواج من العقود التعاملية المالية، وإن كان من شأنه أن يرتب علاقة مديونية بين الزوجين، تصبح الزوجة من خلالها دائما للزوج بقيمة الصداق»³.

كما لم يحدد المشرع التونسي بموجب تنقيح 1993 الحد الأدنى والأقصى للمهر، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على استبعاد الآراء الفقهية التي تعتبر الصداق مقابلا لملك الاستمتاع بالزوجة، وهذا حسب الفقه التونسي مهين لإنسانية المرأة ولمؤسسة الزواج في حد ذاتها، وبذلك فإن تكريس

¹ سورة النساء، الآية 24.

² ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص. 54.

³ جاء منطوق القرار كما يلي: "رسم الصداق وإن كان عقدا اتفاقيا إلا أنه ليس من العقود التعاملية المالية المقصودة أصلا بأحكام المجلة لاختلاف أحكامه عنها ولا يصح حينئذ أن يقال إنه عام بين المتعاقدين... وإنما أقصى ما يشتمل عليه من الناحية المالية هو إكسابه للزوجة حق الدائنية المتعلق بمهرها المعين به."، قرار دائرة التمييز، المؤرخ في 7 نوفمبر 1950، ع. 5431، ق. ت. ع. 9 و 10، 1960، ص. 232. نقلا عن: فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص. 79.

المشعر المفهوم المعنوي للمهر الذي يعتبر تعبيرا من الشاب المقبل على الزواج على استعدادة للزواج ورغبته في حمل المسؤوليات المترتبة عليه¹.

وحق لا نستبق الأحداث في معالجتنا لأحكام الصداق وجب علينا الإشارة إلى مسألة في غاية الأهمية، والتي ترتبط بدرجة أولى في التعارض الذي وقع فيه المشعر المغربي والقضاء التونسي في تحديدهم لمفهوم الصداق. فإن كان تركيزهم منصب على الجانب النفسي للصداق من خلال المادة 26 من مدونة الأسرة وقرار محكمة التعقيب الذي نفى بصفة ضمنية وصف الصداق بأنه مقابل مادي. نجد المشعر المغربي قد جاء في المادة 2/31 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: «للزوجة المطالبة بأداء الحال من الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية»، والفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية التي تنص على أنه: «ليس للزوج أن يجبر زوجته على البناء إذا لم يدفع المهر...»²، فيستنتج ضمنا أن هذين النصين قد أعطوا الزوجة الحق في الامتناع عن زوجها في حالة إذا لم يتم دفع الصداق حالا إذا لم يتفقا على تأجيله.

وما ينبغي الإشارة إليه في هذه الجزئية أن المشعر المغربي ركز على إضفاء الوصف المعنوي للصداق بأنه العطية التي يقدمها الزوج لزوجته، وأنه من اللازم أن تترفع التشريعات عن اعتباره المقابل المادي للاستمتاع؛ ثم يأتي في المادة 31 ويعتبر أن المعاشرة الزوجية تجعل من الصداق دينا في ذمة الزوج، ونحن في هذا الصدد لا ننكر هذا الحكم بل نؤكد ونزيد عليه تشددا حماية لحق المرأة. لكن لا من وصف أوضح من الوصف الذي جاء به المشعر المغربي في المادة 31 من المدونة والذي يعبر على أن الصداق هو مقابل للاستمتاع.

أليس في هذا الطرح تطبيقا مثاليا للدفع بعدم التنفيذ المقرر في القواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود المغربي ومجلة الالتزامات والعقود التونسية؟؟ أليس في هذه النصوص تركيزا صريحا على المفهوم المادي للصداق؟؟ أليس فيها تعريفا ضمنا للصداق بأنه ما يدفعه الزوج لزوجته مقابل الاستمتاع؟ وهذا

¹ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص.78.

² يمكن للزوجة أن تمتنع عن إتمام الدخول ما لم تحصل على كامل معين مهرها وبعد امتناعها مشروعاً لإنبائه على سبب قانوني وبذلك لا يخول للزوج. المرجع نفسه، ص.79.

لا يعني أن الفقهاء يعتبرون المرأة في حد ذاتها محلا للاستمتاع، بل نكتفي في هذه الحالة برأي الجمهور الذي يعتبر محل الاستمتاع هو المعاشرة الزوجية، والذي يعتبر محلا لكلا الزوجين.

ثانيا- دليل مشروعية الصداق:

يستقي شرط الصداق قوته الإلزامية من قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾¹. وقد اختلف الفقهاء في قوله تعالى: ﴿...نِحْلَةً...﴾ فقيل بمعنى: نحلة من الله عز وجل للنساء، إذ جعل على الرجل الصداق، ولم يجعل على المرأة شيئا؛ ويُقال: نحلت الرجل إذا وهبت له هبة، ونحلت المرأة. وقال البعض الآخر في معنى: ﴿...نِحْلَةً...﴾ أي ديانة؛ كما تقول: فلان ينتحل كذا؛ أي: يدين به. وقوله: ﴿...صَدُقَاتِهِنَّ...﴾ جمع صدقة، فيقال: هو صداق المرأة، وصدقة المرأة. ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا﴾ يعني الصداق. وأما ﴿...نَفْسًا...﴾، فيعني نفسها. ﴿فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ يعني: ما طابت به نفسها في غير كره؛ فقد أحل الله لها أن تأكله².

وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾³، فقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾ أي تجامعهن؛ ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ، بمعنى: عليكم نصف ما فرضتم. قال سعيد بن المسيب: كَانَ لَهَا الْمَتَاعُ فِي سُورَةِ الْأَخْرَابِ؛ فنسختها هذه الآية؛ فَصَارَ لَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ. أما قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾، يعني النساء، ﴿أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ قيل بأنه الزوج؛ إن شاء عفا عن نصف الصداق، فأعطى المرأة الصداق تاما، وإن شاءت المرأة عفت عن نصف الصداق، فسلمت الصداق كله للزوج. وَكَانَ الْحَسَنُ يَقُولُ: الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ هُوَ الْوَلِيُّ. أما قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ يقول ذلك من التقوى، ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾، أي لا تتركوه⁴.

¹ سورة النساء، الآية...4.

² أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد المري الإلبيري، تفسير القرآن العزيز، تحقيق: أبو عبد الله حسين بن عكاشة، محمد بن مصطفى الكنز، دار الفاروق الحديثة، القاهرة، ج.1، ط.1، 1423هـ، 2002م، ص.346.

³ سورة البقرة، الآية.237.

⁴ أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد المري الإلبيري، المرجع السابق، ص.239-240.

كما ثبتت مشروعية الصداق عن رسول الله ﷺ قولاً وفعلاً؛ فيقول النبي ﷺ: {إِنْ مَسَّهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا} ¹، وقال ﷺ: {أَدُّوا الْعَلَائِقَ. قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا الْعَلَائِقُ؟ قَالَ: مَا تَرَاصَى بِهِ الْأَهْلُونَ. وَقَالَ عُمَرُ: لَهَا عُمُرُ نِسَائِهَا. يُقَالُ: أَصْدَقْتُ الْمَرْأَةَ وَمَهَرْتُهَا. وَلَا يُقَالُ: أَمَهَرْتُهَا} ²، وروي: {أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَاءَتْهُ امْرَأَةٌ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ، فَقَامَتْ قِيَامًا طَوِيلًا، فَقَامَ رَجُلٌ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ زَوِّجْنِيهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصَدِّقُهَا بِهَا؟ فَقَالَ: مَا عِنْدِي إِلَّا إِزَارِي هَذَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِنَّكَ إِنْ أُعْطِيتَ إِزَارَكَ جَلَسْتَ لَا إِزَارَ لَكَ، فَالْتَمَسَ شَيْئًا قَالَ: لَا أَجِدُ شَيْئًا قَالَ: فَالْتَمَسَ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ، فَالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَلْ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ شَيْءٌ؟ قَالَ: نَعَمْ سُورَةٌ كَذَا وَسُورَةٌ كَذَا لِسُورِ سَمَاءِهَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: قَدْ زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ}. ولأنه إذا زوجه بالمهر. كان أقطع للخصومة ³. أما من السنة الفعلية: {أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَعْتَقَ صَفِيَّةَ وَتَزَوَّجَهَا، وَجَعَلَ عَثْمًا صَدَاقَهَا، وَأَوْلَمَ عَلَيْهَا بِحَيْسٍ} ⁴؛ ومن السنة التقريرية في حديث عبد الرحمن بن عوف ⁵. كما أجمع العلماء رحمهم الله على مشروعية الصداق وأنه مما يشرع في النكاح ⁶.

ومما سبق، فإنه من الثابت أن يبنى عقد الزواج على وجود الصداق، وهو ما أشرنا إليه بدليل القرآن والسنة وإجماع الأئمة على وجوبه، باعتباره دليلاً على نية الزوج في بناء حياة زوجية كريمة معها وتوفير حسن النية على قصد معاشرتها بالمعروف ودوام الزواج. وفيه تمكين المرأة من التهيؤ للزواج بما يلزم لها من لباس ونفقة ⁷.

¹ أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.7، باب استحباب تزوج بالودود الولود، ح.ر: 13475، ص.131.

² حديث سبق تخريجه، ص.308.

³ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري...، المرجع السابق، ج.9: باب إذا قال الخاطب زوجني فلانة فقال قد زوجتك بكذا وكذا جاز النكاح، ص.198.

⁴ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.01: كتاب الصلاة، باب ما يذكر في الفخذ، ح.ر: 371، ص.83.

⁵ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.16: كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمته ثم يتزوجها، ح.ر: 1365، ص.1045. محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.67: كتاب الصداق، باب الوليمة ولو بشاة، ح.ر: 5169، ص.24؛

⁶ محمد بن محمد المختار الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، د.د.ن، ج.2، د.ط، د.س.ن، ص.255.

⁷ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6749.

وكون الصداق واجبا على الرجل دون المرأة، راجع لانسجامه مع المبدأ الشرعي في أن المرأة لا تكلف بشيء من واجبات النفقة، سواء كانت أمًّا، بنتا، أو زوجة، وإنما هو التزام يقوم به الرجل أبا كان أو زوج، سواء كان مهرا أو نفقة المعيشة وغيرها؛ وهذا راجع لأن الرجل أقدر من المرأة في الكسب والسعي للرزق. وأما المرأة فوظيفتها إعداد المنزل وتربية الأولاد وإنجاب الذرية، وهو عبء ليس بالهين ولا باليسير. فمبدأ توزيع الأدوار داخل الأسرة بين الرجل والمرأة، الذي جاء بصريح القرآن الكريم يفرض على الرجل هذا النوع من المسؤوليات المالية¹، حيث يقول سبحانه وتعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾².

غير أن الفقهاء اختلفوا حول مركزية الصداق في عقد الزواج بين من يعتبره ركنا أساسيا في عقد الزواج، ومن يعتبره شرطا، وبين من يعتبره أثرا من آثاره. وفي هذا الصدد سنتطرق إلى مركز الصداق في عقد النكاح.

ثالثا- مركز الصداق في عقد الزواج:

ذهب الجمهور من الحنفية³ والشافعية⁴ والحنابلة⁵ إلى اعتبار الصداق حكما من أحكام الزواج، أي أثر من آثاره التي تثبت بعد انعقاده.

والراجح لدى الحنابلة فيما يخالف توجههم في رأي الجمهور، هو تسمية المهر في عقد الزواج، فيقوم بتحديدده في عقد الزواج قيمة أو عينا؛ وذلك احتراز من الوقوع في النزاع وقطع أي طريق نحو الخصومة، وحتى في حالة وفاة الزوج أو الزوجة أو الولي والشهود. وهو الأمر الذي أجمع عليه العلماء

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6749.

² سورة النساء، الآية.34.

³ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.274.

⁴ تقي الدين الحصني الشافعي، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي، دار الخير، دمشق، ج.1، ط.1، 1994، ص.367.

⁵ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج.5، ص.233.

في قولهم بأن الله عز وجل شرع كتابة الديون والحقوق؛ حتى لا يظلم الناس بعضهم بعضاً، ولأجل أن تصل الحقوق إلى أصحابها¹.

غير أن المالكية انفردوا في توجيههم باعتبار الصداق ركن أساسي في عقد الزواج؛ فانطلاقاً من تعريفهم للصداق الذي اعتبروه كالثمن يشترط فيه ما يشترط في الثمن إثباتاً ونفيًا. ومعنى كون الصداق ركنًا في عقد الزواج، فإنه لا يصح اشتراط اسقاطه، لوجوب ذكره عند العقد. فلم يرد لديهم بصحة زواج التفويض ما لم يكن مسمى².

ويرى جانب آخر من المالكية، أن الصداق لا يعدو كونه ركنًا، بل جعلوه شرطًا، وشروط صحة النكاح أن يكون بصداق ولو لم يذكر حال العقد فلا بد من ذكره عند الدخول أو تقرير صداق المثل بالدخول³.

وعليه، إذا عُقد الزواج دون تسمية المهر، فهو جائز؛ أما إذا تضمن شرطًا يفيد اسقاطه، أو تراضيا الزوجين على الزواج بدون مهر، أو سميا شيئًا لا يصلح مهرا كالخمر والخنزير، فلا يصح الزواج، ويجب فسخه قبل الدخول، وإن دخل الرجل بالمرأة ثبت العقد، ووجب للزوجة مهر المثل⁴.

مع الإشارة أن الإمام مالك في أشهر روايته، قال إن عقد الزواج يعتبر باطلا إذا ما اقترن بالصداق شرطًا يفسده، وقد استدلل بقول النبي ﷺ عن نكاح الشغار؛ لفساد المهر فيه، فقال: «وَلَا تَنْهَ عَقْدُ نِكَاحٍ بِمَهْرٍ فَاسِدٍ فَوْجَبَ أَنْ يَكُونَ بَاطِلًا كَالشِّعَارِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ بِنَدْلِ فَاسِدٍ فَوْجَبَ أَنْ يَكُونَ بَاطِلًا كَالْبَيْعِ». ولئن صح النكاح بغير مهر، فإن ذلك لا يمنع من بطلان المهر لفساده، فالبيع وإن صح بغير أجل أو خيار، فإنه يبطل بفسادهما⁵.

¹ محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ج.4، ص.255.

² شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.294.

³ أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ج.2، ص.375.

⁴ المرجع نفسه، ص.449.

⁵ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.9، ص.393.

في حين اعتبر الشافعية أن النبي ﷺ لم ينفي النكاح إلا بغياب الولي والشاهدين، وعليه متى أبرم عقد الزواج بهما فلا يبطل الزواج لغياب الصداق في العقد أو فساده، وقد استدلوا بما رواه بَن عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: { لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ }¹. كما أن فساد المهر حسبهم لا يستدعي فساد العقد كالمهر المغصوب، فكل نكاح صح بالمهر الصحيح، صح بالمهر الفاسد².

والأكثر من ذلك، فإن إجماع الأئمة الأربعة على وجوب الصداق في عقد الزواج، لم يمنع الشافعية في القول بصحة النكاح الذي يبرم على غير صداق استناداً لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾³، وتدلل الآية على معنيين. كلاهما يأخذنا إلى القول بجواز الزواج دون صداق. فالعنى الأولى أنه لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن ولم تفرضوا لهن فريضة؛ أما الثاني فإن في الكلام محذوفاً تقديره: «فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً أَوْ لَمْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً». وروى: { أَنْ أَبَا طَلْحَةَ الْأَنْصَارِيِّ تَزَوَّجَ أُمَّ سُلَيْمٍ عَلَى غَيْرِ مَهْرٍ فَأَمَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ نِكَاحَهُ }⁴.

كما برروا قولهم، إن القصد من عقد النكاح يختلف عما هو وارد في عقود المعاوضات؛ إذ إنه يقوم على التواصل والألفة، فالصداق في الزواج هو مسألة تابعة لمقصده، لذلك جاز الزواج بغياب العوض. كما أنه ليس في فساد المهر أكثر من سقوطه، وليس في سقوطه أكثر من فقده، ولو فقد ذكره لم يبطل النكاح، وهو الحال إذا ذكر فاسداً⁵.

وما ينبغي الإشارة إليه أن توجه المذهب الشافعي جاء مطلقاً في اعتبار النكاح صحيحاً في حالة غياب المهر أو فساده. غير أنهم أجمعوا على كراهته، وإن لم تصل لكراهة التحريم. على عدة اعتبارات أهمها، أن في عدم ذكر الصداق هو محاولة لخرق الخصوصية التي خصها المولى عز وجل برسول الله ﷺ

¹ حديث سبق تخريجه، ص. 283.

² أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج. 9، ص. 394.

³ سورة البقرة، الآية. 236.

⁴ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج. 9، ص. 393.

⁵ المرجع نفسه، ص. 394.

لما وهبت امرأة نفسها عليه؛ كما أنه من شأنه أن تنشب المشاجرة والتنازع الذي يصل غالبه إلى أروقة المحاكم، إلى غير ذلك من الأسباب¹.

وقال الحنفية والحنابلة بما جاء به الشافعية، ألا وهو صحة النكاح مع عدم ذكره، على أساس أن الزواج عقد انضمام وازدواج يتم بين الزوجين، ولما كان المهر واجبا لشرف المحل فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح. والأكثر من ذلك، لو تزوج الرجل بامرأة على شرط إسقاط الصداق فزواجه صحيح ولها مهر المثل، وقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾²، ففضى المولى عز وجل بصحة الطلاق مع عدم تسمية النكاح، والطلاق لا يكون إلا في الزواج الصحيح، فعلم أن عدم ذكر الصداق لا يؤثر على صحة الزواج³.

وقد جاء في السنة النبوية ما يثبت ذلك من خلال حديث بروع بنت واشق التي قضى فيها بن مسعود بقضاء رسول الله ﷺ: {قَاتِي أَقُولُ فِيهَا إِنَّ لَهَا صَدَاقًا كَصَدَاقِ نِسَائِهَا، لَا وَكَسْ، وَلَا شَطَطَ، وَإِنَّ لَهَا الْمِيرَاثَ وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ، فَإِنْ يَكُ صَوَابًا، فَمِنَ اللَّهِ وَإِنْ يَكُنْ خَطَأً فَمِنِّي وَمِنَ الشَّيْطَانِ، وَاللَّهُ وَرَسُولُهُ بَرِيئَانِ}⁴، فدل على صحة النكاح بغير تسمية صداق، ولأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفقة، وتسمى هذه مفوضة البضع وهو التفويض الصحيح⁵.

ومن الناحية التشريعية، فإنه انطلاقاً من تحديدها فيما سبق للاختلاف بين الركن والشرط، فإن الركن ما لا يقوم العقد إلا به ويدخل في ماهية العقد، كذلك لا يقوم العقد إلا بتوافر شروطه، غير أنه لا يدخل في ماهية العقد؛ أما الأثر، فهو ما ترتب على توافر الركن والشرط.

¹ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.9، ص.394.

² سورة البقرة، الآية.236.

³ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجم، البحر...، المرجع السابق، ج.3، ص.152.

⁴ فقام ناس من أشجع فيهم الجراح، وأبو سنان، فقالوا: يا بن مسعود يا ابن مسعود نحْنُ نَشْهَدُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَاهَا فِينَا فِي بَرُوعَ بِنْتِ وَاشِقِ وَإِنَّ زَوْجَهَا هِلَالُ بْنُ مُرَّةَ الْأَشْجَعِيِّ كَمَا قَضَيْتَ قَالَ: فَفَرِحَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ فَرَحًا شَدِيدًا حِينَ وَافَقَ قَضَاؤُهُ قَضَاءَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.12: كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات، ح.ر.2116، ص.237.

⁵ عبد الرحمن أبو محمد بهاء الدين المقدسي، المرجع السابق، ج.11، ص.425.

وقد أشرنا إلى موقف الفقهاء في تصنيف المهر بين الجمهور الذي اعتبره حكما-أثرا- من أحكام الزواج، والمالكية الذي انقسموا إلى رأي قائل بأن الصداق ركن في عقد الزواج؛ ورأي آخر اعتبره شرطا من شروط صحته.

فقد أخذ المشرع الجزائري في ظل قانون 84-11 بالرأي الأول للمالكية، معتبرا الصداق ركنا من أركان الزواج إلى جانب الرضا والولي والشاهدين، وهذا ما نصت عليه المادة 09 من قانون الأسرة، وأقرت المحكمة العليا في عديد قراراتها هذا التوجه، حيث جاء في قرارها الصادر في 02-01-1989 على أنه: «من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أركان أربعة: هي رضا الزوجين؛ صداق وشاهدين بالإضافة إلى خلوا الزوجين من الموانع الشرعية»¹، كما قررت أن الخطبة وعد بالزواج ولكل الطرفين العدول عنها ولصحة الزواج لا بد من توافر أركانه من رضا الزوجين وولي وشاهدين وصداق².

وحتى تتحقق ركنية الصداق وجب تسميته في العقد وإلا كان زواجا باطلا³، وهو ما اشارت إليه المادة 15 من قانون الأسرة 84-11 بقولها: «يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان مؤجلا أو معجلا». غير أنه بالرجوع إلى المادة 33 من قانون الأسرة 84-11 فإنها تنص على أنه: «إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل...»، وعلى هذا الأساس فإن الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري سابقا على تخلف الصداق هو الفساد لا البطلان. وبالتالي، فإن الصداق في ظل قانون 84-11 يأخذ حكم الشرط لا الركن وهو تطبيقا لقول المالكية برأيه على أساس أن المقرر لديهم هو الفساد لا البطلان، عكس تخلف الرضا، فإنه يترتب عليه البطلان لا الفساد وهو ما قرره المادة 32 من قانون 84-11 التي تنص على أنه: «يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه»، ويستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري يقصد ركن الرضا في هذه الحالة على أساس أن الجزاء المترتب على انتفاء باقي الأركان قد تضمنته المادة 33 من قانون الأسرة، فالأقرب للصواب أن هذه المادة قد نسخت الحكم المقرر في المادة 32 من قانون الأسرة، فيتربط على انتفاء الولي أو الشاهدين أو الصداق هو الفسخ مع امكانية تثبيت الزواج بعد الدخول

¹ م.ع، غ.أ.ش، 02-01-1989، م.ر: 51107، م.ق، ع.03، 1992، ص.51.

² م.ع، غ.أ.ش، 17-03-1992، م.ر: 81129، م.ق، ع.3، 1994، ص.62.

³ فالبطلان هو الجزاء المترتب على تخلف الركن كما يقتضيه الشرع والقانون.

بصداق المثل، وهو ما لا يتقرر على ركن الرضا الذي يتقرر على العقد بموجب انتفائه الفسخ قبل الدخول وبعده. ومن خلال ما تم ذكره يمكن القول إن المشرع الجزائري قبل التعديل، لم يتعامل مع باقي الأركان معاملة الركن وإلا كان سيترتب على الزواج الفسخ قبل الدخول وبعده.

وإذا ما تكلمنا عن مرجعية المشرع الجزائري في هذه المسألة، فإنه قد أخذ بما جاء به كل الفقهاء بما فيهم المالكية، على أساس أنهم أجمعوا كأصل عام بضرورة وجود الصداق في عقد الزواج سواء كان مسمى أو غير مسمى، والاختلاف الواقع بينهم لا يرتبط بوجود الصداق من عدمه على أساس أن جزءا تخلف الصداق في العقد هو فساد الزواج ويتقرر فسخه قبل الدخول. بل يتعلق بما بصح تسميته في العقد، ومدى إمكانية الاتفاق على إسقاطه من العقد.

وبتعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، استحدث المشرع الجزائري المادة 9 مكرر من قانون الأسرة التي اعتبرت الصداق من شروط صحة الزواج، وعدّل المادة 33 منه، والتي قررت بفسخ الزواج قبل الدخول لتخلف الصداق، أما بعد الدخول فاعتبرته زواج تفويض كما قال به الجمهور من الفقهاء.

وبالنسبة للمشرع المغربي فقد أخذ ابتداء بالرأي الثاني للمالكية في تحديد مركز الصداق من خلال الفصل 2/3 مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بقوله: «يشترط لصحة الزواج شهادة شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة»، والفصل 05 من على أنه: «لابد من تسمية مهر للزوجة ولا يجوز العقد على إسقاطه»، فالأصل العام في هذا الفصل هو وجوب تسمية الصداق في العقد تحت طائلة فساد الزواج قبل الدخول. في حين، إذا وقع دخول فلا مجال للقول بفسخ الزواج بل يثبت بصداق المثل، ما لم يتم الاتفاق على إسقاطه فيفسخ قبل الدخول وبعده، وهذا التوجه في حقيقة الأمر لا ينفرد به المالكية فقط، بل هو قول الجمهور من الفقهاء باستثناء الحنفية الذين يجيزون هذا الزواج مع إسقاط الشرط أو الاتفاق ويقررون للزوجة صداق المثل.

وبعد صدور مدونة الأسرة المغربية، فقد تمسكت المادة 2/13 منها بما هو مقرر لدى المالكية بقولها: «يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: 2. عدم الاتفاق على إسقاط الصداق»، وقد

قررت محكمة النقض بأنه: «يعتبر الزواج فاسدا لعقده ومعرض للفسخ في حالة عدم تسمية الصداق»¹ غير أنها لم ترتب الجزاء في حالة الاتفاق على إسقاط الصداق، ذلك أن المادة 27 من المدونة اعتبرت الزواج تفويضا في حالة السكوت لا الإسقاط بقولها: «يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده يعتبر العقد زواج تفويض؛ إذا لم يتراض الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض، فإن المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين».

ومن الناحية العملية لا يمكن أن نتصور تضمين العقد بشرط يقتضي إسقاط الصداق، ذلك أن توثيق الزواج لن يتم من قبل العدول أو ضابط الحالة المدنية، في حالة الاتفاق على إسقاطه. وحتى ولو تم السكوت عن تحديد الصداق وتوافر اتفاق مبطن بين الزوجين على إسقاطها، فإن ذلك الاتفاق لن يسقط حق الزوجة في مطالبة زوجها بصداق المثل، فالزواج في هذه الحالة يعتبر زواج تفويض تخضع للمادة 2/27 سالفه الذكر. وهو ما أكدته المادة 67 من المدونة بقولها: «يتضمن عقد الزواج ما يلي: 7- مقدار الصداق في حالة تسميته مع بيان المعجل منه والمؤجل، وهل قبض عيانا أو اعترافا».

أما بالنسبة للقانون التونسي فقد اعتبر الصداق شرطا من شروط صحة عقد الزواج من خلال الفصل 2/3 الذي ينص على أنه: «يشترط لصحة الزواج شهادة شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة»، وبالرجوع إلى الفصل 22 من المجلة نجد أنه قرر في حالة عدم تسمية المهر يعتبر الزواج فاسدا ويبطل قبل الدخول، أما بعد الدخول فيتحدد الصداق من قبل الحاكم². ويستنتج مما سبق، إن المشرع التونسي لا يعتبر تحديد الصداق في العقد من قبيل الإجراء الوجوبي في العقد ما دام رضا الزوجين بعد عقد الزواج يصححه، إذ أن الفصل 32 من قانون الحالة المدنية التونسي ينص على أنه: «ينص في عقد الزواج على: 5. إذا اقتضى الحال الرضا أو الإذن الذين اشترطهما القانون والتنصيب على المهر». فمدلول قول المشرع: «إذا اقتضى» هو احتمالية التنصيب أو عدم التنصيب على المهر. وحتى في حالة التنازع بين الزوجين على الصداق إذا ما لم يتم تحديده في العقد فإنه يتحدد من قبل الحاكم³.

¹ م.ن.م، غ.ش، ع.39، ل.27-01-2010، م.ع: 305-2-1-2008، الملحق رقم.32.

² ينص الفصل 22 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: «يبطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلاق ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر، ويترتب على الدخول الآثار التالية فقط: - استحقاق المرأة المهر المسمى أو تعيين مهر لها من طرف الحاكم...».

³ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص.81.

الفرع الثاني: شروط الصداق (المهر)

تحدد شروط المهر من حيث مقداره (أولاً)، بالإضافة إلى مشروعيته وصلاحيته (ثانياً).

أولاً- مقدار المهر:

اختلفت كلمة الفقهاء في تحديد مقدار الصداق إلى عدة آراء وتوجهات؛

فقد قال الأحناف¹ بالألا ينبغي أن يقل عن عشرة دراهم لقوله ﷺ: {لَا مَهْرَ أَقَلَّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ}²، ويرجع تقديرهم لهذه القيمة استدلالاً بنصاب الحد على السرقة، فإنه عندهم دينار أو عشرة دراهم. وذلك إظهاراً لمكانة وقيمة المرأة بالنسبة لزوجها، وقد أشرنا فيما مضى أن الصداق هو تعبير عن صدق الرجل في الزواج بما فيقدر المهر بما له أهمية³. وأما حديث {قَالَتِمْسُ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ}⁴، فحملوه على المهر المعجل؛ لأن العادة عندهم تعجيل بعض المهر قبل الدخول، وقد منع ﷺ عَلِيًّا أَنْ يَدْخُلَ بِفَاطِمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حَتَّى يُعْطِيَهَا شَيْئًا، فَقَالَ: {يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَيْسَ لِي شَيْءٌ، فَقَالَ ﷺ: أَعْطَاهَا دِرْعًا، فَأَعْطَاهَا دِرْعَهُ}⁵؛ والراجح في هذا التوجه أنه لما وقع الخلاف حول أقل مقدار للمهر، كان لزاماً الأخذ بالمتيقن وهو عشرة دراهم.

¹ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.4، ص.452؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.275.

² أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.40: كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهراً، ح.ر: 14387، ص.393؛ الحافظ علي بن عمر الدارقطني، المرجع السابق، ج.15: كتاب النكاح، باب المهر، ح.ر: 3606، ص.360.

رواية البيهقي جاءت بسند ضعيف، ورواية بن أبي حاتم، وإن كانت ضعيفة فقد تعددت طرقها والمنقول في الأصول أن الضعيف إذا تعددت طرقه فإنه يصير حسناً إذا كان ضعفه بغير الفسق، وقال الحافظ بن حجر، إنه بهذا الإسناد حسن. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، ج.2، ط.1، د.س.ن، ص.63.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6764.

⁴ حديث سبق تخريجه، ص.315.

⁵ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.12: كتاب النكاح، باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً، ح.ر: 2126، ص.240.

أما بالنسبة للشافعية والحنابلة فقد اعتبروا أن مقدار المهر لا يقترن بحد أدنى أو أقصى، إذ يستوي فيه القليل والكثير، مستدلين بقوله ﷺ: {مَنْ أُعْطِيَ فِي صَدَاقِ امْرَأَةٍ مِلءَ كَفَيْهِ طَعَامًا أَوْ دَقِيقًا أَوْ سَوِيحًا فَقَدْ اسْتَحَلَّ} ¹ وَرُوِيَ عَنْ أَنَسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: {تَزَوَّجَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ امْرَأَةً عَلَى وَزْنِ نَوَاقِ مِنْ ذَهَبٍ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ} ². وبناء عليه، فإن تقدير المهر هو أمر غير لازم، ولما كان للمرأة حق التصرف فيه استيفاءً أو إسقاطاً، فإنه يخضع في تقديره للمتعاقدين ³.

وقد حدد الإمام مالك أدنى مقدار الصداق بنصاب قطع اليد، والذي حدده على خلاف الأحناف بربع دينار أو ثلاث دراهم ودليله أن المهر وجب في الزواج إظهاراً لكرامة المرأة ومكاتها، فلا يقل عن هذا المقدار الذي هو نصاب السرقة عنده، مما يدل على خطره، فلو تزوج رجل امرأة بأقل من هذا المقدار، وجب لها إن دخل بها، وإن لم يدخل بها فله الخيار بإتمام المهر، أو تفسخ العقد ⁴.

ومما سبق نجد اختلاف الفقهاء فرعياً حول أقل قيمة للصداق، غير أنهم أجمعوا على أنه لا تحديد لأكثر الصداق، وهو على ما يتراضيان عليه، وقد أمهر النجاشي عن النبي ﷺ أربعة آلاف، وكل بنات عبد الله بن عمر وبنات أخيه يصدقهن ألف دينار، كل واحدة أو عشرة آلاف درهم. وكان بن عمر يجعل لمن قريباً من أربعمئة دينار حلياً، وتزوج بن عباس رضي الله عنه على عشرة آلاف، وتزوج القعقاع بن شدر بنت قبيصة بن هانئ على أربعين ألفاً في أيام الإمام علي رضي الله عنه، إلا أن المباشرة في الصداق أفضل من المغالاة ⁵.

¹ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.12: كتاب النكاح، باب قلة المهر، ح.ر:2110، ص.236.
² محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.67: كتاب النكاح، ح.ر:5148، ص.20؛ أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.9: كتاب النكاح، باب الوليمة، ح.ر:1907، ص.615؛ محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.9: أبواب النكاح، باب ما جاء في الوليمة، ح.ر:1094، ص.394.
³ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.276. وقال بن شبرمة في أقل الصداق بخمسة دراهم أو نصف دينار. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.9، ص.397.
⁴ أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ج.2، ص.428.
⁵ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.276؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.9، ص.397.

وكان صدق النبي ﷺ أزواجه: خمسمائة درهم، وذلك اثنا عشر أوقية ونش، والأوقية: أربعون درهماً، والنش: عشرون درهماً. وتزوج عبد الرحمن على وزن نواة من ذهب، وهي خمسة دراهم¹؛ وقد استدلوا بقوله تعالى: {...وَأَتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا...}².

وقد نهي عمر بن الخطاب رضي الله عنه، عن الزيادة في الصداق على أربع مئة درهم، وخطب الناس فيه، فقال³: {أَلَا لَا تُعَالُوا بِصُدُقِ النِّسَاءِ، فَإِنِّهَا لَوْ كَانَتْ مَكْرَمَةً فِي الدُّنْيَا، أَوْ تَقْوَى عِنْدَ اللَّهِ لَكَانَ أَوْلَاكُمْ بِهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، مَا أَصْدَقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ امْرَأَةً مِنْ نِسَائِهِ، وَلَا أَصْدَقَتْ امْرَأَةً مِنْ بَنَاتِهِ أَكْثَرَ مِنْ ثِنْتِي عَشْرَةَ أَوْقِيَةً}⁴، أي من الفضة. فمن زاد على أربعمئة شيئاً، جعلت الزيادة في بيت المال، فقالت له امرأة من قريش بعد نزوله من على المنبر: ليس ذلك إليك يا عمر، فقال: ولم؟ قالت: لأن الله تعالى يقول: ﴿وَأَتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهَيْبَتِنَا وَإِنَّمَا مِثْلُنَا﴾⁵، فقال عمر: امرأة أصابت، ورجل أخطأ⁶.

¹ علي بن سعيد الجرجاني، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، دار ابن حزم، مصر، ج.3، ط.1، 1428هـ، 2007م، ص.453.

² سورة النساء، الآية.20.

³ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، المرجع السابق، ج.26: كتاب النكاح: باب القسط في الأصدقة، ح.ر:3349، ص.117؛ محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.9: أبواب النكاح، ح.ر:1114، ص.414؛ أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.9: كتاب النكاح، باب صداق النساء، ح.ر:1887، ص.607؛ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، ج.12: كتاب النكاح، باب الصداق، ح.ر:2106، ص.235.

⁴ أوقية: أربعون درهماً. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص.6763.

⁵ سورة النساء، الآية.20. قال بن عباس رضي الله عنهما القنطار: سبعون ألف مثقال. وقال أبو صالح رحمه الله: مائة أوقية. وقال معاذ رضي الله عنه: ألف ومائتا أوقية. وقال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: القنطار: ملء مسك ثور ذهباً. ومسك النور: جلده. أبو الحسين يحيى بن سالم العمري، المرجع السابق، ج.9، ص.371.

⁶ رواه أبو يعلى في الكبير فقال: اللهم غفرًا، كل الناس أفتقه من عمر، ثم رجع فركب المنبر فقال: أيها الناس، إني كنت نخيتكم أن تزيدوا النساء في صدقاتهن على أربعمئة درهم، فمن شاء أن يعطي من ماله ما أحب. أبو الحسن علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، ج.4، ط.1، 1414هـ، 1994م، ص.283.

وقد قال الإمام الشافعي بأنه يستحب إليه الاقتصاد في الصداق بدل المغالاة فيه، فعن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: أن النبي ﷺ قال: {إِنَّ أَعْظَمَ التَّكَاحِ بَرَكَهٌ أَيْسَرُهُ مَوْثِقَةٌ} ¹. وروى بن عباس أن النبي ﷺ قال: {خَيْرُهُنَّ أَيْسَرُهُنَّ مَهْرًا} ².

وعلى العموم، سواء قل المهر أو أكثر، فيؤخذ به مادام قد تراضى عليه الزوجين، غير أنه من باب الاستئناس بفعل النبي ﷺ ينبغي عدم المغالاة فيهن لما فيه من الأضرار والمفاسد العظيمة؛ فالمغالاة في المهور تؤخر الزواج وتعطله، وتكثر من العوانس بين الناس الأمر الذي يفضي للفتنة والشر المستطير؛ وقد اعتبر أهل العلم أن المغالاة في المهور من شأنها أن تؤثم صاحبها إذا وصلت لحد الإضرار فلو قال الشخص لا أزوج ابنتي إلا بمائة ألف، وهو يعلم أن هذه المائة ألف قد تكون سببا في عدم زواج ابنته، ولربما عنست وكبرت ولم تتزوج فإنه يبوء بإثمها ³. كما أن الرجل إذا دفع مهورا كثيرا في المرأة، فإن هذا سيضر بالمرأة أثناء عشرتها، فهو يظن كأنه اشتراها، فإذا رأى منها أقل خطأ، عظم هذا الخطأ، ورأى أنه كبيرة لا تغتفر، وحينئذ تحدث المشاكل، وينتقم منها ويضر بها، وربما أجحف بها حتى تخالعه وترد له المال الذي دفعه، إضافة إلى أنه إذا غالى الناس في المهور، فإنه سيتحمل الزوج أعباء هذه المهور المبالغ فيها، فلربما وقع في وطأة الدين، فيدخل إلى بيت الزوجية مهموما مغموما، فتعكس الآثار على نفسيته وعلى زوجته حتى لربما عاش عيشة منغصة مليئة بالمشاكل والأضرار بسبب المغالاة في المهور ⁴.

ثانيا- ما يصلح أن يكون مهرا:

ترتبط صلاحية المهر بالعديد من الأحكام خاصة من حيث طبيعته المالية وما يتعلق بها من أحكام؛ وفي كل الظروف لا يخرج الصداق كيفما كانت طبيعته على ثلاث أحوال:

1. أن يكون مما يجوز تملكه وبيعه:

من الأشياء العينية (الذهب) والعروض ونحوها؛ فهو إذن كل مال متقوم معلوم مقدور على تسليمه. فيصح كون المهر ذهبا أو فضا، مضروبة أو سبيكة، أي نقدا أو حليا ونحوه، دينا أو عينا،

¹ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، ج. 51: كتاب عشرة النساء، بركة المرأة، ح. ر: 9229، ص. 304؛

² أبو الحسين يحيى بن سالم العمراني، المرجع السابق، ج. 9، ص. 372.

³ محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 255.

⁴ محمد بن صالح بن محمد العثيمين، كتاب...، المرجع السابق، ج. 4، ص. 597.

ويصح كونه فلوساً أو أوراقاً نقدية، مكيلاً أو موزوناً، حيواناً أو عقاراً، أو عروضاً تجارية كالثياب وغيرها. ويصح أيضاً كونه منفعة شخص أو عين يستحق في مقابلها المال، كسكنى الدار، وزراعة الأرض، وركوب السيارة ونحوها¹.

وقد أجاز جمهور الفقهاء انعقاد النكاح مقابل منفعة يقدمها الزوج لزوجته، إذا كانت هذه المنفعة معلومة لهما مثل أن يقوم ببناء دار لها، أو خياطة ثوب، أو عمل في مزرعتها، أو يعلمها صناعة أو حرفة، أو سوراً من القرآن، ونحو ذلك، مستدلين بما ورد في القرآن الكريم في قصة إنكاح شعيب ابنته لموسى عليهما السلام مقابل خدمته له مدة من الزمن، فقال جل شأنه على لسان شعيب عليه السلام: ﴿وَيُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي تَمَانِي حَجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ﴾²؛ وكذلك بحديث الواهبة نفسها حين قال له رسول الله ﷺ في نهاية الحديث: {رَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ} وقد تقدم المهر في هذه الحالة، ولأن مثل الأعمال المتقدمة منافع معلومة يجوز أخذ الأجرة عنها³.

غير أن الحنفية ذهبوا إلى عدم جواز المنفعة صداقاً، بما في ذلك تعليم القرآن⁴؛ لأن المشروع من المهر هو ابتغاء المال، والتعليم ليس بمال، فإذا وقع العقد بذلك فإنه يصح ولكن يجب مهر المثل⁵.

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6768.

² سورة القصص، الآية.27.

³ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.214.

⁴ وقد أفتى متأخرو الحنفية بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن وأحكام الدين، للحاجة إليه بسبب تغير الأحوال واشتغال الناس بشؤون المعيشة، فلا يتفرغ المعلم من غير أجر. وعليه يجوز جعل المهر تعليم القرآن أو أحكام الدين، ويدل له حديث سهل بن سعد، الذي جاء فيه أن النبي ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن، فقال: {قَدْ رَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ}، وفي رواية متفق عليها: {قَدْ مَلَكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ}، متفق عليه بين أحمد والشيخين. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل...، المرجع السابق، ج.6، ص.170.

⁵ محمد ابن عبد الله الخرشبي، المرجع السابق، ج.3، ص.269.

وَقَدْ رَدَّ الْحَنْفِيَّةُ أَنْ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْلِفِينَ﴾¹
بأن شرط الله سبحانه وتعالى أن يكون المهر مالا².

غير أنه لا يصح كون المهر ما لم يكن مالا متقوما، كأن يتزوج مسلم مسلمة على التراب أو الدم أو الخمر أو الخنزير؛ لأن الميتة والدم ليسا بمال في حق أحد، والخمر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم، ولا يصح زواج امرأة على طلاق امرأة أخرى أو على العفو عن القصاص؛ لأن الطلاق ليس بمال، وكذا القصاص³، هذا بالنسبة لجمهور الفقهاء؛ وقال الحنفية، يصح أن يكون الصداق خمرًا أو خنزيرًا، ولكن يلغى ما اتفق عليه، ويجب مهر المثل سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده⁴.

2. أن يكون معلوماً:

ولأن الصداق عوض في حق معاوضة، فيشترط فيه ما يشترط في الثمن في عقد البيع من الطهارة وكونه منتفعًا به، وكونه مقدورا على تسليمه، وكونه معلوماً⁵. فلا يجوز بمجهول إلا في نكاح التفويض، بأن يسكت العاقدان عن تعيين الصداق حين العقد، ويفوض التعيين إلى أحدهما أو إلى غيرهما. ولا يجب عند المالكية خلافاً للشافعي وأحمد وأبو حنيفة، الذين اعتبروا بأن المهر من آثار الزواج يصح تسميته بعد العقد، وإلا فللزوجة مهر المثل بعد البناء⁶.

¹ سورة النساء، الآية 24.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 276.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 9، ص. 6769.

⁴ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المرجع السابق، ج. 1، ص. 209.

⁵ محمد بن عبد الله الخرشبي، المرجع السابق، ج. 3، ص. 253؛ أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ج. 2، ط. 1، 1414هـ، 1994م، ص. 37؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج. 7، ص. 212.

⁶ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 277؛ أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 201؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج. 5، ص. 147؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج. 3، ص. 220.

3. أن يسلم من الغرر:

فلا يجوز فيه عبد آبق ولا بعير شارد وشبههما. وقد أضاف الحنفية شرطا رابعا: وهو أن يكون النكاح صحيحا، فلا تصح التسمية¹.

4. موقف التشريعات المغربية:

من الناحية التشريعية، لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تحديد مقدار الصداق، إذ جاء نص المادة 14 و15 من قانون الأسرة عاما، حيث نص على أنه: «يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا»، فهو بالتالي يخضع لاتفاق الزوجين ورضائهما به. وبالتالي، يمكن القول إن المشرع الجزائري قد أخذ بقول الشافعية والحنابلة بشكل مطلق، وهو الأمر الذي يتماشى وروح التشريع في التيسير ورفع الحرج، بما يتناسب وجميع طبقات المجتمع غنيها وفقيرها، أي أنه لا يعجز الفقراء، ولا يقيد إرادة البعض الآخر في الرفع من مبلغ الصداق. وذلك من غير النص على ما ينبغي أن يلتزم به الزوجين أخلاقيا وأديبا من ضرورة التخفيف في المهر وعدم المغالاة فيه. على أساس أنه من شأنه أن يفرغ النص القانوني من أهم خصائصه وهو الإلزام، فالقاعدة القانونية كما هو بديهي أنها تحتوي على عنصرين أساسيين، يتمثلان في الإلزام والجزاء، فالفرض الذي يتضمن حث الزوجين على عدم المغالاة في الصداق كما هو الحال بالنسبة للمشرع المغربي، هو مجرد تحصيل حاصل، ذلك أنه لم يأتي على سبيل الوجوب وإنما على سبيل الاستحباب.

ويعتبر هذا التوجه مثالي بالنسبة لتحديد مقدار الصداق، خاصة أنه يتماشى مع قوله سبحانه وتعالى: ﴿... وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا...﴾، فالشخص المتيسر من الناحية المادية له الحرية في أن يصدق زوجته بما وسع الله عليه من فضله، كما للشخص المفقر أن يصدق زوجته بما يتماشى ومقدرته.

أما ما يصلح أن يكون مهرا، فضابطه في التشريع الأسري الجزائري هو كل مال مباح شرعا، طبقا لما نصت عليه المادة 14 من قانون الأسرة بقولها: «...من نفود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا...».

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.2، ص.277؛ أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي، المرجع السابق، ج.2، ص.201؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج.5، ص.147؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص.220.

ومعيار المشروعية في هذه الحالة يكون بالاستناد إلى ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية، والنظام العام والآداب العامة.

وغير بعيد عن هذا التوجه، نجد أن فلسفة المشرع المغربي في تحديده لقيمة الصداق مطلقة، إذ لا حد لأقصى وأقل مقدار للمهر وهو ما نصت عليه المادة 17 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ونظرا لما جاءت مدونة الأسرة بموجب المادة 26 و28 منها، فقد ألزمت النساء من باب أخلاقي لا قانوني على عدم المغالاة في المهر اقتداء بسيد الخلق ﷺ¹.

وباستقراء ما جاء في المادة 28 من المدونة نجد أنها تضمنت شروط الصداق بصفة مجملة من حيث محل الصداق، أي ما يصح أن يكون صداقا؛ حيث تنص على أنه: «كل ما صح التزامه شرعا، صلح أن يكون صداقا، والمطلوب شرعا هو تخفيف الصداق». وعلى الرغم من أن المشرع المغربي نص في آخر المادة على ضرورة تخفيف الصداق، بالنظر إلى قيمته المعنوية لا المادية. غير أن النص يبقى عاما، إذ لا حد لقليله أو كثيره. وعلى العموم فإن المادة 26 من المدونة ما هي إلا امتداد للفصل 07 من المدونة الملغاة التي لم تحدد هي كذلك مقدار المهر². ويجسب هذا التوجه لصالح المدونة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري والمجلة التونسية، لما فيه من الحث على تخفيف عبء الزواج، نظرا للمغالاة الفاحشة في المهور التي تعيشها الأمة الإسلامية عامة والمغربية بصفة خاصة³.

وعلى الرغم من ذلك، فإن نص المادة 28 في شطرها 02 يعتبر نص أخلاقي لا قانوني لأنه لا يتضمن أي نوع من أنواع الإلزام، ليبقى المبدأ السائد هو ألا حد للصداق. وهو التوجه المستوحى مما قال به الشافعية والحنابلة وهو الذي ثبت عن عمر بن الخطاب وبن العباس والحسن البصري وابن المسيب والأوزاعي والثوري، وقد استندوا إلى قوله تعالى: ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْلِفِينَ﴾ فلفظ الأموال يدل على ما قل منها أو أكثر⁴.

¹ محمد الكشيبور، الواضح...، المرجع السابق، ص.376.

² محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص.78.

³ المكّي أفلانية، المرجع السابق، ص.220.

⁴ علال الفاسي، المرجع السابق، ص.141.

وعلى الرغم من أن موقف المشرع المغربي اتجه إلى الحث على التخفيف من المهر، فإن القضاء المغربي ألزم الزوج بدفع مؤخر الصداق المرتفع إلى زوجته والمقدر بـ 70000 درهم، حيث قررت محكمة النقض بأن: «منازعة الزوج في استحقاق زوجته مؤخر صداقها، بزعم أنه أبرم الزواج تحت الاكراه، واستكثار قيمته لعدم مراعاة صداق المثل»¹.

وبالتالي، فإن استحباب التخفيف في المهور اقتداء بسنة النبي ﷺ وحث الشباب على الزواج، كان لا بد من النظر في جانب المرأة التي ردت خليفة المسلمين عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن عزمه بتحديد سقف أعلى للمهر، لذلك ينبغي أن يتم على الأقل تحديد حد أدنى له حفاظا على الحق الشرعي للمرأة المقرر في القرآن الكريم ما لم تتنازل عنه بإرادتها، وهو ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 27 من المدونة بقولها أنه: «إذا لم يتراض الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض، فإن المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين».

وبالنظر إلى موقف المشرع التونسي، فأمام ندرة النصوص القانونية المنظمة لأحكام الصداق في المجلة، فإنه، وباستقراء الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التي ينص على أنه: «كل ما كان مباحا ومقوما بالمال تصلح تسميته مهرا، وهو ملكا للمرأة»، ويستنتج أن المشرع اشترط شرعية المهر دون أن يقوم بتحديدده، إذا يكفي أن يكون مباحا مما قل منه أو أكثر، على عكس ما كان ينص عليه قبل تنقيح الفصل 12 من المجلة التي نصت على أنه: «لا حد لأكثر المهر ولا يجب أن يكون تافها»، ويرى بعض الفقه التونسي أن توجه المشرع بتنقيح الفصل 12 رغبة منه في مقاومة ظاهرة المغالاة في المهور. وفي الحقيقة، لا يتضمن الفصل 12 من المجلة التونسية أي إجراء ردي لهذه الظاهرة، بل يبقى نص الفصل 12 عاما ومطلقا لا حد لأقصاه ولا لأدناه².

¹ م.ن.م، غ.أ.ش، ع.362، ل. 21-06-2011، م.ش، ع.185-1-2-2010، الملحق رقم.33.

² ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص.54.

فالمهر وفق محكمة التعقيب التونسية هو: «المال المحمول على الزوج لفائدة زوجته عند إبرام عقد الزواج أو الدخول أو البناء بها بناء حقيقيا»¹، وقد اشترط المشرع بأن يكون مباحا وقابلا للتقويم بالمال، فلا يصح أن يكون المهر زهرة أو الفوز في مباراة أو مباراة مثلا.

وفي الحقيقة يطرح مقدار الصداق مشكلة عملية عويصة من شأنها أن تزعزع استقرار المجتمع، وتتمثل في عزوف العديد من الشباب عن الزواج، الذين قوبلوا بالرفض بسبب حالتهم المادية، ولا نقصد بالحالة المادية هو أنهم عاطلين عن العمل وإنما بسبب مدخولهم المتواضع والقليل.

وأمام انخفاض الوازع الديني، أصبح الزواج لدى بعض العائلات لمن يدفع أكثر، وهو الأمر الذي طرح في عهد الخليفة الفاروق عمر بن الخطاب لما حاول وضع حد أقصى للمهر، والذي تراجع عنه فيما بعد.

الفرع الثالث: أنواع الصداق

تعددت أنواع الصداق من عدة أوجه متفرقة، فنجد نوعي الصداق من حيث تسميته (أولا)، بالإضافة إلى نوعيه من حيث زمن تسليمه، والذي يكون إما صداقا معجلا أو مؤجلا (ثانيا).

أولا- من حيث تسميته:

ويكون إما صداقا مسمى أثناء إبرام عقد الزواج (1)، أو صداق فرض بعد الدخول وهو ما يعرف بصداق المثل (2).

1. الصداق المسمى:

هو ما سمي في العقد أو بعده بالتراضي، بأن يتم الاتفاق عليه صراحة في العقد، أو فرض للزوجة بعده بالتراضي، أو فرضه الحاكم، لعموم قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لِهِنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾²، ويعد من المهر المسمى في العقد، ما يقدمه الزوج عرفا لزوجته قبل الزفاف أو بعده، ككتاب الزفاف أو هدية

¹ م.ت، ق.ت.م، المؤرخ في 13-12-1988، ع.21420، ن.م.ت، ج.2، 1988، ص.176. مقتبس عن: فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص.77.

² سورة البقرة، الآية.237.

الدخول أو بعده؛ لأن المعروف بين الناس كالمشروط في العقد لفظاً، ويجب إلحاقه بالعقد، ويلزم الزوج به إلا إذا شرط نفيه وقت العقد¹.

غير أن المالكية يرون أن المهر هو ما يهدى للمرأة قبل العقد أو حال العقد لا بعده، ولو لم يشترط، وكذا ما أهدي إلى وليها قبل العقد، فلو طلقت قبل الدخول، كان للزوج أن يرجع بنصف ما أهدها، أما ما أهدي إلى الولي بعد العقد فيختص به، وليس للزوجة ولا للزوج أخذه منه².

وعلى العموم كما أشرنا سابقاً يستحب تسمية المهر أثناء عقد الزواج أو قبله، درءاً لما قد ينشب من نزاع بين الزوجين، وهو مذهب الإمام مالك الذي تشدد نوعاً ما في اعتبار الصداق ركن من أركان عقد الزواج، وفي رواية أخرى شرط من شروط صحته؛ على الرغم من اتفاق الجمهور من الشافعية والحنفية والحنابلة في اعتبار مدلول قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾³، يشير إلى صحة العقد دون تسمية المهر⁴.

2. صداق المثل:

إذا كان رأي المالكية أشد مما جاء به الجمهور، فإنهم اعتبروا النكاح صحيحاً ما لم يسمى فيه المهر، وهو قول الإمام مالك بأن النكاح جائز ويفرض لها صداق مثلها إن دخل بها، وإن طلقها قبل أن يتراضيا على صداق فلها المتعة، وإن مات قبل أن يتراضيا على صداق فلا متعة لها ولا صداق ولها الميراث⁵.

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.2، ص.280 وما بعدها؛ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.4، ص.460؛ أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ج.2، ص.449؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص.227 وما بعدها؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج.5، ص.174.

² أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ج.2، ص.255.

³ سورة البقرة، الآية.237.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.2، ص.274؛ تقي الدين الحصني الشافعي، المرجع السابق، ص.367؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج.5، ص.233.

⁵ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، تحقيق: سحنون بن سعيد التتوخي، دار الكتب العلمية، ج.2، ط.1، 1415هـ، 1994م، ص.163.

وعلى هذا الأساس فإن النوع الثاني للصدّاق هو صدّاق المثل؛ وقد حدده الحنفية¹ بأنه مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من جهة أبيها، لا أمها إن لم تكن من قوم أبيها، كأختها وعمتها و بنت عمها، في بلدها وعصرها. وتكون المماثلة بين النساء في عديد الصفات المرغوبة عادة للرجل خاصة الجمال والسن والعقل والدين والمال؛ وهو أمر نسبي يختلف باختلاف المكان والزمان، لذلك نجد أن مهر المثل يخضع للعرف أكثر من خضوعه لأحكام قطعية الدلالة؛ فنجد أنه كلما زاد جمال المرأة وعقلها ودينها وحادثة سنّها وما لها، زاد مهرها مقارنة بالمرأة الموصوفة بجمال وعقل ودين ومال أقل، وكانت بسن أكبر؛ فلا بد من المماثلة بين المرأتين في هذه الصفات، ليكون الواجب لها مهر مثل نساءها. فإن لم يوجد من تماثلها من جهة عصبتها، اعتبر مهر المثل لامرأة تماثل أسرة أبيها في المنزلة الاجتماعية. فإن لم يوجد فالقول للزوج بيمينه؛ لأنه منكر للزيادة التي تدعيها المرأة. ويشترط لثبوت مهر المثل، إخبار رجلين، وامرأتين، ولفظ الشهادة، فإن لم يوجد شهود عدول، فالقول للزوج بيمينه².

ويعتبر مهر المثل عند المالكية بأقارب الزوجة وحالها في حسبها وما لها وجمالها، مثل مهر الأخت الشقيقة أو لأب، لا الأم ولا العمّة لأم أي أخت أبيها من أمه، فلا يعتبر صدّاق المثل بالنسبة إليهما؛ لأنهما قد يكونان من قوم آخرين³.

وقد قال الشافعية بمثل المالكية على حد قول الإمام الشافعي، بأنه لو قال الزوج في صيغة العقد بأن لها مهر نساءها فذلك يعني نساء عصبتها لا نساء أمها، فيعتد بالأقرب فالأقرب منهم، وأقربهن الأخوات وبنات الإخوة والعمات وبنات الأعمام، فإن لم يكن لها نساء عصبات، اعتبر بأقرب النساء إليها من الأمهات والخالات؛ لأنهن أقرب إليها، فإن لم يكن لها أقارب، اعتبر بنساء بلدها، ثم بأقرب النساء شبيهاً بها، ويقاس المثل بالمواصفات المتعلقة بسنها، وعقلها وحمقها، جمالها وقبحها، يسرها وعصرها، وأدبها، وصراحتها، بكر كانت أو ثيباً⁴. واستدلوا بحديث علقمة عندما قضى عبد الله بن

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.2، ص.287.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6775.

³ أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي، المرجع السابق، ج.2، ص.204.

⁴ أبو إبراهيم المزني، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت، ط.1، 1410هـ، 1990م، ص.283.

مسعود . في امرأة تزوجها رجل، ثم مات عنها، ولم يفرض لها صداقاً، ولم يكن دخل بها، فقال أرى لها مثل مهر نساءها، ولها الميراث، وعليها العدة¹.

وحدد الحنابلة مهر المثل بأنه معتبر بمن يساويها من جميع أقاربها، من جهة أبيها وأمها، كأختها وعمتها، وبنت عمتها، وأمها، وخالتها، ثم الأقرب فالأقرب. فالقربى، لحديث بن مسعود السابق في المرأة المفوضة: {لَهَا مَهْرُ نِسَائِهَا}²، ولأن مطلق القرابة له أثر في الجملة، فإن لم يكن أقارب اعتبر شبهها بنساء بلدها، فإن عدمن اعتبر أقرب النساء شبهها بها من أقرب البلاد إليها³. وقد أضافوا، أنه إن كانت عادة مثيلاًتها تخفيف المهر، يؤخذ به؛ وإن كانت عادتهم تسمية مهر كثير لا يستوفونه قط، فوجوده كعدمه. وإن كانت عادتهم التأجيل فرض مؤجلاً؛ لأنه مهر نساءها، وإن لم يكن عادتهم التأجيل فرض حالاً؛ لأنه بدل متلف، فوجب أن يكون حالاً كقيم المتلفات. فإن اختلفت عادتهن في الحلول والتأجيل، أو اختلفت مهورهن قلة وكثرة، أخذ بالوسط منها؛ لأنه العدل، وأخذ بنقد البلد الحالي، فإن تعدد فمن غالبه؛ لأنه بدل متلف، فأشبهه قيمة المتلفات⁴.

وتحديد مهر المثل على حسب الحكم المترتب على الزواج فيجب في النكاح الصحيح عند فساد التسمية يوم العقد، وقد يجب في نكاح التفويض، ويجب في وطء الشبهة يوم الوطء، وقد يجب في بدل

¹ سبق تخريجه.

² حيث قضى عبد الله بن مسعود في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات، فقال: لها مثل صداق نساءها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث. فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: {قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي بَرَوَعِ بِنْتِ وَاشِقِ امْرَأَةً مِثْلًا مَا قَضَيْتَ، ففَرِحَ بِهَا بِنُ مَسْعُودٍ}. سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.12: كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات، ح.ر:2116، ص.237؛ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، المرجع السابق، ج.27: كتاب الطلاق، باب عدة المتوفى عنها زوجها قبل أن يدخل بها، ح.ر:3524، ص.198؛ محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.9: أبواب النكاح، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها، ح.ر:1145، ص.442.

³ المفوضة بكسر الواو وفتحها، من التفويض وهو الرد أو التصيير إليه، وهو نوعان عند الحنابلة: تفويض البضع: وهو أن يزوج الأب ابنته المجرة بغير صداق، أو تأذن المرأة لوليها أن يزوجه بغير صداق. وتفويض المهر: وهو أن يتزوجها الرجل على ما شاءت أو على ما شاء الزوج أو الولي أو على ما شاء أجنبي غير الزوجين. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف... المرجع السابق، ج.5، ص.174.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6777.

الخلع، وتمس الحاجة إلى معرفته في توزيع المسمى على مهور الأمثال إذا نكح الرجل نسوة في عُقدة، وفرعنا على تصحيح الصداق¹.

3. موقف التشريعات المغاربية:

من الناحية القانونية، نص المشرع الجزائري في المادة 15 من قانون الأسرة على أنه: «يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً»، وإن كان في الوهلة الأولى من استقراء المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري يشترط تسمية المهر في العقد، فإن مدلول المادة 15 قبل تعديلها يوضح هذا اللبس، حيث كانت تنص على أنه: «يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً». وعلى هذا الأساس، شتانا بين مصطلح «يجب» الذي يدل على عدم جواز مخالفة هذا الإجراء، إذ أن فلسفة المشرع اتجهت إلى إلزام الزوجين على ضرورة تسمية الصداق في العقد؛ وبين مصطلح «يُحدد» الذي يفيد جواز الاتفاق بين الزوجين على تحديد الصداق من خلال اتفاق لاحق لعقد الزواج.

والملاحظ في موقف المشرع المغربي أنه جاء متبايناً بين مدونة الأحوال الشخصية الملغاة التي نصت في الفصل 05 على أنه: «لا بد من تسمية مهر للزوجة ولا يجوز العقد على إسقاطه»، وهو حكم مستنبط بطبيعة الحال من المذهب المالكي الذي يرى بفسخ الزواج قبل البناء وبعده في حالة الاتفاق على إسقاط الصداق؛

وأمام هذه الآراء المختلفة، نجد أن مدونة الأسرة الجديدة اعتبرت الزواج تفويضاً إذا لم يتم تسمية المهر فيه، وهو ما نصت عليه المادة 27 من مدونة الأسرة: «يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده يعتبر العقد زواج تفويض»، وهذا لا يعني أن زواج التفويض لا يتضمن صداقاً، وإنما تم السكوت عنه، إذ يمكن تحديده بين الزوجين بعد الزواج، وفي كل الحالات إذا لم تتم التسمية، فللزوجة صداق المثل بعد الدخول².

¹ أبو المعالي الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المناهج، عمان، ج.13، ط.1، 1428هـ، 2007م، ص.124.

² محمد الكشيبور، الواضح... المرجع السابق، ص.368.

وما يلاحظ من خلال نص المادة 27 أن المشرع المغربي قد اعتبر الأصل العام هو تسمية الصداق في عقد الزواج، والذي لم يرتب عليها أي أثر في حال تخلفها بأن اعتبر الزواج الذي يتم دون تحديد الصداق هو زواج تفويض وهو الذي يتم تحديد صداقه إلى ما بعد البناء. لتنتج بذلك على رأي الشافعية والحنابلة، حيث أنه أجاز السكوت عن تحديد المهر في عقد الزواج شريطة ألا يتم الاتفاق على اسقاطه، وهذا يظهر من خلال نص المادة 67 من مدونة الأسرة التي تنص على أن: «مقدار الصداق في حال تسميته مع بيان المعجل منه والمؤجل، وهل قبض عيانا أو اعترافا»، فالمعنى من قول المشرع: «حال تسميته» هو أنه جعل الامكانية في عدم تسميته. والأكثر من ذلك، ليس للعدلين إلزام الزوجين على تسميته.

وإن كان المشرع المغربي قد استبعد مصطلح صداق المثل بأن جعل للقاضي سلطة تحديد الصداق إذا ما كان الزواج مفوضا، في حالة عدم تراضي الزوجين عليه بعد البناء، ويتم تحديده من قبل القضاء بالاعتماد على الوسط الاجتماعي للزوجين، والذي يمكن أن يصل إلى إصدار أمر قضائي بإجراء بحث اجتماعي موسع بين الزوجين وأحواهما¹.

غير أن هذا هو صداق المثل بعينه كما أشرنا إليه في توجه الأئمة الأربعة مع بعض الاختلافات الفرعية البسيطة بينهم، الذين قرروا بأن صداق المثل يكون من خلال ما قرره العرف في مهور مثيلاتها من النساء.

وقد قرر المجلس الأعلى في 08-02-2004 على أنه: «يعتبر حفل الزفاف وإشهاره بين الناس دليلا على الإيجاب والقبول، ويكون الزواج صحيحا إذا اقتضته ظروف استثنائية دون الإشهاد به، وإذا تم الدخول، فإن الزواج يعتبر من نكاح التفويض تستحق فيه المرأة صداق المثل عن مهرها ما دام لم يتم الاتفاق على اسقاطه»².

¹ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 86.

² المجلس الأعلى المغربي، غ.أ.ش، ع. 582، ل 08-02-2004، م.ر: 03-661. نقلا عن: محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، المغرب، ج. 1، ط. 3، 2014، ص. 41.

أما بالنسبة للمشرع التونسي، فينص في الفصل 2/3 على أنه: «يشترط لصحة الزواج شهادة شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة»، وبالرجوع إلى الفصل 22 من المجلة نجد أنه قرر في حالة عدم تسمية المهر فساد الزواج وضرورة ابطاله قبل الدخول، أما بعد الدخول فيتحدد الصداق من قبل الحاكم. وما يستنتج مما سبق، فإن المشرع التونسي لا يعتبر تحديد الصداق في العقد من قبيل الاجراء الوجوبي في العقد ما دام رضا الزوجين بعد عقد الزواج يصححه، إذ أن الفصل 32 من قانون الحالة المدنية التونسي ينص على أنه: «ينص في عقد الزواج على: 5. إذا اقتضى الحال الرضا أو الإذن الذين اشترطهما القانون والتنصيص على المهر»، فمدلول قول المشرع: «إذا اقتضى»، هو احتمالية التنصيص أو عدم التنصيص على المهر. وحتى في حالة التنازع بين الزوجين على الصداق إذا ما لم يتم تحديده في العقد فإنه يتحدد من قبل الحاكم¹.

ثانيا- الصداق المعجل والمؤجل:

بالنسبة لتعجيل الصداق، يكون في حالة ما إذا قدم الزوج المهر أو جزء منه قبل إبرام عقد الزواج، فإذا تم تستحقه الزوجة وفق الأحكام التي توجبه لها. أما إذا لم يتم إبرام عقد الزواج فلا تستحقه الزوجة نهائيا، وتقوم برده إلى الزوج ما لم يستهلك أو قيمته كمبدأ عام².

أما بالنسبة للصداق المؤجل، فيقصد به وقف تنفيذه حين العقد، إلى وقت لاحق طال أو قصر، فيصح لو تزوج الرجل المرأة على صداق بقيمة ألف درهم، ينفذ جزءا منها حال العقد والباقي إلى سنة، أو يؤجله كله؛ ما لم تقم المرأة بينة على أن الزوج ميسر فتأخذه في الحال، ولو حدث وسمى لها مهرا فاسدا، سقط المسمى واستحققت المثل حال الأجل³.

وقد اتفق الفقهاء على جواز تأجيل المهر، مع بعض التفاوت بين المشروط والمطلق؛

¹ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص. 81.

² وقد تطرقنا في الفصل الأول من الباب الأول إلى مصير الصداق المعجل حال العدول عن الخطبة.

³ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، البحر...، المرجع السابق، ج. 3، ص. 153.

فقد قال الحنفية¹ بالجواز على إطلاقه، إذ يصح أن يكون المهر معجلاً أو مؤجلاً كله أو بعضه إلى أجل قريب أو بعيد أو أقرب الأجلين، الطلاق أو الوفاة؛ عملاً بالعرف والعادة في كل البلدان الإسلامية، ولكن بشرط ألا يشتمل التأجيل على جهالة فاحشة، فلو جاءت صيغة الزوج: تزوجتك على ألف إلى وقت الميسرة، أو هبوب الرياح، أو إلى أن تمطر السماء، فلا يصح التأجيل، لتفاحش الجهالة. كما يصح التأجيل إذا اتفق صراحة على تقسيط المهر؛ لأن الاتفاق من قبيل الصريح، والعرف من قبيل الدلالة، والصريح أقوى من الدلالة. وإذا لم يتفق على تعجيل المهر أو تأجيله، عمل بعرف البلد؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. أما إذا لم يكن هناك عرف بالتعجيل أو التأجيل، استحق المهر حالاً؛ لأن حكم المسكوت حكم المعجل؛ لأن الأصل في المهر أنه يجب بتمام العقد، لأنه أثر من آثاره، فإذا لم يؤجل صراحة أو عرفاً عمل بالأصل؛ لأن هذا عقد معاوضة، فيقتضي المساواة من الجانبين.

أما المالكية² فقالوا بجواز تأجيل المهر بأن يكون غير معين كالنقود والمكيل والموزون غير المعين، فيجوز تأجيله كله أو بعضه إلى أجل معلوم، كالدخول إن علم وقته، أو الحصاد أو الصيف أو قطاف الثمر، كما يصح التأجيل إلى الميسرة إذا كان الزوج غنياً، بأن كان له سلعة ينتظر قبض ثمنها، أو له أجر في وظيفة، فإن كان فقيراً لم يصح العقد، ويجوز التأجيل إلى أن تطلبه المرأة منه، فهو كتأجيله للميسرة. فإن كان مجهولاً كالتأجيل للموت أو الفراق فسد العقد، ووجب فسخه، إلا إذا دخل الرجل بالمرأة، فيجب حينئذٍ مهر المثل؛ كما يجب أن يكون الأجل معتبراً، بأن لا يكون بعيداً جداً كخمسين سنة فما فوق، كما لا يصح أن يكون الأجل بالموت، لأنه مظنة إسقاط الصداق، والدخول على إسقاط الصداق مفسد للزواج. أما إذا كان المهر معيناً حاضراً في البلد كالدار والثوب والحيوان، وجب تسليمه للمرأة أو وليها يوم العقد، ولا يجوز تأخيره في العقد، ولو رضيت بالتأخير، فإن اشترط التأجيل في العقد، فسد العقد، إلا إذا كان الأجل قريباً كالأيومين والخمسة.

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 288.

² أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ج. 2، ص. 432.

وأجاز الشافعية¹ والحنابلة² تأجيل المهر كله أو بعضه لأجل معلوم؛ لأنه عوض في معاوضة. فإن أطلق ذكره اقتضى الحلول، وإن أجل لأجل مجهول كقدوم زيد ومجيء المطر ونحوه لم يصح؛ لأنه مجهول، وإن أجل ولم يذكر الأجل، فالمهر عند الحنابلة صحيح ومحل الفرقة أو الموت، وعند الشافعية، فاسد ولها مهر المثل.

وقد اتجهت الإرادة التشريعية إلى القول بجواز تعجيل الصداق، حيث تنص المادة 15 من قانون الأسرة على أنه: «يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً»، والمادة 30 من مدونة الأسرة بقولها: «يجوز الاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كلاً أو بعض»، وهو ما أكدته محكمة النقض المغربية في قرارها الصادر في 20-04-2021 بقولها: «إن من بين ما تشمله مستحقات الزوجة، الصداق المؤخر إن وجد...»³. بالإضافة إلى ما يستفاد ضمناً من الفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية التي تنص على أنه: «ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء دينا في الذمة لا يتسنى للمرأة إلا المطالبة به فقط ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق».

والمقصود بتعجيل الصداق هو أن يقوم الزوج بدفع الصداق قبل أجل استحقاقه. فكما تطرقنا في موضوع الخطبة يمكن للخاطب أن يدفع الصداق لمخطوبته، وقد عاجلنا في تلك الجزئية مصير الصداق في حالة العدول عن الخطبة.

ولما كان الصداق كما أشارت التشريعات المغاربية للأسرة شرطاً من شروط صحة الزواج، فإن صحة الزواج تتوقف على تحديده في العقد، غير أن تحديد الصداق لا يقصد به تسليم الصداق. وعلى هذا الأساس، فإن تسليمه أثناء إبرام الزواج يعتبر من قبيل الحالات المعجلة للصداق على اعتبار أن المادة 2/31 من مدونة الأسرة، والفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية، اعتبرتا أن حال تسليم الصداق يتحدد بزمن الدخول والبناء، وبمفهوم المخالفة، يعتبر الصداق معجلاً في حالة تسليمه للزوجة

¹ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص.222.

² موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.248.

³ م.ن.م، غ.أ.ش، ع.211، ل.20-04-2021، م.ش، ع.249-1-2-2020، الملحق رقم.34.

قبل البناء بها. وعلى خلاف التشريع المغربي والتونسي، لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري نص مشابه لما سبق، ولعل الأمر راجع للواقع الاجتماعي الذي يؤكد أنه غالبا ما يتم دفع الصداق أثناء مرحلة الخطبة. أما بخصوص الصداق المؤجل، فهو بطبيعة الحال ما اتفق الزوجين على جعل تسليمه لما بعد البناء، وقد اشترط المشرع المغربي بالمادة 30 من المدونة بأن يكون الأجل مسمى، كما أجاز أن يتم تأجيل جزء منه. غير أن الإشكال يطرح في هذه الحالة حول ما إذا لم يتم تحديد الأجل، أو تم تحديده بأجل معلق كأن يتفقا الزوجان أن حلول الأجل إلى حين تيسر أحوال الزوج، أو تم إرجاؤه إلى موت الزوج؟

الإجابة على هذا السؤال تضمنتها المادة 31 من مدونة الأسرة التي اشترطت تحديد الأجل. وعليه، إذا لم يتحقق شرط تحديد الأجل، فالعمل يكون بأحكام المادة 2/31 فإذا تم البناء، طالبت الزوجة زوجها بالمؤخر، فالأجل المسمى الذي فرضه المشرع المغربي، هو الأجل المحدد على وجه الضبط واليقين. كأن يتفق الزوجين على إرجائه بعد سنة من تاريخ العقد، أو في سنة مقبلة محددة كسنة كذا، أو في مناسبة دينية أو وطنية مقبلة تتجدد كل سنة، فالحكم الظاهر من قول المشرع: «تأجيله إلى أجل مسمى»، أنه لا يكفي أن يكون الصداق المؤجل قابلا للتعين كأن يتفقا على أن يدفع لها مؤجل الصداق بمجرد ازدياد مولودهما الأول لما في ذلك من الغرر الذي يتنافى مع طبيعة عقد الزواج.

أما بخصوص المشرع الجزائري، فإن اتفاق الزوجين تأجيل حق الزوجة في مطالبتها بحقها في الصداق، هو اتفاق مالي بحث لا يخضع لأي اعتبارات شخصية، وإن كان الصداق في حد ذاته تأسس بموجب عقد الزواج الذي يعتبر عقد قائم على اعتبارات شخصية بحثة، حيث يتفرد ببعض الخصوصية عن غيره من العقود. وعلى هذا الأساس، فإن طبيعة هذا الاتفاق تقتضي إخضاعه للقواعد العامة التي تنظم أوصاف الالتزام. فأحد وصفي الالتزام هو اقترانه بأجل، ولا يشترط القانون المدني الجزائري تحديد الأجل بصفة صريحة، ما دام تنفيذ الالتزام محقق الوقوع في المستقبل؛ غير أنه إذا حدد الزوج أجل تسليم الصداق بالمقدرة والميسرة، فقد اشترط عليه المشرع المدني عناية الرجل الحريص في تنفيذه لالتزامه.

وعلى العموم، سواء تعلق الأمر بتعجيل الصداق أو تأجيله، فإنه لا يتحقق من الناحية القانونية ولا من الناحية المنطقية، ما لم يكن مسمى في عقد الزواج، أما إذا لم يكن مسمى في عقد الزواج، فلا مجال للقول بالتأجيل ولا التعجيل.

الفرع الرابع: أحكام الصداق

تحدد من خلال التطرق إلى موجبات الصداق (أولاً)، ومسقطاته (ثانياً)، بالإضافة إلى حالة التنازع بين الزوجين حول الصداق (ثالثاً).

أولاً- موجبات الصداق:

استحقاق الزوجة للمهر لا يكون إلا إذا تم الدخول أو الموت، سمي المهر أم لم يسمى؛ ويُعنى بالدخول في هذه الحالة الخلوة الصحيحة، وهو قول الحنفية¹ والحنابلة²؛ ويضيف الحنابلة أن المهر يجب أيضاً بطلاق الفرار قبل الدخول في مرض الموت. غير أن المالكية³ يرون وجوبه للزوجة بالوطء، واستثناء تستحق الزوجة كل المهر من غير وطء إذا أثبتت إقامتها في بيت الزوجية لمدة سنة بعد الزفاف، وكذلك عند الشافعية فيجب المهر سمي أم لم يسمى في العقد بالدخول لا بالعقد⁴.

لذلك لا خلاف على أن الدخول الحقيقي المتمثل في الوطء أو الاتصال الجنسي ولو كان حراماً في القبل أو في الدبر، أو في حالة الحيض أو النفاس أو الإحرام أو الصوم أو الاعتكاف. يتأكد به كل المهر ويستقر على الزوج، لاستيفاء مقابله، فإن الزوج استوفى حقه بالدخول، فيتقرر حق الزوجة في المهر جميعه، سواء أكان مسمى في العقد، أم فرض بعده بالتراضي أو بقضاء القاضي، ولقوله عز وجل: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾⁵، والإفضاء هو الجماع. ويترتب على استقرار المهر بالدخول: أنه لا يسقط شيء منه إلا بالأداء لصاحبه، أو بالإبراء من صاحب الحق⁶.

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.2، ص.291 وما بعدها.

² منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف...، المرجع السابق، ج.5، ص.161 وما بعدها.

³ أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ج.2، ص.433.

⁴ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص.224.

⁵ سورة النساء، الآية.21.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6800.

أما بالنسبة للخلوة الشرعية فقد اختلف الفقهاء فيها على النحو التالي:

فعند الشافعية لا يتأكد كل المهر بالخلوة الصحيحة، ولها نصف المهر إذا سمي في العقد، أما إذا لم تتم تسميته، فلا مهر لها، وتستحق المتعة في هذه الحالة، وقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَأَنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ الزَّكَاءِ﴾¹، فقد فرض المولى عز وجل في هذه الآية نصف المهر في حالة الطلاق قبل الدخول في نكاح سمي فيه الصداق، والمعنى واضح في مقصد قوله تعالى: ﴿...أَنْ تَمْسُوهُنَّ...﴾، ألا وهو الجماع والوطء دون الحديث عن الخلوة².

أما بالنسبة للأحناف³ والحنابلة⁴ فيرون بمثل الشافعية من حيث أنه لا يتأكد كل الصداق للزوجة قبل الإفضاء، وتستحق نصفه إذا كان مسمى، ولا تستحق منه شيئاً إذا لم يكن مسمى؛ غير أنهم اعتبروا أن الإفضاء يتحقق بالخلوة حتى ولو لم يتم الوطء والمعاشرة، لقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾⁵، وقد أخذوا بظاهر المعنى اللغوي للإفضاء المأخوذ من مصدر الفضاء من الأرض، وهو المكان الذي لا نبات فيه ولا بناء ولا حاجر يمنع إدراك ما فيه. فكان المراد منه الخلوة لا الوطء. لأنها لا حائل فيها ولا مانع من الاستمتاع عملاً بمقتضى اللفظ، لذلك فإن مقصد النص القرآني يذهب بنا إلى نهي ونفي القول الذي يقضي بإسقاط المهر في حالة الطلاق بعد الخلوة. كما أن

¹ سورة البقر، الآية. 237.

² وعليه، فقد اتفق فقهاء المذهب الشافعي على أن الزام الزوج بكل الصداق هو أمر مخالف للنص الشرعي؛ كما أن قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمِيتَعُوهُنَّ﴾ سورة الأحزاب، الآية. 49، لا يلزم المطلقة بالعدة حتى ولو وقعت الخلوة وفق المفهوم الذي لا يتضمن الوطء فدلت الآية الشريفة على نفي وجوب العدة، ووجوب المتعة قبل الدخول في حالة عدم تسمية المهر؛ كل هذا ما لم يستف الزوج ما استحقه بالعقد وهو منفعة البضع، ولا يتم استيفؤها إلا بالوطء لا بالخلوة. أبو إبراهيم المزني، المرجع السابق، ص. 285.

³ يشترط الحنفية في الخلوة أن تكون صحيحة، فإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً في رمضان أو محرماً بحج فرض أو نفل أو بعمره، أو كانت حائضاً، فليست الخلوة صحيحة. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 290.

⁴ أما الحنابلة فلا يشترطون ذلك، بدليل أنهم قالوا: لو لمسها بشهوة ولو بحضرة الناس تأكد لها كل المهر ولا يسقط، بل زادوا على ذلك وجعلوا الخلوة في الزواج الفاسد موجبة للمهر في إحدى الروايتين. موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج. 7، ص. 121.

⁵ سورة النساء، الآية. 21.

ما روي عن النبي ﷺ يؤكد هذا التوجه، حيث قال: {مَنْ كَشَفَ خِمَارَ امْرَأَتِهِ وَنَظَرَ إِلَيْهَا وَجَبَ الصَّدَاقُ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ} ¹. كما أن هذا الرأي مستمد مما ثبت فعله من الصحابة الخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم، الذين اعتدوا بقوله ﷺ: {مَنْ أَغْلَقَ أَبَا وَأَزْحَى سِتْرًا فَقَدْ وَجَبَ الصَّدَاقُ وَالْعِدَّةُ} ².

أما بخصوص للمالكية فلم يعتدوا بالخلوة كسبب موجب لتأكد كل الصداق للزوجة، إلا في حالة واحدة وهي إقامة الزوجة في بيت الزوجية لسنة واحدة وكان الزوج بالغا، وكانت الزوجة مطيقة للوطء؛ غير أن الطلاق الذي يتم بعد الوطء ³ الذي تتم فيه المعاشرة الجنسية بين الزوج وزوجته، يؤكد للزوجة الصداق كاملا؛ وما دون ذلك، يسقط نصف الصداق إذا كان مسمى، وتستحق المتعة إذا لم يكن مسمى ⁴.

وبالإضافة إلى ما سبق، يعتبر موت أحد الزوجين من مؤكدات المهر ولو لم توجد خلوة أو دخول -لمن يشترطه-، بالنسبة للعقد الصحيح الذي سمي فيه الصداق ⁵، وإن اتفق في النص القرآني الصريح والحديث النبوي الشريف، غير أنه راجع لإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولأنه لا يبطل به النكاح بدليل التوارث وإنما هو نهاية له ⁶. ومع ذلك، فقد نلمس بعض الاختلافات بين فقهاء المذاهب الأربعة على مدى ثبوت الصداق بالوفاة على النحو التالي:

¹ الحافظ علي بن عمر الدارقطني، المرجع السابق، ج.15، كتاب النكاح، ح.ر:3824، ص.473.

الحديث ضعيف عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء...، ج.6: كتاب النكاح، فصل فيما يسقط الصداق وينصفه، ح.ر:1936، ص.356.

² أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.40: كتاب الصداق، باب من قال من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب الصداق وما روي في معناه، ح.ر:14484، ص.417.

³ المراد بالوطء إيلاج الحشفة، أو قدرها، ولو لم تزل به البكارة، بلا فرق بين أن يكون في القبل أو الدبر، ولا يشترط فيه أن يكون حلالاً، بل وقع منه ذلك حال الحيض. أو النفاس، وإحرام أحدهما. أو صيامه الفرض. أو اعتكاف أو غير ذلك، مما لا يجمل معه وطء فإنه يكفي لتقرير كل الصداق، وإذا أزال بكارتها بإصبعه، ثم طلقها قبل الوطء، كان لها الصداق، مع أرش البكارة إذا كانت تتزوج بعد ذلك إلا بمهر الثيب. عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.4، ص.102.

⁴ علي بن سعيد الجرجاني، المرجع السابق، ج.3، ص.468.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6800.

⁶ محمد عبد اللطيف قنديل، فقه النكاح والفرائض، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر، د.د.ن، د.ط، د.س.ن، ص.194.

فالحنفية¹ والحنابلة² قرروا صدق المثل للزوجة بالوفاة، في حالة نكاح التفويض، سواء كانت وفاة الزوج طبيعية، أو تم مقتولا بفعل أجنبي، بل حتى ولو كان الموت بفعل الزوجة، ويستوي الأمر في حالة ما إذا توفت الزوجة أو قتلت نفسها، وقد استدلوا بحديث بن مسعود الذي قضى في امرأة لم يفرض لها زوجها صداقا، ولم يدخل بها حتى مات، فقال: {فَإِنِّي أَقُولُ فِيهَا إِنَّ لَهَا صَدَاقًا كَصَدَاقِ نِسَائِهَا، لَا وَكَسْ، وَلَا شَطَطَ، وَإِنَّ لَهَا الْمِيرَاثَ وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ، فَإِنْ يَكُ صَوَابًا، فَمِنَ اللَّهِ وَإِنْ يَكُنْ خَطَأً فَمِنِّي وَمِنَ الشَّيْطَانِ، وَاللَّهُ وَرَسُولُهُ بِرَبِّئَانِ}، فقال معقل بن سنان: {قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي بَرُوعِ بِنْتِ وَاشِقِ مِثْلَ مَا قَضَيْتَ}.³

أما الشافعية وإن أكدوا كل المهر للزوجة قبل الدخول سواء كان الموت طبيعيا أو قتلت الزوجة نفسها، أما إذا قتلت زوجها فيسقط عنها كل المهر⁴؛ غير أن المالكية نظرا لاعتبارهم أن نكاح التفويض يجعل من العقد فاسدا، فإن وفاة الزوج قبل الدخول دون تسميته للمهر، فلا تستحق الزوجة شيئا من الصداق⁵.

ومن الناحية التشريعية، تستحق الزوجة كل الصداق بالدخول أو بالوفاة، طبقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري. فإذا دخل الزوج بزوجه تأكد عليه كل المهر، وذلك بغض النظر عما قد يطرأ على عقد الزواج، سواء كان صحيحا أم فاسدا، فإذا سمي الصداق في العقد استحقته كله، وإذا لم يسمى فلها مهر المثل⁶.

كما أنه للزوجة كامل الصداق بالوفاة؛ أي وفاة أحد الزوجين، ولو قبل الدخول أو الخلو. والمشرع لم يفرق بين الوفاة الطبيعية والقتل بخلاف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية. حيث لم ينص في حالة ما إذا كانت وفاة غير طبيعية كالانتحار أو القتل على حكم استحقاقها للمهر. وحيث

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.2، ص.290.

² موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.246.

³ حديث سبق تخريجه، ص.319.

⁴ أبو الحسين يحيى بن سالم العمراني، المرجع السابق، ج.9، ص.404.

⁵ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحفيد-، المرجع السابق، ج.3، ص.48.

⁶ عمر سدي، الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنغست، الجزائر، 2019، ع.02، ص.60.

إن الصداق قد ثبت بمجرد العقد، فيعد دين على الزوج، والموت ليس مسقطا للدين في الشريعة، فلا يسقط به شيء من الصداق كسائر الديون.

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها بأنه: «من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك القواعد الشرعية غير سديد»¹.

ناهيك على أن الخلوة الشرعية تثبت كل الصداق للزوجة وهو الأمر الذي لم يوضحه المشرع الجزائري، لتقرر المحكمة العليا² بأنه: «من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابها عليها وهو ما يعبر عنه شرعا بإرخاء الستور أو خلوة الاهتداء، مما يعتبر دخولا فعليا يرتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها، ومن المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطاء ويوجب نفقتها ونفقة ما قبلها في غياب المسقط عليها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله ويستوجب رفضه».

وهو التوجه نفسه الذي سلكه المشرع المغربي من خلال المادة 32 من مدونة الأسرة بقولها: «تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله»، وهو ما قرره محكمة النقض المغربية في قرارها الصادر في 28-05-2019 على أنه: «من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق الصداق كله بالبناء أو الموت قبله»³.

فأما استحقاقه بالبناء لا خلاف عليه، سواء كان الزواج صحيحا، باطلا، أو فاسدا، حيث نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 58 على أنه: "يترتب على هذا الزواج، -أي الباطل- بعد البناء الصداق والاستبراء"⁴.

¹ م.ع، غ.أ.ش، ل 09-03-1987، م.ر: 45301، م.ق، ع.3، 1992، ص.66.

² م.ع، غ.أ.ش، ل 12-10-1989، م.ر: 55116، م.ق، ع.1، 1991، ص.34.

³ م.ن.م، غ.أ.ش، ع.367، ل 28-05-2019، م.ش، ع.575-2-1-2017، نشرة قرارات محكمة النقض، ع.46، 2019، ص.24، الملحق رقم.35.

⁴ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.94.

أما بموت أحد الزوجين قبل البناء، فقد اعتمد المشرع المغربي في المدونة الملغاة المذهب الحنفي في حالة عدم تسمية المهر، وذلك باستحقاقها لمهر المثل كله، ذلك أن مدلول الفصل 20 جاء عاما والذي نص على أنه: «يستحق المهر كله بالموت أو الدخول»، إذ ولم يفرق بين الصداق المحدد وغير المحدد في العقد¹.

وقد اعتبرت المادة 29 من مدونة الأسرة الصداق ملكا خالصا للزوجة تتصرف فيه كيفما شاءت، ولا يحق للزوج مطلقا أن يطالبها بأثاث مفروش أو لباس أو أي شيء آخر كمقابل للصداق الذي أصدقها إياه، وإن كان لها أن تتنازل له عنه كله، وتقبضه الزوجة أصالة متى كانت راشدة، كما يجوز للولي أو الوصي قبضه متى كان وكيلًا عن الزوجة بوكالة خاصة، والقاعدة العامة أن الزوجة تستحق كل المهر، على أساس أن الزواج ما أبرم إلا ليكون مؤبدا، وقد تستحق نصفه فقط، كما يمكن ألا تستحق منه شيئا².

كما يعتد بالخلوة الصحيحة في الزواج الصحيح، فإنها لم تشر إلى الخلوة الصحيحة كمناط لاستحقاق الصداق بكامله، وذلك بالرغم من أن المادة 130 من مدونة الأسرة اعتبرت الخلوة الصحيحة سببا للعدة على المطلقة، غير أن الاجتهاد القضائي استقر على أحكام المذهب المالكي في هذا المجال³، وقد قرر المجلس الأعلى في قرارها الصادر في 26-05-1977 على أنه: «مجرد ثبوت الخلوة بالزوجة غير كاف في استحقاقها كامل الصداق دون توجيه يمين عليها تأييدا لادعائها، لأن مرافقة الزوجة في السفر والتنقل بها يعتبر شاهداً عرضياً يؤيد التلقية المدلى بها لإثبات الخلوة، والقول قولها في ادعاء المسيس بعد يمينها»⁴، وفي قرار آخر: «اثبات الخلوة خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ومنى ثبتت الخلوة، ترتب على ذلك وقوع البناء، في دعوى المسيس مع ثبوت الخلوة، فإن

¹ محمد الكشيبور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 391.

² المرجع نفسه، ص. 383.

³ محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص. 83.

⁴ المجلس الأعلى المغربي، الملف الاجتماعي، بتاريخ 26-05-1977، قرار رقم: 58، ع: 56358، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع. 26، 1980، ص. 139.

المدعية تصدقه»¹، وفي قرار آخر: «حيث إن العادة محكمة وأن الدخول ثبت منذ زيارتهما له في داره؛ إذ مظنة الدخول هو الاختلاء، وليس مقصورا على وليمة الزفاف فحسب»².

والملاحظ من خلال هذه الاجتهادات القضائية المغربية أن الاشكال لا يتعلق باشتراط الخلوة من عدمها، حتى تستحق الزوجة كل الصداق. وإنما يتعلق بمدى اثبات الخلوة التي يتحقق من خلالها الدخول.

يستنتج من نص الفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية: «ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء دينا في الذمة لا يتسنى للمرأة إلا المطالبة به فقط ولا يترتب على تعذر الوفاء به الطلاق».

وبناء على هذه المادة نجد ان المشرع التونسي قد اعتبر البناء مما يتأكد به كل الصداق مع بقاء الأمر مبهما في تكييف البناء بالزوجة، هل يشترط أن يكون حقيقيا أم يكفي أن تكون خلوة شرعية فقط.

وفي حقيقة الأمر لم يذكر أن المشرع التونسي اعتمد معيارا معيناً يوضح فيه حقيقة البناء، غير أن محكمة التعقيب التونسية اعتبرت في قرارها الصادر بتاريخ 04 ديسمبر 2008 أنه: «لئن لم يعرف المشرع البناء أو الدخول وهو المصطلح المستعمل في مجلة الأحوال الشخصية فقد استقر فقه القضاء على تعريف الدخول بأن تكون الزوجة قد التحقت بمحل الزوجية لمسكنة الزوج والقيام بواجباتها الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة مما يستوجب توفر الخلوة بين الزوجين وهو ما عبر عنه فقه قضاء محكمة التعقيب بإرخاء الستائر في حين أن عقد الزواج يستوجب الإشهار وهو ما يؤمنه المشرع باشتراط شهادة شاهدين من أهل الثقة لانعقاد الزواج»³.

¹ المجلس الأعلى المغربي، الملف الاجتماعي، بتاريخ: 22-09-1980 قرار رقم 314، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع.27، 1981، ص.151.

² المجلس الأعلى المغربي، بتاريخ 18-12-1975، ملف ع:47508، غير منشور؛ نقلا عن: عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.94.

³ محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، المؤرخ في 04 ديسمبر 2008، ع.27651؛ نقلا عن: خالد المؤدب، الدخول في القانون التونسي وفقه القضاء، الموقع الإلكتروني: الدخول    في القانون التونسي  ... - دروس في القانون التونسي |

ومن خلال هذا القرار فقد اعتبرت محكمة التعقيب أن الزوجة تستحق كل المهر بمجرد الخلوة التي تتم من خلال اجتماع الزوجين في مكان بأمان وفي هذا الصدد قررت محكمة التعقيب أنه: «حيث إن الخلوة بين الزوجين تؤكد الدخول وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك ومعنى الخلوة أن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان فيه اطلاع الغير ولم يوجب المشرع الإشهاد على الدخول وإنما أوجبه عند عقد الزواج بصريح الفقرة 02 من الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية، وحيث محكمة القرار المطعون فيه مع تسليمها بتحقيق الخلوة بين الزوجين المتداعيين فإنها اعتبرت أن الدخول لم يتم لعدم إشهاره أي الإشهاد عليه وبذلك تكون قد وضعت شرطا لتحقيق البناء لم يأت به القانون الأمر الذي يستوجب النقض»¹.

وعلى هذا الأساس، يقع البناء بالزوجة بمجرد توفر الخلوة الشرعية بين الزوجين، والتي تعتبر قرينة كافية لإثبات الدخول دون الحاجة إلى إشهار الزواج أو حصول اتصال جنسي بين الزوجين، حيث اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 07 جويلية 2005: «إن العبرة بالدخول تتمثل في الخلوة بين الزوجين وإسدال الستائر دون اشتراط حصول الاتصال الجنسي»².

وهذا الأمر الذي يوضح عدم الحاجة لإشهار الدخول، فالبناء بالزوجة يقع بمجرد حصول الخلوة بين الزوجين³، وقد عرفته محكمة التعقيب بأنها اجتماع الزوجان في مكان بأمان فيه اطلاع الغير⁴.

Facebook، تاريخ النشر: 05-12-2019، على الساعة: 04:39، تاريخ الاطلاع: 02-01-2022، على الساعة: 17:12.

¹ محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، المؤرخ في 22 ماي 2003، ع: 23997. نقلا عن: خالد المؤدب، المرجع السابق، الموقع الإلكتروني: الدخول    في القانون التونسي  ... - دروس في القانون التونسي Facebook | ، تاريخ النشر: 05-12-2019، على الساعة: 04:39، تاريخ الاطلاع: 02-01-2022، على الساعة: 17:12.

² م.ت، ق.ت.م، ع. 1258، ل 07-07-2005، الملحق رقم. 36.

³ محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، المؤرخ في: 26 مارس 2009، ع: 31885. مقتبس عن: خالد المؤدب، المرجع السابق، الموقع الإلكتروني: الدخول    في القانون التونسي  ... - دروس في القانون التونسي Facebook | ، تاريخ النشر: 05-12-2019، على الساعة: 04:39، تاريخ الاطلاع: 02-01-2022، على الساعة: 17:12.

⁴ م.ت، ق.ت.م، ع. 23997، ل 22-05-2003، مقتبس عن: خالد المؤدب، المرجع السابق، الموقع الإلكتروني: الدخول    في القانون التونسي  ... - دروس في القانون التونسي Facebook | ، تاريخ النشر: 05-12-2019، على الساعة: 04:39، تاريخ الاطلاع: 02-01-2022، على الساعة: 17:12.

ثانيا- مسقطات الصداق

أسباب سقوط الصداق عديدة، وقد أشار إليها الفقهاء على النحو التالي:

1. فسخ الزواج من غير طلاق:

دون أن يتم الدخول أو الخلوة، وأسباب الفسخ عديدة نذكر منها ارتداد الزوجة عن الإسلام، أو إسلام الزوج دون الزوجة وكانت هذه الأخيرة كافرة؛ أو فسخ الزواج من قبل الزوجة لعيب في الزوج، أو اعتراض الولي على زواج موليته لعدم كفاءة الزوج؛ كل هذه أحوال تسقط المهر عن ذمة الزوج، وهو ما قال به فقهاء الحنفية¹ والمالكية²، الذين أضافوا أن فسخ الزوج النكاح لعيب في الزوجة من شأنه أن يسقط كل المهر، كما أن نكاح التفويض الذي لم يسم فيه المهر مما يسقطه كذلك.

غير أن الشافعية³ والحنابلة⁴، اعتدوا بالفرقة التي تكون بسبب الزوجة في اسقاط مهرها، كإسلام الزوجة دون الزوج؛ أو فسخ الزواج لعيب في الزوجة أو ردتها أو ارضاعها لزوج الصغيرة، كل هذا قبل الدخول أو الخلوة؛ أما الفرقة التي تكون بسبب الزوج فتسقط نصف المهر فقط ويتأكد النصف الآخر للزوجة، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾⁵.

2. الخلع:

يعتبر من أهم الأسباب الذي يسقط بها المهر قبل الدخول وبعده، فمخالعة الزوجة لزوجها لا تستوجب على الزوج دفع المهر لزوجته إذا كان غير مقبوض. أما إذا كان مقبوضا، تلتزم الزوجة برده للزوج وإن خالعا على مال سوى المهر يلزمها المال، ويبرأ الزوج عن كل حق وجب لها عليه بالعقد كالمهر والنفقة الماضية في قول أبي حنيفة؛ لأن في الخلع وإن كان طلاقا بعوض يأخذ حكم البراءة⁶.

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.2، ص.295.

² أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ج.2، ص.437.

³ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص.234.

⁴ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف...، المرجع السابق، ج.5، ص.163.

⁵ سورة البقرة، الآية.237.

⁶ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.2، ص.295.

3. الإبراء والهبة:

يشترط فيه أهلية التبرع بالنسبة للزوجة. وعليه، سواء تم الدخول أم لم يتم يعبر إبراء الزوجة لزوجها من دفع المهر من الأسباب التي تسقط كل المهر عن ذمة الزوج إذا كان ديناً؛ غير أنه لا مجال للقول بالإبراء إذا لم يكن المهر معيناً كما لو كان ثوباً أو حيواناً أو غير ذلك¹.

ناهيك عن هبة الزوجة التي يشترط فيها أيضاً أهلية التبرع، والتي تختلف عن الإبراء في أن الهبة ترد على الدين الذي يكون نقداً، والعين التي تكون أشياء معينة مقومة بالمال، وهو قول الحنفية² والمالكية³. غير أنهم أضافوا أنه إذا وهبت المرأة لزوجها جميع صداقها، ثم طلقها قبل الدخول، لم يرجع عليها بشيء. فإن أراد الدخول بها، وجب لها أقل المهر وهو ربع دينار أو قيمته، أما إن وهبته بعد الدخول فلا يلزمه شيء؛ لأن حقها في المهر قد تقرر بالدخول ثم أسقطته بالهبة.

وقال المالكية⁴ الشافعية⁵ أنه إذا كان المهر عيناً كفرس معينة، ثم وهبته من الزوج، ثم طلقها قبل الدخول، فيرجع عليها بالنصف؛ لأنه عاد إليه بغير الطلاق، فلم يسقط حقه من النصف بالطلاق، كما لو وهبته لأجنبي، ثم وهبه الأجنبي منه.

وقال الحنابلة⁶، إنه إذا أبرأت المرأة الزوج من صداقها، أو وهبته له، ثم طلقها قبل الدخول، رجع الزوج عليها بنصفه؛ لأن عودة نصف الصداق إلى الزوج بالطلاق، وهو غير الجهة المستحق بها الصداق أولاً، فهو كما لو أبرأ إنساناً من دين عليه، ثم استحق عليه مثل ما أبرأه منه بوجه آخر، فلا يتساقطان بذلك.

¹ عبد القادر بن أبي تغلب، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، تحقيق: محمد سليمان عبد الله الأشقر، مكتبة الفلاح، الكويت، ج.2، ط.1، 1403هـ، 1983م، ص.94.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.2، ص.295.

³ أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي، المرجع السابق، ج.2، ص.203.

⁴ محمد سكرال مجاجي، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، دار الوعي، الجزائر، ج.2، ط.1، 1431هـ، 2010م، ص.59.

⁵ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص.234.

⁶ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج.5، ص.163 وما يليها.

4. موقف التشريعات المغربية:

يستنتج من نص المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري على أن للزوجة نصف الصداق فقط إذا ما وقع الطلاق قبل الدخول. وفي حقيقة الأمر فقد أثار هذا النص القانوني عديد الإشكالات على مستوى القضاء نظرا للإبهام الذي يحيط به خاصة وأنا نجد المشرع المغربي قد اشترط مجموعة من الشروط في هذه الحالة خاصة ما يتعلق بسبب الطلاق، لنجد بعد ذلك المحكمة العليا¹ تنقض قضاة الموضوع لتطبيقهم النص على عمومهم إذ اعتبروا أنه عاما ويسقط نصف الصداق عن الزوجة بغض النظر عن أسبابه ومبرراته، لتبرر بعد ذلك توجهها بأنه ما دام طلاق الزوج مبررا أو كان بطلب من الزوجة، فليس من العدل تحميل الزوج نتيجته بأن يفقد نصف الصداق².

وهذا بعد أن كان الاجتهاد القضائي مستقر على تفسير المادة 16 على مطلقها، حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16-10-1993: «من المقرر قانونا أنه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق»³، وكذا القرار المؤرخ في 24-09-1994: «من المقرر قانونا أنه تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوجة طلقت قبل البناء، فإن قضاة الموضوع باعتبارهم أن الطلاق المحكوم به فسخا والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع انها تستحق نصفه»⁴، وهو الأمر الذي يتماشى مع ما قال به المالكية في هذه الحالة.

كما قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 04-12-2019 على أنه: «تستحق المطلقة نصف الصداق قبل الدخول ولا يعتبر تعويضا لاختلاف طبيعتهما، فالتعويض يستحق لجبر الضرر»⁵. وقد اعتبر المشرع المغربي بأنه يسقط عن الزوجة نصف مهرها إذا وقع الطلاق قبل البناء وهو ما نصت عليه المادة 3/32 من مدونة الأسرة. وعليه، تعتبر هذه الحالة الوحيدة التي تسقط عن الزوجة

¹ م.ع، غ.أ.ش، ل 15-11-2006، م.ر: 372290، م.ق، ع.1، 2006، ص.487.

² م.ع، غ.أ.ش، ل 13-07-1993، م.ر: 92714، م.ق، ع.1، 1995، ص.128.

³ م.ع، غ.أ.ش، ل 16-10-1993، م.ر: 26801، م.ق، ع.خ، 2001، ص.266.

⁴ م.ع، غ.أ.ش، ل 24-09-1994، م.ر: 143725، م.ق، ع.خ، 2001، ص.268.

⁵ م.ع، غ.أ.ش، ل 04-12-2019، م.ر: 1333125، م.م.ع، ع.2، 2019، ص.95.

نصف صداقها، وهو ما قرره محكمة النقض المغربية في قرارها الصادر في 05-01-2021 على أنه: «إذا وقع الطلاق قبل البناء فلا تستحق المطلقة إلا نصف الصداق... والمحكمة لما قضت للمطلقة بكامل الصداق رغم تمسك الزوج بعدم البناء بزوجته، وقد أقرت بذلك من خلال حكمها باستحقاق المطلقة لنفقتها من تاريخ المقال الذي هو بمثابة دعوة للدخول، فإنها خرقت المقتضيات أعلاه»¹.

ويضيف بعض الفقه المغربي من خلال استقراءه لنص المادة 32 أنه يجب أن يكون الطلاق قد صدر من خلال استعمال الزوج لحقه في الطلاق بالإرادة المنفردة، وكان قد تم قبل الدخول. بالإضافة إلى الحالة التي نص عليها في المادة 110 من مدونة الأسرة بقولها: «إذا علم الزوج بالعيب قبل العقد، وطلق قبل البناء، لزمه نصف الصداق»².

وقد قرر المشرع التونسي بإسقاط نصف المهر المسمى على الزوجة المطلقة قبل الدخول طبقا لنص الفصل 33 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: «إذا وقع الطلاق قبل الدخول فللزوجة نصف المسمى من المهر».

أما ما يسقط به كل الصداق، فعلى منوال المشرع الجزائري لم ينص المشرع التونسي على الحالات التي يسقط فيها كل المهر عن الزوجة. غير أنه باستقراء الفصل 33 من المجلة نستنتج بمفهوم المخالفة أن الزوجة لا تستحق شيئا من المهر في حالة الطلاق قبل الدخول إذا كان غير مسمى في العقد. وهو نفس الطرح الوارد فيما يخالف مفهوم الفصل 22 من المجلة، أي في حالة الحكم ببطلان الزواج لفساده قبل الدخول.

وهو الأمر نفسه بخصوص المشرع الجزائري، فنستنتج أنه لا صداق للزوجة إذا وقع ما يخالف المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري. فلا تستحق الزوجة شيئا من الصداق إذا حصل الحكم بفسخ الزواج وبطلانه قبل الدخول.

¹ م.ن.م، غ.أ.ش، ع.07، ل.05-01-2021، م.ش، ع.1069-2-1-2018، الملحق رقم.37.

² إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص.102.

في حين نجد المشرع المغربي قد فصل في الحالة التي لا تستحق فيه الزوجة شيئاً من الصداق حيث ينص في المادة 3/32 من مدونة الأسرة على أنه: «لا تستحق الزوجة شيئاً من الصداق إذا: - وقع رد عقد الزواج لسبب من الأسباب المنصوص عليها في المواد 158 و 264 من مدونة الأسرة؛

إذا وقع رد الزواج لعيب في الزوجة أو كان الرد من الزوجة لعيب في الزوج؛ - إذا وقع الطلاق في زواج التفويض بموجب المادة 1.2.3/32، أي في حالة السكوت عن تحديد الصداق في العقد 27 من المدونة»³.

ثالثاً- التنازع حول الصداق:

يتحقق من خلال التنازع حول تسمية الصداق من عدمها (1)، كما يكون التنازع حول مقدار الصداق (2)، بالإضافة إلى إمكانية التنازع حول قبض الصداق (3).

1. التنازع في تسمية الصداق:

تباينت آراء الفقهاء على النحو التالي:

قال الحنفية، بأنه إذا كان الاختلاف في حال حياة الزوجين، حلف منكر التسمية أو ورثته، عملاً بالقاعدة المقررة: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر». فإن نكل عن اليمين ثبتت التسمية، وإن حلف، يجب مهر المثل باتفاق أئمة الحنفية، فإن كان الاختلاف بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة باتفاقهم أيضاً⁴. غير أن المالكية لم يمنحوا اليمين لمنكر التسمية في حالة عدم الاثبات، وإنما تكون

¹ تنص المادة 58 من مدونة الأسرة على أنه: «تصرح المحكمة ببطالان الزواج تطبيقاً لأحكام المادة 57 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه، أو بطلب من يعنيه الأمر؛ يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة».

² تنص المادة 64 من مدونة الأسرة على أن: «الزواج الذي يفسخ تطبيقاً للمادتين 60 و 61 أعلاه، لا ينتج أي أثر قبل البناء، وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه».

³ محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص. 87.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج. 2، ص. 307.

وفقا لما هو متعارف عليه، فإذا كان المعتاد هو عدم التسمية كان اليمين للزوج مدعي التفويض أو ورثته، أما إذا كان العرف السائد هو تسمية النكاح فاليمين للزوجة أو ورثتها¹.

أما الشافعية فقالوا إنه لو ادعت المرأة تسمية المهر، وأنكر الزوج تسميته، تحالفا في الأصح؛ لأن حاصله الاختلاف في قدر المهر؛ لأن الزوج يقول: الواجب مهر المثل، وهي تدعي زيادة عليه. وبالتحالف، ينتفي يمين كل واحد منهما دعوى صاحبه، فيبقى العقد بلا تسمية، فيجب حينئذ مهر المثل².

أما بالنسبة للحنابلة، فلو ادعى الزوج التفويض، وادعت الزوجة التسمية، فاليمين للزوج لأن ادعاءه يتمشى مع الأصل العام، فلو تم الدخول أو الموت فلها المثل، ولها المتعة بعد الطلاق قبل الدخول³.

2. التنازع في مقدار المسمى:

ولا يكون هذا النزاع إلا في حالة واحد، وهي ادعاء الزوجة بقيمة أكبر مما قدمها الزوج. وبالتالي، تعتبر الزوجة في مركز المدعي والزوج مدعى عليه، وقد فصل الفقهاء هذه الحالة على النحو التالي:

فبالنسبة للأحناف، تعددت رواياتهم بين رأيين؛ حيث يرى الأول -وهو رأي الامام أبو حنيفة- أن القول لمن يدعي مهر المثل منهما، فإن ادعت الزوجة مهر مثلها أو أقل منه فالقول لها، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر منه فالقول له، ذلك ما لم يثبت أحدهما ما يدعيه؛ غير أنه يؤخذ بينة الزوجة إذا جاء كلا الزوجين بما يثبت ادعائهما. أما الرأي الثاني -وهو قول أبو يوسف من الحنفية- والذي ذهب إلى أن القول للزوج في كل الأحوال إلا ما كان مستنكرا، كأن يدعي مهرا أقل بكثير من مهر المثل⁴.

¹ أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ج.2، ص.491؛ محمد سكهال المجاجي، المرجع السابق، ج.2، ص.61.

² محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص.242.

³ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف...، المرجع السابق، ج.5، ص.171.

⁴ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المرجع السابق، ج.1، ص.206.

أما بالنسبة للمالكية، فمذهبهم أنه إذا تنازع الزوجان في مقدار الصداق قبل الدخول تحالفاً وتفاسخاً، وكان اليمين للزوجة، ويقضى لمن كان قوله متماشياً مع ما هو متعارف عليه، ومن نكل منهما عن اليمين قضي ضده ولا يفرق بينهما. وإن لم يكن قول أحدهما متماشياً مع العرف السائد، يحلف كل منهما على ما ادعى، ونفي ما ادعاه الآخر؛ لأن كلا منهما يعتبر مدعى ومدعى عليه، فإن حلفاً أو امتنعاً عن اليمين، فَرَّق القاضي بينهما بطلقة¹.

وقرر الشافعية، إن اختلف الزوجان في قدر المهر أو صفته أو أجله، تحالفاً، ويتحالف وارثاهما، أو وارث أحدهما والآخر، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله، وإن حلفا وجب مهر المثل ولم ينفسخ النكاح. أما إذا كان مدعي الزيادة الزوج فلا تحالف لأنه معترف بما يدعيه ويبقى الزائد في يده².

أما بالنسبة للحنابلة، فرأيهم في روايتين. تتمثل أولهما، في تأكيد ما قاله أبو يوسف من الحنفية، بأن القول للزوج في كل الأحوال إلا ما كان مستنكراً، كأن يدعي مهراً أقل بكثير من مهر المثل؛ أما الرواية الثانية، فمفادها أن القول لمن يدعي مهر المثل منهما، فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل، فالقول قولها، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر، فالقول قوله³.

3. التنازع في قبض المهر:

يتحقق الاختلاف في قبض المهر كما لو ادعى الزوج أنه وافاها كل المعجل، وقالت الزوجة بأنها لم تقبض شيئاً منه، أو قبضت بعضه⁴.

فقال متقدمي الحنفية بأنه إذا وقع الخلاف بين الزوجين قبل الدخول وبعده، كان القول للزوجة بيمينها، وعلى الزوج أن يثبت ما يدعيه بالبينة. ما لم يكن هناك عرف يحكم في النزاع على أصل القبض، كما لو قالت الزوجة بأنها لم تقبض شيئاً، فإن جرى العرف بتقديم النصف أو الثلثين، قضي عليها به، ويكون العرف مكذباً للزوجة في ادعائها عدم قبض شيء من المهر قبل الزفاف. غير أن

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحفيد-، المرجع السابق، ج.3، ص.54.

² أبو إسحاق إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي، المرجع السابق، ج.4، ص.472.

³ بدر الدين العيني، المرجع السابق، ج.4، ص.724.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6822.

متأخرو الحنفية قالوا بعدم تصديق يمين المرأة بعدم قبضها المعجل من المهر على أساس أن العرف جرى بتقديم المعجل قبل الزفاف، وإذا كان النزاع على جزء من المهر المعجل، وادعى الزوج تسليمه كل المهر فالقول للزوجة مع يمينها¹.

وقال المالكية برأي متأخري الحنفية، بأن القول للزوجة مع يمينها قبل الدخول، أما بعد الدخول فالقول للزوج مع يمينه ما لم يكن هناك عرف يتم الرجوع إليه².

وقد قال الشافعية والحنابلة برأي الفقه الحنفي المتقدم، الذي قال بأن القول للزوجة مع يمينها قبل الدخول وبعده، فالأصل هو عدم قبض المهر³.

4. موقف التشريعات المغاربية:

للتنازع حول الصداق كما أشرنا عديد الصور، ولكل صورة حكم خاص يختلف عن باقي الصور الأخرى. غير أننا نجد المشرع الجزائري قد اعتمد معيارا واحدا تضمنته المادة 17 من قانون الأسرة والذي يتمثل في الدخول سواء كان النزاع مرتبط بتسمية المهر في العقد، أو صنفه أو نوعه وحتى في قبضه⁴.

فإذا كان النزاع قبل الدخول، يتم تصديق الزوجة في قولها أو وريثها، وهذا بطبيعة الحال إذا انعدمت كل وسائل الإثبات، وهو الأمر الذي تجسد في اجتهاد المحكمة العليا في القرار الصادر في 18-06-1992 والذي جاء فيه: «من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو وريثهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو وريثها مع اليمين»⁵.

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.2، ص.304.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحفيد-، المرجع السابق، ج.3، ص.54-55.

³ أبو إسحاق إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي، المرجع السابق، ج.4، ص.473.

⁴ ياسين علال، منازعات الصداق في ظل المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2020، ع.3، ص.31.

⁵ م.ع، غ.أ.ش، ل 18-06-1991، م.ر:73515، م.ق، ع.4، 1992، ص.69.

أما بعد الدخول، فيصدق الزوج أو ورثته مع اليمين، وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرارها سالف الذكر، والذي نص على أنه: «...إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين ومن ثم فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون».

وهو ما قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر في... وقد نقضت الحكم الاستثنائي لمخالفته قاعدة جوهرية في القانون الداخلي -قانون الأسرة- وانعدام الأساس القانوني وتناقض التسيب مع المنطوق والقصور في التسيب والحكم بأكثر مما طلب، وقررت بأن: «المادة 17 من قانون الأسرة حددت المعالم والإجراءات التي يجب اتباعها في حالة نشوب نزاع حول مؤخر الصداق، لذلك كان على قضاة المجلس توجيه اليمين للطاعن -الزوج- ما دام أن الدخول قد تم...»¹.

في حين نص المشرع المغربي على حالة وحيدة تضمنتها المادة 2/33 من مدونة الأسرة، والتمثلة في حالة الاختلاف حول قبض الصداق؛ وعلى هذا الأساس إذا ادعى الزوج تسليم قيمة المهر حال وجوبه، وأنكرت الزوجة تسلمها، وكان هذا النزاع قبل أن يتم الدخول؛ فتصدق الزوجة في قولها مع اليمين إذا لم يكن للزوج ما يثبت تسليمها الصداق. وقد جاء هذا التوجه في صالح الزوجة لأن الظاهر يشهد لها² فالقول عندئذ للزوجة بيمينها لأن العرف يصدقها لكونها لم تمكن نفسها من الزوج لعدم قبضها الصداق³.

وفي حالة النزاع بعد الدخول، بأن يدعي الزوج تعجيل الصداق، فالقول له مع يمينه⁴، أما إذا تعلق الأمر بالنزاع حول قبض الصداق المؤجل، ففي هذه الحالة يلتزم الزوج إثبات تسليمه طبقا للمادة 2/33 من مدونة الأسرة⁵؛ فإذا تم الإثبات⁶ فللزوج ما يدعيه. أما في حالة عدم القدرة على البينة،

¹ م.ع، غ.أ.ش، ل 14-11-2012، م.ر: 702617، م.م.ع، ع.01، 2013، ص.258.

² عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.95.

³ محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص.86.

⁴ إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص.110.

⁵ محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص.86.

⁶ كما هو مقرر في قانون الالتزامات والعقود، إذ لا يمكن الاحتجاج بغير هذه القواعد، على أساس أن هذا النزاع متعلق بجانب مالي بحث لا علاقة له بمدونة الأسرة باعتبارها قانون خاص يقيد قانون العام المتمثل في ق.إ.ع، وعلى هذا الأساس فإن الزوج في صدد إثبات تصرف مالي لا شخصي.

فالقول للزوجة ولا مانع من توجيه اليمين الحاسمة للزوجة، وليس للمحكمة رفضها ما لم يتعسف الزوج في طلبها وهو ما قضت به محكمة النقض المغربية في قرارها الصادر في 06-06-2015 على أن: «اليمين الحاسمة حق للخصم، له أن يوجهها متى تعذر عليه الدليل على ادعائه ولا تمتنع المحكمة عن توجيهها إلا إذا ظهر لها أن طالبها متعسف في طلبه. ولما كان الزوج قد طلب توجيه اليمين الحاسمة إلى الزوجة في شأن استيفاء مؤخر صداقها فإن المحكمة عندما قضت بمؤخر الصداق دون الرد على طلبه ومناقشته، يكون قرارها ناقص التعليل وخارقا للفصل 85 من قانون المسطرة المدنية»¹.

أما بالنسبة لحالة النزاع حول مقدار الصداق فلا يمكن تصوره في ظل الزواج الرسمي، ذلك أن التشريع المغربي اشترط افرغ عقد الزواج في شكل معين أمام ضابط مختص، وقد قررت محكمة الاستئناف بالحسيمة في هذا الصدد أنه: «... لا يحق للزوجة بعد أن أشهدت العدلين على أنها قبضت جميع الصداق، وبعد أن عقدت زواجها بنفسها بدون ولي الزواج، باعتبارها راشدة يحق لها ذلك، وبعد توقيعها شخصيا على عقد الزواج، أن تدعي أخيرا وبعد كل ذلك أنها لم تتسلم صداقها وتلتمس توجيه اليمين الحاسمة للزوج ما دام أن ما ضمن بعقد الزواج هو حجة قاطعة على قبض الزوجة لصداقها نظرا للقيمة الثبوتية التي منحها المشرع للعقود الرسمية ومنها عقد الزواج دون الاستجابة لطلبها توجيه اليمين الحاسمة للزوج لعله أنه بالرجوع إلى رسم الزواج يتبين أن الزوجية قد قبضت كامل الصداق...»².

أما بخصوص المشرع التونسي، فلم تتضمن مجلة الأحوال الشخصية ولا قاعدة إثبات في حالة النزاع حول الصداق، وهذا الأمر أكبر من أن يسكت عنه المشرع. غير أن القاعدة العامة تقتضي بأن «لبينة على من ادعى واليمين على من أنكر».

¹ م.ن.م، غ.أ.ش، ع.15، ل.06-06-2015، م.ش، ع.16-2-1-2007، نشرة قضاء محكمة النقض، ع.80، 2015، ص.226.

² محكمة الاستئناف بالحسيمة، غ.ش، ع.580، ل.23-10-2012، م.ر:12-07-25. الموقع الإلكتروني: مغرب القانون، <https://www.maroclaw.com>، تاريخ النشر: 03-11-2017، الساعة: 07:05، تاريخ الاطلاع: 27-02-2023، الساعة: 12:45.

غير أن ما تمر تقريره في التشريعين الجزائري والمغربي -على الرغم من أنه لم يشمل كل الحالات التي تكون محلا للتنازع- متعلق بالحالة التي ينعدم فيها الإثبات، لذلك نجد أن أغلب حالات التنازع بين الزوجين حول الصداق غير مثبتة.

وفي حقيقة الأمر، يلعب المانع الأدبي دور هام في هذه الحالة، ذلك أنه لن يسعى أحد الزوجين أن يمسك دليل إثبات في مواجهة زوجته الذي يفترض فيها الثقة والأمانة وأنها مقبلان على مشاركة حياتهما الزوجية بكل احترام ومحبة ومودة.

ومع تحقق الأحكام الشرعية والقانونية للصداق معجلا كان أو مؤجلا، سمي أو لم يسمى. فإن عقد الزواج لا ينعقد صحيحا إلا بتوافر الشروط الموضوعية الأخرى، والمتمثلة في شرط الإشهاد على الزواج وخلو الزوجين من الموانع الشرعية، وهو ما سنتطرق إليه في النقطة الموالية.

المبحث الثاني

شرط الإشهاد والموانع الشرعية

ترتبط الشروط الموضوعية سالفه الذكر، والمتمثلة في الولاية والصداق في عقد الزواج، بالعلاقة الخاصة بين الزوجين، دون أن تمتد إلى الغير. وعليه، ونظرا لخصوصية عقد الزواج فإنه لا يقتصر على طرفيه، وإنما تمتد آثاره إلى الغير. وعلى هذا الأساس، كان لابد من أن يتوفر عقد الزواج على العلانية اللازمة بالنسبة للغير، وهذا لا يتحقق إلا من خلال الإشهاد على الزواج (المطلب الأول).

بالإضافة إلى مقتضيات أخرى ترتبط ارتباطا وثيقا بالنظام العام، والمتمثلة في خلو الزوجين من الموانع الشرعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإشهاد على الزواج

الكلام عن شرط الشهادة في عقد الزواج يكون من خلال التطرق إلى مفهوم الإشهاد على عقد الزواج والحكمة من مشروعيته (الفرع الأول)، بالإضافة إلى مركزه في عقد الزواج (الفرع الثاني)، ثم نتحدث عن شروطه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الإشهاد على عقد الزواج ودليل مشروعيته

الشهادة في اللغة، من المصدر شَهِدَ، أي عَلِمَ، ويدل على العلم والاعلام، وتتضمن الشهادة الحضور والاعلام، وتشتق من الشهود أي الحضور، فيقال شهدته شهدا أي حضورا¹، وفي ذلك يقول المولى عز وجل: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾²، وقوله أيضا: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾³، أي علم الله، والعلم الوارد في هذه الحالة هو قاطع للشك، ومنه حديث النبي ﷺ وهو يوصي بن العباس رضي الله عنه، حيث يقول: {يا بن عباس فَلَا تَشْهَدُ إِلَّا عَلَىٰ أَمْرٍ يُضِيئُ لَكَ كَضِيَاءِ الشَّمْسِ. وَأَوْمَأَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِهِ إِلَى الشَّمْسِ}⁴.

فالشهادة إذن هي المعاينة، ويقال شهدت الشيء أي اطلعت عليه وعاینته، وشهده شهودا أي حضره، فهو شاهد، وقوم شهود أي حضور⁵.

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج.3، ص.240.

² سورة البقرة، الآية.158.

³ سورة آل عمران، الآية.28.

⁴ محمد بن عبد الله النيسابوري، المرجع السابق، ج.4: كتاب الأحكام، ح.ر:7045، ص.399. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.66: كتاب الشهادات، باب التحفظ في الشهادة والعلم بها، ح.ر:20579، ص.263.

⁵ أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، المرجع السابق، ص.324.

ومن الناحية الاصطلاحية، فقد اتفقت تعريفات المذاهب الفقهية على اعتبار الشهادة بأنها إخبار صدق عن أمر معين يتعلق بإثبات حق معين بلفظ معين في مجلس معين¹.

وبناء على هذا الاصطلاح، يقتضي الإشهاد على عقد الزواج العلم بمضمون عقد الزواج إيجاباً وقبولاً وجاهة وسمعا، والإخبار به في مجلس القضاء تأكيداً للزواج أو إنكاراً له².

ومن خلال هذا التعريف نجد أن الشهادة أو الإشهاد على عقد الزواج متطلب في مرحلتين، تتمثل أولاهما في إضفاء الصحة على عقد الزواج. أما الثانية، فتتمثل في تأكيد وإقرار صحته في حالة النزاع، ويثور هذا الأمر بكثرة في حالة إثبات الزواج الغير موثق.

ومن الناحية القانونية لم تتطرق التشريعات المغربية إلى تعريف معين للإشهاد على الزواج، غير أنه يمكن تحديده من خلال مفهوم تقريبي، فهو الخروج بإرادتي الزوجين من حالة كامنة سرية، إلى حالة متحركة علنية والتي يتحقق من خلالها الدور الوقائي لهذا الشرط، المقرر شرعا قبل أن يتقرر قانونا.

ولما كان عقد الزواج من العقود التي تتميز بالخصوصية الدينية، ويقوم في محله على الاستمتاع بين الزوجين، كان لابد من إعلانه للعامة من الناس، وذلك للفرقة بين الزواج القائم على الأسس الشرعية وبين الأنكحة الباطلة التي تبرم تحت أجنحة الظلام كما يحدث في السفاح ونكاح السر وغيرهم. وذلك لا يتم إلا من خلال الإشهاد على الزواج من قبل أشخاص معينين بصفاتهم.

وإن كان للإشهاد نوع من الحماية المعنوية للزوجين أثناء صيرورته، فإن له من الحماية المادية للآثار المترتبة عليه سواء بالنسبة للواجبات المالية التي توجب للزوجة من مهر ونفقة، أو تلك التي تجب للأطفال الناتجين عن هذه العلاقة من حيث كفالتهم وتربيتهم. والأكثر من ذلك، فهو يضمن لهم أهم حقوقهم المتمثلة في النسب³.

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.6، ص.266. شمس الدين أبو عبد الله الحطاب مواهب الجليل، ج.6، ص.151. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.6، ص.386. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف...، المرجع السابق، ج.6، ص.404.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6559.

³ أحمد علي طه ريان، المرجع السابق، ص.127.

وقد أجمعت كلمة الفقه على ضرورة الإشهاد في عقد الزواج، حتى يتحقق الغرض منها¹، مستنديين في ذلك إلى ما صح عن النبي ﷺ فيما روته عائشة رضي الله عنها: {لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ}²، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال النبي ﷺ: {لَا بُدَّ فِي النِّكَاحِ أَنْ تَبَعَ، الْوَلِيُّ وَالزَّوْجُ وَالشَّاهِدَيْنِ}³، وعن بن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: {الْبَغَايَا: اللَّاتِي يَنْكِحْنَ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ}⁴.

لهذا كله ندب الشرع إلى إعلان النكاح والدعوة إلى وليته⁵، فقال ﷺ: {أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ، وَاجْعَلُوهُ فِي الْمَسَاجِدِ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالْأُذُنِ، وَلْيُؤَلِّمُوا أَحَدَكُمْ وَلَوْ بِشَاةٍ، فَإِذَا حَظَبَ أَحَدُكُمْ امْرَأَةً وَقَدْ حَضَبَ بِالسَّوَادِ فَلْيُعْلِمْنَهَا وَلَا يَغْرَبْنَهَا}⁶.

الفرع الثاني: مركز الشاهدين في عقد الزواج

كما أشرنا مسبقاً، يعتبر الإشهاد على عقد الزواج حلقة الفصل بين الزواج الشرعي والزواج السري والسفاح؛ حيث تحفظ به الحقوق المترتبة عليه سواء فيما بين الزوجين أو بالنسبة للأبناء؛ على أساس أن انتفاء هذا الشرط من شأنه أن يؤدي إلى انكار هذه الحقوق وجحدها من قبل الزوج، على اعتبار أنه المكلف بأدائها في أغلب الحالات لما يتمتع به من أسباب القوامة على الأسرة⁷.

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6559.

² حديث سبق تخريجه، ص.283.

³ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.39: كتاب النكاح، لا يزوح نفسه امرأة هو وليها كما لا يشترى من نفسه شيئاً هو ولي بيعه، ح.ر:13815، ص.231؛ الحافظ علي بن عمر الدارقطني، المرجع السابق، ج.15: كتاب النكاح، ح.ر:3529، ص.321؛ الحديث موقوف ومرفوع، وأنكره البخاري. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل... المرجع السابق، ج.6، ص.151.

⁴ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.236.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6562.

⁶ محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.9: أبواب النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح، ح.ر:1089، ص.390؛ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.40: كتاب الصداق، باب ما يستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف عليه وما لا يستنكر من القول، ح.ر:14699، ص.473.

⁷ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف... المرجع السابق، ج.5، ص.65.

ومن هذا المنطلق، اختلف الفقهاء في اشتراط الشهادة في النكاح، بين من يعتبرها شرطا لصحة الزواج، وبين يعتبرها شرطا لنفاذ¹ الزواج.

حيث ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والمشهور لدى الحنابلة إلى اعتبار الشهادة شرط صحة في عقد الزواج، وذلك احتياطا للنسب، وخوف الإنكار والجحود²، ولما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: { لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ }³.

وقد روي عن النبي ﷺ عديد الأحاديث الآمرة بضرورة وجود الشاهدين في عقد الزواج، ولعل في الحديث سالف الذكر من الصراحة التي لا تقبل التأويل. وعليه، تنتفي حقيقة النكاح الشرعية إذا ما تم بغير ولي وشاهدين، أي ينقلب لعقد غير صحيح، ويصبح غير معتبر شرعا.

في حين قال المالكية بصحة الزواج المبرم من غير شاهدين للعقد، ذلك أن المقصد من الإشهاد على الزواج، ليس باعتباره حكما شرعيا، بل فقط لتوثيقه، أي له وظيفة إظهارية لا غير⁴. وبالتالي، متى توفرت العلانية لإشهار العقد كان نافذا وكيفما كانت طريقة الإعلان⁵.

وقد نُسب هذا التوجه في رواية عن الإمام أحمد اختارها شيخ الإسلام بن تيمية، حيث أنه إذا أُعلن النكاح فلا يشترط الشهادة، وطعنوا في صحة الحديث، فقد قال بن المنذر: لا يثبت في الشاهدين

¹ النفاذ في اللغة من نفذ، يقال نفذ الشيء نفذا ونفاذا، ونفوذ الشيء: خرجه وجاز عنه وخلص منه، ويقال، نفذ الأمر، والقول نفذاً، أي مضى، كأنه مستعار. والعقد النافذ في اصطلاح الفقهاء، بمعنى أنه منتج لآثاره المترتبة عليه شرعا بمجرد انعقاده صحيحا، فنفاذ البيع يعني أنه انعقد صحيحا، ويكون كذلك متى نقل البائع ملكية المبيع للمشتري، ودفع الثمن للبائع. وعكس العقد النافذ، هو العقد الموقوف، وهو الذي يرجئ آثاره إلى فترة لاحقة للعقد، بسبب تعلقه بوصف معين. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6587.

² أبو عبد الرحمن عبد الله البسام التميمي، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، مكتبة الأسد، ج.5، ط.1، 1423هـ، 2003م، ص.261.

³ حديث سبق تخريجه، ص.283.

⁴ مازن مصباح صباح، أحكام الشهادة على عقد النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر، غزة، 2009، ع.01، ص.135.

⁵ أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.1، ص.376.

خبر. فقال الشيخ تقي الدين: لا يشترط في صحة النِّكاح الإِشهاد على إذن المرأة قبل النكاح في المذاهب الأربعة، بل إذا قال الولي أذنت لي، جاز عقد النكاح¹، واحتجوا كذلك بأنه لم يرد في القرآن ما يدل على وجوب أو ندب الإِشهاد على النكاح، وعليه يكفي علم الناس بأن المرأة عند الرجل باعتبارها زوجته ويعتبر هذا العلم مغنيا عن الإِشهاد².

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ...﴾³، فظاهر النص مطلق في إجازة النكاح من دون اشتراط الشهادة، ولو كان لها اعتبار فيه لكان أولى من البيع الذي اشترط فيه المولى عز وجل الشهادة لقوله عز من قائل: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾⁴، ولما كان عقد الزواج أخطر من البيع فهو أولى بالإِشهاد عليه من البيع، وبما أن الآية الأولى لم تشترط الشهادة، فوجودها ليس مطلوبا ولا مقصودا⁵.

وقد استدلوا أيضا بما روي عن النبي ﷺ: {أَنَّهُ أَعْتَقَ صَفِيَّةَ بِنْتُ حَنِي فَتَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شَهُودٍ}؛ وفي رواية أنس بن مالك: {أَنَّ الرَّسُولَ ﷺ اشْتَرَى جَارِيَةً بِسَبْعَةِ رُؤُوسٍ، فَقَالَ النَّاسُ: مَا نَذَرِي أَنْتَزَوَّجَهَا الرَّسُولُ ﷺ أَمْ جَعَلَهَا أُمَّ وَوَلَدًا؟ فَلَمَّا أَنْ أَرَادَ أَنْ يَرْكَبَ حَجَبَهَا، فَعَلِمُوا أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا}،⁶ قال: فاستدلوا على تزويجها بالحجاب. كما ثبت عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم بتزوجهم من غير شهود، ومنهم بن عمر والحسن بن علي، وبن الزبير، وسالم وحمزة ابنا بن عمر⁷.

كما ينبغي الإشارة إلى أن المالكية وإن لم يعتبروا الشهادة على الزواج من قبيل شروط صحته، غير أن هذا الأمر ليس وارد على إطلاقه، حيث يتفقون مع الجمهور على ضرورة الإِشهاد على الزواج، كل ما في الأمر أنهم يعتبرونه شرطا للنفاذ لا للصحة، ويترتب على ذلك فساد العقد في حالة انعدام

¹ أبو عبد الرحمن عبد الله البسام التميمي، المرجع السابق، ج.5، ص.261.

² تقي الدين أبو العباس بن تيمية، الفتاوى...، المرجع السابق، ج.3، ص.190.

³ سورة النساء، الآية.03.

⁴ سورة البقرة، الآية.282.

⁵ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.9، ص.58.

⁶ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.67: كتاب النكاح، باب اتخاذ السراري، ومن أعتق جاريته ثم تزوجها، ح.ر:5085، ص.6.

⁷ أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، المرجع السابق، ج.2، ص.34.

الإشهاد قبل الدخول، خلافا للجمهور الذين يعتبرون الزواج فاسدا لعدم توافر الإشهاد على الزواج عند العقد¹.

وأمام ما تقدم من آراء الفقهاء، نجد أن اختلافهم لا يتعلق بوجود الإشهاد من عدمه، بل في تحديدهم لمفهوم الإشهاد. فالجمهور من الفقهاء كما أشرنا اعتبره من قبيل الشروط الشرعية التي تصح بها صيغة عقد الزواج المتمثلة في الإيجاب والقبول، وأي خلل يصيب هذه الشروط فإنه يجعل من الركن الأساسي للزواج فاسدا، إضافة إلى ندهم لإشهار عقد الزواج من خلال الوليمة التي يجمع إليها الناس لحضور زفاف الزوجين وتبينهم من الدخول والخلوة الزوجية.

أما بالنسبة للمالكية فتصح الشهادة عندهم بمجرد إشهار الزواج وإعلام الناس به وحضور العدد المطلوب منهم، وذلك قبل أن يتم الدخول. وسواء أخذنا بهذا الرأي أو ذاك فإنه لا يمكننا أن نتصور عقد الزواج من غير شهادة، حيث يقول ﷺ: {أَعْلَنُوا هَذَا النِّكَاحَ، وَاجْعَلُوهُ فِي الْمَسَاجِدِ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالْدُّفُوفِ، وَلْيُولَمْ أَحَدُكُمْ وَلَوْ بِشَاةٍ، فَإِذَا حَظَبَ أَحَدُكُمْ امْرَأَةً وَقَدْ حَضَبَ بِالسَّوَادِ فَلْيُعْلِمَهَا وَلَا يَغْرِبْهَا}².

غير أنه في الوقت الراهن، وأمام التطورات الفكرية والاجتماعية التي تعرفها الدول الإسلامية ومنها المغربية، سواء في شقها الإيجابي من سهولة التنظيم الإداري المكلف بإبرام الزواج، أو في شقها السلبي والمتمثل في انخفاض الوازع الديني؛ فإنه من الأجدر الأخذ برأي الجمهور لما له من الحماية والاحتياط لسلامة وصحة العلاقة الزوجية من الزيجات المشبوهة، وللإشهاد على الزواج الدور الكبير في درء الشبهات التي غالبا ما تفتك بالعلاقات الزوجية.

وبغض النظر عن أقوال الفقهاء حول الإشهاد على الزواج، تبني المشرع المغربي والتونسي، مقتضيات قانونية حازمة تتعلق بالزواج الرسمي الموثق أكثر من مقتضيات الإشهاد على الزواج؛ فعلى خلاف الفقهاء اشترط المشرعين أن تتوفر في شاهدي الزواج أن يكونا منتصبين معينين وفقا للنظام

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحفيد-، المرجع السابق، ج.3، ص.105-106.

² حديث سبق تخريجه، ص.363.

القانوني المغربي¹ والتونسي² يمارسون مهنة حرة تسمى بالعدلين، يقومان بدور الاشهاد في عقد الزواج، ويختصان بتوثيقه دون غيرهما³ - بالنسبة للمشرع المغربي-، وكإجراء استثنائي سمح للمغاربة المقيمين خارج المغرب عقد الزواج وفق الشروط الشكلية لدولة إقامتهم شريطة حضور شاهدان مسلمان من عامة الناس، وهذا بالإضافة إلى الشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة 14 من مدونة الأسرة⁴.

وقد تبنت المادة 4/13 من مدونة الأسرة رأي الجمهور باعتبارها الإشهاد شرط صحة لعقد الزواج حيث نصت في فقرتها الرابعة على أنه: «يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: 4. سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول».

وقد اشترط المشرع المغربي سماع العدلان لصيغة الإيجاب والقبول من الزوجين، وأن يكون بالكلام شفاهة أو بالكتابة أو الإشارة المفهومة ومتطابقين في مجلس واحد وأن يكونا باتين غير معلقين على شرط واقف أو فاسخ، أو أجل طويل أو قصير، كما يشترط الإذن القضائي للوكيل عن أحد الزوجين في حالة تعذر الحضور الشخصي لهما⁵، وفي هذا الصدد قرر المجلس الأعلى المغربي في قراره الصادر في 13-09-2006 أن: «الغاية من كتابة الزواج هو إثبات تحققه وليس ركنا في العقد»⁶، وقد قرر

¹ من خلال ظهير شريف رقم 1.06.56، الصادر في 15 محرم 1427هـ، الموافق لـ 14-02-2006م، بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، ج.ر، بتاريخ 01 صفر 1427هـ، الموافق لـ 02-03-2006، ع.5400، ص.556.

² من خلال القانون عدد 60 لسنة 1994 مؤرخ في 23 ماي 1994 يتعلق بتنظيم مهنة عدول الإشهاد، ر.ر.ج.ت، ع.42، لـ 31-05-1994. ويضاف إلى عدول الإشهاد، شاهدين من أهل الثقة إذا ما تم إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، وهذا بموجب الفصل 31 من قانون الحالة المدنية التونسي.

³ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.229-230.

⁴ محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص.76.

⁵ المرجع نفسه.

⁶ وقد برر المجلس حكمه بأن: «أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت فيه واقعة الزواج بين الطرفين ثابتة حسب شهادة الشهود الحاضرين واستفسارهم وتأكيدهم حضور حفلة الزفاف، وعلت قضاءها بأن المحكمة الابتدائية استمعت إلى شهادة الشهود بعد أدائهم اليمين القانونية فأكدوا زواج المستأنف بالمستأنف عليها بصدق وولي هو والدها وأنه كان يعاشرها معاشرة الأزواج، كما أكدوا حضورهم حفل الزفاف، وأن كتابة عقد الزواج هي لإثبات تحققه وليس ركنا في العقد، وأنه إن تعذر الإشهاد في حينه اعتمدت المحكمة سائر وسائل الإثبات للتأكد من تحققه ومن ذلك شهادة الشهود المزكاة باليمين، وبذلك تكون المحكمة قد أقامت قضاءها على أسباب سائفة لها أصلها في الشرع والقانون». المجلس الأعلى المغربي، غ.أ.ش، ع.511، لـ 13-09-2006، م.ش، ع.581-1-2-2005، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع.66، 2006، ص.128-129-130.

المجلس الأعلى في 08-02-2004 على أنه: «يعتبر حفل الزفاف وإشهاره بين الناس دليلا على الايجاب والقبول، ويكون الزواج صحيحا إذا اقتضته ظروف استثنائية دون الإشهاد به...»¹.

ولم تتضمن مدونة الأسرة المغربية نصوصا قانونية تمنع من الزواج السري، غير أن تقرير المشرع بوجود ابرام الزواج أمام العدلين اللذين يتكفلا بتحقيق شرط الاشهاد على الزواج، بالإضافة إلى توثيقه، وهو أمر كافي لتحقيق العلنية اللازمة لعقد الزواج، كما أن المادة 3/16 و4 تضمن كيفية اثبات الزواج الغير خاضع للعدلين².

وفي الحقيقة، للعدول وظيفتين أساسيتين في ابرام عقد الزواج، تتمثل الأولى في أنها تحقق الشرط الموضوعي المتمثل في الإشهاد على الزواج كما أشار إليه جمهور الفقهاء، والمتمثلة في اعلان الزواج أمام العامة من الناس والأقارب، كما أنه يعتبر وسيلة هامة يتم الاعتماد عليها أمام القضاء لإثبات الزواج في حال إجحاد وانكار الزواج³.

وعلى نفس المنوال المغربي، أخذ المشرع التونسي برأي جمهور الفقهاء باعتباره الشهادة شرطا موضوعيا لصحة الزواج تنص الفصل 2/3 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: «ويشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية المهر للزوجة»، وما يستخلص من هذا الفصل أن المشرع التونسي أخذ برأي الجمهور من الفقهاء. ناهيك عن اعتباره شرطا شكليا أساسيا يتحقق به الوجود القانوني لعقد الزواج من خلال منحه الشاهدين وظيفة إيجابية في تقرير عقد الزواج. ومن ذلك ما نص عليه في الفصل 32 من قانون الحالة المدنية التونسي الذي ألزم الشاهدين بالتصريح بخلو الزوجين من الروابط الزوجية السابقة، ويترتب عليه بطلان الزواج في حالة مخالفته، وهو ما نص عليه الفصل 36 من قانون الحالة المدنية. وهذا النص راجع في حقيقة الأمر إلى رغبة المشرع التونسي في إعطاء هذا الشرط -الشاهدين- بالإضافة إلى وظيفته الشكلية، وظيفة تأمينية، يتحقق من خلالها ضمان توفر الشروط الموضوعية للزواج سواء المتعلقة بالزوجين أو بالصداق أو بموانع الزواج. والأكثر من

¹ المجلس الأعلى المغربي، ع.582، ل 08-02-2004، م.ع:03-661. مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص.41.

² محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.231.

³ المرجع نفسه، ص.354.

ذلك، يمكن أن تقوم المسؤولية الجزائية للشاهدين في حالة ما إذا تمت الشهادة خلافا للحقيقة وهذا من خلال أحكام الفصل 172 و 175 من المجلة الجزائية التونسية¹.

غير أن مجلة الأحوال الشخصية لم ترتب أي أثر على انتفاء الإشهاد على الزواج، ذلك أنها لم تتضمن ولا جزاء في حالة عدم احترام العدد المنصوص عليه في الفصل 03 منها. كما لم يشر الفصل 21 من المجلة أيضا إلى الجزاء المترتب مخالفة شرط الشاهدين في عقد الزواج واكتفى بتقريره بطلان الزواج المخالف لأحكام الفقرة 01 من الفصل 03.

غير أنه بالرجوع إلى فقه القضاء، فقد اعتبرت محكمة التعقيب التونسية أن صحة الزواج تتوقف على إشهاد شاهدين من أهل الثقة وسمي مهر للزوجة. وبناء على ذلك إذا حصل الإيجاب والقبول اعتبر الزواج موجودا فعلا بين الزوجين، إلا أن فقده شروط صحته يصير العقد فاسدا².

ويرى بعض الفقه التونسي أن ما اعتمده المشرع في تقنينه لأحكام الشهادة في عقد الزواج، هو مجرد تليق من المذاهب الفقهية ولا يمكن أن يندرج ضمن الاجتهاد، وذلك راجع إلى أنه اعتبر أن هذه النصوص القانونية خليط بين الحنفية والمالكية، فالمشرع التونسي وفق هذا المنظور لم يقيم بترجيح مذهب على الآخر بناء على قوة الدليل وعلى حسب قاعدة أصولية معلومة³.

وقد اعتبر المشرع الجزائري كذلك، الشاهدين من شروط صحة الزواج بموجب المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، بعد أن كان يعتبره ركن من أركانه من خلال المادة 09 من قانون 84-11، وما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذه الحالة أنه لم يذكر وظيفة الشاهدين في عقد الزواج حتى يتحقق الإشهاد باعتباره شرط صحة لعقد الزواج، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الزواج يعتبر فاسدا لعدم توفر شرط الإشهاد، ويصبح في هذه الحالة في حكم الزواج السري.

¹ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص. 44-45.

² م.ت، ق.ت.م، ع. 6924، ل 14-04-1970، ق.ت، ع. 1، 1971، ص. 59. مقتبس عن: فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص. 47.

³ ياسين بن علي، نقض مجلة الأحوال الشخصية، مجلة الزيتونة، تونس، ط. 1، 2011، ص. 30.

الإجابة بطبيعة الحال نجدتها في قانون الحالة المدنية الذي ألزم ضابط الحالة المدنية بضرورة حضور الشهود على مجلس العقد والإمضاء على عقد الزواج بصفتهم شهود له؛ ناهيك على أن اجتهاد المحكمة العليا في هذه الجزئية مستقر سواء في ظل قانون 84-11 أو تعديل 05-02، فالزواج يقوم على العلانية والإشهار، ولا يتحققا إلا من خلال الإشهاد على الزواج الذي يتم من خلال حضور الشهود مجلس العقد لتلقي التعبير عن الإرادة ومن العاقدين بالإضافة إلى قيمة الصداق المحددة في العقد، بالإضافة إلى ما اشترطه الزوجان في ظل الشروط الاتفاقية لعقد الزواج، حيث قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه: ... وأن الشهود أكدوا واقعة الزواج، مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي وهود وصداق... فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون¹.

غير أن هذا لا يشفع للمشرع الجزائري النقص التشريعي في هذه المسألة، فأقل تقدير أن يضيف «حضور» في شرط الشهود المنصوص عليه في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة².

وقد اعتبر المشرع الجزائري الزواج التام من غير شاهدين فاسدا يترتب عليه فسخ الزواج قبل الدخول، وإثباته بصداق المثل بعد الدخول. وقد اعتبر بعض الشراح أنه كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن ينتهج في هذه الجزئية الخاصة بالزواج التام من غير شاهدين، ما جاء به فقهاء المالكية، وهو أن يتم التفريق بين الزوجين مع احتساب طلقة واحدة، على أساس أن الزواج التام من غير شاهدين ما هو في الحقيقة إلا زواج سري³.

غير أنه لا يمكن القول بهذا الرأي خاصة إذا كان الزواج رسميا، إذ أشرنا مسبقا أن ضابط الحالة المدنية تحت طائلة العقوبات التأديبية ممنوع من إبرام عقود الزواج من غير شاهدين، هذا من جهة؛ كما لا يمكن القول به في الزواج العرفي من جهة أخرى، ذلك أن كل الدعاوى القضائية التي تهدف إلى إثبات الزيجات العرفية تشترط شاهدي إثبات تحت طائلة رفض الدعوى.

¹ م.ع، غ.أ.ش، م.ر: 210422، ل 17-11-1998، م.ق، ع.خ، 2001، ص.53.

² زازون أكلي، الإشهاد على الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة حوليات الجزائر، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018، ع.01، ص.27.

³ المرجع نفسه، ص.42.

الفرع الثالث: شروط الشهادة في عقد الزواج

حتى يتحقق الدور الفعال للشهادة في عقد الزواج، أحاطه الفقهاء بمجموعة من الشروط المتمثلة فيما يلي:

أولاً- الأهلية:

أجمعت كلمة الفقه على ضرورة توفر الشاهدين على الأهلية الكاملة التي تخولهم سماع كلام المتعاقدين من إيجاب وقبول وفهم المقصد منه، ولا تكون الأهلية كاملة إلا إذا كان الشخص بالغاً¹، على أساس أنه لا يتحقق الغرض من الشهادة المتمثل في الإعلان والوقاية من إنكار الزواج مستقبلاً إذا حضر العقد صبياً حتى ولو كان مميزاً. ناهيك عن ضرورة تمتع الشاهد بكل قواه العقلية حيث لا تصح شهادة المجنون².

وبخصوص التشريع الجزائري، تنص المادة 33 من قانون الحالة المدنية على أنه: «يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 19 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون تمييز فيما يخص الجنس ويتم اختيارهم من قبل الأشخاص المعنيين»³.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أغفل التطرق إلى الحالة الذهنية للشخص المقبل على الشهادة في عقد الزواج، خاصة إذا ما علمنا أن اختيار الشاهدين يكون من قبل الأشخاص المعنيين بعقد الزواج، كما يصعب على ضابط الحالة المدنية تقصي الحالة العقلية للشاهد خاصة إذا كان يعاني من جنون متقطع غير ظاهر للعيان. لذلك كان من الأجدر أن يضيف لشرط السن المقرر بـ 19 سنة أن يكون متمتعاً بكافة قواه العقلية.

¹ أشرنا فيما سبق أن البلوغ من الناحية الفقهية يقاس بمجموعة من الأزمات الطبيعية التي تظهر في الرجل والمرأة، وفي حالة تأخرها، يحسب بلوغ الشخص من خلال سن معينة تختلف الفقهاء في تحديدها بين الخامسة عشر والثامنة عشر؛ أما من الناحية القانونية فسن البلوغ بالنسبة للتشريع الجزائري هو 19 سنة للرجل والمرأة، أما بالنسبة للمشرع المغربي والتونسي فهو 18 بالنسبة للرجل والمرأة كذلك.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6562؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، ج.7، ص.9.

³ قانون رقم 14-08 المؤرخ في 13 شوال 1435، الموافق 9 غشت 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389، الموافق لـ 19-02-1970 والمتعلق بالحالة المدنية، ج.ر، ع.49، 24 شوال 1435، 20 غشت 2014، ص.4.

والحديث عن شروط الشاهدين بالنسبة للتشريع التونسي والمغربي يدفعنا إلى البحث في الشروط القانونية المطلوبة لممارسة عدول الإشهاد باعتبارهم المكلفين دون غيرهم بالإشهاد على الزواج، وعلى هذا الأساس، تشترط المادة 4 من القانون المتعلق بخطة العدالة المغربي أن يكون عدل الإشهاد بالغا 25 سنة كحد أدنى و45 سنة كحد أقصى مع مراعاة الاستثناءات القانونية المقررة لفئات خاصة معفاة من شرط السن. بالإضافة إلى ضرورة توفره على القدرة البدنية لممارسة المهنة. كما يستنتج من الشروط الواردة في الفصل 06 من القانون 60 المتعلق بتنظيم مهنة عدول الإشهاد التونسي أن يكون المترشح بالغا لسن الرشد المدني المقدر بـ 18 سنة، حيث أن في اشتراط أداء الخدمة الوطنية والحصول على شهادة علمية جامعية تقتضي من المترشح أن يكون بالغا 23 سنة على الأقل.

أما بخصوص القدرة العقلية لعدول الإشهاد وإن لم يشترطها كلا التشريعين، غير أنه يمكن اعتبارها شرطا مفترضا ذلك أن الشخص المتحصل على شهادة علمية جامعية يستحيل أن يكون مجنونا أو معتوها أو غير ذلك من عوارض الأهلية.

ثانيا- الإسلام:

أجمع الفقهاء على أن يكون الشاهدين مسلمين إذا كان الزوجين مسلمين¹، أما إذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية، فقد اختلف فيه بين رأي الجمهور من الفقهاء الذين استوجبوا ضرورة إسلام الشاهدين، بينما يرى الحنفية² بصحة الشهادة إذا كان أحد الشاهدين ذميا لجواز شهادة أهل الذمة بينهم. والسبب في اشتراط إسلام الشهود في نكاح المسلمين، لما لهذا العقد خطورة واعتبارا دينيا، فلا بد من أن يشهده مسلم، لينشر خبره بين المسلمين³.

¹ علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.253.

² وهو قول عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، بينما قال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز، لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر إذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج لأن العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المرجع السابق، ج.1، ص.186.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6565.

ويستند شرط الإسلام في الشاهدين لصريح قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾¹، وقوله أيضا: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾² والكافر ليس بعدل³. وفي السنة النبوية قوله ﷺ: {لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ}⁴.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، فلم يتضمن شرط إسلام الشاهدين في عقد الزواج، غير أنه استنادا لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي أشرنا فيما سبق إنه بإجماع الآراء الفقهية ينبغي شاهدين مسلمين إذا كان العاقدان مسلمين.

وباستقراء النصوص القانونية الواردة في القانون المغربي بخصوص شرط الإسلام في الشاهدين، نجد المادة 4 من القانون 03-16 المتعلق بخطة العدالة تنص على أنه: «يشترط في المرشح لممارسة خطة العدالة: 1- أن يكون مسلما مغربيا مع مراعاة قيود الأهلية المشار إليها في قانون الجنسية المغربية».

وفي هذا الصدد قضت محكمة الناظر الابتدائية على أن: «الزواج المدني دون حضور شاهدين رجلين مسلمين يكون قد أبرم خلافا لمقتضيات المادتين 13 و14 من مدونة الأسرة»⁵.

بالإضافة إلى المادة 14 من مدونة الأسرة التي أجازت لغير عدول الإشهاد حضور مجلس عقد الزواج بالنسبة للمغاربة المقيمين بالخارج، شريطة أن يكونا شاهدين مسلمين.

وفي حقيقة الأمر لا يمكن تصور عقد زواج بالمغرب بحضور شاهدين غير مسلمين؛ غير أن هذه الفرضية يمكن تصورها بالنسبة للزيجات المبرمة خارج المغرب، وعلى هذا الأساس تقرر المادة 60 من مدونة الأسرة أن: «كل زواج لم يتوفر على شروطه الشرعية هو زواج فاسد يفسخ قبل البناء ولا صداق فيه، ويصح بعده بصداق المثل».

¹ سورة النساء، الآية. 141.

² سورة الطلاق، الآية. 02.

³ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 569.

⁴ حديث سبق تخريجه، ص. 283.

⁵ المحكمة الابتدائية بالناظر، ع. 07-1-23، مجلة رسالة الدفاع، ع. 11، 2007. مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 19.

وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى تعقيبا على حكم المحكمة الابتدائية لبني ملال على أنه: «إن المحكمة كانت على صواب لما ردت دفع الطاعن بخصوص عقد الزواج المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية والذي ينعي عليه افتقاره إلى شرط إقامة الشاهدين بالخارج قبل إبرامه، ولشروط حضوره من شاهدين مسلمين...»¹.

أما بخصوص شرط الإسلام في التشريع التونسي، يستبعد أن يكون المشرع قد أخذه بعين الاعتبار في الشاهدين في عقد الزواج، ذلك أنه لا تعتبر من شروط ممارسة مهنة الإشهاد كما نص المشرع المغربي، حيث ينص الفصل 06 من القانون المتعلق بتنظيم مهنة عدول الإشهاد: «يشترط في المترشح للمهنة أن: - يكون ممتلكا للجنسية التونسية سواء أصلية أو مكتسبة لأكثر من 5 سنوات؛ - أن يكون متمتعا بكافة الحقوق المدنية والسياسية ونقي السوابق العدلية؛ - أن يكون متحصلا على الأستاذية في العلوم القانونية من إحدى كليات الحقوق أو شهادة أجنبية معادلة لها». والأمر نفسه، في حالة ما إذا تم إبرام الزواج أمام ضابط الحالة الدنية، بحضور شاهدين من أهل الثقة، وهو ما نص عليه الفصل 31 من القانون عدد 03 المتعلق بالحالة المدنية.

ونعتقد أن المشرع التونسي لما أقر بجواز ممارسة المهنة للأجانب الذين اكتسبوا الجنسية التونسية لمدة تفوق الخمس سنوات يستوي فيهم أن يكونوا مسلمين أو غير مسلمين. وعلى هذا الأساس، فإن هذا الأمر يعتبر مخالفا لما تقرر بإجماع الفقهاء، وفي ذلك تعطيل لأهم مقاصد الشريعة الإسلامية المتمثلة في حفظ الدين.

وفي حقيقة الأمر لا نستغرب من توجه المشرع التونسي في هذا الصدد، فإذا تحدثنا عن عدم اشتراط إسلام الشاهدين يعتبر أهون من عدم التنصيص على مانع زواج المسلمة بغير المسلم. وأقل ما يقال عن هذا التوجه أن فيه نوع من الهرولة في مواكبة الركب الديمقراطي الغربي خاصة الفرنسي الذي يعتبر المشرع التونسي خير حليف في تشريع النصوص القانونية الفرنسية في قانونه الداخلي خاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية.

¹ المجلس الأعلى المغربي، غ.أ.ش، ع. 181، ل 22-04-2009، م.ش، ع. 378-2-1-2008. الملحق رقم 38.

ثالثا- التعدد:

يقصد به تعدد الشهود لأكثر من شخص واحد، وهذا لصريح قوله ﷺ: { لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ }¹، وهو ما أجمع عليه الفقهاء؛ غير أن الحنفية اعتبروا بصحة الزواج الذي يتم بشاهد واحد في حالة ما إذا وكل الولي شخصا آخر ليزوج ابنته الصغيرة وحضر هذا الأخير إلى مجلس العقد، فيعتد بالوكيل في هذه الحالة كشاهد، أما إذا غاب الزوج فلا يصح العقد، كما يمكن أن يكون في حالة ما إذا حضر الولي مجلس عقد زواج ابنته البالغة بحضور شاهد واحد بشرط أن تكون ابنته حاضرة².

رابعا- الذكورة:

اختلف في هذا الشرط بين رأي الجمهور³ من الفقهاء الذين قالوا بعدم جواز شهادة النساء، وبمعنى أصح حتى ولو توفر عدده إلى أربع نساء. والأكثر من ذلك، حتى ولو كان رجل وامرأتين، وهذا راجع لخطورة عقد الزواج بخلاف المعاملات المالية التي تجوز فيها شهادة النساء، وعليه يستثنى من هذا الجواز شهادتهن في الحدود والنكاح والطلاق، واستدلوا بما رواه الإمام مالك عن الزهري أنه قال: { مَمْصُتُ السُّنَّةِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي الْخُدُودِ وَلَا فِي النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ }⁴.

في حين يرى الحنفية بجواز شهادة رجل وامرأتين في عقد الزواج، قياسا على جواز شهادة النساء في المعاملات المالية؛ فمتى توفرت أهلية المرأة لتحمل الشهادة وأدائها، فلا مانع من شهادتها في النكاح، وما قيل عن احتمال نسيانها أو غفلتها أو عدم تثبتها فهو أمر مقتصر على الحدود والقصاص درأ للشبهات التي قد ترتبط بشهادتهن، كما أن صيغة النكاح من إيجاب وقبول تتضمن معاوضة تتمثل في إيجاب الزوج ابتداء وغالبا ما يسمى فيه صداقا معيناً مقابل الاستمتاع⁵.

¹ حديث سبق تخريجه، ص. 283.

² كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج. 3، ص. 201 وما بعدها.

³ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، مكتبة الرياض، السعودية، ج. 2، ط. 2، 1400هـ، 1980م، ص. 906؛ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المرجع السابق، ج. 3، ص. 116؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج. 7، ص. 10.

⁴ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل...، المرجع السابق، ج. 7، ص. 43.

⁵ كمال بن الهمام، شرح فتح...، المرجع السابق، ج. 2، ص. 356.

ومن الناحية التشريعية، لم يتطرق المشرع الجزائري لشرط الذكورة في الإشهاد على الزواج، تاركا للقاضي الخيار من آراء الفقه الإسلامي، فقد أخذ القضاء الجزائري في ظل قانون الأسرة 84-11 بمذهب الجمهور في اشتراطهم الذكورة في الشهود وهو ما يلاحظ في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15-12-1988 على أنه: «والشهادة المعتبرة هي شهادة عدلين ذكرين ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية»¹.

في حين خالف قضاة النقض رأي الجمهور القائل بشرط الذكورة في الشاهدين في القرار الصادر عن المحكمة العليا 14-02-2007، آخذين برأي الأحناف الذي أجاز إلى جانب شهادة رجل، شهادة امرأتين من أقارب الزوجة وعلل حكمه كما يلي: «...حيث أن شهادة شاهدا وامرأتين وهما قريبتين للطاعنة «الزوجة» هي مقبولة شرعا وقانونا وفق أحكام المادة 2/64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية...»².

وفي الحقيقة، يعتبر هذا التوجه سليم من قبل قاضي الموضوع، على أساس أن المشرع المدني جعل للمرأة الشهادة في المعاملات المالية، فكان الأمر كذلك في الإشهاد على الزواج، كما أن هذا الجواز يتماشى والفلسفة المتبعة من قبل المشرع الأسري الذي أعطى للمرأة الولاية على نفسها بموجب المادة 11 من قانون الأسرة والتي تعتبر أشد خطورة من شهادتها على الزواج، فالأصل أن من امتلك الأكثر امتلاك الأقل. وهذا لا يعني أن رأي الجمهور هو رأي خاطئ، إذا أن الأساس الذي بني عليه اشتراطه للذكورة في الشاهدين، يرجع من جهة إلى القياس على الولاية. ومن جهة أخرى، خوفا من أن يفوت على المرأة سماع صيغة الإيجاب والقبول، خاصة إذا ما علمنا أن الزواج في تلك الحقبة كان رضائيا وأقصى طرق توثيقه كانت من خلال الشاهدين؛ أما وفي الوقت الحالي، وأمام إجراءات توثيق الزواج، فلا مجال للقول بعدم استيعاب صيغة الإيجاب والقبول، فكل شيء مدون في عقد الزواج المحرر من طرف ضابط الحالة المدنية.

¹ م.ع، غ.أ.ش، ل 15-12-1986، م.ر: 43889، م.ق، ع.02، 1993، ص.37.

² م.ع، غ.أ.ش، ل 14-02-2007، م.ر: 381880، م.م.ع، ع.2، 2007، ص.483.

وبالنسبة للمشرع المغربي فقد اشترط في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، الذكورة في الشاهدين؛ غير أن صدور مدونة الأسرة الجديدة والقانون 03-16 المتضمن خطة العدالة، أثار إشكالية ممارسة المرأة لخطة العدالة. فمن جهة، لم تتضمن مدونة الأسرة شرط الذكورة في الشاهدين؛ كما أن المواد 33 و34 و35 من القانون 03-16 أشارت إلى أن مهنة العدلين المنتصبين للإشهاد على الزواج، هي مهنة حرة، ويقومان بوظيفتهما وفقا للتشريع المغربي بدور الاشهاد على الزواج. ويختصان وحدهما دون غيرهما بتوثيق العقد من جهة أخرى¹.

وقد اعترف القضاء المغربي بشهادة المرأة على عقد الزواج لما قضت المحكمة الابتدائية بالناظور بقبول منح الصيغة التنفيذية للزواج المبرم أمام ضابط الحالة المدنية ببلدية بيزبي الفرنسية، واستندت المحكمة على عديد الحثيات: «وحيث يتعين التأكيد انطلاقا من مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وحظر التمييز بسبب الجنس كما هو مقرر في ديباجة الدستور والفصل 19 منه، على أن شهادة المرأة المسلمة مساوية في القيمة القانونية لشهادة الرجل ولا يجوز إهدار الشهادة أو التنقيص من قيمتها الإثباتية بسبب جنس الشاهد، وهذا الحكم يسري على جميع القضايا بما فيها قضايا الأسرة. وبصرف النظر عن أي خلاف فقهي في الموضوع فإنه لا عمل بأي رأي فقهي يناقض صريح الدستور علما بأن إحالة مدونة الأسرة على أحكام الفقه بموجب المادة 400 من مدونة الأسرة مقيدة بوجوب مراعاة مبدأ المساواة. وعلى هذا الأساس، وجب اعتبار شهادة امرأة ورجل في عقد زواج مبرم خارج المغرب محققة للشروط الشكلية المقررة في المادة 14 من مدونة الأسرة»².

وعلى منوال المشرع المغربي يقتصر الإشهاد على الزواج على عدول الإشهاد دون غيرهم، فالفصل 6 من القانون عدد60 المتعلق بتنظيم مهنة عدول الإشهاد، والذي لم يتضمن شرط الذكورة في المترشح المقبل على وظيفة عدل الإشهاد، كما أن الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية جاءت على عمومها بأن اشترطت شاهدي عدل.

¹ محمد الكشور، الواضح... المرجع السابق، ص.360

² المحكمة الابتدائية بالناظور، قسم قضاء الأسرة، ل 21-07-2014، م.ر:1560-11-2014، غير منشور. مقتبس عن: إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص.143.

وسواء تعلق الأمر بالتشريع التونسي أو المغربي فإنه من الممكن أن يتم الإشهاد على الزواج من قبل امرأتين، وهو الأمر المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية بصفة كلية، ذلك أن أيسر رأي أجاز شهادة النساء، ما جاء به فقهاء الحنفية الذين أجازوا شهادة رجل وامرأتان. وفي هذا تجاوز ومخالفة لحكم شرعي ثابت بصريح القرآن الكريم، إذ يقول المولى عز وجل: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَهُمَا الْأُخْرَى﴾¹.

وكان من الأجدر أن يضيف المشرع المغربي والتونسي في القوانين المنظمة لمهنة عدول الإشهاد شرط الذكورة على منوال الحنفية.

الحرية: اختلف الفقهاء في هذا الشرط بين الجمهور الذين اشتروا الشاهدين حرين لا عبيدين، خاصة أن هذا الأخير لا ولاية له على نفسه. في حين يرى الحنابلة بصحة شهادة العبيدين إذ لم يثبت نفيها لا في القرآن ولا في السنة النبوية ولا إجماع فيها بين الفقهاء²، وفي هذا يقول أنس بن مالك: ما علمت أحداً رد شهادة العبد، والله يقبلها على الأمم يوم القيامة، فكيف لا تقبل هنا؟ وتقبل روايته في الحديث عن النبي ﷺ إذا كان عدلاً ثقة، فكيف لا تقبل فيما دون ذلك؟ والمعول عليه في الشهادة الثقة بخبر الشاهد، فإذا كان العبد ثقة عدلاً فتقبل شهادته³.

ومن الناحية التشريعية، لا يمكن الاحتكام إلى هذا الشرط في الوقت الحالي نظراً لعدم وجود نظام الرق والاستعباد نهائياً، حتى بالنسبة للدول الإسلامية.

خامساً- العدالة ولو ظاهرة:

ومضمون هذا الشرط أن يتوفر الشاهدين على قدر من الكرم والاحترام والثقة الذي يتمتع به عقد الزواج، أما الشخص الفاسق والمنحرف فلا تزيد شهادته غير الانحطاط والإهانة والمهانة، وهو قول الجمهور من الفقهاء والمشهور عند الحنابلة، وفيما صح عند الشافعية استناداً لقوله ﷺ: {لَا نِكَاحَ

¹ سورة البقرة، الآية. 282.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 9، ص. 6564.

³ وقال أنس: {شَهَادَةُ الْعَبْدِ جَائِزَةٌ إِذَا كَانَ عَدْلًا}، وأجازه شريح فقال: {كُلُّكُمْ بَوْ عَيْدٍ وَإِمَاءٌ}، وزاراة بن أوفى، وقال بن سيرين: {شَهَادَتُهُ جَائِزَةٌ إِلَّا الْعَبْدَ لِسَيِّدِهِ}، وأجازه الحسن وإبراهيم في الشيء التافه. محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج. 52: كتاب الشهادات، باب شهادة الإماء والعبيد، د.ر.ح، ص. 173.

إِلَّا بُولِيٍّ مُزِيدٍ وَشَاهِدَيَّ عَدْلٍ¹، ولما كانت صفة العدالة والفسق تستبين من الصفات الظاهرة في تصرفات الشخص، فيعتبر الشاهد عدلا لو كان ظاهر تصرفاته مستورة حتى ولو كان فاسقا في سريره².

في حين قال الحنفية بعدم اشتراط العدالة في الشاهدين، إذ تستوي من العدل والفاسق ما دام أهلا لولاية نفسه، فيكون من أهل الشهادة أيضا³ وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لا يحرم على غيره لأنه من جنسه ولأنه صلح مقلدا فيصلح مقلدا⁴، وهو رأي نجده كذلك لدى الشيعة الإمامية على اعتبار أنهم لا يشترطون الشهادة في عقد الزواج ولا الولي إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة على الأصح، وإنما يستحب الإشهاد والإعلان والإظهار في النكاح الدائم⁵.

يستخلص شرط العدالة في التشريع المغربي والتونسي من خلال الوصف الذي أطلقاه على وظيفة الإشهاد والمتمثلة في «العدول» والتي تشتق من العدالة، وقد اعتبرا العدالة بمثابة الالتزام القانوني الذي يلتزم به العدول حتى يتسنى لهم ممارسة وظيفة الإشهاد فقد اشترطت المادة 4 القانون المتعلق بخطة العدالة المغربي في المترشح للوظيفة ب: «6- ألا يكون قد حكم عليه من أجل جنائية مطلقا، أو بحبس منفذ أو موقوف التنفيذ من أجل جنحة باستثناء الجنح غير العمدية، أو بغرامة ولو موقوفة التنفيذ من أجل جنحة تتعلق بالأموال؛ 7- ألا يكون مشطبا عليه بقرار تأديبي بسبب يمس شرف المهنة، أو الوظيفة المشطب عليه منها»، والفصل 6 من القانون 60 المتعلق بمهنة عدول الإشهاد الذي اشترط على المترشح نقاء صحيفة سوابقه العدلية من الجرائم خاصة تلك الماسة بالشرف. إضافة إلى ما تضمنته الفقرة 02 من الفصل 03 التي اشترطت في العدول أن يكون من أهل الثقة.

¹ حديث سبق تخريجه، ص. 283.

² محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج. 6، ص. 385.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 9، ص. 6564.

⁴ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المرجع السابق، ج. 1، ص. 185.

⁵ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، المرجع السابق، ص. 194.

بالإضافة لما سبق يلتزم عدول الإشهاد بأداء اليمين قبل الشروع في المهنة، وهو ما نصت عليه المادة 10¹ من القانون المتعلق بخطة العدالة المغربي، والفصل 209² من القانون 60 المتعلق بمهنة عدول الإشهاد التونسي. كما اشترط الفصل 31 من قانون الحالة المدنية التونسي أن يكون الشاهدين من أهل الثقة، ولعل استخدام المشرع لهذا المصطلح -الثقة- فإنه يتجه إلى المدلول المراد به من عدالة الشاهدين وعدم انكارهم لما تلقوه في مجلس عقد الزواج.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فلم يتطرق إلى شرط العدالة في الشاهدين خاصة أن اختيارهما على خلاف التشريع المغربي والتونسي يكون من قبل المعنيين بإبرام عقد الزواج، كما أنه لن يتسنى لضابط الحالة المدنية التحري عن مدى عدالة الشاهد في عقد الزواج. وبالتالي، فإن تقرير هذا الشرط يكون من خلال الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي تطبيقاً للمادة 222 من قانون الأسرة، ولعل رأي الأحناف هو الأقرب لفلسفة المشرع الجزائري في هذه الحالة.

كما أنه لا إشكال بخصوص عدالة الشاهدين لما يبرم عقد الزواج أما ضابط الحالة المدنية، إذ إن هذا الأخير يقوم بتدوين ما تلقاه الشاهدين بمناسبة تعبير المعنيين بالزواج عن إرادتهما، في عقد الزواج الرسمي مما يصعب على الشاهدين إنكاره. والأكثر من ذلك، ففي حالة النزاع يتم العودة إلى وثيقة الزواج دون الحاجة إلى الشاهدين ما لم يطلب القاضي الرجوع إليهما في حالة الشك في المعلومات الواردة في وثيقة الزواج.

غير أن عدالة الشاهدين التي تطلبها جمهور الفقهاء، تشتت في حالة النزاع القائم بين الزوجين إذا كنا أما زواج عرفي مما يجعل صحة عقد الزواج من عدمه متوقفة على مدى قوة الوازع الديني والأخلاقي للشاهدين في هذه الحالة.

¹ تنص المادة 10 على أنه: «يؤدي العدل بعد ترسيمه وقبل الشروع في مهامه اليمين التالية: «أقسم بالله العظيم أن أؤدي بكل أمانة وإخلاص المهام المنوطة بي، وأن أحافظ كل المحافظة على أسرار المتعاقدين، وأن أسلك في ذلك كله مسلك العدل المخلص الأمين».

² ينص الفصل 9 على أنه: «يؤدي عدل الإشهاد قبل أن يباشر مهامه أمام محكمة الاستئناف التي بها مركز انتصابه اليمين التالية: «أقسم بالله العظيم أن أباشر مهامي بإخلاص ونزاهة وأن أحافظ على شرف المهنة وعلى السر المهني».

سادسا- السمع:

يعتبر من أهم الشروط الذي أجمع الفقهاء على ضرورتها، فلولاها لما تحقق الغرض من الإشهاد على الزواج، خاصة وأن القصد منه أساسا هو إعلان الزواج لعامة الناس وحماية الحقوق الزوجية في حالة إنكاره واجحاده، لذلك لا يصح الزواج بشهادة نائمين أو أصميين؛ لأن الغرض من الشهادة لا يتحقق بأمثالهما¹. كذلك لا يصح بشهادة السكران الذي لا يعي ما يسمع ولا يتذكره بعد الصحو. ولا يصح أيضا بشهادة غير عربي في عقد بالعربية إذا كان لا يعرف اللغة العربية؛ لأن القصد من الشهادة فهم كلام العاقدين.

ويرى بعض أهل العلم صحة الشهادة من الأخرس إذا كانت إشارته مفهومة وقاطعة الدلالة على المراد، ولا سيما إذا كان يستطيع أن يكتب ما يريد².

سابعا- البصر:

يثير هذا الشرط مدي صحة شهادة الأعمى على عقد الزواج، اختلافا بين الجمهور من المالكية³ والحنابلة⁴ وقول لدى الشافعية⁵ والحنفية⁶ الذين يروا بصحة شهادة الأعمى لورود الشهادة على القول المسموع، بشرط أن يعي الشخص الأعمى بشكل قاطع صوت المتعاقدين، ويكون له هذا إذا ما كانت تربطه علاقة قرابة بالمقبلين على الزواج، أو يكون جارا لهما أو زميلا لهما في العمل⁷.

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6565.

² أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، ج.2، ص.35. موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.11.

³ أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، المرجع السابق، ج.2، ص.35.

⁴ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف...، المرجع السابق، ج.6، ص.426.

⁵ عبد الكريم الرافي القزويني، العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية بيروت، ج.13، ط.1، 1417هـ، 1997م، ص.58.

⁶ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.16، ص.129.

⁷ أحمد علي طه ريان، المرجع السابق، ص.132.

أما المشهور عند الحنفية¹ والشافعية²، فعدم صحة الشهادة من الأعمى على عقد النكاح لتشابه الأصوات؛ إذ يصعب التحقق من أصوات المتعاقدين في أثناء تحمل الشهادة وفي أثناء أدائها.

ويرى بعض الفقه المتأخر بأن رأي الجمهور أولى بالاعتبار إذا أخذت القيود التي قيد بها رأيه مأخذ الجد؛ لأن الشأن في صوت القريب أو الصديق أو الشريك وأمثالهم، أنه لا يخفى على صديقه أو قريبه أو من كان يتعامل معه، مهما تباعدت بينهما المسافات أو الأزمات، ومن باب أولى إذا استمرت الإقامة في حي واحد أو بلد واحد من حين تحمل الشهادة إلى حين أدائها³.

غير أنه أمام الإجراءات الإدارية المستحدثة في عقود الزواج من الناحية الإدارية في التشريعات المغربية، تحتم أن يكون الشاهد مبصراً خاصة إذا ما علمنا أنه كثيراً ما يشهد عقود الزواج أشخاص غرباء بالنسبة للزوجين.

وأمام ما سبق بيانه، يذهب الحنفية إلى اعتبار الزواج المبرم من غير حضور شاهدين هو زواج فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده وتحسب طلاقه بائنة. والأكثر من ذلك، يقام عليهم الحد إذا أقرا بالدخول والوطء أو ثبت بيينة، إذا لم يكن سائداً بين الناس الدخول مباشرة بعد العقد، وقد قرر أصحاب هذا الرأي تطبيق الحد سداً لذريعة الفساد ودرءاً للوقوع في شبهة الزنا⁴، ويعتبر الزوجان في هذه الحالة قد تزوجا زوجاً سرياً⁵.

أما بالنسبة للمالكية وإن أقروا بصحة الزواج من غير شاهدين، غير أنهم اعتبروا مسألة إعلان وإشهار الزواج من خلال الوليمة مسألة دينية بحثة تقوي من جانب الإشهاد على الزواج، حتى يتسنى لكل شخص حضرها أن يكون شاهداً على ثبوت الزوجية حالة النزاع أو الاستنكار ودرءاً لشبهة الزنا

¹ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.16، ص.129.

² عبد الكريم الرفاعي القزويني، المرجع السابق، ج.13، ص.58.

³ أحمد علي طه ريان، المرجع السابق، ص.132.

⁴ كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج.3، ص.192.

⁵ محمد بن عبد الله الخرشني، المرجع السابق، ج.3، ص.168.

والسفاح¹، وهذا هو الغرض من أمر رسول الله ﷺ الصحابي الجليل عبد الرحمن بن عوف بقوله: {أُولِمَ وَوَلُو بِشَاةً}².

وعلى الرغم من ضرورة الإشهاد على الزواج وإعلانه بالنسبة للمالكية، فإن الزواج من غير شاهدين صحيحا ولا يعتبر زواجا سريا خلافا للجمهور. فالزواج السري حسبهم، هو الذي يتم بحضور شهود، غير أنهم يؤمرون بكتمان الزواج ولو تخطى عدد الشهود ما يمتلئ به الناس في المسجد، ويعتبر الزواج فاسدا في هذه الحالة ويفسخ بالطلاق قبل الدخول وبعده وتحتسب طلقة بائنة³.

المطلب الثاني

الموانع الشرعية لعقد الزواج

الموانع في اللغة من المنع، يقال مَنَعَهُ يَمْنَعُهُ وَمَنَعَهُ فَاَمْتَنَعَ مِنْهُ وَمَتَّعَ، ورجل مَنُوعٌ مَانِعٌ وَمَنَاعٌ: وهو الضنين المسك، يقول تعالى: ﴿مَّنَاعٌ لِلْخَيْرِ مُعْتَدٍ أَثِيمٌ﴾⁴ ويقول: ﴿إِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا﴾⁵؛ وَمَنِيْعٌ لا يخلص إليه في قوم منعاء؛ والاسم المنعة والمنعة، ورجل ممنوع يمنع غيره، ورجل منع يمنع نفسه، والمنيع أيضا الممتنع، والممنوع الذي منع غيره، وهو أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده، وهو خلاف الإعطاء، ويقال هو تحجير الشيء⁶.

ومن الناحية الاصطلاحية، عرفه الفقهاء بأنه ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم. ويكون إما مانعا للحكم، وهو الوصف الظاهري الذي يقتضي نقيض حكم السبب مع بقاء الحكم المسبب؛ أو يكون المانع لسبب الحكم، وهنا يعتبر وصف يخل وجوده بحكمة السبب، وسمي

¹ خليل بن إسحاق الجندي، مختصر خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط.1، 1426هـ، 2005م، ص.113.

² أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.16: كتاب النكاح، باب الصداق، ح.ر: 1427، ص.1042.

³ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبو بكر القرطبي، المرجع السابق، ج.3، ص.120.

⁴ سورة القلم، الآية.12.

⁵ سورة المعارج، الآية.21.

⁶ ابن منظور، المرجع السابق، ج.8، ص.343.

الأول مانع الحكم لأن سببه مع بقاء حكمته لا يؤثر؛ أما الثاني، مانع السبب، لأن حكمته فقدت مع وجود صورته فقط¹.

كما ينبغي الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي المتقدم أشار إلى موانع الزواج تحت مسمى المحرمات من النساء؛ وهذا في الأساس راجع إلى أنهم يعتبرون المرأة هي المحل في عقد الزواج²، غير أن ما يحرم على الرجل من النساء فهو محرم على المرأة من الرجال، وقد أورد الفقهاء في تعريفهم للمحرمات من النساء، بأنهم الفئة التي لا تكون محلا لإبرام عقد الزواج³.

وترتبط موانع الزواج بمجموعة من الأسباب، تنقسم بين أسباب مؤبدة (الفرع الأول)، وأخرى مؤقتة (الفرع الثاني)، وقد جعلها المولى عز وجل في صريح كتابه الشريف في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعُمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضْعَةِ وَأُمَّهُتِ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَخَالَاتُكُمُ اللَّاتِي مِّنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنَّ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾⁴.

¹ تقي الدين بن النجار، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي، مكتبة العبيكان، الرياض، ج.4، ط.2، 1418هـ، 1997م، ص.41-42.

² على الرغم من بعض الاختلافات التي أوضحناها فيما سبق، بين من يعتبر الزوجة في حد ذاتها هي محل العقد، وبين من يعتبر الاستمتاع هو المحل، وهو الأساس الذي قرره بعض الفقهاء بخصوص حق الزوجة في الامتناع عن زوجها في حالة ما إذا لم تقبض كل المهر إذا لم يتم الاتفاق مسبقا على اعتباره مؤجلا.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6624.

⁴ سورة النساء، الآية.23.

الفرع الأول: الموانع المؤبدة

يتحقق المنع من الزواج على سبيل التأييد¹ إما نَسَبًا (أولاً)، وهو ما يعرف بالقرابة النسبية، حتى أننا نصلح عليها في وقتنا الحالي القرابة المحرمة؛ أو سَبَبًا (ثانياً) يقتضي معه علة يتحقق معها المنع وتكوم في حالتين، تتمثل الأولى في المصاهرة، والثانية في الرضاع.

وقد عدّ الفقهاء المحرمات على سبيل التأييد بخمس وعشرون: سبع من النسب، وسبع من الرضاع، وأربع بالمصاهرة. ونساء النبي ﷺ، والملاعنة والمنكوحه في العدة².

أولاً- المانع النسبي:

المحرمات بسبب النسب على سبيل التأييد هن النساء اللاتي تحرم على الرجل بالقرابة النسبية، وتنحصر في ثلاث أنواع:

1. أصول الرجل من النساء وإن علوا:

وهن: الأم؛ والجدة: أم الأم، وأم الأب، لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾³، وإن كانت الآية الكريمة قد أشارت إلى الأم دون غيرها من الأصول، غير أنها في اللغة تطلق على من ولدت الرجل، فينتسب إليها حقيقة، أو من ولدت والدي الرجل سواء من جهة أمه أو أبيه، فينتسب إليهم مجازاً⁴. كما يتأكد تحريم الأصول بصفة قاطعة لما حرم المولى عز وجل العمة والخالة في قوله: ﴿...وَعَمَّاتُكُمْ﴾

¹ التأييد من الأبد، وهو الدهر، والجمع أباد وأبود، وأبد أييد: كقولهم دهر دهير، ولا أفعل ذلك أبدأ الأبيد وأبد الأباد، وأبد الدهر وأبد الأبدية وأبد الأبدين، والأبد: الدائم والتأييد التخليد، وأبد بالمكان، يأبد بالكسر، أبودا: أقام به ولم يبرحه، وأبدت به أبودا. ابن منظور، المرجع السابق، ج.3، ص.68.

أما من الناحية الاصطلاحية، فهو تقييد التصرف بالأبد، وهو الزمان الدائم بالشرع أو العقد، ويقابله التوقيت والتأجيل، فإن كل منهما يكون إلى زمن ينتهي. نور الدين بولحية، فقه الأسرة برؤية مقاصدية، دار الأنوار، د.ب.ن، ج.2: عقد الزواج وشروطه، ط.2، 1436هـ، 2015م، ص.80.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6625.

³ سورة النساء، الآية 23

⁴ نور الدين بولحية، المرجع السابق، ج.2: عقد الزواج وشروطه، ص.88.

وَحَلَّائِكُمْ...¹، فأمهاتهم-أي أم الأم، وأم الأب- أولى بالتحريم² K فالقاعدة في هذا التحريم أن كل من لها عليك ولادة فهي عليك حرام³.

2. فروع الرجل من النساء وإن نزلن:

وهي البنت وبنت البنت، وبنت الابن وإن نزل، لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ... وَبَنَاتِكُمْ...﴾⁴، وعليه يحرم على الرجل الزواج من ابنته، سواء كان نسبها إليه شرعياً، أو كان نسبها إليه طبيعياً بأن ولدت نتيجة سفاح، على أساس أن قوله تعالى جاء على عمومه⁵

ويدخل في حكم قوله تعالى: ﴿... وَبَنَاتِكُمْ...﴾، بنت الابن وبنت البنت وإن نزلن، فالقاعدة العامة أنه كل من لك عليها ولادة فهي عليك حرام⁶.

غير أنه، انفرد الشافعية برأي مفاده جواز نكاح الرجل لابنته من زنا مع كراهته، ويرروا مذهبهم أن هذه البنت أجنبية عنه، على أساس عدم ثبوت أحكام النسب بينهم؛ بينما كراهة هذا الزواج راجع لأن هذه البنت مخلوقة من ماء الرجل فلو تيقن من ذلك، حرمت عليه، وهو رأي في المذهب، غير أن المشهور لديهم، هو عدم حرمة على أبيها الطبيعي حتى ولو تيقن بأنها من مائه؛ وفي الجهة المقابل لا شك بحرمة بن الزنا عن أمه الطبيعية⁷.

في حين لا يجوز مطلقاً نكاح البنت المنفية باللعان من قبل ملاحنها، وهذا الأمر يستوي في حالتين؛ تتمثل الأولى في أنه لو صحت ملاحنته ولم تكن ابنته فهي ربيته من امرأة مدخول بها بزواج شرعي. أما الحالة الثانية، فتتمثل في احتمالية كذب الملاحن فتكون البنت في هذه الحالة ابنته الشرعية⁸.

¹ سورة النساء، الآية.23.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.257.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج.1، ص.455.

⁴ سورة النساء، الآية.23.

⁵ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.257.

⁶ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج.1، ص.455.

⁷ عبد الكريم الرافعي القزويني، المرجع السابق، ج.8، ص.30.

⁸ المرجع نفسه، ص.31.

3. فروع الأبوين أو أحدهما وإن بعدت الدرجة:

وهي ما تعرف بقرابة «الحواشي»، وهن الأخوات الشقيقات أو لأب أو لأم، وبناتهن، وبنات أولاد الإخوة والأخوات وإن نزلن¹، لقوله تعالى: ﴿...وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ...﴾²، والمبدأ في هذا التحريم، هو أنه كل من لأخيك عليه ولادة فهي عليك حرام، سواء كان الأخ شقيق أو لأب أو لأم³.

بينما فروع الجد والجدة سواء من جهة الأب أو الأم فلا يحرم منه إلا الدرجة الأولى، ويتمثلن في العمات والخالات، والقاعدة العامة في هذا التحريم أنهن يشتركن مع الأب أو الأم في أصلهم، ونفس الحكم بالنسبة لعمة أو خالة الأب أو الأم وإن علوا⁴، لدخولهم في حكم قوله تعالى: ﴿...وَعَمَّاتِكُمْ وَخَالَاتِكُمْ...﴾، غير أن التحريم لا يشمل فروعهم، إذا يجوز الزواج بابنة العمّة أو الخالة وإن نزلوا⁵، وجواز نكاحهم راجع لأمرين؛ يتمثل الأول، في أن هذه الفئة تدخل في حكم قوله تعالى: ﴿...وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ...﴾⁶. أما الثاني، فيتمثل في تعميم ما أحله الله عز وجل لنبيه الكريم في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحَلَّلْنَا لَكَ زَوْجَكَ الَّتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾، إلى قوله عز وجل: ﴿...وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ الَّتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ...﴾⁷، على كافة أمته لعدم وجود علة التخصيص بالنبي الكريم وحده دون سائر الخلق⁸، كما هو الحال في ما خص المولى عز وجل رسوله الكريم ﷺ في قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤَمَّنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁹.

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6626.

² سورة النساء، الآية.23.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج.1، ص.456.

⁴ أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، المرجع السابق، ج.2، ص.156.

⁵ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.4، ص.60.

⁶ سورة النساء، الآية.24.

⁷ سورة الأحزاب، الآية.50.

⁸ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.257.

⁹ سورة الأحزاب، الآية.50.

4. موقف التشريعات المغاربية:

تضمنت المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والمادة 13 من مدونة الأسرة المغربية شرط انتفاء الموانع الشرعية في الزوجين، باعتبارهم من شروط صحة عقد الزواج.

في حين لم تتطرق مجلة الأحوال الشخصية التونسية لهذا الشرط أثناء نصها لشروط صحة الزواج في الفقرة 02 من الفصل 03 منها. غير أنها عنونت الفصل 14 بموانع الزواج.

وما ينبغي الإشارة إليه في هذه الحالة أن التشريعات المغاربية للأسرة اعتمدت على ما هو ثابت في الشريعة الإسلامية في تقريرها لموانع الزواج المؤبدة بموجب المادة 23 من قانون الأسرة، والمادة 35 من مدونة الأسرة، والفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية.

وقد اعتبر الفصل 15 من مجلة الأحوال الشخصية والمادة 36 من مدونة الأسرة المحرمات بالقربة هم: أصول الرجل وفصوله وأول أصوله وأول فصل من كل أصلو إن علا.

في حين عرف المشرع الجزائري المحرمات بالقربة من خلال الإشارة إليهم بصفة ذاتية حيث اعتبرت المادة 25 من قانون الأسرة المحرمات بالقربة هم الأمهات والبنات والأخوات والعمات والحالات وبنات الأخ وبنات الأخت.

والملاحظ من هذا التوجه أن التشريعات المغاربية اعتبرت هذا المانع من المسائل الثابتة شرعا وقانونا ولا يجوز مخالفتها. على اعتبار أنها ترتبط بحكم شرعي مقرر من خلال نص قرآني صريح لا يقبل التأويل.

غير أنه تغافل عن التطرق إلى مسألة وإن كانت نادرة، غير إن لها من الأهمية التي تمنع المقبل على الزواج الوقوع في الحرام، ألا وهي الحالة التي انفرد الشافعية بإجازتها والمتمثلة في زواج الرجل من ابنته من زنا-غير الشرعية-، على أساس أنه من المتوقع حصول هذه الحالة في الوقت الحالي، خاصة أمام انخفاض الوازع الديني.

وفي حقيقة الأمر، لا يمكن القول بالأخذ برأي الشافعية، وذلك لقوة الدليل الذي جاء به جمهور الفقهاء من جهة. ومن جهة أخرى، فإن النصوص القانونية جاءت عامة ولم تحدد إذا ما كانت البنت

شرعية أم غير شرعية. وبناء عليه لا ينبغي أن يتوسع القاضي في تفسير النصوص القانونية، إذ يلتزم بتطبيق النص كما هو وارد على عمومته.

ثانياً- المنع السببي:

يستلزم المانع السببي أفعالاً وأسباباً مادية تتحقق بها القرابة التي تكون محلاً للتحريم الأبدي، والتي تتمثل في المصاهرة (1)، والرضاع (2).

1. المحرمات بسبب المصاهرة:

فأما المصاهرة فيحرم بها أربعة أنواع أيضاً:

أ. أصول الزوجة:

يحرم على الرجل الزواج بأم امرأته، وأم أمها وجدتها بمجرد العقد على البنت وإن لم يدخل بها. ولهذا الأساس، تم تخريج قاعدة العقد على البنات يحرم الأمهات، والدخول بالأمهات يحرم البنات، لِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿...وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ...﴾¹، وهو قول الجمهور من الفقهاء². غير أن بعض الفقه يعتقد بوجود الدخول بالزوجة حتى يتحقق تحريم أم الزوجة على وجه قطعي وصريح، فلو تزوجها ثم طلقها قبل الدخول فلا تقع حرمة أصلها³.

وقد أسسوا توجههم على قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَّائِكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمُوهنَّ﴾⁴، حيث يستدل من هذه الآية أن قوله تعالى: ﴿...الَّتِي دَخَلْتُمُوهنَّ﴾، تعود على أم الزوجة وبنت الزوجة -الربيبة-، على أساس أن هذه الأخيرة جاءت معطوفة على الأولى. وبالتالي، يسقط حكم الدخول على كليهما. غير أن هذا التعليل وإن كان صحيحاً نسبياً من الناحية اللغوية، إلا أن

¹ سورة النساء، الآية. 23.

² حيث يرى الإمام الشافعي أن هذا هو قول غالبية الصحابة رضوان الله عليهم، فقد سئل زيد بن ثابت عن رجل تزوج امرأة ففارقها قبل أن يصيبها هل تحل له أمها؟ فقال بالنفي لأن الأم مبهمة لا شرط فيها. محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج. 5، ص. 26.

³ وهو قول، الإمام مالك وداوود والأصفهاني ومحمد بن شجاع البلخي وبشر المريسي. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج. 2، ص. 258.

⁴ سورة النساء، الآية. 23.

قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ...﴾، كلام تام معطوف على ما قبله، وهو قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...﴾، لذلك فإن اشتراط الدخول يرتبط فقط بالربائب لا بأمهات النساء¹.

وقد أضاف الحنفية أن حرمة أم الزوجة بالعقد إذا كان صحيحا، أما إذا كان فاسدا فلا يتحقق التحريم ما لم يتم الدخول².

ب. فروع الزوجة:

أجمع الفقهاء على أن العقد بالمرأة من غير دخول، لا يجرم ابنتها لقوله تعالى: ﴿...وَرَبَائِكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ...﴾³، وبناء على هذه الآية الكريمة يقع جواز النكاح حتى ولو كانت الربيبة ساكنة في بيت زوج أمها⁴، على أساس أن قوله تعالى: ﴿...فِي حُجُورِكُمْ...﴾، كأنه يقول للزوج: إنها كبنتك التي تربت في حجرك⁵.

كما يدخل في حكم الآية سالفة الذكر، بنات البنات وبنات الأبناء وإن نزلن، وعليه لا تحرم الربيبة ولا شيء من بناتها أو بنات أبنائها إلا بالدخول بالأم أو التلذذ بشيء منها⁶. لقوله تعالى: ﴿...فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ...﴾⁷.

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.258؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج.1، ص.457.

² كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج.3، ص.210.

³ سورة النساء، الآية.23.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6628.

⁵ المرجع نفسه، ص.6627؛ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.4، ص.60.

⁶ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج.1، ص.457؛ موفق الدين بن قدامة، الكافي...، المرجع السابق، ج.3، ص.27؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.117.

⁷ سورة النساء، الآية.23.

ومن السنة النبوية عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، عن رسول الله ﷺ أنه قال: {إِذَا نَكَحَ الرَّجُلُ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ ابْنَتَهَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْأُمَّ} ¹، ولعل الحكمة في جواز نكاح بنت الزوجة بالعقد على أمها، راجع إلى أن فطرة الأم تتجه دائما إلى إثارة ابنتها على نفسها في الحظوظ والحقوق، فإذا لم يقع دخول بالأم، فلا مانع من العقد على البنت، أما إذا تم الدخول فقد تأكدت المودة بين الزوجين، مما قد ينجم عنه في حالة الطلاق من الأم والزواج بالبنت، من قطيعة بين الأم وابنتها ².

ج. زوجات الأصول:

يستمد هذا النوع حكمه الشرعي بالتحريم القاطع من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا (22)﴾ ³، وتظهر حكمة هذا التحريم من خلال عدة أوجه. إذ أن زوجة الأب بمثابة الأم؛ كما أنه من غير المعقول أن يخلف الابن أباه، مما يترتب عليه الكره والقطيعة بين الأب وابنه كما هو الحال في الزواج بأصول الزوجة؛ بالإضافة إلى تفادي شبهة ميراث زوجة الأب، وهو الأمر الذي كان سائدا في زيجات الجاهلية التي حرّمها الإسلام ⁴، حيث كان أكبر ولد الزوج يخلف أبيه على امرأته، فحرم الله عز وجل أن ينكح الشخص ما نكح أباه إلا ما قد سلف أي قبل علمه بالتحريم، وقد أقر النبي ﷺ استثناء هذا النوع من الزواج الذي امتد من الجاهلية إلى الإسلام ⁵.

ويراد بقوله تعالى سالف الذكر العقد من غير دخول، ذلك أن لفظ النكاح في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ...﴾ يقع على العقد والوطء، فيشمل التحريم كلاهما ⁶. ناهيك على أنه يثبت

¹ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بمعناه، وقال: لا يصح، وإنما رواه عن عمرو بن شعيب: المثني بن الصباح وابن لهيعة وهما ضعيفان. محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.9: أبواب النكاح، باب ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل يتزوج ابنتها أم لا، ح.ر: 1117، ص.417.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.258.

³ النساء، الآية 22

⁴ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.5، ص.26.

⁵ المرجع نفسه، ص.27.

⁶ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.260.

التحريم بالوطء في شبهة أو في زواج فاسد، حتى ولو كان باللمس عن شهوة¹ أو النظر إلى فرجها بشهوة من غير جماع، كما تثبت حرمة المصاهرة بالزنا²، في حين يحل الزواج من رباب الآباء، لأنهم في حكم قوله تعالى: ﴿وَأَجِلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾³.

د. حالات الأبناء:

يقول المولى عز وجل في هذا: ﴿...وَحَلَائِلُ أَبْتَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾⁴، وعليه تحرم زوجة الابن على الأب تحريماً أبدياً مطلقاً، سواء دخل بها أم لم يدخل؛ سواء كان الأب بمفهومه الحقيقي أو بمعناه المجازي وهو أب الأب وأب الأم وإن علوا. وفي الجهة المقابلة يشمل التحريم زوجة الابن وابن الابن وابن البنت وإن نزلوا، سواء كانت الأبوة نسبية أو بسبب الرضاع⁵، وتفسير قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾، هو بيان حل زوجة الابن المتبنى⁶، لا لحرمة زوجة الابن من الرضاعة، على أساس أن ما يحرم من النسب يحرم من الرضاعة، كما أن النبي ﷺ تزوج زينب بنت جحش التي كانت زوجة زيد بن حارثة الذي كان قد تبناه رسول الله ﷺ، فقال الله عز وجل: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا﴾⁷، وقال أيضاً: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَحَاشَ النَّبِيِّينَ﴾⁸ وقوله أيضاً: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ الَّتِي تَظَاهَرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَائِكُمْ أَبْتَاءَكُمْ ذَلِكَ بِأَقْوَابِهِمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ (4) أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ

¹ وقال الشافعية بأنه لا تثبت حرمة المصاهرة بالنظر بشهوة دون اللمس، على أساس أن المشهور عندهم هو عدم ثبوت حرمة

المصاهرة بالزنا. محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.5، ص.26.

² كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج.3، ص.211؛ أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.2، ص.403.

³ موفق الدين بن قدامة، الكافي...، المرجع السابق، ج.3، ص.28.

⁴ سورة النساء، الآية 23

⁵ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.5، ص.26؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.116؛

أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.2، ص.403؛ مالك بن أنس، المدونة...، المرجع السابق، ج.2، ص.197؛ علاء الدين أبو

بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.260؛

⁶ عبد الكريم الراعي القزويني، المرجع السابق، ج.8، ص.34.

⁷ سورة الأحزاب، الآية.37.

⁸ سورة الأحزاب، الآية.40.

جُنَاحَ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا (5) ﴿١﴾، وذلك أن اليهود والمنافقين قالوا لما تزوجها رسول الله ﷺ، فقد تزوج حليلة ابنه وقد كان ينهى عن ذلك، فأنزل الله عز وجل في ذلك ما أنزل تكذيباً لهم ورداً لقولهم وإجازة لما فعله النبي ﷺ².

وبالإضافة إلى ما سبق، يلحق بجرمة المصاهرة على قول الحنفية³ كما تقدم، بالعقد الصحيح أو بالدخول، سواء بعقد فاسد كالزواج بغير شهود، أو الدخول بالمرأة بناء على شبهة، كمن زفت إليه امرأة أخرى غير التي عقد عليها، وقيل له: إنها زوجته، فدخل بها، بناء عليه، ثم تبين أنها ليست زوجته التي عقد عليها ولم يكن قد رآها، وهي التي تسمى بالمرأة المزفوفة.

وكذلك أحقوا مع الحنابلة⁴ الزنا، ومقدماته من تقبيل ومس بشهوة، فقالوا، بأنه تثبت حرمة المصاهرة بالزنا والمس والنظر بدون النكاح والملك وشبهته؛ لأن المس والنظر سبب داع إلى الوطء في مقامه احتياطاً، وألحق الحنابلة اللواط بالزنا، فقالوا بأن الحرام المحض وهو الزنا الذي يثبت به التحريم، ولا فرق بين الزنا في القبل والدبر؛ لأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وجد في الزوجة والأمة.

ويترتب على هذا الرأي، أنه يحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا وأخته، وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه وأخته من الزنا، وتحرم أمها وجدتها، فمن زنى بامرأة حرمت عليه بنتها وأمها. ولو زنى الزوج بأم زوجته أو ببنتها، حرمت عليه زوجته على التأييد⁵.

واستدلوا بما روي أن رجلاً قال: { يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي زَنَيْتُ بِامْرَأَةٍ فِي الْجَاهِلِيَّةِ أَفَأُنْكَحُ ابْنَتَهَا؟ قَالَ ﷺ: لَا أَرَى ذَلِكَ، وَلَا يَصْلُحُ أَنْ تُنْكَحَ امْرَأَةٌ تَطَّلَعُ مِنْ ابْنَتِهَا عَلَى مَا تَطَّلَعُ عَلَيْهِ مِنْهَا }⁶. كما إن الزنا سبب للولد،

¹ سورة الأحزاب، الآية 4-5.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج.1، ص.457.

³ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.260.

⁴ المرجع نفسه؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.119.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6630.

⁶ حديث مرسل ومنقطع. كمال بن الهمام، المرجع السابق، ج.3، ص.221.

فيثبت به التحريم قياسا على غير الزنا، وكون الزنا حراما لا يؤثر، بدليل أن الدخول بالمرأة بناء على عقد فاسد تثبت به حرمة المصاهرة بالاتفاق، وإن كان الدخول حراما¹.

في حين قال المالكية في مشهورهم والشافعية، بألا حرمة للمصاهرة بالزنا والنظر والمس، فمن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها، ولا الزواج بأمرها أو بنتها واستدلوا بأن النبي ﷺ سئل عن رجل زنى بامرأة، فأراد أن يتزوجها أو يتزوج ابنتها، فقال: {لَا يُحْرِمُ الْحَرَامَ الْحَلَالَ، إِنَّمَا يُحْرِمُ مَا كَانَ بِنِكَاحِ حَلَالٍ} ². وهو ما يدخل في قوله تعالى ﴿...وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾، الذي يفيد صراحة حل ما عدا المذكورات قبلها، وليس المزني بها ممنه، فتدخل في عموم الحل³.

كما أن القصد من حرمة المصاهرة قطع الأطماع بين الرجل والمرأة، لتحقيق الألفة والمودة، والاجتماع البريء من غير ريبة، أما المزني بها فهي أجنبية عن الرجل ولا تنسب إليه شرعا، ولا يجري بينهما التوارث، ولا تلزمه نفقتها، ولا سبيل للبقاء معها، فهي كسائر الأجانب، فلا وجه لإثبات الحرمة بالزنا⁴.

وبالنظر في أدلة الفريقين، ومعرفة ضعف أدلة الفريق الأول، يتبين لنا ترجيح رأي الفريق الثاني، تمييزا بين الحلال المشروع والحرام المحظور⁵.

هـ. موقف التشريعات المغاربية:

بالرجوع إلى الاختيارات القانونية في تحديد المحرمات بسبب المصاهرة، تنص المادة 26 من قانون الأسرة على أن المحرمات بالمصاهرة هم: «1. أصول الزوجة بمجرد العقد عليها؛ فروعها إن حصل الدخول بها؛ أرامل ومطلقات أصول الزوج وإن علوا؛ أرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا».

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6630.

² أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.39: كتاب النكاح، باب الزنا لا يحرم الحلال، ح.ر:13966، ص.274.

³ أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ج.2، ص.347؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.175.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6632.

⁵ المرجع نفسه.

وتنص المادة 37 من مدونة الأسرة على أن: «المحرمات بالمصاهرة، أصول الزوجات بمجرد العقد، وفصولهن بشرط البناء بالأم، وزوجات الآباء وإن علوا، وزوجات الأبناء وإن سفلوا بمجرد العقد».

وينص الفصل 16 من مجلة الأحوال الشخصية على أن المحرمات بالمصاهرة هم: «أصول الزوجات بمجرد العقد وفصولهن بشرط الدخول بالأم، وزوجات الآباء وإن علوا وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرد العقد».

والملاحظ من توجه التشريعات المغربية أنها أخذت بما قرره الشريعة الإسلامية في هذا الصدد؛ غير أن ما يعاب عليها في هذه الحالة، أنها أخذت بالعموميات الواردة في النصوص القرآنية الصريحة دون النظر إلى ما قرره الفقهاء في بعض الجزئيات الفرعية، ومن ذلك إذا ما زنى الشخص بالمرأة فهل يجوز له الزواج من أصلها؟

وعليه، فإن الإجابة على هذا التساؤل ستدخلنا في متاهة تكييف التشريعات المغربية لواقعة الزنا في القانون العقابي، والتي تتحقق إذا ما كان الرجل محصنا -متزوجا- مما يدفعنا إلى القول بجواز الزواج من أصل المرأة المزني بها.

أما بخصوص الزواج بفروع المرأة فقد اشترطت القوانين المغربية على منوال فقهاء الشريعة الإسلامية الدخول بالمرأة حتى يقع التحريم على فرعها. وفي هذه الحالة يعتد بالخلوة الشرعية فقط دون الحاجة إلى الدخول الحقيقي -الوطء- حتى يتحقق المانع، وذلك قياسا على أحكام الصداق، إذا تستحقه الزوجة كما أسلفنا سابقا بتحقق الخلوة الشرعية كحد أدنى.

كما يمتد النقص التشريعي في هذه الحالة إلى عدم التطرق إلى الحالة التي يُقضى فيها بفساد الزواج دون بطلانه، فهل يتحقق مانع المصاهرة في هذه الحالة؟

وفي حقيقة الأمر، فإن الإجابة على هذا التساؤل تكون بالرجوع إلى المواد 32 و 33 من قانون الأسرة الجزائري، والمواد 1/57 و 58 من مدونة الأسرة، والفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. والذي يستخلص منهم أنه لا يتحقق مانع المصاهر ما لم يترتب على الزواج الباطل والفساد أي أثر، وكما هو معلوم تتحقق آثار الزواج الصحيح في الزواج غير الصحيح إذا ما تبعه دخول.

2. المحرمات بسبب الرضاع:

يقول المولى عز وجل: ﴿... وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ...﴾، وتأكيذا لذلك يقول النبي ﷺ في بنت حمزة بن عبد المطلب: {لَا تَحِلُّ لِي، يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ، هِيَ بِنْتُ أَخِي مِنَ الرَّضَاعَةِ} ¹، فكل ما تم تحريمه من النساء يحرم بسبب الرضاع، كما تحرم الأصهار من الرضاع أيضا، قياسا على النسب، وأخذا من مفهوم الآية والحديث المتقدمين، فأصبحت القاعدة: يحرم بسبب الرضاع ما يحرم بسبب النسب وسبب المصاهرة ².

كما أن النبي ﷺ قال في درة بنت أبي سلمة: {لِنَهَا لَوْ لَمْ تَكُنْ رَيْبِي فِي جِجْرِي، مَا حَلَّتْ لِي، إِنَّمَا ابْنَةُ أَخِي مِنَ الرَّضَاعَةِ، أَرْضَعْتَنِي وَأَبَاهَا ثَوْبِيَّةُ} ³، وهو الأمر الذي أجمع الفقهاء على حرمة ولم يقع الخلاف بينهم ⁴ فتسري حرمة الرضاع من قبل المرأة المرضعة إلى أمها وأبيها وإن علوا، وإلى ولدها وولد ولدها الذكور والإناث ما سفلوا، وإلى أعيان إخوتها وأخواتها وأعمامها وعماتها وأخوالها وخالاتها دون شيء من أولادهم ⁵.

غير أنه استثنى الحنفية ⁶ حالتين من التحريم بسبب النسب لا يقع فيهما التحريم بسبب الرضاع؛ فيجوز الزواج من أم-الأم غير المرضعة- الأخ أو الأخت من الرضاع، على أساس أنه لا يمكن اعتبارها بمثابة الأم الحقيقية لأنهما ليسا أخوان شقيقان أو لأم؛ كما لا تعتبر زوجة الأب. أما الحالة الثانية، فهي

¹ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج. 52: كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب، ح. ر: 2645، ص. 170. وفي رواية مسلم: {الرِّضَاعُ يَحْرُمُ مَا تَحْرُمُ الْوَالِدَةُ}. أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج. 17: كتاب الرضاع، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة، ح. ر: 1444، ص. 1068.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 9، ص. 6633.

³ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج. 67: كتاب النكاح، ح. ر: 5106، ص. 11. سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج. 12: كتاب النكاح، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب، ح. ر: 2056، ص. 221.

⁴ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج. 7، ص. 113.

⁵ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج. 1، ص. 490.

⁶ وقد أضاف الحنفية بجواز الزواج من أخت الأخ من الرضاعة، وأخت الأخ من النسب، وأم الرضيع من النسب، وحتى بالمرضعة نفسها؛ كما يجوز في فرضية أخرى أن يتزوج زوج المرضعة أم الرضيع من النسب، لأن الرضيع ابنه، كما له أن يتزوج أم ابنه من النسب؛ ولأب الرضيع من النسب الزواج من المرضعة، لأنها أم ابنه من الرضاع، فهي كأم ابنه من النسب. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج. 4، ص. 3.

أخت الابن أو البنت من الرضاع، إذ يحل للأب الزواج بها، ولا يحل له أن يتزوج بأخت ابنه أو بنته من النسب، كأن ترضع امرأة طفلاً، فلزوج المرضعة أن يتزوج بأخت هذا الطفل، ولأب هذا الطفل أن يتزوج بن المرضعة¹.

وبناء على ما سبق، اعتبرت التشريعات المغاربية على منوال جمهور الفقهاء أن الرضاع من الموانع الشرعية التي تتحقق معها الحرمة الأبديّة. وهي بالتالي، في نفس مرتبة المحرمات بالقرابة والمصاهرة، وهذا ما جاءت به المادة 27 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 1/38 من مدونة الأسرة المغربية، والفصل 17 من مجلة الأحوال الشخصية.

حيث تنص المادة 27 من قانون الأسرة على أنه: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، والمادة 28 منها: «يعد الطفل الرضيع دون إخوته وأخواته ولداً للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه»، والمادة 29: «لا يحرم من الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلاً أو كثيراً».

وتنص المادة 38 من مدونة الأسرة على أنه: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة؛ ويعد الطفل الرضيع خاصة، دون إخوته وأخواته ولد للمرضعة وزوجها؛ ولا يمنع الرضاع من الزواج، إلا إذا حصل داخل الحولين الأولين قبل الفطام».

كما ينص الفصل 17 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة ويقدر الطفل الرضيع خاصة- دون إخوته وأخواته- ولد للمرضعة وزوجها ولا يمنع الرضاع من النكاح إلا إذا حصل في الحولين الأولين».

والملاحظ من خلال النصوص القانونية المنظمة لهذا المانع أنها جاءت متماثلة، من حيث تحديد مرحلة الفطام التي تتحقق بها الحرمة والمحدد بحولين كاملين، وهذا ما نصت عليه المادة 29 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: «لا يحرم من الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين»، والمادة 3/38 بقولها: «ولا يمنع الرضاع من الزواج، إلا إذا حصل داخل الحولين الأولين قبل الفطام»، والفصل 17

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.4، ص.3.

في شرطه الأخير من مجلة الأحوال الشخصية بقوله: «...ولا يمنع الرضاع من النكاح إلا إذا حصل في الحولين الأولين».

وفي حقيقة الأمر، يستحسن هذا التوجه من التشريعات المغاربية، خاصة أمام الفتاوى الشاذة الصادرة عن أشباه العلماء التي تقضي بجواز ارضاع الكبير، حتى يتحقق مانع الرضاع¹.

وقد سبق للمشرع المغربي في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أن اتبع المذهب الشافعي والراجح في المذهب الحنبلي ورأي بن حزم الظاهري من خلال الفصل 28 منها الذي اعتبر كمية اللبن بخمس مرات يقينا ولا تحتسب الرضعة إلا إذا عدت في العرف رضعة كاملة، غير أنه أخذ بالمذهب المالكي من خلال المادة 38 من مدونة الأسرة التي تتحدث عن مجرد الرضاع كسبب لتحريم، دون ربطه بمد أدنى لرضعات².

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فيعتد بما قل من اللبن أو أكثر وهذا ما نصت عليه المادة 29 في شرطها الأخير بقولها: «... سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا». في حين لم تتطرق مجلة الأحوال الشخصية إلى كمية اللبن الموجب للتحريم مما يدفعنا إلى القول بتطبيق الفصل 17 على عمومته كما هو الشأن في التشريعين الجزائري والمغربي. وعليه، يتحقق مانع الرضاع بما قل من اللبن أو أكثر.

ويشمل مانع الرضاع الطفل الرضيع دون غيره من اخوته وأخواته، إذ هو وحده يعتبر ولد المرزعة وزوجها وتطبق عليه أحكام المحرمات بالقرابة والمصاهرة، وهو ما تضمنته المواد 38 من مدونة الأسرة والمادة 28 من قانون الأسرة الجزائري والفصل 17 من مجلة الأحوال الشخصية.

¹ وقد صدرت هذه الفتوى في عديد المنابر الإعلامية، والتي أريد بها إجازة الاختلاط بين الرجال والنساء خاصة في العمل. والله

سبحانه ورسوله والمؤمنون بريؤون من هذه التوجهات.

² محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 289.

ويلاحظ من خلال توجه المشرع المغربي في مدونة الأسرة الجديدة¹ أنها لم تتضمن مانع الزواج في العدة² ومانع اللعان باعتبارهم موانع مؤبدة، بعد أن كان الفصل 25 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الذي نص على أنه: «موانع الزواج قسمان، مؤبدة ومؤقتة، فالمؤبدة القرابة والمصاهرة ووطء العاقد في العدة ولو بعده، واللعان...». وعليه، فإن القضاء المغربي سيقضي لا محالة برأي الجمهور في حالة ما إذا عالج قضية تتعلق بالزواج من المعتدة ويعتبره مانع مؤقتاً. على أساس أن عدم النص عليه في المدونة الجديدة بعد أن كان منصوصاً عليه في المدونة الملغاة يعتبر إلغاء لذلك التوجه.

ويشير توجه المشرع التونسي في الفصل 17 من مجلة الأحوال الشخصية عديد الإشكالات، خاصة من ناحية التأويل، ذلك أن ما أشارت إليه محكمة التعقيب في قرارها بأنه: «يخول القانون للنيابة العمومية القيام بالدعاوى المتعلقة بحقوق الأسرة لأنها راجحة للنظام العام مثل طلب فسخ النكاح لأن الزوجة أخت الزوج من الرضاع... من الممكن إثبات الرضاع بشهادة النساء إذا أفشينا ذلك قبل إبرام العقد المطلوب فسخه لأجل الرضاع»³. وهذا بعد أن قامت النيابة العامة بدعوى إبطال الزواج بعلّة وجود مانع الرضاع بين الزوجين.

فمحكمة التعقيب نظرت إلى هذا قرار من وجهين؛ أولهما إجرائي، والثانية جوهرية. فالمقرر أنه للنيابة العامة الصفة في الطعن في الزواج على أساس مانع الرضاع، لذلك كان من الأجدر أن تعلق المحكمة قرارها بهذا التوجه على أساس أنها مسألة تتعلق بالنظام العام وبزواج يستدعي فسخه قبل الدخول وبعده لكنها لم تكتف بذلك بل توسعت معتبرة أن النيابة العمومية لها الحق أن تقوم بدعوى الأسرة⁴.

¹ وقد وضع وزير الأوقاف المغربي عند مناقشته لهذه الجزئية بالبرلمان أن عدم ذكر مانع الوطء في العدة في الموانع المؤبدة راجع إلى أن هذه المسألة لم تلق إجماعاً فقهي، وإنما بقيت محل خلاف. إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص. 147.

² لما كانت مدونة الأحوال الشخصية المغربية تعتمد المذهب المالكي كمصدر رئيسي ووحيد للمدونة، وكما أشرنا فإن المالكية يعتبرون نكاح المرأة المعتدة من قبيل الموانع المؤبدة. محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 270.

³ محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، ع. 319، ل 17-01-1961، مقتبس عن: ساسي بن حليمة، قانون...، المرجع السابق، ص. 45.

⁴ ساسي بن حليمة، قانون...، المرجع السابق، ص. 45.

الفرع الثاني: المحرمات المؤقتة

إن تحديد الموانع المؤقتة يكون من خلال تحديد أسباب المنع، والذي يكون من خلال الجمع (أولاً)، وبسبب تعلق حق الغير (ثانياً)، وبسبب الاختلاف في الدين (ثالثاً).

أولاً- المحرمات بسبب الجمع:

يتحقق التحريم في حالة الجمع بين المحارم (1)، أو في حالة الجمع بين أكثر من أربع نساء (2).

1. الجمع بين المحارم:

عرفنا آنفاً أن المحارم هم القرابة أو من في حكمها، وتكون قرابة نسبية بين الشخص وفروعه، وأصوله، وتحريم هذه الفئة يكون على سبيل التأييد. كما يعتبروا من المحارم الذين يشتركون في أصل واحد، وهي ما تعرف بقرابة الحواشي؛ وعلى العموم يحرم على الشخص على سبيل التأقيت الزواج بأخت زوجته، لأنه لو فرضنا إحداها رجلاً، فلا يجوز له الزواج بأخته، وهذا مصداقاً لقوله تعالى: ﴿...وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾، ولأن الجمع بين ذوات الأرحام يفضي إلى قطيعة الرحم، بسبب ما يكون عادة بين الضرتين من عِزَّةٍ موجبة للتحاسد والتباغض والعداوة، وقطيعة الرحم حرام، فما أدى إليه فهو حرام¹، والأمر نفسه في حالة ما إذا تزوج الشخص بعمة زوجته أو خالتها، لأنه لو فرضنا العمه أو الخالة ذكراً، لم يحل لهن الزواج بابنة أخيه. والعكس صحيح، أي لو فرضنا البنت ذكراً فإنه يحرم عليه الزواج بعمته أو خالته². وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها جاء بصريح قوله ﷺ عن أبي هريرة قال: {نَهَى النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تُنْكَحَ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا أَوْ خَالَاتِهَا}³.

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.2، ص.262. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي- الحفيد-، المرجع السابق، ج.3، ص.65. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.295. موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.110. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف...، المرجع السابق، ج.5، ص.80.

² عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.4، ص.66.

³ وفي رواية الترمذي وغيره: {لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا وَلَا عَمَّتُهَا عَلَى بِنْتِ أُخْتِهَا وَلَا خَالَاتُهَا عَلَى بِنْتِ أُخْتِهَا لَا الْكُبْرَى عَلَى الصُّغْرَى وَلَا الصُّغْرَى عَلَى الْكُبْرَى إِذَا فَعَلْتُمْ ذَلِكَ قَطَعْتُمْ أَرْحَامَكُمْ}. محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.9: أبواب النكاح، باب ما جاء لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها، ح.ر: 1126، ص.425.

كما لا يجوز الجمع بين عمّتين لبعضهما، وتكون هذه الحالة في صورتين؛ تتمثل الأولى في أن يتزوج رجلان كل واحد منهما أم الآخر فتلد له بنتا فتكون كل من البنتين عمّة للأخرى لأنها تكون أخت أبيها لأمها. أما الصورة الثانية، فهي أن يتزوج كل من الرجلين بنت الآخر، وأنجبنا بينتين، فتصبح كل واحدة خالة للأخرى¹؛ وفي نفس السياق يحرم الجمع بين العمّة والخالة في صورة أن يتزوج الرجل امرأة ويتزوج ابنه أمها، وتلد كل واحدة منهما بنتا، فتكون بنت الابن خالة بنت الأب أخت أمها، وتكون بنت الأب عمّة بنت الابن أخت أبيها. وقد قال رسول الله ﷺ: {لَا تُنكَحُ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا وَلَا الْعَمَّةُ عَلَى بِنْتِ أُخِيهَا، لَا الْكُبْرَى عَلَى الصُّغْرَى وَلَا الصُّغْرَى عَلَى الْكُبْرَى}²، فإذا جمع بين اثنتين ففسخ العقد³.

وقد أجمع الفقهاء على صحة الزواج من الأخت أو العمّة أو الخالة حالة وفاة الزوجة، إضافة إلى إجماعهم على عدم جواز الزواج من محارم الزوجة إذا ما طلقها طلاقاً رجعيًا⁴.

غير إنهم اختلفوا في مدى صحة الزواج من أحد محارم الزوجة إذا كان الطلاق بائناً، حيث يرى الأحناف والحنابلة أنه لو طلق الرجل زوجته، فلا يجوز له الزواج بأختها أو عمّتها أو خالتها ما لم تنقضي عدتها، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائناً لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: {مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَجْمَعُ مَاءَهُ فِي رَجْمِ أُخْتَيْنِ}⁵.

¹ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.4، ص.67.

² حديث سبق تخريجه، ص.400.

³ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.4، ص.67.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.262. القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي

الغرناطي المالكي، المرجع السابق، ج.2، ص.209. أبو إسحاق إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي، المرجع السابق، ج.2، ص.443.

منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف...، المرجع السابق، ج.5، ص.81-82.

⁵ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.3، ط.1،

1419هـ، 1989م، ص.361.

في حين قال المالكية والشافعية بأنه لو طلق الرجل زوجته طليقة بائنة، جاز له الزواج بأختها حتى ولو لم تنقضي عدتها وذلك لانقطاع أثر الزواج السابق، إذ لا تحل لمن طلقها إلا بعقد جديد، وحينئذ لا تجتمع المرأتان في حكم فراش واحد¹.

2. الجمع بين أكثر من أربع نساء:

أجاز الله سبحانه وتعالى الزواج بأكثر من امرأة في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّا مَتَّيَّ وَتِلْكَ وَرَبِّعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا (3)﴾²، وقد حدده بأربع نسوة في عصمة رجل واحد؛ وهو ما أقره النبي ﷺ فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: {لَمَّا أَسْلَمَ عَيْلَانُ بْنُ سَلَمَةَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: خُذْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا}³.

وعليه، لو رغب الزوج في أن يتزوج بامرأة أخرى فما عليه إلا أن يطلق إحدى الأربعة، وابتنظر عدتها ليتسنى له الزواج مرة أخرى، وهذا الأمر لا خلاف فيه بإجماع المذاهب السنية⁴.

ومن الناحية التشريعية، يعتبر الجمع بين المحارم من الموانع المؤقتة التي أقرها المشرع الجزائري من خلال المادة 2/30 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: «يحرم من النساء مؤقتا: -الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو من رضاع»، كما يستخلص من المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري أنه لا يسمح بالزواج بأكثر من امرأة إلا في الحدود المقررة شرعا والتي تكون كأقصى حد بأربع نساء. وهو ما أكده المشرع المغربي بموجب المادة 1/39 من مدونة الأسرة التي تنص

¹ مالك بن أنس، المدونة...، المرجع السابق، ج.2، ص.202.

² سورة النساء، الآية 3

³ محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.9: أبواب النكاح، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة، ح.ر: 1128، ص.427. أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.9: كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، ح.ر: 1953، ص.628. أبو عبد الله أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج.9، ح.ر: 5558، ص.393.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6667؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.266؛ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.5، ص.44؛ موفق الدين بن قدامة، الكافي...، المرجع السابق، ج.3، ص.32.

على أن: «موانع الزواج المؤقتة هي: 1. الجمع بين أختين، أو بين امرأة وعمتها أو خالتها من نسب أو رضاع؛ 2. الزيادة في الزوجات على العدد المسموح به شرعا»،

غير أنه لا يمكن القول بمانع الجمع سواء بين المحارم أو زيادة المرأة الخامسة فوق الرابعة، في القانون التونسي الذي لا يعترف أصلا بتعدد الزوجات كحق شرعي قرره المولى عز وجل بصريح النص القرآني¹. وما يستخلص مما سبق من النصوص القانونية، بأنه لا يجوز للرجل أن يجمع في عصمته المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها سواء كانت هذه القرابة المحرمية بالنسب أو بالرضاع. كما لا يجوز للرجل أيضا أن يتزوج فوق العدد المسموع به شرعا وقانونا بأربع نساء. ويعتبر هذا التوجه متوافقا للشريعة الإسلامية نصا ومقصدا.

وفي هذا الصدد جاء قرار محكمة النقض المغربية: «حيث يستفاد من وثائق الملف أن المدعية فاطمة تقدمت بتاريخ 30-07-2012 بمقال افتتاحي أمام المحكمة الابتدائية بسوق الأربعاء الغرب قسم قضاء الأسرة عرضت فيها بأن المدعي عليه الأول محمد زوجها وأنجبت معه ثلاثة أبناء وأنه تزوج عليها بالمدعى عليها الثانية فاطمة، التي تعتبر بنت أختها، ملتزمة بالحكم بإعلان عقد الزواج المضمن بعدد 258 صحيفة 169 بتاريخ 21-6-2010..... لكن حيث إنه طبقا للمادة 39 من مدونة الأسرة، من موانع الموانع المؤقتة الجمع بين المرأة وخالتها من نسب أو رضاع، والمحكمة لما ثبت لها قرابة فاطمة والمستأنف عليها فاطمة إذ أن الأخيرة خالة الأولى، وذلك بإقرارها بجلسة البحث وتأكد ذلك من خلال النسخة الكاملة للزوجين معا وكذا من خلال تصريح شقيق المستأنف عليها وخال المستأنفة وان الزوجية لا زالت قائمة وقضت بإعلان الزواج فإنها طبقت المادة 39 من مدونة الأسرة وعللت قرارها تعليلا سليما»².

ويعتبر هذا الزواج مؤقتا لارتباطه بعلة، والمتمثلة في حالة الجمع بين المحارم في شخص الزوجة، أما علة المنع في الحالة الثانية فترتبط بتجاوز العدد المسموح به شرعا، وعليه، حتى يتخلص الزوج من هذا

¹ وهو ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة أثناء حديثنا على الإجراءات الخاصة بتعدد الزوجات.

² م.ن.م، غ.أ.ش، ع.236، ل.18-04-2017، م.ش، ع.111-2-1-2016، نشرة قرارات محكمة النقض، ع.34، 2016، ص.41. الملحق رقم.39.

المانع، ينبغي تحقق الفرقة الزوجية في كلتا الحالتين وانقطاع الرابطة الزوجية بشكل كلي؛ فلا يزول المانع ما دام الرجل متزوجا بالمرأة سواء زواج حقيقيا أو حكما- بأن تكون المرأة في مرحلة عدة من طلاق سواء كانت مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا بينونة صغرى أو كبرى¹.

ثانيا- المحرمات بسبب تعلق حق الغير:

يتحقق المانع بسبب تعلق حق الغير إما في حالة النساء المحصنات (1)، المرأة المطلقة ثلاثا (2)، أو المرأة الحامل (3).

1. المحصنات من النساء:

حرم المولى عز وجل نكاح المرأة المتزوجة بصريح الآية في قوله تعالى: ﴿...وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾²، وذلك لتعلقها برجل آخر؛ غير أن هذا التحريم جاء على سبيل التأكيد، إذ يمكن الزواج منها إذا ما وقعت الفرقة بينها وبين زوجها، فيحل الزواج بها بعد ذلك. وترجع الحكمة في تحريم الزواج بالمحصنة، حماية للغير من الاعتداء على حقه الشرعي، وحفظا للأنساب التي من شأنها أن تختلط³.

وقد جاء في تفسير قوله: ﴿...وَالْمُحْصَنَاتُ...﴾ أي ذوات الأزواج، فهن حرام لا يخللن إلا بالتزويج أو بملك اليمين. وإلى هذا ذهب سعيد بن المسيب في قوله ويرجع ذلك إلى أن الله حرم الزنا⁴؛ وذلك أن قوله تعالى سالف الذكر معطوف على قوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...﴾، وقال بن عباس في قوله تعالى، أن كل ذات زوج إتيانها زنا إلا ما سيبت، والمراد منها التي سيبت وحدها وأخرجت إلى دار الإسلام، لأن الفرقة بين المرأة المسبية وزوجها ثبتت بتباين الدارين، وصارت المرأة في حكم الذمية⁵.

¹ نور الدين بولحية، المرجع السابق، ج.2: عقد الزواج وشروطه، ص.93.

² سورة النساء، الآية.24.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6646.

⁴ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج.1، ص.464.

⁵ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.268.

وفي نفس السياق، يمتد تحريم الزواج بالمرأة المطلقة أثناء عدتها من زواجها السابق سواء بسبب الطلاق أو بسبب الوفاة، كما تعتبر المرأة معتدة لو قُضي بفساد الزواج أو بشبهته، وهذا مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرِمُوا عِدَّةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾¹، أي لا تعقدوا النكاح على المعتدة حتى تنتهي عدتها²، وقوله أيضا: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ أي أطهار أو حيضات³.

وقد أجمع الفقهاء بالجزم على حرمة الزواج بالمرأة المعتدة، وذلك راجع إلى أن المرأة لازالت في حكم المتزوجة من زوجها السابق، مما يترتب عليه سريان آثار الزواج السابق خلال مرحلة العدة⁴، وبما أنه لا يجوز التصريح بخطبة المعتدة لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ...﴾⁵، فمن باب أولى عدم جواز الزواج بها ما لم يكن صاحبها-أي زوجها السابق- لأن العدة من حقه لقوله تعالى: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾⁶.

وفي حالة ما إذا تم عقد الزواج خلال مرحلة العدة، يعتبر الزواج صحيحا إذا انقضت العدة قياسا على من زنى بامرأة، فإنه لا يحرم الزواج بها، كذلك لو دخل بها وهي معتدة، وقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال بالتفريق بينهما، ثم يخطبها بعد العدة إن شاء. وروي مثله عن ابن مسعود رضي الله عنه، وهذا قول الجمهور من الفقهاء⁷. في حين قال المالكية، إن الدخول بالمعتدة يجعلها محرمة عليه بصفة مؤبدة، فيتم التفريق بينهما ولا تحل له أبدا، لما روى مالك عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار: {أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان، وقال: أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ فِي عِدَّتِهَا، فَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا الَّذِي تَزَوَّجَهَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ اعْتَدَّتْ بِقِيَّةِ عِدَّتِهَا مِنَ الْأُولَى، ثُمَّ كَانَ الْآخِرَ خَاطِبًا مِنَ الْخُطَّابِ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ

¹ سورة البقرة، الآية. 235.

² أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبو بكر القرطبي، المرجع السابق، ج. 3، ص. 192.

³ المرجع نفسه، ص. 112.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 9، ص. 6648.

⁵ سورة البقرة، الآية. 235.

⁶ سورة الأحزاب، الآية. 49.

⁷ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 9، ص. 6648.

اعْتَدْتُ بَيِّنَةً عِدَّتِي مِنَ الْأَوَّلِ، ثُمَّ اعْتَدْتُ مِنَ الْآخِرِ، ثُمَّ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا}. قال بن المسيب: ولها مهرها بما استحل منها¹.

وقد نص المشرع الجزائري على مانع الزواج بالمرأة المحصنة من خلال المادة 30 من قانون الأسرة على أنه: «يحرم من النساء مؤقتا: - المحصنة؛ المعتدة من طلاق أو وفاة».

وهو الأمر نفسه الذي نص عليه الفصل 20 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقولها: «يحجر التزوج بزوجة الغير»، وهذا المانع لا يثير في الواقع إشكالا ولم ينازع أحد في أن المرأة لا يمكن أن يكون لها في نفس الوقت زوجان.

ولم يبق هذا السؤال نظريا بل طرح على محكمة² التعقيب وكان الأمر يتمثل في أن امرأة أحييت على الدائرة الجنائية بتونس من أجل عدة أفعال من بينها تدليس والتزوج بثان ورأت الدائرة الجنائية أن تحكم بعدم سماع الدعوى بالنسبة لجرمة التزوج بثان وعللت قضائيا بأن الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية، جاء في طالعته على أن تعدد الزوجات ممنوع، فرمما أن النص هو نص جزائي فإنه يؤول تأويلا ضيقا، وعلى ذلك الأساس لا وجه لعقاب المرأة التي تتزوج بثان. لكن النيابة العمومية طعنت في ذلك القرار وقضت محكمة التعقيب سنة 1966 بنقض القرار الجنائي معللة قرارها بأن ما جاء بالفصل 18 من أن تعدد الزوجات ممنوع ليس بعنوان ذلك الفصل بل هو فقرة مستقلة والعبرة بالعبارات التي استعملها المشرع صلب الفقرة 2 عندما قال: كل من تزوج وهذه العبارة تشمل الرجل والمرأة وعلى ذلك الأساس اعتبرت أن الفصل 18 يعاقب كذلك المرأة التي تتزوج بثان³.

وقد تعرض المشرع التونسي إلى مانع العدة صلب الفصل 35 من مجلة الأحوال الشخصية بقوله: «تعتد المطلقة غير الحامل ثلاثة أشهر كاملة وتعتد المتوفى عنها زوجها مدة أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة أما الحامل فعدتها وضع حملها وأقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة». وما ينبغي الإشارة إليه في هذا الفصل أن المشرع، ولئن استمد أحكام العدة من الشريعة الإسلامية، غير أن هذه

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحفيد-، المرجع السابق، ج.3، ص.70.

² ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص.47-48.

³ المرجع نفسه، ص.48-49.

الأخيرة تعند بالقرء لا الشهر، وهو راجع إلى استبيان حالة المرأة في حالة ما إذا وقع حمل بها. غير أن المشرع اعتد بالشهر لا القرء، وذلك مخافة من ادعاء المرأة حملاً كاذباً لأجل الحصول على نصيبها من تركة طليقها حال وفاته¹.

وقد تراجع المشرع المغربي عما جاء به في الفصل 25 من المدونة الملغاة والذي كان مستوحى من المذهب المالكي². لينص في المادة 39 من مدونة الأسرة على أن: «موانع الزواج المؤقتة هي: 5-وجود المرأة في علاقة زواج أو في عدة أو استبراء».

ويمكن القول في هذه الحالة، أنه تكاد أن تكون فرضية الزواج بالمرأة المتزوجة مستحيلة، غير أن الواقع يبين إمكانية وقوعها خاصة في الأوساط الشعبية، وهو ما حدث في دعوى رفعت أمام المحكمة الابتدائية للدار البيضاء والذي جاء في فحواها: «حيث أن زوجين سبق لهما إبرام زواج عرني استمر لمدة طويلة ثم افترقا، واعتقدت الزوجة أنها طالق فتزوجت من رجل آخر، وبعدها ولدت مع الزوج الثاني ولدا، بلغت عنها إحدى بناتها من الزوج الأول النياية العامة، حيث توبعت وحوكمت بالخيانة الزوجية وبالتزوير في محرر رسمي»³.

2. المطلقة ثلاثا:

تعتبر المرأة المطلقة ثلاثا أو كما يعبر عنها في اللغة بالمرأة المبتوتة، محرمة على من طلقها، لقوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ وَلَا يُجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁴، فطلاق الثلاث، ومع اختلاف الفقهاء حول وقوعه، يترتب عليه زوال ملك الاستمتاع، وزوال حل المطلقة أيضا⁵، إذ لا يجوز لطييقها الزواج منها

¹ ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص. 49-50.

² محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 295.

³ المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، حكم جنحي، ع. 1497، ل. 26-05-1993، م. ع: 1262-93، غير منشور، مقتبس عن: محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 302.

⁴ سورة البقرة، الآية. 229.

⁵ نور الدين بولحية، المرجع السابق، ج. 2: عقد الزواج وشروطه، ص. 118.

ما لم تتزوج بآخر زواجا صحيحا، وهذا بصريح قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾¹ وهذا بعد قوله ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ...﴾.

وهذا التحريم وارد - كما قال المولى عز وجل: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾²، على سبيل التأقيت، أي يمكن للزوجة حتى تحل لمطلقها، أن تتزوج من شخص آخر ويقع الدخول بينهما، وأن يقوم زوجها الثاني بتطليقها باختياره³. وقد ذهب المالكية في هذا الصدد، إلى القول بجرمة المطلقة ثلاثا حتى ولو كان زواجها فاسدا⁴.

وتأكيدا لما سبق، يجب أن يتم الدخول مع الزوج الثاني، لتحل العودة إلى الزوج الأول، وهو ما جاء به حديث النبي ﷺ: {فَعَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهُ سَمِعَهَا تَقُولُ: جَاءَتِ امْرَأَةٌ رِفَاعَةَ الْقُرْظِيَّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ: إِنِّي كُنْتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ فَبِتُّ طَلَاقِي فَتَزَوَّجْتُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزُّبَيْرِ وَإِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ هُدْبَةِ الثَّوْبِ، فَتَبَسَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ لَا، حَتَّى تَدُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ} ⁵، وبناء على قوله ﷺ، يعتد بالدخول الذي يتضمن الوطاء لا الخلوة، على أساس أن غالبية الفقهاء يقولون بعدم حل المرأة لزوجها الأول إذا كان زوجها الثاني عنيينا أو طفلا⁶.

¹ سورة البقرة، الآية. 230.

² سورة البقرة، الآية 229

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6642.

⁴ ويرى بن القاسم في رأي جمع فيه بين كل المذاهب، حيث قال بأن الطلاق الثلاث يقع حتى ولو كان فاسدا وتحقق الحرمة على أساس أن هذا الزواج وإن كان فاسدا في مذهبنا فإنه صحيح في المذاهب الأخرى، ولا تحل له الزوجة ما لم تنكح زوجا غيره، أما إذا تزوجها مباشرة دون أن تتزوج غيره، صح زواجه نظرا أن مذهبنا يعتبر الزواج الأول فاسدا ونرى فيه عدم لزوم الطلاق. أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.2، ص.411.

⁵ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.52: كتاب الشهادات، باب شهادة المختبي، ح.ر: 2639، ص.168.

وتصغير العسيلة في الحديث، إشارة إلى أن القدر القليل كاف في تحصيل المطلوب، بأن يقع تعييب الحشفة في الفرج. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل...، المرجع السابق، ج.6، ص.301.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6642.

وعلى هذا الأساس، فقد أفرد الفقهاء عديد الشروط التي تقتضي زوال حرمة المطلقة ثلاثا على طليقتها، وهي بطبيعة الحال مستنبطة من قوله تعالى سالف الذكر؛

فيمثل أول الشروط في ضرورة وجود زوج مع شخص آخر غير زوجها الأول، وهذا بعد انقضاء عدتها، مصداقا لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾؛ كما يلزم أن يكون الزواج صحيحا، على أساس أن لفظ النكاح الوارد في الآية يقتضي صحته لا فساد¹؛ وبالإضافة لما سبق، يشترط الوط في محله، ولو بتغيب الحشفة².

وهذا هو المجرى الطبيعي الذي تحل به المرأة المطلقة ثلاثا؛ غير أنه منذ القرن الأول من الإسلام ظهر ما يعرف بالمحلل، الذي يسعى لتحقيق شروط حل المطلقة ثلاثا التي أسلفنا بذكرها، لكن في هذه الحالة يتضمن قصدا ونية تتنافى ومقاصد الزواج الذي ينبغي أن يكون مقصده على سبيل التأييد لا التأييت. لذلك نجد النبي ﷺ قد حرمه، فعن عقبه بن عامر أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: {أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ؟ قَالُوا: بَلَىٰ، يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: هُوَ الْمُحِلُّ، لَعَنَ اللَّهُ الْمُحِلَّ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ} ³. ومما سبق من حديث رسول الله ﷺ، فإنه إن دل على شيء فإنما يدل على التحريم القطعي لزواج المحلل، والذي يترتب عليه فساد الزواج بصفة مطلقة⁴؛ وهذا قول المالكية⁵ والحنابلة⁶، وأضافوا أن أثر الفساد على هذا الزواج واقع سواء تضمن شرط التحليل بصفة صريحة، وفي هذه الحالة يعتبر الزواج كأنه لم يكن؛ أو استخلص من حيثيات الزواج، بأن يتم الزواج ويقوم الزوج الثاني بتطليقها مباشرة، ثم تتزوج من طليقتها الأول، كل هذه وقائع تبين أننا في صدد زواج تحليل، وفي هذه الحالة تعتبر كلا الزوجتان باطلتان.

¹ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.9، ص.56.

² الحشفة من حَشَفَ، وجمعها حَشَفَاتٌ وَحِشَافٌ، وهي ما يكشف عنه الختان في عضو التذكير، أي رأس الذكر وما فوق الختان. مجمع اللغة العربية، مجموعة المؤلفين: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المرجع السابق، ص.220.

³ أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.9: كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، ح.ر: 1936، ص.623.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6646.

⁵ أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي، المرجع السابق، ج.2، ص.209؛ مالك بن أنس، المدونة...، المرجع السابق، ج.2، ص.208.

⁶ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.180.

في حين يرى الحنفية¹ والشافعية² بصحة نكاح المحلل إذا كان القصد من الحلل مبطن ومضمّر، على أساس أنه لا يتسنى لهم ابطال الزواج أو فسخه بناء على الباعث الداخلي، إذ من غير المعقول تحكيم قاعدة بطلان هذا الزواج سدا للذريعة من خلال القصد النفسي للزوجين. في حين اختلفوا في حكمه إذا تضمن شرط التحليل؛ حيث يرى الحنفية بالكرهة التحريمية لهذا الزواج مصداقا لقوله ﷺ: {لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلَّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ}³، ويترتب عليه صحة الزواج مع بطلان الشرط⁴.

غير أن الشافعية رأوا ببطلان الزواج المشروط للتحليل، واستدلوا بما روى هزيل عن عبد الله قال: {لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْوَأَشْمَةَ وَالْمُوتِشَمَةَ، وَالْوَأِصَلَةَ وَالْمُؤْصُولَةَ، وَآكِلَ الرِّبَا وَمُوكَلَّهُ، وَالْمُحَلَّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ}⁵، فهذا الزواج حسبهم كزواج المتعة⁶.

ومن الناحية التشريعية، اعتبر المشرع الجزائري والتونسي أن المرأة المطلقة ثلاثا تعتبر من المحرمات المؤقتة على الرجل المطلق وهذا من خلال المادة من قانون الأسرة، والفصل 19 من مجلة الأحوال الشخصية. والملاحظ من هذين النصين أنهما جاءا أقل دقة مما جاء به المشرع المغربي الذي أشار إلى الحالة التي يسقط فيها المانع والمتمثلة في انقضاء عدة المرأة من طلاق حدث بمناسبة زواج من رجل آخر، لتضيف المادة 3/39 من مدونة الأسرة في بندها الثاني أن المرأة بموجب طلاقها من الزواج الثاني يصبح من الجائز زواجها من مطلقها بالثلاث مع سقوط عدد الطلقات السابقة، ويبدأ حساب الطلقات من جديد في حالة ما إذا طلقها مرة أخرى.

حيث يرتبط مانع الزواج بالمطلقة ثلاث في المدونة المغربية بجزئية خاصة ترتبط بالزوج الأول - الذي طلق زوجته ثلاث مرات- إذا يحرم عليه الزواج من طليقته ابتداء من يوم انقضاء عدتها عن الطلقة

¹ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3، ص.414.

² أبو إسحاق إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي، المرجع السابق، ج.2، ص.446.

³ محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.9: أبواب النكاح، باب ما جاء في المحلل والمحلل له، ح.ر:1120، ص.420.

⁴ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، المرجع السابق، ج.3، ص.414.

⁵ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، المرجع السابق، ج.27: كتاب الطلاق، باب إحلال المطلقة ثلاثا وما فيه من التغليظ، ح.ر:3416، ص.149.

⁶ أبو إسحاق إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي، المرجع السابق، ج.2، ص.446.

الثالثة، وهو ما نصت عليه المادة 3/39 من مدونة الأسرة بقولها: «موانع الزواج المؤقتة هي: 3. حدوث الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات إلى أن تنقضي عدة المرأة من زوج آخر دخل بها دخولا يعتد به شرعا». وقد قررت محكمة الاستئناف بطنجة في 02-04-1987 على أن: «الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالا ويمنع من تجديد العقد على الزوجة إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلا دخولا شرعيا، لا يقبل من المطلق الادعاء بأنه كان في حالة غضب وقت صدور الطلاق منه والحال أن عدلي الإشهاد نصا في رسم الطلاق أن المطلق على أتمه وعارفا قدره»¹.

وطلاق الثلاث في التشريعات المغاربية لا يتحقق إلا من خلال صدور ثلاث أحكام قضائية متتالية تقضي بفك الرابطة الزوجية بالطلاق. وعليه لا يعتد بالطلاق الثلاث الذي يتلفظ به الزوج كما هو مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية. حيث تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي...»، والمادة 79 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: «يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك».

كما ينص الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: «لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة». وهناك من يعتبر أن المشرع التونسي في الواقع لم يغير شيئا بالنسبة للشريعة الإسلامية بقوله يحجر على الرجل أن يتزوج مطلقته ثلاثا إلا إذا تزوجت غيره وطلقها فإنها تصبح مطلقة غيره ولربما كان هذا من التفنن في التحريم للإبقاء على حل جاءت به الشريعة الإسلامية لكن مهما كان الأمر فإن هذا النقاش يكاد يكون عديم الأهمية التطبيقية وذلك لأنه يصعب تصور إبرام عقد زواج بين شخصين للمرة الرابعة بعد صدور ثلاث أحكام قضائية بالطلاق².

ومن هذا المنطلق، يتأتى الحديث عن زواج المحلل الذي لم تتطرق إليه القوانين المغاربية للأسرة، والذي يعتبر شكل من أشكال الزواج المؤقت الذي تطرقنا إليه سابقا في أحكام الرضا في عقد الزواج. اعتبر المشرع المغربي زواج المحلل فاسدا يفسخ قبل البناء وبعده، وهو ما نصت عليه المادة 61 من مدونة

¹ محكمة الاستئناف بطنجة، ع. 107، ل. 02-04-1987، م.ر: 69-87، مجلة المحاكم المغربية، عدد. 51. مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 51.

² ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص. 46.

الأسرة بقوله: «...إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاث»، وتمت صياغة هذا النص القانوني بما جاء به المذهب المالكي الذي اعتد بقصد المحلل. وعلى العموم، يعتبر القصد مسألة نفسية يصعب استنباطها خاصة في الوقت الحالي¹.

3. المرأة الحامل:

اتفق الفقهاء على حرمة زواج المرأة الحامل، حفاظاً على حرمة نسب الحمل، كما أن المرأة الحامل في حكم المرأة المعتدة، والتي أشرنا مسبقاً بجرمة الزواج بها، وتنقضي عدتها بوضع الحمل لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ الْنِكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكَيْبُ أَجَلَهُ﴾². كما اتفقوا أيضاً على جواز الزواج من المرأة الحامل من زوجها الأول، ما لم تكن مطلقة منه ثلاثاً³.

غير أنه في حالة ما إذا كانت المرأة حامل من غير زواج صحيح أو فاسد أو شبهة، أي الحامل من زنى، فقد اختلفت كلمة الفقه على النحو التالي:

حيث يرى المالكية⁴ والحنابلة⁵ وأبو يوسف من الحنفية⁶، بجرمة الزواج بها سواء من الغير أو حتى من الشخص الذي زنى بها، وهذا راجع لعموم قول النبي ﷺ: { لَا تُوْطَأُ حَامِلٌ حَتَّىٰ تَضَع }⁷، ومن فعل

¹ محمد الكشور، الواضح... المرجع السابق، ص. 315.

² سورة البقرة، الآية. 235.

³ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج. 2، ص. 369؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج. 7، ص. 107.

⁴ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحفيد-، المرجع السابق، ج. 3، ص. 70.

⁵ موفق الدين بن قدامة، الكافي...، المرجع السابق، ج. 3، ص. 36.

⁶ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج. 2، ص. 270.

⁷ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج. 13: كتاب البيوع، باب الاستبراء في البيع، ح. ر: 10791، ص. 538؛ محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج. 19: أبواب السير، باب ما جاء في كراهية وطء الحبال من السبايا، ح. ر: 1564، ص. 133؛ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج. 12: كتاب النكاح، باب في وطء السبايا، ح. ر: 2157، ص. 248؛ عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بھرام الدارمي، المرجع السابق، ج. 12: كتاب الطلاق، باب في استبراء الأمة، ح. ر: 2341، ص. 1474.

النبي ﷺ في رواية سعيد ابن المسيب أن: {رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً، فَلَمَّا أَصَابَهَا وَجَدَهَا حُبْلَى، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَجَعَلَ لَهَا الصَّدَاقَ وَجَلَدَهَا مِائَةً} ¹.

وحكمة هذا التحريم راجعة إلى حماية الأنساء، فإن كان تحريم الزواج من المرأة الحامل بزواج شرعي حماية للحمل الناتج عن هذا الزواج، فإن منع الزواج من الحامل بزنى هو حماية لحرمة ماء الزواج حتى لا يختلط بماء السفاح ². والأكثر من ذلك، يضيف أبو يوسف من الحنفية أن الحمل في كل الأحوال يمنع من الوطء، فلما كان المقصد الأساسي للزواج هو حل الوطء، وكان الحمل حائلا عنه، كانت لا فائدة من ذلك الزواج، ويرجى عقده بعد الوضع ³.

في حين يرى الشافعية وأبي حنيفة ومحمد وبن حزم الظاهري، بجواز نكاح الحامل من زنى، على أساس أن قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ ⁴، جاء في المطلقة، والطلاق لا يكون إلا بزواج ⁵.

كما أن منع الحامل من الزواج لحرمة ماء الوطء، أما ماء الزنا فلا حرمة له لعدم ثبوت النسب به، غير أنه يؤجل الدخول لما بعد الوضع ⁶، عملا بقوله ﷺ: {مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَسْقِينِ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ} ⁷.

وأمام هذين الرأيين، نجد أن الأصل العام الذي ينبغي الأخذ به هو الرأي الأول الذي اتخذ موقفا رادعا لما فيه من التفرقة بين ما هو حلال وحرام؛ غير أن ما جاء به الرأي الثاني أولى للأخذ به في الوقت

¹ حديث مرسل. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.39: كتاب النكاح، باب لا عدة على الزانية ومن تزوج امرأة حبلى من زنا لم يفسخ النكاح، ح.ر:13894، ص.255.

² نور الدين بولحية، المرجع السابق، ج.2: عقد الزواج وشروطه، ص.119.

³ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.270.

⁴ سورة الطلاق، الآية.04.

⁵ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.270؛ أبو إسحاق إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي،

المرجع السابق، ج.2، ص.445. أبو محمد علي بن حزم، المرجع السابق، ج.9، ص.157.

⁶ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.270.

⁷ أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، ج.09، أبواب النكاح، باب ما جاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل، ح.ر:1131، ص.429.

الحالي شريطة أن يكون الزوج هو الشخص الزاني، فإذا وضع الحمل بعد ستة أشهر نسب لأبيه، أما إذا ولد قبل ذلك لا نسب له ما لم يقر به أنه من زنا، فيثبت به نسبه منه لاحتمال عقد سابق أو دخول بشبهة¹.

ومن الناحية التشريعية، لم ينص المشرع الجزائري ولا التونسي على مانع المرأة الحامل والمستبرئة من الحمل، غير أن الراجح في فلسفة المشرعين هو الاعتداد بما جاءت به الشريعة الإسلامية في هذا التوجه نصًا ومقصدًا باعتباره من المسائل الثابتة شرعًا، والمرتبطة بالنظام العام قانونًا.

غير أن المحكمة العليا² اعتبرت في قرارها الصادر في 11-10-2006 على أن: «البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي يبطل عقد الزواج، ويحمل الزوجة مسؤولية الطلاق»، وما يستخلص من هذا القرار أن المحكمة العليا قررت ابطال الزواج من المرأة الحامل بطريق غير شرعي. وعليه، فمن باب أولى بطلانه في حالة حمل المرأة بطريق شرعي، والتي تكون في هذه الحال في مرحلة العدة والتي تنتهي بالوضع والاستبراء. غير أن الأمر الغريب الذي سلكه قضاة المحكمة، أنها قررت بفساد الزواج، وتحميل مسؤولية الطلاق للزوجة، ثم في نفس الحالة تقضي بإبطال الزواج، والمعروف أن الزواج لا يبطل بالطلاق. وبالتالي، كان من الأفضل أن تقضي بفسخ الزواج بالطلاق.

وبخصوص المشرع المغربي، تطرقت المادة 3/39 من مدونة الأسرة في البند رقم 04 تحدثت عن مانع الزواج بالمرأة المتزوجة والمعتدة والمستبرئة، ورتب القضاء المغربي في حالة الزواج بالمرأة الحامل ببطلان الزواج، والحكم بالبطلان حكم كاشف للبطلان لا منشئ له، ويرتب آثاره في الحال، ويوجب على الزوجين الافتراق، وإلا فإنه للنيابة العامة التدخل لإبطاله، ففي أحد القضايا التي عرضت على المحكمة الابتدائية بميسور والذي جاء في مضمونها أنه: «يعرض المدعي بأنه تزوج بتاريخ 30-05-2011، وبعد مرور أيضا قليلة على الزواج، ظهرت علامات الحمل على الزوجة، وبتاريخ 30-09-2011 أي بعد مرور أربعة أشهر و 27 يوما، أنجبت المدعى عليها بنتا، وقد صرحت الزوجة بأنها كانت حاملا قبل الزواج نتيجة علاقة غير شرعية من رجل آخر، وهو الأمر المؤكد من خلال محضر الشرطة القضائية،

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.269؛ أبو إسحاق إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي، المرجع السابق، ج.2، ص.445.

² م.ع، غ.أ.ش، م.ر:371562، ل 11-10-2006، م.م.ع، ع.ع.2، 2007، ص.42.

مؤكدًا أنه يستحيل استمرار العلاقة الزوجية في ظل هذه الوقائع ملتصقا بالحكم بتطليقها منه للشقاق وبنفي نسب البنت. حيث أنه بالنظر لما أثير من مناقشة القضية فإنه يلزم قبل البت في انحلال العلاقة الزوجية بين الطرفين التأكد من وجودها الشرعي ومن مدى صحة عقد الزواج المبرم بين الطرفين. حيث إنه أمام ثبوت كون الزوجة وضعت البنت داخل مدة تقل عن أقل مدة الحمل المعتبرة شرعا هو دليل قاطع على كونها كانت حاملا وهو ما يخالف النظامين الشرعي والقانوني لعقد الزواج باعتباره مانعا شرعيا مؤقتا يحول دون انعقاده لوجودها في حالة استبراء من زنا، وحيث أن زواج الطرفين مع وجود المانع المذكور يجعل العقد باطلا لا ينتج أي أثر بينهما لانتفاء حسن نية الزوجة. وحيث إن ثبوت بطلان الزواج لم يبق معه محل للبت في فصول المقال الافتتاحي للدعوى لأن عقد الزواج غير موجود أساسا»¹

والملاحظ من توجه المحكمة الابتدائية في هذه الحالة أنها أخذت بما جاء به فقهاء المالكية والحنابلة، الذين قالوا بجريمة الزواج من المرأة الحامل، سواء كان الحمل شرعي أو غير شرعي.

ثالثا- المحرمات بسبب اختلاف الدين:

إن الحديث عن المحرمات أو الموانع بسبب اختلاف الدين، يقتضي منا التطرق إلى مدى شرعية الزواج من الكفار، والذين بدورهم ينقسمون إلى أهل الكتاب (1)، من لهم شبهة الكتاب (2)، ومن لا كتاب لهم (3)، كما يمتد هذا التحريم في حالة ردة أحد الزوجين عن الإسلام (4)، ثم نتطرق إلى موقف التشريعات المغاربية (5).

1. أهل الكتاب:

أهل الكتاب هم الأشخاص الذين يؤمنون بشرائع ما قبل الإسلام، وهم أهل التوراة والإنجيل لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أَنْزَلَ الْكِتَابُ عَلَيَّ طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا﴾².

¹ المحكمة الابتدائية بميسور، ل 30-05-2011. مقتبس عن: كريم متقي، محاضرات في قانون الأسرة المغربي، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، فاس، المغرب، 2018-2019، ص.100.

² سورة الأنعام، الآية. 156.

وعليه، يمنع على المرأة المسلمة بالإجماع، الزواج من أهل الكتاب مطلقاً ما لم يسلموا، حيث إنه ما دام الرجل غير مؤمن بالإسلام، فإن ذلك يشكل خطراً لا محالة من شأنه حمل الزوجة على التأثر بدينه، والمرأة عادة سريعة التأثر والانقياد، وفي زواجها إيذاء لشعورها وعقيدتها¹. وهذا مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾².

كما يجمع الفقهاء على جواز زواج الرجل المسلم بالمرأة الكتابية، لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾³، والمراد بالمحصنات في الآية هن العفاف، ويقصد بها حمل الناس على التزوج بالعفاف، لما فيه من تحقيق الود والألفة بين الزوجين، وإشاعة السكون والاطمئنان؛ كما ثبت عن صحابة رسول الله ﷺ زواجهم من أهل الكتاب، إذ تزوج عثمان بن عفان رضي الله عنه من نائلة بنت الفرافصة الكلبية وكانت نصرانية، ثم أسلمت على عصمته؛ كما تزوج حذيفة رضي الله عنه بيهودية من أهل المدائن. وسئل جابر رضي الله عنه عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية، فقال: تزوجنا بهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص⁴.

والحكمة في اباحة هذا الزواج، راجع لتوافر مواطن إلتقاء وتوافق بين الإسلام والشرائع الأخرى، كما يعتبر إيمان المسلم بكل الكتب السماوية وكل الرسل يجعله في منأى عن التأثير في زوجته اليهودية مثلاً التي تؤمن بعزير وموسى عليهما السلام؛ أو المسيحية التي تؤمن بعبسى عليه السلام⁵.

وإن كان ظاهر قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾⁶، يدل على مطلق الإباحة، فإن غالبية الفقه اتجهوا إلى إضفاء بعض الأحكام التي جعلت من الزواج بالمرأة الكتابية مكرهاً كراهة تحريمية، وهذا في رأي الأئمة الأربعة كما يلي:

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6653.

² سورة المائدة، الآية.5.

³ سورة المائدة، الآية.5.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6653.

⁵ المرجع نفسه؛ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.4، ص.73.

⁶ سورة المائدة، الآية.5.

حيث ذهب الحنفية إلى القول بکراهة تحريمية للزواج بالکتابية في غير إقليم الإسلام، وذلك خوفاً من تخلفه بالأخلاق المخالفة للإسلام والتي من شأنها أن تعرض نسله إلى التدين بغير دين أبيه المسلم، فالعقد وفق هذا الرأي صحيح في تكوينه، إلا أن كراهته راجعة إلى ما قد ينجم عنه من المفساد، فدرؤها أولى وإن كانت مصلحة الشخص تقتضي منه الزواج. غير أنه إذا كان في ذلك الزواج قد تم في إقليم الإسلام، فإنه يبقى مكروها كراهة تنزيهية، لأن نكاح المحصنات المسلمات أولى، وهذا لقوله تعالى: ﴿وَأَمَّا الْمُؤْمِنَةُ الْخَيْرُ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾¹.

في حين انقسم المالكية إلى رأيين؛ يرى أولهم² الإباحة المطلقة لعموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾. في حين ذهب الرأي الثاني لأشد مما جاء به الأحناف، وهو قول الإمام مالك حيث قال بکراهة الزواج باليهودية والنصرانية، سواء تم الزواج بدار الإسلام أو خارجها، وأسس أنه لما كانت تتغذى بالخمير والخنزير، مما يحتمل تغذي ولده به، كما يقبلها زوجها ويضاجعها، وتذهب للكنيسة، وليس للزوج منعها من غذائها أو ذهابها إلى الكنيسة، حتى ولو تضرر من ذلك وقد تموت وهي حامل فتدفن في مدافن الكفار. وعلى هذا الأساس، وسدا للذرائع ودرأ للمفساد كان هذا العقد محرماً³.

في حين توسط الشافعية بين مذهبي الأحناف والمالكية، بين استحباب الزواج بالکتابية بدار الإسلام، وذلك إذا رجي إسلامها، وذلك راجع إلى طبع المرأة وميلها وإيثارها لدين زوجها على

¹ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.4، ص.74.

² وهو رأي ابن القاسم من المالكية، والذي قال إنه لما وردت الآية على عمومها، فلا مجال للقول بکراهة هذا الزواج. أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.2، ص.420.

³ أحمد الصاوي، المرجع السابق، ج.2، ص.420. مالك بن أنس، المدونة...، المرجع السابق، ج.2، ص.219.

والديها¹؛ في حين يكره الزواج إذا كان خارج دار الإسلام² على منوال الملكية والحنفية، إذ يتعلق استحباب الزواج وكرهه من خلال التقدير بين المصلح والمفسدة المترتبة على ذلك الزواج³.

بينما انفرد الحنابلة برأي، مفاده حل الكتابية على مطلقه مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾⁴، كما روي عن عمر بن الخطاب وعثمان وطلحة وحذيفة وسليمان وجابر وغيرهم، إذ لم يثبت عن عاصم النبي ﷺ وصحابته الكرام من حرم أو كره هذا الزواج⁵، كما استدلوا بحل الكتابية مطلقا بدليل القرآن الكريم، أي نعم فقد حرم المولى عز وجل نكاح المشركين سواء بالنسبة للرجل أو المرأة المسلمين، غير أن قوله تعالى سالف الذكر، خاص في حل أهل الكتاب من النساء وإن كان هؤلاء من المشركين، إذ أن الخاص يقيد العام⁶.

2. من لهم شبهة الكتاب:

شبهة الكتاب مصطلح يطلق على أحد الطوائف المشركة، والتي اختلف في تصنيفهم أنهم من أهل الكتاب أو ممن لا كتاب لهم؟ وتعددت هذه الطوائف إلى المجوس والصابئة والسامرة... وغيرهم.

¹ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.312.

² وقد ذهب الماوردي- من أئمة المذهب الشافعي- إلى القول بکراهة الزواج بالکتابية خارج دار الإسلام کراهة تحريمية، بل الأكثر من ذلك، فإنه قال بکراهة زواج المسلم مع المسلمة خارج دار الإسلام، لما في ذلك من تكثر سوادهم. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.312.

³ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.4، ص.74.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.129.

⁶ وحتى عمر بن الخطاب في خلافته، لم يحرم نكاح الكتابية، حينما قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب: طلقوهن. فطلقوهن إلا حذيفة، فقال له عمر رضي الله عنه: طلقها. قال: تشهد أنها حرام؟ قال: هي جمره. قال: قد علمت أنها جمره، ولكنها لي حلال. فلما كان بعد، طلقها، فقبل له: ألا طلقتها حين أمرك عمر؟ قال: كرهت أن يرى الناس أني ركبت أمرا لا ينبغي لي. ولأنه ربما مال إليها قلبه ففتنته، وربما كان بينهما ولد فيميل إليها. موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.130.

فأما المجوس، فقول أكثر الفقهاء¹ فيهم، بأنهم من أهل الشرك الذين لا كتاب لهم، استنادا لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنزِلَ الْكِتَابُ عَلَيَّ طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا﴾²، والقصد من الطائفتين كما أشرنا هم اليهود والنصارى³، ولم يعرف للمجوس كتابا غير كتاب زرادشت، والذي ادعى النبوة كذبا. وعليه، لا يمكن تصنيفه من أهل الكتاب⁴. وبالتالي، فإن الفرض الذي يقضي بأن المجوس أهل كتاب سماوي، سيؤدي على الطعن لا محالة بقوله عز وجل سالف الذكر، وذلك أمر غير وارد البتة⁵.

ولما ذكر عمر بن الخطاب رضي الله عنه المجوس لأخذ الجزية منهم، حيث قال: مَا أَدْرِي كَيْفَ أَصْنَعُ فِي أَمْرِهِمْ؟» فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ: أَشْهَدُ لَسَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: {سُئِلُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ}،⁶ وإن كانت لهم سنة أهل الكتاب فإن ذلك لا يعني أنهم من أهل الكتاب⁷.

كما أن قول النبي ﷺ فيهم، كان رغبة منه لحقن دمائهم، وإقرارهم بالجزية لا غير، فتبث تحريم دمائهم على ذلك الأساس، فوجب أن يثبت تحريم نسائهم وذبائهم⁸.

¹ غير أبا ثور الذي قال بجواز نكاحه لقوله ﷺ: {سُئِلُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ}، كما أنه روى أن حذيفة قد تزوج مجوسية، وقياسا على أهل الكتاب الذين يقرون بالجزية، فأشبهوا اليهود والنصارى. موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.131.

² سورة الأنعام، الآية.156.

³ أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، المرجع السابق، ج.3، ص.118.

⁴ المرجع نفسه؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.131؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع سابق، ج.2، ص.271.

⁵ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.271.

⁶ مالك بن أنس، موطأ...، المرجع السابق، ج.1، ص.278؛ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ج.59: كتاب الجزية، باب المجوس أهل كتاب والجزية تؤخذ منهم، ح.ر:18654، ص.319.

وَعَنْ الزُّهْرِيِّ قَالَ: {قِيلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْجَزِيَّةُ مِنْ أَهْلِ الْبُخْرَيْنِ وَكَانُوا مَجُوسًا}. فَقِيلَ الْإِتِّفَاقُ عَلَيَّ أَنَّهَا لَا يَجِلُّ نِكَاحُ نِسَائِهِمْ وَلَا أَكْلُ ذَبَائِحِهِمْ. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل...، المرجع السابق، ج.8، ح.ر:3479، ص.65.

⁷ أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، المرجع السابق، ج.3، ص.118؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الخنفي، المرجع سابق، ج.2، ص.271.

⁸ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.131.

ومن الطوائف الأخرى الذين لهم شبهة الكتاب، هم السامرة والصابئة¹. وقد اختلف الفقهاء في تصنيفهم من حيث حكم الزواج منهم؛ إذ انقسم الأحناف² بين رأي الإمام أبو حنيفة الذي يجيز الزواج منهم، على أساس أنهم قوم يؤمنون بكتاب الله، فيقرؤون الزبور ويعظمون الكواكب كتعظيم المسلمين للكعبة من غير عبادتها، ولهذا كان من الجائز مناكحتهم كاليهود والنصارى. في حين يرى أبو يوسف ومحمد بغير ذلك، فحسبهم يعتبر الصابئة من عبدة الكواكب، وحكمهم كمن يعبد الأصنام، فلا يجوز الزواج منهم لدخولهم في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾.

في حين يرى الحنابلة على قول الإمام أحمد والشافعية في قول القاضي، بأنهم من النصارى، وقد اشترط لحل الزواج منهم موافقة أصل عقيدتهم مع أصل عقائد اليهود والنصارى، وإن وجد اختلاف في فروعهما³.

وقد اعتبر المالكية والشافعية في قول الإمام الشافعي، إنه ليس من أهل الكتاب غير اليهود والنصارى. وعلى هذا الأساس، يعتبر الصابئة والسامرة وكل الطوائف المتمسكة بصحف إبراهيم وزبور داوود عليهما السلام من أهل الشرك الذي لا يحل نكاحهم ولا ذبائحهم، وتمسكهم بالكتب السماوية السابقة لا يجعلهم من أهل الكتاب، وإقرارهم بالجزية راجع لشبهة تمسكهم بهذه الكتب⁴.

3. من لا كتاب لهم:

تندرج هذه الفئة في عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾، مخاطبا بها المولى عز وجل المسلمين من الرجال، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾، مخاطبا بها المسلمات من النساء. وبطبيعة الحال، لا خلاف يذكر بأن هذا التحريم مؤقتا، على أساس أن إسلام المشرك يسقط هذا التحريم.

¹ إن الصابئة هي فرقة من النصارى، وتؤكل ذبائحهم إن لم تكفرهم النصارى. والسامرة فرقة من اليهود، وتؤكل ذبائحهم إن لم تكفرهم اليهود ولم يخالفوهم في أصول عقيدتهم. أبو الحسين يحيى بن سالم العمري، المرجع السابق، ج.9، ص.262.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.271.

³ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.130.

⁴ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.130.

وتتمثل هذه الطائفة في كل شخص لا يؤمن بدين الإسلام، ولا يؤمن بأي شريعة من الشرائع السابقة للإسلام، والذي حددها المولى عز وجل في طائفتي اليهود والنصارى؛ فكل شخص يعبد الأوثان والأصنام والكواكب، والمرتدون من الدين الإسلامي تحت ما يسمى بالرافضة الذين يعتقدون أن جبريل غلط في الوحي، فأوحى إلى محمد ﷺ مع أن الله أمره بالإيحاء إلى علي. أو يعتقدون أن علياً إله أو يكذب بعض آيات القرآن فيقذف عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها، كما يضاف لهذه الفئة كل شخص لا إيمان له، وهو ما يعرف بالملحد¹.

4. الردة عن الإسلام:

تبيانا لما سبق من الأحكام المتعلقة بمدى حل زواج المسلمين من المشركين، أهل كتاب كانوا أو وثنيين أو ملحدين. فتم تحريم الكافر على المسلمة تحريماً قاطعاً، وحل الكتابية للمسلم مع كراهة تصل لحد التحريم.

غير أن هذه الأحكام الشرعية نسبية تتعلق بأصل إيمان الشخص الغير المسلم، فإن كان المبدأ العام هو تحريم نكاح الكفار، فإن الاستثناء هو حل الزواج بالمرأة الكتابية -اليهودية والنصرانية-. غير أن هذا الاستثناء يشترط فيه أن يكون أصل دينهم وإيمانهم ومعتقدهم غير دين الإسلام، وبمعنى آخر ألا تكون المرأة من أهل الكتاب بعد أن كانت من أهل الإسلام، وهي ما تعرف بالمرتدة، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يقع تحريم الزواج بمجرد أن ينتقل أحد الزوجين أو كلاهما من دين الإسلام إلى غيره من المعتقدات، سواء التي تؤمن بالكتب السماوية، أو التي لها شبهة الكتب، أو من لا كتاب لهم. وفيما يلي نستعرض آراء الفقهاء المتقدمين، في حكم الزواج بعد الردة عن الإسلام:

فلا خلاف بين الفقهاء حول حرمة الزواج بالمرتدة والمرتد عن الإسلام، باعتباره من أهل الشرك والكفر، وذلك بصريح قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَزِدْكُمْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾²، ويترتب عليه فسخ الزواج بصفة مطلقة.

¹ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.307. موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.131. عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.4، ص.72.

² سورة البقرة، الآية.217.

غير أنه اختلف الفقهاء حول ضرورة التنجيز في الفسخ أو تأجيله؛ حيث يرى الإمام أبو حنيفة ومالك¹ بالتعجيل في الفسخ وقع دخول بين الزوجين أم لا، استدلالاً بما روي عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وسفيان الثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر، وبرروا موقفهم إلى أن الحكم الذي يوجب فسخ النكاح يستوي قبل الدخول وبعده؛ وهو ما أكده الجمهور من المالكية² الشافعية³ والحنابلة⁴ قبل الدخول. غير أنهم قالوا بإرجاء الفسخ لما بعد انقضاء العدة، وهذا الرأي جاء محاولة منهم إقناع المرتد بعدوله عن رده والتماس كل ما من شأنه أن يعيده إلى دين الإسلام. ويستوي الأمر لو كانت إلى الإسلام، فيتقرر الزواج بين الزوجين إذا أسلما معاً، كما يتقرر إذا ما أسلمت الزوجة قبل الزوج، وأسلم هذا الأخير في عدتها، أما ما دون ذلك يفسخ به النكاح⁵.

5. موقف التشريعات المغربية:

أمام هذا الأحكام الشرعية المستفيضة، فإن الاختيارات القانونية محدودة جداً بسابقتها، فيعتبر إسلام الزوج من الشروط الأساسية التي يتحقق بها صحة زواج المرأة المسلمة، وفي هذا الصدد نصت المادة 30 في فقرتها الأخيرة من قانون الأسرة على أنه: «يحرم من النساء مؤقتاً: -زواج المسلمة مع غير المسلم»، والمادة 4/39 من مدونة الأسرة المغربية على أن: «موانع الزواج المؤقتة هي: -زواج المسلمة بغير المسلم...».

والملاحظ من موقف المشرعين الجزائري والمغربي، أنهما أكدّا على مكانة الدين الإسلامي باعتباره المحرك الأساسي للنظام العام خاصة في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية. إذ يعتبر هذا الشرط من أهم الحصون الشرعية التي صمدت في وجه المستجدات الغربية التي تدعو إلى ضرورة إطلاق الحرية الفردية للأشخاص.

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.337؛ مالك بن أنس، المدونة...، المرجع السابق، ج.2، ص.219.

² مالك بن أنس، المدونة...، المرجع السابق، ج.2، ص.220.

³ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.5، ص.62.

⁴ موفق الدين بن قدامة، الكافي...، المرجع السابق، ج.3، ص.54.

⁵ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.5، ص.62؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.133.

وعلى الخلاف من ذلك لم تتعرض مجلة الأحوال الشخصية التونسية إلى هذا المانع متخذة بذلك موقفا سلبيا آثار عديد الاختلافات على مستوى فقه القضاء التونسي، إذ انقسم إلى توجه يرى بأن الفصل 05 من المجلة الذي ينص على أنه: «يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية»، معتبرين بذلك الشريعة الإسلامية هي المعيار الرئيسي والوحيد في تحديد مدلول الموانع الشرعية. ورأي آخر ذهب إلى القول بأن مجلة الأحوال الشخصية هي المعيار الذي يحدد الموانع الشرعية والمتمثلة في الموانع المؤبد والمؤقتة المنصوص عليها في الفصول من 14 إلى 20 من مجلة الأحوال الشخصية¹.

في حين ذهب رأي ثالث إلى القول بأن السكوت عن تحديد هذا المانع ليس انكارا للشريعة الإسلامية، وإنما تحقيقا لمقتضيات الدولة المدنية التونسية القائمة على مبدأ المواطنة لا الدين، لذلك لم تتضمن مجلة الأحوال الشخصية على هذا المانع².

غير أن ما جنح إليه القضاء التونسي يؤكد أنه يحاول بشكل جدي التملص من أحكام الشريعة الإسلامية في هذه الحالة، إذ وعلى الرغم من أنه قد قرر بطلان زواج امرأة مسلمة تونسية من رجل إيطالي غير مسلم، مع متابعتها جزائيا. غير أن محكمة التعقيب التونسية بررت توجهها أن مرد هذه المتابعة الجزائرية لا يتعلق بزواج المسلمة بغير المسلم، وإنما يتعلق بزواج على خلاف الصيغ القانونية³.

والملاحظ من هذا التوجه أن تفسير مدلول الموانع الشرعية الوارد في الفصل 05 من المجلة يخضع للنصوص القانونية الواردة فيها لا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية. وهو الأمر الذي اعتمده القضاء التونسي منذ صدور مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ولعل القرار الشهير أنذك المعروف بقرار حورية خير دليل على ذلك، حيث أنه تزوجت امرأة مسلمة بغير مسلم وقضي ببطلان الزواج وبررت محكمة التعقيب هذا الحكم أن هذا الزواج قد تم قبل صدور مجلة الأحوال الشخصية في وقت كان الفقه الإسلامي هو الذي ينظم الأحوال الشخصية⁴.

¹ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص. 84.

² ساسي بن حليلة، قانون...، المرجع السابق، ص. 49-50.

³ المرجع نفسه، ص. 52.

⁴ م.ت، ق.ت.م، ع. 3384، ل 31-01-1961، مقتبس عن: المرجع نفسه، ص. 52.

وفي الحقيقة، يعتبر هذا التوجه غير المعقول من قبل المشرع التونسي، نتيجة مصادقة الدولة التونسية على اتفاقية نيويورك المتعلقة بعدم التمييز بسبب الجنس أو اللون أو الدين الصادرة في 10-12-1992، ناهيك عن عديد المواثيق الدولية التي صادقت عليها.

وعلى هذا الأساس، نعتقد أن التشريع الجزائري والمغربي كان أكثر حدة من نظيره التونسي في تأكيده على أصالته ومرجعياته الإسلامية التي تمنع أي مساس بالمسائل الشرعية الثابتة؛ فبالنسبة للتشريع الجزائري، وخلال بحثنا عن الاجتهادات القضائية في هذه المسألة لم نجد ولا قرار قضائي. مما يؤكد أن هذه المسألة غير قابلة للنقاش وأن الحكم القضائي في حالة النزاع معروف مسبقا إذا ما تعلق الأمر بزواج المسلمة بغير المسلم. وحتى بالنسبة للقضاء المغربي فلم يتم إلا بالتأكيد على قطعية النص التشريعي حيث قضت المحكمة الابتدائية بتمارة ببطالان الزواج بين مغربية مسلمة وفرنسي غير مسلم على الرغم من إسلام الزوج الفرنسي بعد قيام العلاقة الزوجية، وعللت المحكمة توجهها أنه: «... وحيث إن كون المدعي غير مسلم خلال قيام العلاقة الزوجية المزعومة يجعلها غير قائمة لوجود مانع شرعي استنادا إلى المادة 39 في فقرتها الرابعة»¹.

والملاحظ من التشريعين الجزائري والمغربي أنهما تطرقا فقط إلى مانع زواج المسلمة بغير المسلم، دون التطرق إلى مانع زواج المسلم بغير كتابية. وعليه، فإن كانت المواد 222 من قانون الأسرة و400 من مدونة الأسرة المغربية تتيحان الرجوع إلى الشريعة الإسلامية التي تؤكد بصفة قطعية لا تقبل التغيير بحرمة زواج الرجل المسلم من غير الكتابية. فإنه من اللازم على المشرعين القيام بتعديل النصوص القانون الإجرائية المتعلقة بالزواج مع الأجانب.

وفي هذا الصدد قررت محكمة النقض أن بطلان عقد الزواج لاختلاف الدين، لا مصلحة فيه للطاعن في النقض بإبطال العقد، أما تأسيس طعنه على تحديد فترة اعتناقه المسيحية، فلا تأثير له لأنه باطل من تاريخ انعقاده².

¹ المحكمة الابتدائية بتمارة، قسم قضاء الأسرة، رقم: 326، ل 04-03-2008، ملف ع. 130-7-30، غير منشور. مقتبس عن: إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص. 199.

² م.ن.م، غ.أ.ش، ع. 319، م.ش، ع. 461-5. مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص. 51.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فلم ينص على مانع زواج المسلمة بغير المسلم. غير أنه، وبالرجوع إلى إجراءات الزواج بين التونسيات والأجانب نجد المشرع التونسي يشترط على الأجنبي الراغب في الزواج من تونسية مسلمة استصدار شهادة اعتناق الدين الإسلامي من سماحة مفتي الجمهورية، وتحت طائلة البطلان لا تقبل أي شهادة مسلمة من مصدر آخر، وهو ما أقره المنشور الوزاري الصادر من وزارة الداخلية التونسي في 17-03-1962¹.

غير أنه اتجهت المنظومة التشريعية التونسية إلى خرق صارخ لأحد أهم الثوابت الشريعة الإسلامية والمتمثلة في مانع زواج المسلمة بغير المسلم، حيث قرر رئيس الحكومة من خلال المنشور الوزاري الصادر في 08-09-2017 من وزارة العدل إلى: «إلغاء العمل بالقرار عدد 606 المؤرخ في 19 أكتوبر 1973 لتعارضه مع الفصلين 21 و46 من الدستور ومخالفته للاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة التونسية والتي لها مرتبة أعلى من القوانين طبقاً للفصل 20 من الدستور وطلب بناء على ذلك، إلغاء المنشور عدد 216 المؤرخ في 5 نوفمبر 1973 الصادر عن وزير العدل»².

والأكثر من ذلك، فقد اتجه القضاء فيما سبق إلى تبني هذا التوجه حيث قررت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 05-02-2009 على أن: «ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل المكرسة بالفقرة 1- ب من الفصل 16، يمنع القول بوجود أي تأثير لمعتقد المرأة على حرمتها في الزواج

¹ المنشور عدد 23 المؤرخ في 17 مارس 1962 عن كاتب الدولة للداخلية موجه لضباط الحالة المدنية حول تحرير عقود الزواج بين المسلمة وغير المسلم.

وقد تلى صدور هذا المنشور، عديد المنشورات التي تصب في إلزامية الأجانب غير المسلمين بضرورة استصدار شهادة اعتناق الدي الإسلامي في حالة الزواج من التونسيات المسلمات، ونذكر منها، المنشور عدد 216 المؤرخ في 05 نوفمبر 1973 عن وزير العدل؛ المنشور عدد 81 المؤرخ في 21 أوت 1974 عن وزير الداخلية؛ المنشور عدد 20 المؤرخ في 30 مارس 1987 عن وزير الداخلية؛ المنشور عدد 3631 المؤرخ في 27 نوفمبر 1992 عن وزير الشؤون الخارجية؛ المنشور عدد 59 المؤرخ في 23 نوفمبر 2004 عن وزير الداخلية والتنمية المحلية. خالد المؤدب، ما هي الشروط القانونية لإبرام عقد زواج صحيح؟، الموقع الإلكتروني: https://votreculturejuridique.blogspot.com/2019/06/4_13.html، تاريخ النشر: 13-06-2019، الساعة: 07:00، تاريخ الاطلاع: 17-02-2023، الساعة: 14:51.

² منشور وزاري، ع.164، ل 08-09-2017، وزارة العدل. الملحق رقم.40.

وبالأثر على حقها في الميراث اعتبارا لإلزامية الاتفاقيات الدولية التي تفوق إلزامية القوانين العادية طبقا لأحكام الفصل 32 من الدستور»¹.

وفي حقيقة الأمر، أثار هذا التوجه موجة من التعارض على الساحة الفقهية التونسية خاصة حول مدى تأثير المناشير الوزارية في انشاء الحقوق والمراكز القانونية مع العلم أن دورها يقتصر على تفسير النصوص التشريعية والترتيبية².

ومما سبق، فإن الحديث عن مدى دستورية القول بمنع زواج المسلمة بغير المسلم من عدمها، هو أمر لم يفصل فيه القانون التونسي البتة، على الرغم من أن حذف هذا المانع من الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية، والاكتفاء بمصطلح الموانع الشرعية، يدل ولو بصفة نسبية على أن المشرع التونسي يتجه إلى الغاء هذا المانع. غير أن الاشكال الحقيقي الذي يطرح في هذه الحالة حول مدى دستورية المادة 1/16-ب من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة؟ خاصة أن ديباجة الدستور التونسي تنص على أنه: «وتعبيرا عن تمسك شعبنا بتعاليم الإسلام ومقاصده المتّسمة بالفتوح والاعتدال، وبالقيم الإنسانية ومبادئ حقوق الإنسان الكونية السامية، واستلهاما من رصيدنا الحضاري على تعاقب أحقاب تاريخنا، ومن حركاتنا الإصلاحية المستنيرة المستندة إلى مقومات هويتنا العربية الإسلامية وإلى الكسب الحضاري الإنساني، وتمسكا بما حققه شعبنا من المكاسب الوطنية»³.

وكما هو ملاحظ في عديد البحوث الأكاديمية، والتي أكدت على أن الدول المغاربية أمام التزام دولي يفرض عليها حذف مانع زواج المسلمة بغير المسلم، وأنها صادقت على عديد الاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك واتفاقية سيداو والعهد الدولي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدني والسياسية،

¹ م.ت، ق.ت.م، ع.31115، ل 05-02-2009، مقتبس عن: محمد العفيف الجعيدي، هل يقبل القانون التونسي بالزواج عند اختلاف الدين؟، الموقع الالكتروني: <https://legal-agenda.com>، تاريخ النشر: 26-09-2014، تاريخ الاطلاع: 17-02-2023، الساعة: 15:25.

² محمد العفيف الجعيدي، المرجع السابق.

³ أمر رئاسي عدد 691 لسنة 2022 مؤرخ في 17 أوت 2022 يتعلق بختم دستور الجمهورية التونسية وإصداره، ر.ر.ج.ت، ع.91، ل 18-08-2020.

التي تهدف إلى القضاء على عديد أشكال التمييز بسبب الدين. بالإضافة إلى ضرورة الدول المصادقة عليها لضمان حرية المعتقد والممارسة الدينية... إلى غير ذلك.

وعليه، فبالنسبة لمسألة الممارسة الدينية وحرية المعتقد، فلا علاقة تربطها بمانع زواج المسلمة بغير المسلم، إذ تستطيع الدول المغاربية تحقيق هذا النوع من الحريات دون المساس بمانع الزواج بسبب الدين، كما يبين الواقع أن الممارسة الدينية لغير الإسلام في الدول المغاربية، يعترضها المجتمع أكثر من الدولة، ذلك أن المجتمع المغاربي وأمام كل المجهودات الغربية التي حاولت طمس هويته الإسلامية، غير أنه لم يحتضن ولم يتقبل فكرة أنه يعيش في مجتمع متعدد الأديان، مع التأكيد على أنه لا يوجد ما يمنع الأشخاص غير المسلمين من ممارسة شعائرهم الدينية في الدول المغاربية، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن المبدأ الدستوري في الدول المغاربية الذي يقضي بأن الإسلام دين الدولة، يضرب عرض الحائط كل اتفاقية تتضمن مبادئ قانونية تمس بالثوابت الأساسية للدين الإسلامي ومنها حرمة زواج المسلمة بغير المسلم، فالاتفاقية الدولية تسمو على القانون العادي لا الدستور، وعلى هذا الأساس، نرى أنه لا حاجة حتى للتحفظات على المسائل المخالفة للشريعة الإسلامية، ذلك أنها ستسقط بصفة آلية لاصطدامها بالنظام العام الذي يعتبر الشريعة الإسلامية هو المعيار الرئيسي في مسائل الأحوال الشخصية.

حيث تنص ديباجة الدستور الجزائري على: «...وكان أول نوفمبر 1954 نقطة تحول فاصلة في تقرير مصير الجزائر وتتويجا عظيما لمقاومة ضروس، واجهت بها مختلف الاعتداءات على ثقافتها، وقيمها، والمكونات الأساسية لهويتها، وهي الإسلام والعروبة والأمازيغية، وتمتد جذور نضالها اليوم في شتى الميادين في ماضي أمتها المجيد»¹.

وديباجة الدستور المغربي: «المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة، متشعبة بوحدتها الوطنية والترايبية، وبصيانة تلاحم وتنوع مقومات هويتها الوطنية، الموحدة بانصهار كل مكوناتها، العربية الإسلامية، والأمازيغية، والصحراوية الحسانية، والغنية بروافدها الإفريقية والأندلسية والعبرية والمتوسطية.

¹ مرسوم رئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442هـ، الموافق لـ 30-12-2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر، ع.82، لـ 30-12-2020.

كما أن الهوية المغربية تتميز بتبوء الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها، وذلك في ظل تشبث الشعب المغربي بقيم الانفتاح والاعتدال والتسامح والحوار، والتفاهم المتبادل بين الثقافات والحضارات الإنسانية جمعاء»¹.

وعليه، وأمام التوجهات القانونية المتباينة للدول المغربية، فإنه من الضروري أن تتوفر في عقد الزواج شروطه الموضوعية حتى ينعقد صحيحا، غير أن صياغة النصوص القانونية لم تحقق الدقة التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية.

وبالإضافة إلى الشروط القانونية سالفه الذكر، ونظرا للعديد من المتغيرات الاجتماعية، اشترطت التشريعات المغربية شروطا أخرى للشخص الراغب في الزواج، والتي تتسم بالطابع الإجرائي، وهي ما تعرف بالشروط الشكلية لعقد الزواج، وهو الأمر الذي سنعالجه في الفصل الثاني.

¹ ظهير شريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 شعبان 1432هـ، الموافق لـ 29-06-2011، يتعلق بتنفيذ الدستور، ج.ر، ع.5964 مكرر، 30-06-2011.

الفصل الثاني

الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج

نظرا للعديد من المقتضيات التي تطلبتها التشريعات المغاربية للأسرة، تم استحداث ما يسمى بالشروط الشكلية لعقد الزواج، وذلك تماشيا مع الأوضاع الاجتماعية المتغيرة التي فرضها الوقت الحالي. وعليه، نجد فئة من الأشخاص لهم من القدرة المالية والجسدية في إبرام عقد الزواج، غير أنهم لم يتوفروا على السن القانونية لمباشرته، وهذه الفئة يعبر عنها بالقصر أو الصغار، والتي تحتاج في بعض الأحيان النظر إليها نظرة البالغ والراشد، سواء من ناحية التكليف الشرعي أو القانوني. وعلى هذا الأساس، تقرر لمصلحتهم ما يسمى بالإجراءات الخاصة بزواج القصر (المبحث الأول).

وبالإضافة إلى القاصر، وأمام المرجعية الدينية لقوانين الأسرة المغاربية، فإنه من الشرعي أن يكون للرجل في ذمته أكثر من زوجة. غير أن التوجهات القانونية في هذه الحالة اشترطت مجموعة من الضوابط التي تمكن الشخص من التعدد، وهو ما يعرف بالإجراءات الخاصة لتعدد الزوجات (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الإجراءات الخاصة بزواج القصر

من المقرر قانونا أنه لا يمكن الاكتفاء بنصوص المواد 07 من قانون الأسرة، و19 من مدونة الأسرة، والفصل 05 من مجلة الأحوال الشخصية، وتشريعها بصفة جامدة لا تحتمل الاستثناء.

ويتمثل هذا الاستثناء في منح الشخص متى توفرت فيه الشروط، أن يباشر زواجه دون السن المقرر قانونا. وعلى هذا الأساس وجب علينا التطرق إلى الأحكام الشرعية والقانونية لزواج القصر، وذلك من خلال التكييف الشرعي لزواج القاصر (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى تكييفه القانوني لمعرفة توجه القوانين المغاربية في هذا الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التكييف الشرعي لزواج القاصر

نتحدث في هذا المطلب إلى المفاهيم العامة للقاصر ومن يدخل في حكمه (الفرع الأول)، بالإضافة إلى حكمه الشرعي (الفرع الثاني).

كما ينبغي الإشارة إلى أن فئة الأشخاص المعنيين بهذا الاستثناء لا تقتصر على الأشخاص ما دون سن الأهلية، وإنما تمتد إلى الأشخاص المصابين بعارض من عوارض الأهلية، خاصة المتعلقة بالعوارض التي تمس بحالة الشخص الذهنية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المفاهيم العامة للقاصر ومن في حكمه

يتضمن مصطلح القاصر من الناحية اللغوية العديد من المعاني، حيث يأخذ معنى العاجز، فيقال: قصرت عن الشيء قصورا، أي عجزت عنه ولم أبلغه. وتأخذ معنى الحبس، فيقال: هؤلاء ركب قد قصرهم الليل، أي حبسهم الليل. ويأخذ أيضا معنى عدم التجاوز، فيقال قصرت الشيء على كذا إذا لم تجاوز به غيره، ومنه قوله تعالى: ﴿وَعِنْدَهُمْ قَاصِرَاتُ الطَّرْفِ أَثْرَابٌ (52)﴾¹، أي حور قد قصرن أنفسهن على أزواجهن فلا يطمحن إلى غيرهم².

أما من الناحية الاصطلاحية، فالقاصر هو العاجز عن الإشراف على شؤونه الشخصية من تعليم وتطبيب وتشغيل وتربية وحفظ وحضانة وتزويج، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، هو العاجز كذلك على تدبير شؤونه المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق³ فهو لا يقدر على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها⁴.

¹ سورة ص، الآية. 52.

² ابن منظور، المرجع السابق، ج 5، ص. 97-99-100.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 9، ص. 6691؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص. 192.

⁴ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص. 464؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 799.

وإن كان مفهوم القاصر يتضمن عدة معان لغوية، فإنه باعتباره لفظ عام فيشمل العديد من المفاهيم الخاصة والمتمثلة في :

- **الصغير**: وهو من الفعل صَغَرَ، وجمعه صغار. ويقال صغره وأصغره أي جعله صغيراً. ومنه الصاغر، أي الراضي بالذل. ويقال صغرت الشمس، أي مالت إلى الغروب. يعرف الفقهاء الصغير بأنه الشخص الذي لم يبلغ الحلم ذكراً كان أو أنثى، وذلك لما يحتاجه من الرعاية، التي لا يستطيع توليها بنفسه سواء تعلقت بشخصه أو بماله، وما قررت الولاية عليه إلا لهذا العجز¹.

- **المجنون**: من جن والمصدر الجنون. يقال جنه الليل أو جن عليه الليل أي سره. وجنون الليل بمعنى ظلمته واختلاط ظلامه. ويقال قلب مجنه، أي أسقط الحياء وفعل ما شاء².

والمجنون³ في اصطلاح الفقهاء، هو من زال عقله. فإن استوعب جنونه جميع أوقاته فهو المجنون جنونا مطبقاً⁴، أي مستمرا ينال من كل القوى الذهنية للشخص، مما يجعله في حالة غيبوبة عقلية لا يفيق منها بصفة مستمرة⁵، وتكون تصرفاته باطلة مطلقاً لانعدام أهلية الأداء لديه. ويمكن أن تكون هذه الغيبوبة العقلية متقطعة، فهو مجنون جنونا متقطعاً⁶، ويحدث من خلال نوبات متقطعة تتخللها فترات إفاقة يبدو المريض خلالها طبيعياً قادراً على الاستبصار لنفسه وسلوكه كما تنتابه حالات من الهوس والاكتئاب⁷، وتكون تصرفاته حال جنونه باطلة وحال إفاقته صحيحة نافذة⁸.

¹ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص. 83؛ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. 304-305.

² ابن منظور، المرجع السابق، ج. 13، ص. 92-93.

³ الجنون اختلال يحدث في القوى الذهنية فيؤدي إلى انحراف نشاطها على النحو الطبيعي، ويظهر في صورة اختلال عنيف في القوى العقلية واضطراب شديد في اللغة والتفكير وإدراك الواقع والحياة الانفعالية وعجز ظاهر في ضبط النفس. عباس محمود عوض، علم النفس الفسيولوجي، دار المعرفة الجامعية، مصر، ط. 1، 1999، ص. 80.

⁴ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 803.

⁵ إسحاق إبراهيم منصور، الموجز في علم الإجمام والعقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 1991، ص. 44.

⁶ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 803.

⁷ عباس محمود عوض، المرجع السابق، ص. 193؛ إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص. 44.

⁸ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 803.

ومن الناحية القانونية، لم يعرف المشرع الجزائري المجنون واكتفى باعتبار التصرفات الصادرة عنه غير نافذة. وهذا ما نصت عليه المادة 85 من قانون الأسرة أنه: «تعتبر تصرفات المجنون، والمعته والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه». وهو ما نهجه المشرع المغربي، الذي لم يعرف المجنون أيضا واعتبره من قبيل الأشخاص عديمي الأهلية من خلال نص المادة 217 من مدونة الأسرة، واعتبر تصرفاته باطلة غير منتجة لأي أثر، وهو ما نصت عليه المادة 224 من مدونة الأسرة. وقد عرف المشرع التونسي المجنون بموجب المادة 160 من مجلة الأحوال الشخصية بقولها: «المجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أم متقطعا تعترضه فترات يثوب إليه عقله فيها»، وقرر الفصل 162 من مجلة الأحوال الشخصية ببطالان التصرفات التي يقوم بها المجنون بعد الحجر عليه ما لم يجزها الولي، وقد اعتبرت المادة 163 من مجلة الأحوال الشخصية التصرفات الصادرة من المجنون قبل الحكم بالحجر عليه غير نافذة.

- **المعته:** من عته والمصدر عتها وعتها وعتاها. يقال عته شخص: بمعنى نقص عقله أو فقد أو دهش. عته في العلم: أي أولع به وحرص عليه.

ويصطلح على المعته، بأنه من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، لكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون وقد يكون بحالة لا يعقل فيها ألفاظ التصرفات وآثارها، فيكون كالصغير غير المميز، أو يكون بحالة يعقل فيها ألفاظ التصرفات وآثارها، فيكون كالصغير المميز¹. وذهب عديد الفقهاء إلى القول بأن طبقة المعتهين أقل حدة من المجنونين، لما يمتلكه من درجة معينة من الإدراك العقلي والذكاء، وإن كانت لا تتعدى ذكاء طفل عادي سنه ثلاث سنوات².

وقد اعتبر المشرع المغربي المعته بأنه الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته، وهذا من خلال نص المادة 216 من مدونة الأسرة.

¹ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 803.

² عبد السلام عبد الغفار، يوسف محمود الشيخ، سيكولوجية الطفل غير العادي والتربية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. 1، 1985، ص. 49.

ولم يشر المشرع التونسي إلى المعنوه اصطلاحاً، لكن يستشف من خلال نص الفصل 160 من مجلة الأحوال الشخصية أنه يقصد به ضعيف العقل غير كامل الوعي السبيء التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبيعات.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبر التصرفات الصادرة عن المعنوه غير نافذة، تطبيقاً لنص المادة 85 من قانون الأسرة وهذا من غير التطرق إلى تعريفه.

- السفية¹: من تسافه وجمعه سفهاء وسفاه. يقال سفهه تسفيها أي جعله سفياً. تسفهه عن ماله: أي خدعه عنه. تسفهت الريح الغصون: أي أمالتها وفياتها. سافهه: أي شتمه. سافه الشراب: أي أسر.

ويصطلح عليه، بأنه من يسرف في إنفاق ماله ويضيعه على خلاف مقتضى العقل أو الشرع فيما لا مصلحة له فيه، كأن يشتري الشيء التافه بالمال الكثير، أو يبيع السلعة الثمينة بالثمن القليل². والسفيه ليس كالمجنون والصغير، كل ما في الأمر أن السفيه خفة في عقله تؤثر على اختياره، فهو وإن كان لا يسرف المال عالماً بذلك وراضياً به، ولكنه أهلاً للخطاب والتكليف محاسب على أفعاله³. وعلى هذا الأساس، يعتبر السفه من عوارض الأهلية التي تصيب الإنسان فلا تسبب خللاً بالعقل ولا تؤثر فيه، بل تؤثر في بعض ملكاته النفسية بالنقصان حيث يغلب على تصرفاته التبذير في المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل⁴.

واعترفت المادة 215 من مدونة الأسرة السفية بأنه: «المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثاً، بشكل يضر به وبأسرته».

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج.3، ص.299-300؛ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ج.4، ص.287.

² محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص.802؛ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.447.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.447.

⁴ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص.801 وما بعدها.

في حين عرف الفصل 164 من مجلة الأحوال الشخصية السفيه بأنه: «الشخص الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسلاف والحجر عليه يتوقف على حكم من الحاكم». وقد اعتبر المشرع الجزائري تصرفات السفيه غير نافذة¹ كما هو الشأن في تصرفات المجنون والمعتوه، والتي تتوقف على إجازة النائب القانوني له، وهذا بنص المادة 85 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي لزواج القاصر

إن الحديث عن التوجه الشرعي لحق القاصر في الزواج من عدمه، يدفعنا للتطرق إلى الخلاف الفقهي في هذه المسألة. سواء ارتبط هذا الاختلاف في فهم النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة وتأويلها، وفيما يلي نتطرق إلى هذا الخلاف.

حيث ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، إلى جواز تزويج الصغار من غير اشتراط بلوغهم ذكرانا كانوا أو إناثا، شريطة ألا يقع الدخول حتى يكون لكلا الطرفين القدرة على الوطاء احترازا لوقوع أي ضرر².

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَيْئَسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُ﴾³، فمعنى الآية الكريمة فيه إشارة إلى الصغار وهو القول الذي أخذ به غالبية علماء التفسير⁴، وقد بينت أن عدة الصغيرة التي لا تحيض ثلاثة أشهر، وهذا دليل على صحة الزواج، حيث إن سبب

¹ كما تجدر الإشارة إلى التناقض الموجود بين نص المادة 85 من قانون الأسرة التي جعلت السفيه ناقص الأهلية في حكم الصبي المميز؛ والمادة 43 من القانون المدني التي جعلته عديم الأهلية. وبالتالي، تعتبر تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا. العربي بلحاج، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 2000، ص.155.

² علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، ج.1، ص.193؛ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، الكافي...، المرجع السابق، ج.2، ص.529؛ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج.5، ص.21؛ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ص.42-43.

³ سورة الطلاق الآية.04.

⁴ أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، المرجع السابق، ج.3، ص.610؛ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبو بكر القرطبي، المرجع السابق، ج.18، ص.109.

العدة شرعا هو الطلاق بعد الزواج، والطلاق والعدة منه لا يترتبان إلا على زواج صحيح¹. وفي قوله تعالى: ﴿وَإِنْ حَقَّتْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْيَتَامَى﴾²، دليل على الجواز لا المنع، على أساس أن لفظ اليتامى في الشرع يطلق على الصغيرات اللاتي لم يبلغن، وقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: حفظت عن رسول الله ﷺ: { لَا يَتِّمُّ بَعْدَ اِخْتِلَامٍ }³.

كما يستخلص من قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يَفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُثَلَّى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾⁴، حيث جاء في تفسير قوله ﴿... لَا تُؤْتُونَهُنَّ...﴾، بمعنى لا تُعطينَهُنَّ ما فُرضَ لهنَّ من صداقهن⁵، والصداق من شروط عقد الزواج والله تعالى قد قرنها ببينة واضحة على ذلك فكأنه يقول: لا تُؤْتُونَهُنَّ ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن⁶، فقد عاتب الله تعالى من يرغب عن الزواج من اليتيمة، ولما كانت اليتيمة هي التي لم تبلغ، فدل ذلك على جواز زواج الصغيرة قبل البلوغ⁷.

¹ أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، المرجع السابق، ج.3، ص.610.

² سورة النساء، الآية.3.

³ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.12: كتاب الوصايا، باب متى ينقطع اليتيم، ح.ر:2873، ص.496.

⁴ سورة النساء، الآية.127.

⁵ أبو محمد الحسين بن الفراء البغوي، معالم التنزيل في تفسير القرآن، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.1، ط.1، 1420هـ، ص.707.

⁶ وسبب نزول الآية دليل جواز نكاح اليتيمة التي لم تبلغ، فقد روي عن عائشة رضي الله عنها في تفسير قول الله تعالى: ﴿وَمَا يُثَلَّى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ﴾، أنها في اليتيمة تكون عند الرجل فيرغب عنها لدمايتها وقبحها، ويعضلها طمعا في مالها فلا يزوجه من غيره خشية أن يشركه في مالها. أبو الحسن مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ج.54: كتاب التفسير، ح.ر:3018، ص.2315.

⁷ أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، الحجة على أهل المدينة، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري، دار عالم الكتب، بيروت، ج.3، ط.3، 1403هـ، ص.144.

ومن السنة النبوية، عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسع، ومكثت عنده تسعا¹. فقد دل زواج النبي ﷺ من أمنا عائشة رضي الله عنها على مشروعية زواج الصغار، ولو لم يكن مشروعاً لما تزوجها النبي ﷺ وهي في سن صغيرة².

ومن عمل الصحابة رضوان الله عليهم ما يروى عن تزويجهم أولادهم صغارا ذكورا وإناثا³، فقد روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: {أَنَّ هَلْكَ عُمْتَانِ بْنِ مَطْعُونٍ تَرَكَ ابْنَةً لَهُ، فَقَالَ بِنُ عُمَرَ: فَزَوَّجْنِيهَا خَالِي قُدَامَةَ، وَهُوَ عُمُّهَا، وَلَمْ يُشَاوِرْهَا، وَذَلِكَ بَعْدَ مَا هَلَكَ أَبُوهَا، فَكَرِهَتْ نِكَاحَهُ، وَأَحْبَبَتِ الْجَارِيَةَ أَنْ يَزَوِّجَهَا الْمُغِيرَةَ بِنْتُ شُعْبَةَ، فَزَوَّجَهَا إِيَّاهُ⁴.

كما أجمع غالبية أهل العلم على مشروعية نكاح الصغار وأنه جائز بلا خلاف إذا زوجت من كفاء، كما يجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها⁵، وسبب الإجماع على جواز تزويج الأولياء الصغار عائد إلى قوة وثبوت النصوص الدالة على صحته.

في حين ذهب قلة قليلة من الفقهاء إلى منع تزويج الصغار، وقرروا عدم جوازه واعتباره باطلاً، وهو ما ذهب إليه أبو بكر الأصم من فقهاء المعتزلة، وبن شبرمة⁶.

¹ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج. 67: كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، ح. ر: 5133، ص. 17.
² وقد اعترض على هذا التبرير، بأن زواج النبي ﷺ من أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها كان خصوصية من خصوصياته، لا تتعداه إلى غيره، كالموهوبة ونكاح أكثر من أربع. على أساس أن الأصل في الأبضاع التحريم إلا ما دل عليه الدليل. عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، المرجع السابق، ص. 61.

³ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط. 1، 1418هـ، 1997م، ص. 125.
⁴ أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج. 9: كتاب النكاح، باب نكاح الصغار يزوجهن غير الآباء، ح. ر: 1878، ص. 604.

⁵ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج. 7، ص. 40؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج...، المرجع السابق، ج. 9، ص. 206.

⁶ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 212.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾¹، فالآية الكريمة جعلت من الزواج معيار البلوغ²، فبلوغ سن الزواج علامة تشير إلى انتهاء مرحلة الصغر³.

ومن السنة النبوية الكريمة ما رواه أبو هريرة، أن النبي ﷺ قال: {لَا تُنكَحُ الْأَيِّمُ⁴ حَتَّىٰ تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنكَحُ الْبِكْرُ حَتَّىٰ تُسْتَأْذَنَ، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: أَنْ تَسْكُتَ⁵}، فالحديث فيه دلالة على أن الزواج لا يكون إلا باستئذان المرأة بكرا كانت أم ثيباً⁶، والإذن لا يتأتى من الصغيرة التي لم تبلغ اتفاقاً سواء كان بالتصريح أو السكوت؛ لأنها ناقصة الأهلية أو فاقدة لها، فلا يؤخذ بإذنها حيث لا اعتبار له أصلاً⁷.

وقوله ﷺ: {يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ⁸ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَعَصَى الْبَصَرَ وَأَخْصَنُ لِلزَّوْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصُّومِ، فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ⁹}، فوجه الدلالة من الحديث، أن الخطاب موجه إلى فئة الشباب وليس إلى الصغار، ومن المعلوم أن الشاب هو من بلغ ولم يتجاوز الثلاثين من عمره، كما أن الحديث يبين أنه من شروط الزواج الاستطاعة المادية والمعنوية، وهي غير متحققة في الصغير¹⁰.

¹ سورة النساء، الآية. 06.

² أبو إسحاق برهان الدين بن مفلح، المبدع...، المرجع السابق، ج. 4، ص. 306.

³ اعترض عليهم بأن قوله تعالى: ﴿...حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...﴾، يعني: القدرة على وطء النساء وليس البلوغ. شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 212.

⁴ الأيم من الأيتام الذين لا أزواج لهم سواء من الرجال أو النساء سواء تزوج من قبل أو لم يتزوج. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، حرف الهمة، مادة: أيم، ص. 27.

⁵ حديث سبق تخريجه، ص. 185.

⁶ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج...، المرجع السابق، ج. 9، ص. 206.

⁷ شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي، دار العبيكان، الرياض، ج. 5، ط. 1، 1413هـ، 1993م، ص. 81.

⁸ الباءة: القدرة على الجماع، وقد تسمى النكاح نفسه. المرجع نفسه، ج. 5، ص. 7.

⁹ حديث سبق تخريجه، ص. 14.

¹⁰ يجاب عليه، بأن الباءة كما قال العلماء هي الجماع في أصح الأقوال، فتقاس على الذكر والأنثى، ووطء الرضيعة محال عقلاً، لذلك لم يذكره الشارع الحكيم، وهو من باب العرف، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، أما مجرد العقد فهو جائز شرعاً من حين الولادة. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج...، المرجع السابق، ج. 9، ص. 172-173.

وما رواه بن عمر رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ أنه قال: {كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْأَمِيرُ رَاعٍ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيْتِ زَوْجِهَا وَوَالِدِهِ، فَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ} ¹، فوجه الدلالة من الحديث، أن رعاية المرأة لبيت زوجها يتحقق من خلال تدبير أمور البيت والأولاد والخدم والنصيحة للزوج في كل ذلك ²، وهذا كله غير متصور من صغيرة تحتاج إلى رعاية وعناية ونصيحة، وفي ذلك عبء كبير وعنت ومشقة عليها، والشريعة الإسلامية جاءت باليسر ورفع الحرج. كما استدلوها بما رواه بن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله في قوله: {لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارٌ} ³.

الفرع الثالث: زواج المعاق ذهنياً

أجمع الفقهاء بعدم جواز إبرام زواج المجنون، والمعتوه، إذا كانت درجة العته تجعله كالمجنون، ويمتد هذا المنع حتى لنائبه الشرعي بألا تصح إجازته لهذا الزواج ⁴.

كما أجمعوا على صحة تولي السفية وذو الغفلة والمعتوه الذي لا يبلغ عته درجة المجنون، عقد زواجه إذا أذن له وليه؛ أما إذا لم يأذن له الولي، فقد اختلف الفقهاء على عدة أقول ⁵:

فيرى الأحناف أن المجنون والمجنونة، ومثلهما المعتوه والمعتوهة، يتولى أولياؤهم زواجهم تماماً مثل الصبي، أي أنه يخضع لولاية الإيجابار. سواء كان جنونه أصلياً أم طارئاً ⁶. في حين يرى المالكية، بجواز تزويجه من قبل وليه، وله أن يجبره على الزواج إن كان يحتاجه أو خيف عليه الفساد أو كان له فيه

¹ حديث سبق تخريجه، ص. 221.

² أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح... المرجع السابق، ج. 13، ص. 111.

³ حديث سبق تخريجه، ص. 50.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج. 3، ص. 99؛ شمس الدين أبو عبد الله الخطاب، المرجع السابق، ج. 5، ص. 58؛ أبو الحسين يحيى بن سالم العمري، المرجع السابق، ج. 9، ص. 211؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف... المرجع السابق، ج. 5، ص. 42.

⁵ محسن عبد فرحان الجميلي، الولاية على السفية في النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة مداد الآداب، الجامعة العراقية، العراق، 2013، ع. 05، ص. 371.

⁶ وخالف زفر من الحنفية بشأن من بلغ ثم أصابه الجنون، فقال إن الولاية على النفس تزول بالبلوغ فلا تعود، لكن رد عليه أن سبب الولاية متوفر في زواج المجنون وهو الضعف والعجز والولي موجود فله الولاية. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج. 3، ص. 99.

شفاء. وقيدوا هذا الجواز، بالجنون المستمر -المطبق-. أما صاحب الجنون المتقطع، تنتظر إفاقة حتى يزوج. بينما جعلوا نكاح السفية موقوفا على إذن وليه، إلا أنهم لم يجيزوا للولي أن يزوج السفية دون رضاه¹.

ويرى الشافعية أن لولي المجنون الكبير أن يزوجه إذا ظهر به حاجة للزواج كاشتهائه للنساء، أو ظن أنه يشفى بالزواج أو احتاج لمن يخدم. أما المجنون الصغير، فلا يجوز تزويجه في الصحيح عند الشافعية، كما أنه لا يجوز لوليه أن يزوجه أكثر من واحدة، والحكم نفسه بالنسبة للمعتوه، فهو كالمجنون في هذه المسائل². أما بالنسبة للسفيه فلا يزوج إلا حال احتياجه للزواج، وللولي أن يزوجه أو يأذن له فيعقد لنفسه³.

كما يرى الحنابلة أن للولي تزويج المجنون والمعتوه الذي في حال تشبه الجنون، من قبل وليهما إذا بدت منهما شهوه أو رجي تحقق فائدة لهما، كالحاجة للخدمة أو الطمع في الشفاء. وليس للولي تزويج المجنون في غير الحاجة لأن في ذلك إرهاقا له، ويستوي عندهم المجنون المستديم أو المتقطع في هذا الشأن⁴. وبالنسبة للسفيه، فللولي أن يزوجه إذا كان فيه ظاهر مصلحة، كأن تظهر منه علامات اشتهاة النساء، وهو استثناء عن الأصل الذي يقضي بنهاية الولاية على النفس بالبلوغ والعقل⁵.

وفي الوقت الحالي، وضع الفقهاء مجموعة من الضوابط لزواج المصابين بإعاقة ذهنية، كالمجنون والمعتوه، مع التأكيد على جوازه شرعا من أجل سد احتياجاتهم العضوية والنفسية. وتتمثل هذه الضوابط في ضرورة اطلاع الطرف الآخر بحقيقة المجنون أو المجنونة لأن ذلك حق له؛ وأن يكون الطرف الآخر

¹ بهرام أبو البقاء تاج الدين السلمى الدميري الدمياطي المالكي، المرجع السابق، ج.1، ص.350.

² أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ج.7، ط.3، 1412هـ، 1991م، ص.94-95.

³ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص.140.

⁴ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج.7، ص.54.

⁵ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف...، المرجع السابق، ج.5، ص.62.

سليما من أي آفة عقلية، ذلك أن اجتماع فاقد العقل يشكل ضررا كبيرا والضرر مرفوع شرعا، بالإضافة إلى رضا ولي المرأة بهذا الزواج¹.

ومن الناحية القانونية، وطبقا لعدد المقتضيات العامة التي تتجه إلى تحقيق المساواة من خلال عدم إقصاء فئة على حسب فئة أخرى، قررت التشريعات المغاربية بالإضافة إلى الاستثناء الذي قرره الأصل العام المتمثل في عدم الزواج دون سن الأهلية المقرر في المادة 7 من قانون الأسرة والمادة 1/13 من مدونة الأسرة والفصل 05 من مجلة الأحوال الشخصية.

ويمكن تعريف الإعاقة بأنها تقييد لقدرة الشخص من القيام بالوظائف الأساسية للحياة اليومية، سواء ارتبطت بخلل جسمي أو حسي أو عقلي، أو إصابات ذات طابع فيسيولوجي أو تشريحي²، وهو التعريف نفسه الذي أقره المشرع الجزائري من خلال المادة 89 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى، والتي نصت على أنه: «يعد شخص معوقا كل طفل أو مراهق أو شخص بالغ أو مسن مصاب بما يلي: إما نقص نفسي أو فيزيولوجي، وإما عجز عن القيام بنشاط تكون حدوده عادية للكائن البشري، وإما عاهة تحول دون حياة اجتماعية أو تمنعها»³. غير أن قانون الصحة الجديد رقم 18-11⁴ لم يتضمن تعريف للإعاقة على الرغم من إشارته لمصطلح الإعاقة والمعاقين في عديد النصوص القانونية⁵.

¹ مجموعة المؤلفين: عبد الله بن محمد الطيار، عبد الله بن محمد المطلق، محمد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر، دار مدار الوطن، السعودية، ج. 11، ط. 1، 2012، ص. 54.

² عبد الرحمن سيد سليمان، سيكولوجية ذو الاحتياجات الخاصة، مكتبة زهراء الشرق، القاهرة، ج. 1، ط. 1، د.س.ن، ص. 115.

³ القانون 85-05 المؤرخ في 27 جمادى الأولى 1405هـ، الموافق لـ 16-02-1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، ع. 8، لـ 17-02-1985.

⁴ القانون 18-11، المؤرخ في 02 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، ج.ر، ع. 46، لـ 29 يوليو 2018.

⁵ فطيمة الزهراء سعدي، الرعاية القانونية لحقوق الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، 2020، ع. 3، ص. 628.

وقد أشار المرسوم التنفيذي رقم 14-204 المتعلق بتحديد الإعاقات حسب طبيعتها ودرجتها في المادة 2 منه على: «تعتبر إعاقة طبقا للتشريع المعمول به: كل محدودية في ممارسة نشاط أو عدة أنشطة أولية في الحياة اليومية الشخصية والاجتماعية، نتيجة إصابة في الوظائف الذهنية أو الحركية أو العضوية - الحسية-، تعرض لها كل شخص في محيطه مهما كان سنه وجنسه. وتنجم الإعاقة عن إصابة ذات أصل وراثي أو خلقي أو مكتسب»¹.

وأمام انتفاء النصوص القانونية الخاصة بزواج المعاق ذهنيا، الحل الأمثل يكون من خلال الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 التي أجازت زواج مختلي العقل وفق ضوابط معينة أشرنا إليها فيما سبق².

كما يستشف من المادة 150 من الدستور الجزائري، فإن الإعاقة لا تعتبر من قبيل موانع الزواج، بالإضافة إلى أن قانون الأسرة الجزائري لم يعتبرها كذلك، وإنما ألزم المقبلين على الزواج تقديم شهادة طبية تكشف خلو المقبلين على الزواج من الأمراض التي تتعارض وأهداف الزواج.

وعلى المستوى الدولي، أكدت اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة من خلال المادة 23 منها أنه: «لكل شخص ذو إعاقة وهو في سن الزواج الحق في أن يتزوج ويؤسس أسرة برضاه التام دون إكراه»³.

وقد ذهب البعض إلى القول بتطبيق المواد 2/7 و 11 و 83 من قانون الأسرة، فيكون زواج المجنون والمعتوه بنفسه باطلا، ويكون زواج السفية وذو الغفلة موقوفا على إجازة الولي أو الوصي أو

¹ المرسوم التنفيذي 14-204، المؤرخ في 15 يوليو 2014، المتعلق بتحديد الإعاقات حسب طبيعتها ودرجتها، ج.ر، ع.45، ل 30 يوليو 2014.

² أحكام الفقه الإسلامي تجعل ولاية زواج مختل العقل للولي، بينما الضوابط القانونية تقتضي استصدار الإذن القضائي بالزواج

³ الأمم المتحدة، الجمعية العامة، ل 13 ديسمبر 2006، المتضمن اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

المقدم، وبالمقابل يمنح الولي أو الوصي أو المقدم صلاحية تزويج المجنون والمعتوه إذا توافرت شروط المادة 2/7 من قانون الأسرة خاصة المصلحة¹.

وفي حقيقة الأمر، فإن الاختيارات التشريعية في القانون الجزائري تقتضي أن زواج ما دون السن الأهلية المقرر في المادة 7 من قانون الأسرة يقتضي استصدار الإذن القضائي بالترخيص بزواج الأشخاص فاقد الأهلية. فسواء تعلق الأمر بفقدانها لصغر في السن أو بعارض من عوارض الأهلية المتمثلة في الجنون والعتة والسفة والغفلة.

وقد قرر المشرع المغربي بموجب المادة 23 من مدونة الأسرة الإذن بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أو أنثى بناء على طلب يقدم من طرف نائبه القانوني أو من طرفه شخصيا.

مع الإشارة إلى أن هذا الأخير لم يعرف الشخص المصاب بإعاقة ذهنية خاصة إذا ما علمنا أن أسباب الحجر على الشخص غير القاصر عديدة، فنجد المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة. ومع ذلك فقد أشار القانون 92-07 المتعلق بالرعاية الاجتماعية للمعاقين إلى أن المعاق هو: «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»².

وبالتالي، لا يكون الشخص معاقا إلا إذا ما أشارت الخبرة الطبية والفنية بإعاقة الشخص، وهذا ما نصت عليه المادة 03 من القانون 92-07، وهو الأمر الذي يتماشى والإجراءات التي تطلبها مدونة الأسرة، من خلال المادة 23 في شطرها الثاني التي اشترطت على طالب زواج الشخص المعاق ذهنيا، تقديم تقرير حول الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر.

¹ تومي العربي، النقص التشريعي في أحكام زواج وطلاق المحجور عليهم في قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2020، ع.02، ص.131.

² ظهير شريف رقم 30-92-1، الصادر في 22 ربيع الأول 1414هـ، الموافق لـ 10-09-1993م، بتنفيذ القانون رقم 92-07 المتعلق بالرعاية الاجتماعية للأشخاص المعاقين، ج.ر، ع.4225، لـ 20-10-1993..

كما ينبغي الإشارة إلى أن الإعاقة الذهنية التي تخضع لنص المادة 23 من مدونة الأسرة هي العته¹، على أساس أن أسباب الحجر على السفية متعلق بالتصرفات المالية لا الشخصية، ولا يمتد الحجر إلى زواجه باستثناء الأمور المتعلقة بالصداق². بالإضافة إلى أن المادة 216 من مدونة الأسرة عبرت عن المعاق ذهنيا بأن: «المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته». في حين أن المجنون هو فاقد العقل سواء كان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته، أو متقطعا تعتريه فترات يؤوب إليه عقله فيها³. ومن هذا المنطلق يتحدد الشخص المعاق ذهنيا مثلا في المعتوه، والذي يعتبر قانونا في حكم الصبي المميز. أما بالنسبة إلى عديم العقل -المجنون- فيدخل في حكم الصبي عديم التمييز⁴.

والملاحظ من خلال توجه المشرع المغربي أنه أحسن صنعا مقارنة بنظيره الجزائري والتونسي من خلال منحه لهذه الفئة -المعاقين ذهنيا- أساس قانوني كاشف لحقهم في الزواج كما أكد فقهاء الشريعة الإسلامية -على الرغم من اختلافهم-. وهو الأمر الذي أكده القضاء المغربي من خلال ما قضت به المحكمة الابتدائية بوجدة في حكمها الصادر في 19-02-2013 وقضت بأن: «الاضطرابات النفسية والذهنية لا تقف حائلا أمام المعاشرة الزوجية ولا تشكل أمراضا خطيرة على الحياة»⁵.

¹ ولئن كانت المادة 233 من مدونة الأسرة حجرت على المعتوه في تصرفاته المالية دون الشخصية، مما يتبادر للذهن في بادئ الأمر أن تصرفاته الشخصية صحيحة. وهذا الأمر غير صحيح ذلك أن المادة 23 من مدونة الأسرة اعتبرت زواج المعاق ذهنيا مما يستلزم استصدار الإذن بالزواج من قاضي الأسرة، كما أن المادة 216 من المدونة اعتبرت المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية.

² محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص 267.

³ إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص 84.

⁴ وهو ما قضى به المجلس الأعلى المغربي في قراره على أن: «المحكمة لم تقض بإبطال تصرف المجنون بناء على الحكم بالتحجير عليه وإنما بناء على الحجج المدلى بها التي أثبتت أن المالك وقت إبرام عقده كان فاقد العقل، تكون قد عللت قرارها تعليلا سليما». المجلس الأعلى المغربي، غ.م، ل 07-10-1998، م.ر: 3399-93. مقتبس عن: المصطفى الطايل، حكم تصرفات فاقد العقل وفق مدونة الأسرة المغربية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2016، ع.1، ص.69.

⁵ المحكمة الابتدائية بوجدة، قسم قضاء الأسرة، ل 19-02-2013، م.ر: 2423-2012، مجلة المتوسط، المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، ع.1، 2014، ص.109.

ويتمخض من هذه النصوص التشريعية أن زواج المعاق ذهنيا -المعتوه- يتم من خلال مجموعة من الشروط:

- تقديم طلب الإذن بالزواج إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج؛
- تقديم تقرير طبي¹ من طرف طبيب مختص، يتضمن عرض مفصل لحالة الراغب في الزواج، ومدى تأثير زواجه على تلك الإعاقة؛
- أن يكون الطرف الآخر كامل الأهلية بما يتناسب والمادة 19 من مدونة الأسرة، وتضمينه رضاه بالزواج مع الشخص المصاب بإعاقة ذهنية في تعهد رسمي؛
- إطلاع القاضي على التقرير الطبي مع الإشارة فيه هذا الأخير، أن إنجازه تم لغرض الزواج حتى يكون على بينة من أمره؛

وبتحقق هذه الشروط، يمنح القاضي الإذن بزواج المعاق ذهنيا، والذي يضاف إلى الوثائق الأخرى التي يتطلبها القانون للإشهاد على الزواج وتوثيقه لدى العدلين.

وعلى خلاف ما تم تقريره في الأحكام الخاصة بزواج القصر، لم يتطرق المشرع المغربي إلى مسألة إجرائية بغاية الأهمية والمتمثلة في مدى حق طالب الإذن بزواج المعاق ذهنيا في الطعن في مقرر الاستجابة لطلبه أو عدم الاستجابة.

وفي حقيقة الأمر، يتم الإجابة على هذا التساؤل من خلال تأصيله إلى القواعد العامة التي تقضي بأن الأصل في الأمور الإباحة ما لم تمنع بنص. وعلى هذا الأساس فما لا يمنعه القانون فهو مباح، وعليه، يجوز الطعن سواء قضت المحكمة بقبول أو رفض الإذن بزواج المعاق ذهنيا، كما إنه للنيابة العامة ممارسة هذا الحق تطبيقا لأحكام المادة 03 من مدونة الأسرة².

¹ يهدف هذا التقرير إلى تحديد طبيعة الإعاقة ومدى خطورتها، وتعتبر نتائجه هذا التقرير فاصلة في قرار القاضي في منح الإذن من عدمه، خاصة إذا ما ثبت أن هذه الإعاقة تدخل في خانة الجنون وفقدان العقل فإن قراره سيكون لا محالة بعدم الاستجابة لهذا الطلب. محمد الشتوي، المرجع السابق، ص.65.

² محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.267.

وعلى الرغم من استحسان توجه المشرع المغربي، من خلال نص المادة 23 من مدونة الأسرة. غير أنها افتقدت للدقة خاصة من ناحية الصياغة الموضوعية لنص المادة سالفه الذكر، فعلى سبيل المقارنة بين زواج المحجور عليه للصغر وزواج المحجور عليه لإعاقة ذهنية، نجد أن زواج الصغير أهون من زواج المجنون والمعتوه من حيث الضرر المتوقع من هذا الزواج. ومع ذلك فقد قيد المشرع زواج الصغير من خلال إثباته للمصلحة الواضحة والأسباب المبررة، والتي يكون زواج المعاق ذهنيا أولى بها من الصغير، ناهيك عن إغفاله القيام بالبحث الاجتماعي. وعليه، يعتبر هذا التوجه نقيصة تحسب على المشرع المغربي، على أساس أن المعاق ذهنيا أجدد بتقرير الحماية القبلية والبعديّة على زواجه من زواج الصغير، خاصة أننا أشرنا أن زواج الصغير المعلق على استصدار إذن بالزواج هو زواج صحيح في نظر الفقه الإسلامي لما له من الألية الكاملة في إبرام العقود بشقيها المالية والشخصية. كما لا يمكن القول بأن المادة 23 من مدونة الأسرة معطوفة على المواد التي سبقتها والمتمثلة في المادة 20 و21 و22 من مدونة الأسرة والتي تتعلق بزواج القاصر. وذلك لتنافيها مع قواعد وتقنيات التشريع وضوابط الصياغة القانونية¹.

وما ينبغي الإشارة إليه، إنه على النقيض مما اعتمده المشرع المغربي الذي اعتبر المعتوه من ناقصي الأهلية وتعتبر تصرفاته على عمومها موقوفة. فإن المشرع الجزائري اعتبره كالمجنون، عديم الأهلية تعتبر تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا حتى ولو كانت نافعة. وبالتالي، نخلص أنه لا مجال من تطبيق الأحكام العامة للنيابة الشرعية في قانون الأسرة التي ستبطل زواج المجنون والمعتوه في كل الأحوال. كما أنه لا مجال من الرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي يعتبر تصرفات هذه الفئة موقوفة على إجازة الولي لا القضاء. وبالتالي، فإن التطبيق القانوني السليم والذي يتوافق وفلسفة المشرع الجزائري، هو بإسقاط المادة 7 في شرطها الثاني من قانون الأسرة على زواج المعاقين ذهنيا أو محتلي العقل.

¹ رشيد جمالي، قراءة للمادة 23 من مدونة الأسرة المنظمة لزواج ذوي الإعاقة الذهنية، مجلة المنارة للدراسات القانونية، الرباط، المغرب، 2019، ع.27، ص.248.

وبالنسبة للمشرع التونسي، فمبدئياً لا يمكن للمجنون إبرام عقد الزواج على أساس انعدام رضائه، وذلك لغاية زوال جنونه وشفائه منه، والذي يكون من خلال رفع الحجر عنه، ويظل زواجه إذا تم قبل حكم الحجر عليه، وذلك تطبيقاً للأحكام العامة التي تضمنتها الفصول 3 و160 و161 و162 و163 من مجلة الأحوال الشخصية¹.

غير أن الفصل 07 من مجلة الأحوال الشخصية منح للسفيه الحق في إبرام عقد الزواج دون انتظار شفائه ورفع الحجر عليه، حيث ينص على أن: «زواج المحجور عليه لسفه لا يكون صحيحاً إلا بعد موافقة المحجور له، وللمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء».

والملاحظ من هذا النص القانوني أنه ركز على ضرورة وجود رضا السفيه بزواجه، وأغفل الإجراءات الأخرى المتعلقة بزواج الأشخاص ما دون سن الأهلية خاصة المتعلقة باستصدار الترخيص القضائي.

وبالرجوع إلى القواعد العامة التي تنظم تصرفات السفيه، نجد أن الحجر المقرر عليه بمناسبة تصرفاته المالية لا الشخصية وهذا ما نص عليه الفصل 164 من مجلة الأحوال الشخصية بقولها: «السفيه هو الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسلاف والحجر عليه يتوقف على حكم من الحاكم»، كما اعتبر الفصل 165 منها أن التصرفات الصادرة عن المحجور عليه لسفه لا تعتبر نافذة. الأمر الذي يدفعنا إلى القول إنها صحيحة، ويتوقف نفاذها على إجازة وليه. وعليه، يتضح بجلاء التوافق بين ما قرره الفصل 7 والفصلين 164 و165 من مجلة الأحوال الشخصية.

مما يدفعنا إلى القول، إن زواج السفيه في القانون التونسي لا يحتاج إلى استصدار إذن قضائي، بل ينعقد مباشرة أمام عدول الإشهاد أو ضابط الحالة المدنية الذي يتأكد من موافقة وليه كتابة.

في حين، ينبغي الإشارة إلى أن المشرع التونسي وقع في نوع من التعارض، من خلال أنه منح الحق للسفيه دون غيره من المحجور عليهم لغير علة الصغير، بيد أننا نجد أنه قد أقر بزواج المجنون من خلال التقرير الأولي المقدم من طرف تونس المتعلق بمدى تنفيذها للاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي

¹ عماد فرحات، مجلة الأحوال الشخصية وحماية المعوقين، مجلة القضاء التشريعي، وزارة العدل، تونس، 2008، ع. أبريل، ص. 121.

الإعاقاة¹ وتضمن في المادة 23 منه على أنه: «وللشخص المعوق الحق في الزواج وتكوين أسرة طبقاً لأحكام مجلة الأحوال الشخصية، كما يسمح القانون التونسي بزواج المجنون مثلاً (وهو شخص تنطبق عليه مقاييس الإعاقاة والحصول على بطاقة إعاقاة) سواء بنفسه في حالة عدم الحجر عليه أو بإذن من وليه الشرعي إذا كان محجوراً عليه»².

المطلب الثاني

التكييف القانوني لزواج القاصر

المقصود بالتكييف القانوني في هذه الحالة، يتعلق بمدى جواز تولي القاصر عقد زواجه كطرف أصيل في عقد الزواج؛ وباستقراء النصوص القانونية المغاربية للأسرة، نجد أنها اتخذت موقفاً موحداً من خلال اعتبار هذا الزواج معلقاً على ترخيص القضاء، وهذا ما يظهر من خلال نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري في شرطها الثاني تنص على أنه: «...وللقاضي أن يرخص بالزواج لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزوج»، والمادة 20 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: «لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي»، كما ينص الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية في شرطه الثاني على أنه: «...وإبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من المحاكم ولا يعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين».

¹ أمر ع.568، ل 4 مارس 2008، يتعلق بالمصادقة على اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقاة وعلى البروتوكول الاختياري المتعلق بهذه الاتفاقية. أمر ع.1754، ل 22 أبريل 2008، يتعلق بنشر اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقاة والبروتوكول الاختياري المتعلق بهذه الاتفاقية، ر.ر.ج.ت، ع.38، ل 09-05-2008.

² الأمم المتحدة، اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقاة، التقرير الأولي المقدم من الدول الأطراف بموجب المادة 35 من الاتفاقية، تونس، 2010، ص.38.

والملاحظ من خلال هذه النصوص القانونية، أن التشريعات المغاربية للأسرة خرجت عمّا قرره جمهور الفقهاء، من خلال تقييدها لزواج الصغار بالرخصة القضائية، لتصبح القاعدة العامة في زواج الصغار وفق القوانين الأسرية هو المنع. وعليه، ذلك أن الحكم الشرعي لزواج الصغار في الفقه الإسلامي المتقدم لا يخرج عن قيد الجواز والمباح. وعلى هذا الأساس، فمن باب السياسة الشرعية منع زيجات الصغار ما لم يكن لهم مصلحة، والوقت الحالي يبين بجلاء أن إجازة هذا الزواج سترتب عليه لا محالة مفسد عظيمة للأسرة، لا يمكن استدراكها خاصة أمام انخفاض الوازع الديني¹.

وقد تجاوز بعض الفقه المتأخر إلى أبعد من هذا الطرح، بأن أكدوا أنه لا مصلحة للصغار من الزواج، على أساس أنه تصرف لا تدري معناه ولا آثاره، لذلك وجب الانتظار حتى تتيقن من المراد بالزواج ومصالحه ومسؤولياته ثم بعد ذلك نقضي بتزويجها².

غير أنه يوجد نوع من التعارض بين ما هو مقرر في أحكام الفقه الإسلامي، والقوانين الأسرية المغاربية؛ ذلك أن الصغير في المفهوم الفقهي هو الذي لم يبلغ البلوغ الطبيعي؛ أما بالنسبة للمفهوم القانوني، فهو الذي لم يبلغ 19 سنة بالنسبة للقانون الجزائري و18 سنة بالنسبة للقانون المغربي والتونسي.

وبناء عليه، فإن القاصر قانوناً، هو شخص بالغ شرعاً ما لم يكن غير مميز، ومن هنا فإن إلزام الشخص البالغ 16 أو 17 سنة بضرورة الحصول على الإذن القضائي بالزواج يعتبر مخالفاً لما هو مقرر في الفقه الإسلامي. لذلك فإن ربط علة عدم منح الشخص الصغير في نظر القانون الحق في مباشرة زواجه، بالصغر غير كاف لتحقيق العذر الذي يحتج به الولي العام في تقييد المباح.

وبالتالي، فإن تقييد زواج الصغار يرتبط بعوامل أخرى، داخلية كانت أو خارجية، خاصة المتعلقة بقدرة الشخص على توفير الموارد اللازمة للحياة الزوجية، مما سيؤدي به إلى الجور على الزوجة، ومن

¹ رشيد عمري، المرجع السابق، ص.123.

² وقد قال بهذا الرأي محمد عبده، يوسف القرضاوي، محمد الطنطاوي، وبين عثيمين. محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح...، المرجع السابق، ج.12، ص.57.

هذا المنطلق يمكن القول من الناحية الشرعية أن هذا الزواج سيصبح لا محالة مكروها وإن لم نقل محرما، وهذا مجرد تطبيق للأحكام التكليفية الخمسة المقرر في قواعد الشريعة الإسلامية.

وهذا ما دفع بالتشريعات المغاربية إلى استحداث مجموعة من الضوابط والمعايير التي يجب مراعاتها، إذا ما تعلق بزواج القاصر، وذلك بتقديم طلب إلى المحكمة محل الاختصاص، وأن يكون معللا بمدى مصلحة القاصر من هذا الزواج، بالإضافة إلى الشروط الإجرائية الأخرى.

الفرع الأول: تقديم طلب الإذن بالزواج

يتضمن هذا الإجراء ضابطين، أحدهما موضوعي والآخر شكلي؛ فأما الضابط الموضوعي، فيتمثل في كيفية إعلان رغبة القاصر في الزواج، والذي لا يتم إلا من خلال موافقة النائب الشرعي للقاصر سواء كان وليه أو وصيه. فبالنسبة للمشرع الجزائري، فلم ينص في المادة 7 من قانون الأسرة على موافقة النائب الشرعي. في حين نجد المادة 2/11 منحت الولي تولى زواج القاصر باعتباره الممثل الشرعي والقانوني له، حيث تنص على أنه: «دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له»، وهذا ما تضمنته المادة 1/21 من مدونة الأسرة بقولها: «زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي».

والملاحظ مما سبق، أن موافقة الولي سواء بالنسبة للتشريع الجزائري أو المغربي لا تعني مباشرة الزواج، وإنما يقصد بها مباشرة الولي في تقديم طلب الإذن بالزواج من المحكمة.

أما بالنسبة للتشريع التونسي، فزيادة على سابقه، نجد أنه أضاف بمناسبة تنقيح¹ قانون الأحوال الشخصية في 1993، موافقة الأم إلى جانب الولي حيث ينصل الفصل 6 من مجلة الأحوال الشخصية على أن: «زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي، والأم».

وفي الحقيقة، يعتبر هذا التوجه تعبيرا عن فلسفة المشرع التونسي في تكريس المساواة بين الرجل والمرأة²، بالإضافة إلى توفير الحماية اللازمة له، على أساس أن قرار الولي والأم سواء بالقبول أو بالرفض

¹ القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993، المتعلق بتنقيح بعض فصول مجلة الأحوال الشخصية، ر.ر. ج.ت، ع.53، ل 20-07-1993، ص.1004.

² فريد بن جحا، ترشيد القاصر، معهد الدراسات العليا للنشر، تونس، ط.1، 2015، ص.32.

يكون قد حضي بما يكفي من التشاور بينهما، خاصة أن الأم غالباً ما تكون أدرى من الأب على مشاغل أبنائها وخبايا أنفسهم بحكم أنها هي التي تتولى رعايتهم في الوقت الذي يكون فيه الأب منشغل بالعمل وجلب القوت للعائلة¹.

وما ينبغي الإشارة إليه في هذه الحالة أن موافقة الولي والأم - بالنسبة للتشريع التونسي - على زواج القاصر لا تأتي من العدم فلا يمكن لهما طلب الإذن بالزواج لرغبتهما الشخصية، وإنما تكون بناء على رضا القاصر بالزواج الذي يختص به وحده. وبالتالي، فإن موافقة الولي ما هي إلا مجرد تعبير عن رضا القاصر أمام القضاء.

أما الضابط الشكلي، فيتمثل في تقديم طلب مكتوب إلى المحكمة، الهدف منه استصدار الإذن بالزواج؛ فهو إذن تحصيل للضابط الموضوعي. على أساس أن زواج القاصر ينطلق من رغبة هذا الأخير في الزواج، ثم بعد ذلك يطرح هذه الرغبة لوليّه، الذي يقوم بتقديم الطلب إذا ما رأى أنه يتماشى ومصالحته؛ وهذا ما يتماشى والقواعد الإجرائية العامة التي تمكن الشخص من الالتجاء إلى القضاء، إذ ينص الفصل 01 من قانون المسطرة المدنية المغربية² على أنه: «لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة، والأهلية، والمصلحة، لإثبات حقوقه، ويتعين عليه تقديم طلبه بواسطة نائبه الشرعي». غير أن الوضع المقرر في القانون الجزائري يثير بعض الإشكالات، ذلك أن المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والادارية الجديد قد ألغى الأهلية من شروط رفع الدعوى القضائية، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 64 من نفس القانون، نجد أنها تقرر بطلان إجراءات الدعوى القضائية لعدم توفر الأهلية، وعليه، فإن طلب الإذن بالزواج يحرر من قبل الولي باعتباره نائباً شرعياً للقاصر يتولى التعبير عن إرادته³.

أما بالنسبة للتشريع التونسي، فيجد نوعاً من التعارض بين الفصل السادس والفصل 154 الذي جعل الولاية لأب ومن بعده الأم. فإذا كان الفصل 06 يشترط موافقة الولي والأم، فإن الفصل 154

¹ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص. 67.

² الظهير الشريف رقم 14.14.1 بتاريخ 06 مارس 2014، المعدل لظهير الشريف بمثابة قانون رقم 447.74.1 بتاريخ 25-8-09-1974 والمتضمن قانون المسطرة المدنية، ج. ر، ع. 6240، ل 20-03-2014، ص. 3229.

³ عواطف زرارة، أهلية التقاضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، ع. 3، 2012، ص. 272.

جعل الأب وليا على القاصر، بمرتبة متقدمة على الأم، ولما كانت تصرفات القاصر غير نافذة إلا من خلال ممثله القانوني، فإن تقديم طلب الترشيد أمام القضاء من مهام ولي القاصر، فإن كانت موافقة الولي موجودة على أساس أنه هو الذي تقدم بطلب الترخيص، فإن موافقة الأم يستبينها القاضي بالوسائل التي قررها له القانون¹.

وبناء على ما سبق، فإن تقديم الطلب لا يتم إلا من خلال موافقة النائب الشرعي، لأنه الأدرى بمصلحة القاصر وظروفه النفسية والمالية التي من شأنها أن تكون قناعة القاضي بمنح الإذن من عدمه، بالإضافة إلى الشروط الأخرى المقررة في هذا الصدد².

غير أنه من الممكن أن تتعارض رغبة القاصر بالزواج مع وليه بالامتناع؛ وعليه، خلافا لما هو مقرر في الفقه الإسلامي، فإن القاضي هو الوحيد المكلف دون غيره برفض أو قبول رغبة القاصر بالزواج. وعليه، يمكن لهذا الأخير أن يتقدم بطلبه مباشرة إلى القاضي المكلف بالزواج الذي يتعين عليه أن يبت فيه وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 3/21 من مدونة الأسرة بقولها: «إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة، بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع». وفي حقيقة الأمر، إذا كانت هذه المادة تمنح القاضي البت في الموضوع حتى من غير موافقة الولي، فإن الأمر يقتضي تقديم الطلب بداءة، وكما أشرنا مسبقا فإن تقديم الطلب يتم من خلال النائب الشرعي المتمثل في الولي، كما أن تقديم هذا الأخير للطلب يعتبر قرينة على قبوله، فكيف يقوم الولي بالرفض بعد ذلك.

وعلى هذا الأساس، يعتبر هذا الطرح خير دليل على جواز رفع القاصر طلبه للقضاء بالإذن له بالزواج في حالة عدم موافقة النائب الشرعي، إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج الذي عليه أن يبت فيه وفق الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة 20 من المدونة الجديدة³.

وبعد ذلك يقوم القاضي بالموازنة بين مبررات القاصر التي تؤيد رغبته بالزواج، ومبررات وليه التي تؤيد رفضه لهذا الزواج، وفي كلتا الحالتين، ينبغي أن يكون قرار القاضي مراعيًا لمبدأ المصلحة وحالة

¹ فريد بن جحا، المرجع السابق، ص. 30.

² محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 263.

³ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 75.

الضرورة والاستثناء للموافقة على الطلب أو رفضه دون الاكتراث بحجج الطرف المعارض وأسباب اعتراضه¹، وتأكيدا لما سبق، فقد قرر قاضي الأسرة بمحكمة الناظور الابتدائية، بقبول الطلب رغم معارضة أب القاصرة².

وعلى النقيض مما سبق، قرر قاضي الأسرة بمحكمة أزيلال الابتدائية برفض طلب منح الاذن بالزواج لقاصرة، بعد ادعائها بناء على طلبها، أنها بالغة شرعا وقادرة على تحمل مسؤولية الزواج، وذلك بعدما التمسست النيابة العامة كتابيا رفض هذا الطلب³.

في حين لم ينص المشرع الجزائري على هذ الحالة، غير أنه بالاستناد إلى نص المادة 2/11 من قانون الأسرة بقولها: «يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له»، التي تؤكد ولاية القاضي على زواج القاصر في حالة عدم وجود الأب والأقارب، وكما هو مقرر في الشريعة الإسلامية بعدم جواز عضل الولي للقاصر إذا ما ارتضى زوجا كفتا، وهو الأمر الذي سلكه المشرع في المادة 12 من قانون الأسرة رقم 84-11 قبل الغائها. هذا بالإضافة إلى حق اللجوء

¹ العرابي المتقي، زواج القاصر بين القاعدة والاستثناء، برنامج الحلقة الدراسية الجهوية المنظمة لفائدة قضاة الأسرة بتطوان، المعهد العالي للقضاء، المغرب، أيام 5 و6 و7 و8 شتنبر 2005، ص.6. راجع كذلك: محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص.46.

² حيث إن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بت في الطلب بالقبول رغم معارضة أب القاصرة، على اعتبار أن هذا الأخير كان قد ادعى أن الخطيب يكبر ابنته سنا وأنه سبق له الزواج وأنه رجل غير صالح، لكن بعد الاستماع إلى تصريحات الأم وبعد إجراء بحث اجتماعي تأكد أن الأب أمسك عن الأنفاق على ابنته منذ أن طلق أمها، وأن ادعاءاته حول الخاطب كانت غير صائبة لأن نتيجة البحث الاجتماعي، أوضحت أن هذا الأخير ذو أخلاق حسنة وأنه كفى للخطيبة. مقرر صادر عن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بقسم قضاء الأسرة بالناظور عدد 09/12 في ملف رقم 2009/06. مقتبس عن: سهام الرويحي، الإجراءات المسطرية والوسائل المعتمدة لمنح الإذن بزواج القاصر، الموقع الإلكتروني: الإجراءات المسطرية والوسائل المعتمدة لمنح الإذن بزواج القاصر (ecoledroitmarocaine.blogspot.com)، تاريخ النشر: 01-10-2017، تاريخ الاطلاع: 25-02-2022، على الساعة: 13:44.

³ المحكمة الابتدائية بأزيلال، قسم قضاء الأسرة، م.ر: 11-112، ل 03-06-2011، مقتبس عن: سهام الرويحي، المرجع السابق.

إلى القضاء¹ المقرر دستوريا، والذي لا يتقيد بأي شرط²، كما لا يخفى أن المبدأ العام المقرر في المادة 7 من قانون الأسرة يقضي بأن القاضي هو المكلف بزواج القاصر لا وليه.

ومن خلال ما تقدم، فإنه لا يوجد أي نص قانوني يمنع القاصر من اللجوء بنفسه إلى القضاء من خلال طلب الإذن بالزواج، ولا يمكن الاحتجاج بنص المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أساس عدم توافر شرط الأهلية، لأن التجاء القاصر إلى القضاء لا يكون بصفته القضائية أو الولائية، وإنما باعتبار القاضي وليا للقاصر كما أشارت المادة 7 و 2/11 من قانون الأسرة الجزائري.

أما بخصوص المشرع التونسي، فسيجد القاصر نفسه ملزم بإقناع الولي والأم بموافقتهم على زواجه، وعليه، فالقول في حالة موافقة الولي ومعارضة الأم، فإنه لئن اعترف المشرع بموافقة الأم بموجب الفصل 6 من مجلة الأحوال الشخصية، فإن الفصل 153 و 154 من المجلة منح الولي من غير الأم تولي زواج القاصر. وبالتالي، لا يغني رفض الأم لزواج القاصر عن تقديم الطلب من طرف الولي وحده. والأكثر من ذلك، فحتى في حالة رفض الولي والأم لزواج القاصر، وتمسك هذا الأخير برغبته في الزواج، فله رفع أمره إلى القاضي في هذه الحالة³، حيث لم تمنح المجلة لقرار الامتناع عن تزويج القاصر الصادر عن أي من الوالدين قوة إلزامية وأسندت إلى القاضي بوصفه يمسك الولاية العامة على حقوق القصر سلطة تقدير مدى وجاهة أسباب رفض الولي والأم لزواج القاصر، وأسباب تمسك هذا الأخير بالزواج قبل

¹ يمكن اعتبار أهلية التقاضي في المجال الإجرائي بمثابة أهلية الأداء في المجال المدني، فهي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية. غير أن أخذ الأمر على مطلقه يدفعنا إلى القول بأن التقاضي أمام القضاء لا يثبت إلا للشخص الراشد. غير أن الغاء المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي كانت تعتبر الأهلية إلى جانب الصفة والمصلحة من شروط رفع الدعوى، وبترتب على انتفائها بطلان الإجراءات طبقا للمادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. غير أن الأهلية وفق التوجه الجديد تعتبر من شروط صحة الخصومة لا الدعوى، ففاقد الأهلية أو ناقصها له الحق المطلق في حماية حقه ومركزه القانوني والذي ينشئ الحماية القضائية له، بغض النظر عن أهلية صاحبه، وانتفاء هذه الأخيرة يؤدي إلى انقطاع الخصومة لا الدعوى القضائية. حسين طاهري، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، دار الخلدونية، الجزائر، ط.1، 2012، ص.29.

² إذا كان حق اللجوء إلى القضاء مكفول دستوريا فإن استعماله متوقف على عدم التعسف فيه. عواطف زرارة، المرجع السابق، ص.268.

³ فريد بن جحا، المرجع السابق، ص.33.

بلوغه سن الرشد ويتولى القاضي في نطاق مطلق لسلطته التقديرية ترجيح أحد الرأيين ومعياره في ذلك حماية مصلحة القاصر الفضلي سواء عند الإذن بالزواج أو عند رفضه¹.

وقد شهدت مسألة تقديم الطلب من القاصر نفسه، جدلا قانونيا، ذلك أن الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية يشترط في الدعوى القضائية الأهلية إلى جانب الصفة والمصلحة، فالقاصر وفق ظاهر النص غير قادر على تقديم طلب الإذن بالزواج نظرا لعدم أهليته، وهذا تماشيا مع القواعد القانونية، واعتبارا أن الحكم الصادر من القاضي يعتبر عقدا عدليا يقتضي تمتع طرفيه بأهلية التعاقد²،

والأكثر من ذلك، يذهب الفقه التونسي إلى جواز تقديم طلب الإذن بالزواج من قبل النيابة العمومية وذلك بالاستناد إلى نص الفصل 251 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي يمنح النيابة العامة ممثلة في وكيل الجمهورية التدخل في المادة المدنية إذا كان من بين خصوم الدعوى قاصرا. ومن هذا المنطلق، يمكن أن نتصور تقديم الطلب من القاصر في شكل عريضة إلى وكيل الجمهورية يطالب بترشيده، وهذا ما يتماشى مع ما جاء به الأمر المؤرخ في 18-07-1957 المتعلق بترتيب وتسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم، وهذا من خلال الفصل 7 بقوله: «حاكم التقاديم ينظر بطلب ممن يهيمه الأمر أو من وكيل الجمهورية في قضايا التقاديم... أو في ترشيد الصغير ترشيدا مقيدا...»³.

كما ينبغي الإشارة، أن المشرع الجزائري والتونسي لم يحددا الاختصاص القضائي في طلب الإذن بالزواج، حيث جاءت المادة 7 على عمومها حيث تنص على أنه: «...وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك...»، وهو ما جاء به الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية: «...وإبرام عقد الزواج دون السن المقرر قانونا يتوقف على إذن خاص من المحاكم».

غير أنه بالرجوع إلى القوانين الإجرائية للتشريعين الجزائري والتونسي، نجد أن المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والادارية تنص على أنه: «ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إل بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها

¹ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص.68.

² محمود النابلي، أهلية القيام لدى المحاكم، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1962، ع. فيفري ص.8.

³ فريد بن جحا، المرجع السابق، ص.40.

حسب الحالة والشروط المذكورة في قانون الأسرة»، والملاحظ من هذه المادة، أنه من المنطقي أن يكون قاضي قسم شؤون الأسرة هو المختص في منح الإذن بالزواج. وفي الحقيقة، يمكن القول بهذا الطرح لو كان منح الإذن بالزواج من الأعمال القضائية، على أساس أن المادة سالفة الذكر ذكرت الدعاوى التي ترفع أمام القضاء باعتبار هذا الأخير سلطة قضائية لا ولائية.

وبالتالي، فإن الاختصاص يكون لقاضي شؤون الأسرة بمناسبة اختصاصه الولائي لا القضائي، على أساس أن طلب الترخيص لا يتضمن خصومة قضائية تقتضي تكليف الخصم بالحضور، بالإضافة إلى أن قبول هذا الطلب سينشئ مركزا قانونيا جديدا للقاصر من خلال قدرته على إبرام عقد الزواج التي تأكدت بموجب الإذن بالزواج¹. وعليه، فإن التوصل إلى تحديد التكليف القانوني للتخصيص القضائي في كونه يدخل ضمن الأعمال الولائية لقاضي شؤون الأسرة يقودنا إلى القول إن الأمر القاضي بمنح الترخيص لا يمكن أن يكون محلا للطعن بأي وجه من الأوجه وكذلك الأمر في حال رفض منحه².

وهو الأمر نفسه الذي أخذ به المشرع التونسي، حيث يستخلص من نص الفصل 7 من الأمر المؤرخ في 1957 أن المشرع التونسي منح الاختصاص لقاضي التقاديم³. وعلى هذا الأساس، تعتبر المحكمة الابتدائية التي تختص في مطالب الترشيد بصفة مطلقة⁴ ممثلة في رئيس المحكمة على اعتبار أن الترشيد يعد عملا ولائيا وليس قضائيا⁵. في حين، من الممكن أن يصبح عملا قضائيا إذا وقع الرجوع في طلب الإذن من صاحب المصلحة، وقد قررت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 03-03-1986 أن: «الإذن بالزواج الممنوح من طرف رئيس المحكمة الابتدائية هو عمل ولائي ينقلب إلى

¹ عمر زودة الإجراءات المدنية عل ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار أنسيكلوبيديا، الجزائر، د.س.ن، ص.200.

² العربي بلحاج، أحكام...، المرجع السابق، ص.121.

³ قاضي التقاديم، هو القاضي المكلف بالنظر في القضايا المتعلقة بالصغير الذي لا ولي له أو الغائب أو المجنون أو ضعيف العقل أو على المحكوم عليه من أجل جنائية حسب أحكام الفصل 30 من المجلة الجنائية، بالإضافة إلى أنه المكلف بترشيد الصغير ترشيدا مقيدا حسب أحكام الفصلين 158 و159 من مجلة الأحوال الشخصية. وهذا ما نص عليه الفصل 7 من الأمر المؤرخ في 18-07-1957، المتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم، ر.ر.ج.ت، ع.58، ل 19-07-1957، ص.1163.

⁴ فريد بن جحا، المرجع السابق، ص.46.

⁵ المرجع نفسه.

عمل قضائي إذا وقع الرجوع فيه ممن يهمله الأمر حسب مقتضيات الفصل 219 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، الذي أوجب التعليل خاصة عند الرجوع في الإذن. ولا يمكن استئناف الأذون الصادرة بالترخيص في الزواج قبل السن القانونية إلا بعد القيام بطلب الرجوع المسبق لدى المحكمة التي أصدرت الإذن»¹.

أما بالنسبة للتشريع المغربي، فقد عرف مرحلة ما قبل إلغاء مدونة الأحوال الشخصية، حيث كان الإذن بالزواج يستصدر من قاضي التوثيق، غير أنه في ظل مدونة الأسرة الجديدة أصبح الاختصاص لقاضي شؤون الأسرة لمحكمة موطن القاصر، وهذا بموجب المادة 20 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: «لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه...»؛ هذا وينص الفصل 182² من قانون المسطرة المدنية على أنه: «بممارسة مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين قاض من المحكمة الابتدائية يعن لمدة ثلاثة سنوات بقرار لوزير العدل».

في حين أصبح لقاضي التوثيق وظيفة رقابية على مدى توفر الإذن في ملف الزواج وفقا لمقتضيات المادة 65 من مدونة الأسرة، بالإضافة إلى مدى الإشارة إليه في رسم الزواج من طرف العدلين المكلفين بالإشهاد طبقا لنص المادة 67 من مدونة الأسرة³.

وما ينبغي الإشارة إليه أن غالبية الفقه المغربي يرى بأن قاضي شؤون الأسرة يثبت في طلب الترخيص بالزواج بناء على سلطته القضائية لا الولاية⁴، إذ وعلى الرغم من أن هذا الطلب لا يتضمن

¹ م.ت، ق.ت.م، ع.13437، ل.03-03-1986، ق.م، ج.1، 1986، ص.147.

² الظهير الشريف رقم 14.14.1 بتاريخ 06 مارس 2014، المعدل لظهير الشريف بمثابة قانون رقم 447.74.1 بتاريخ 25-8-09-1974 والمتضمن قانون المسطرة المدنية، ج.ر، ع.6240، ل.20-03-2014، ص.3229.

³ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.264.

⁴ إن وظيفة القاضي تستلزم مباشرتها وفق صورتين؛ إما عمل قضائي مبني على خصومة قضائية تحتاج إلى الفصل فيها. أو عمل ولائي يتخذ عدة أشكال لا ترتبط بنزاع يتعلق بأطرافه. فكلتا العملين يستلزم إعمال السلطة التقديرية في إصداره، والتي تقوم على النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي بغية إيجاد حل لما يعرض عليه من مسائل وهي جوهر الوظيفة القضائية. فإذا كان هذا النشاط الذهني يهدف إلى الفصل في نزاع، فنحن إذن في إطار عمل قضائي. أما إذا كان الهدف منه مجرد تدبير وقائي يهدف إلى حماية شخص معين أو الإذن له بالقيام بتصرف معين ينشئ مركز قانوني جديد فهو بالتالي عمل ولائي. ولما كان القاضي الجزائري في هذه

أي خصومة مدنية، غير أنه تطبيقاً للمواد 27، 28، 31، 32 من قانون المسطرة المدنية، فإن النيابة العامة تعتبر طرفاً ثانياً بصفتها مدعى عليها إذا ما رأت بتعارض طلب الإذن بالزواج مع مصلحة القاصر، إذ أنها تعتبر طرفاً أصلياً في قضايا الأسرة كما أشرنا مسبقاً، وهذا ما يمنحها الحق في الطعن في مقرر القاضي في حالة رفضه الإذن بالزواج، وهذا الحق مقرر أيضاً للنائب الشرعي¹، وتطبيقاً لذلك قررت محكمة الاستئناف بوجدة في قرارها الصادر في 13-11-2008، إلى أنه: «...وحيث أن المعطيات المذكورة أعلاه تسمح بزواج القاصر... فإن المقرر المستأنف والقاضي برفض الطلب رغم توفر النازلة على جميع المعطيات المادية والمقتضيات القانونية المبررة للطلب يكون قد خرق المادة 20 من مدونة الأسرة... مما وجب إلغاؤه...»².

غير أن مقرر قبول الطلب بالترخيص بالزواج، لا يقبل الطعن نهائياً، حيث تنص المادة 2/20 من مدونة الأسرة على أن: «مقرر الاستجابة لطلب الإذن بالزواج غير قابل لأي طعن»؛ ومع ذلك، فقد ذهب عديد الفقهاء المغاربة إلى رفض فكرة الطعن في مقرر رفض الطلب على أساس أن قناعة القاضي غير مبنية على الحياد وإنما بناء على مصلحة القاصر، فإذا ما رأى عدم جدوى زواج القاصر من الناحية المادية أو الجسدية فلا مجال للقول بالطعن في مقرر الرفض على الأقل إذا كان مبنياً على نفس المبررات، لأنه سيكون في غير مصلحة القاصر³.

وفي حقيقة الأمر، يعتبر توجه المشرع المغربي هو الأولى بتطبيقه، مقارنة بنظيره الجزائري والتونسي. وهذا راجع إلى إمكانية القصور في التعليل والتسبيب من قبل القاضي، مما يمنحه فرصة أخرى أمام قاضي الاستئناف. كما أن تدخل النيابة العامة يجعل منها بمثابة الراعي العام لمصلحة القاصر، بالإضافة

الحالة يقوم بإعمال سلطته التقديرية في تقرير مدى مصلحة القاصر في الزواج حتى يتم منحه الترخيص، فهو عمل ولائي. اسمهان عفيف، الترخيص القضائي بالزواج كآلية لحماية القاصر، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2019، ع.4، ص.256.

¹ فاتح كمال، دراسة أولية لأهم الإشكالات المثارة بخصوص مسطرة الإذن بتزويج من لم يبلغ سن الزواج، مجلة الملف، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2008، ع.12، ص.197-198.

² محكمة الاستئناف بوجدة، ل 13-11-2008، رقم: 375، م.ر: 07-124، غير منشور، نقلاً عن: إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص.75.

³ المرجع نفسه، ص.76.

إلى القاضي والولي الشرعي، وهو الأمر الذي يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية المتشوفة إلى حفظ الأسرة من خلال الزواج، والتماس كل الوسائل الضرورية لأجل بناء هذه العلاقة.

الفرع الثاني: المصلحة والضرورة لزواج القاصر

اشتترطت المادة 7 من قانون الأسرة على أن يكون قرار القاضي بمنح الإذن بالزواج، مؤسساً على مصلحة وضرورة تتطلب إبرام القاصر لعقد الزواج قبل بلوغ السن القانونية، وهو ما قرره المادة 20 من مدونة الأسرة التي فرضت على القاضي أن يعلل قراره بمنح الإذن بناء على المصلحة والأسباب المبررة لمنحه، أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد كان أكثر تشدداً ذلك أن الإذن بالزواج يتوقف على توفر أسباب خطيرة ومصلحة واضحة للزوجين.

والملاحظ أن المشرع الجزائري والتونسي لم يضبطا معايير المصلحة والضرورة والأسباب الخطيرة التي يستدعي معها منح الإذن بالزواج؛ فأما بالنسبة للقانون الجزائري فضابط المصلحة والضرورة شرعي وهذا من خلال الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 من قانون الأسرة، والراجع في أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية أن معيار تقدير المصلحة مرتبط بمدى تحقق مقاصد الشريعة الإسلامية المتمثلة في حفظ الدين والنفس والعقل والسل والمال¹. وعليه، فإن حفظ النسل يعتبر من أهم المقاصد التي يحققها الزواج كما نصت المادة 4 من قانون الأسرة. وعلى هذا الأساس، كان لابد من الإذن بزواج القاصر إذا اقتضت المصلحة ذلك، ولئن لم يبين المشرع ضابط معين لتحديد المصلحة، فلا شك في أن الخوف من تفويت الزوج الكفء للقاصرة من باب المصلحة، كما أن الخوف من الوقوع في الزنا من أهم الأسباب التي تستدعي زواج القاصر².

كما تعتبر الحالة المادية للقاصر من بين الأسباب الأساسية التي يعتد بها لتقدير مدى تحقق المصلحة، فالفقر بالنسبة للمرأة القاصرة وعدم وجود عائل يوفر لها أبسط أسباب المعيشة، يعتبر من الأوضاع التي تستدعي الموافقة بشكل مباشر على طلب الإذن بزواجها. وعلى النقيض من ذلك، لا

¹ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ط.1، د.س.ن، ص.259.

² العربي بلحاج، الوجيز...، المرجع السابق، ص.120.

يمكن اعتبار الكفاية المادية للرجل القاصر من باب المصلحة التي تقتضي قبول طلب الإذن بالزواج، بل ينبغي تفصي أسباب رغبة القاصر في الزواج من خلال الموازنة بين المنفعة المرجوة من هذا الزواج والمفسدة والضرر الذي قد يترتب عليه، فالاعتدال المادي في نظرنا غير كاف لاعتباره من قبيل المصلحة التي تستوجب الإذن بزواج القاصر، إذ أنه يرتبط من الناحية الشرعية بالأحكام التكليفية للزواج.

كما نجد أن المشرع الجزائري أنه استعمل مصطلح الضرورة، والتي عبر عنها الفقه بأنها الحالة التي يصل إليها الإنسان إلى أشد المراحل وأشقها، مما تجعل الخطر وشيكا على نفسه وماله وعرضه. وعلى هذا الأساس، يسقط الحكم التكليفي على الشخص الذي يقع في حالة ضرورة، وهذا تطبيقا للقاعدة الفقهية «الضرورات تبيح المحظورات»¹، فإذا كانت المقاصد التشريعية تنقسم إلى الضرورات والحاجات والتحسينات، فإن قاعدة الضرورة تطبق على الضرورات دون غيرها، ولما كان حكم الزواج من حيث المبدأ أنه مباح، فإنه يصنف ضمن الحاجات، وبالتالي لا يخضع لقاعدة الضرورة².

وعلى هذا الأساس، كان على المشرع الجزائري أن يكتفي بالمصلحة لتقدير زواج القاصر دون الضرورة، مع الإشارة إلى أن الضرورة تعتبر مصلحة قصوى. وهو الأمر الذي يدفعنا إلى القول بأن المصلحة والضرورة متلازمتين، يصبان في نفس المعنى مع مراعاة درجة التفاوت بينهما، مع الإشارة إلى أن البيئة الاجتماعية لطالب الإذن بالزواج تفرض على القاضي توجيهها معينا، وهو الأمر الذي يدفعنا إلى القول بأنه من الصعب على المشرع الأسري الجزائري ضبط معيار موضوعي للمصلحة والضرورة. وعلى هذا الأساس نكتفي بالضابط الشرعي المتمثل في مقاصد الشريعة الإسلامية من جهة؛ والضابط القانوني المتمثل في النظام العام والآداب العامة من جهة أخرى.

أما بالنسبة للتشريع التونسي، فقد استعمل مصطلح المصلحة في طلب الإذن بالزواج وهي تحمل نفس المفهوم الذي أشرنا إليه مسبقا، غير أن استعمال مصطلح الأسباب الخطيرة، فإنه يجمل من الإذن بالزواج في دائرة ضيقة جدا مقارنة بالتشريع الجزائري، مع الإشارة إلى أنه لم يحدد ضوابط تقدير هذه

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.1، ص.113.

² عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، المرجع السابق، ص.217.

المصلحة والأسباب الخطيرة، مما سيؤدي بالضرورة إلى التضارب في المقررات القضائية الخاصة بمنح الإذن إذ يمكن لنفس السبب أن يقبل الطلب في ناحية ويرفض في ناحية أخرى. وهو الأمر الذي نتفق معه إلى حد ما، على أساس أن تقدير هذه الأسباب يخضع للمتغيرات الاجتماعية التي تفرض نفسها من شخص لآخر.

غير أن الضابط المعبر في تقدير القاضي لمدى جدية المصلحة ومدى ضرورة السبب الدافع إلى الزواج يستوجب على القاضي عدم التقيد بمبدأ الحياد، ويصبح القاضي في هذه الحالة إلى جانب النيابة العامة في صف القاصر من خلال تقدير المنفعة المتوخاة في حالة قبول طلبه أو رفضه¹، كما يستنتج من موقف الفقه التونسي أنه بغض النظر عن مبررات وأسباب طلب الإذن بالزواج، فإن المنفعة الثابتة من خلال طلب الإذن تكون للأب. على أساس أن الإذن بزواج الفتاة القاصر سيعجل بانتقال واجب الإنفاق منه إلى الزوج، وعليه لا تعتبر هذه الحالة من قبيل المصلحة المرجوة من الإذن بالزواج، اللهم إلا إذا كان المستوى المعيشي للقاصرة سيرتفع مقارنة بسابقه. فلمصلحة الجدية تتحقق من خلال الفائدة المباشرة والمؤكددة للقاصر، وهذا راجع إلى طبيعة الإذن بالزواج الذي يعتبر استثناء من الأصل العام الذي يقتضي عدم التوسع في تطبيقه².

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد كان أكثر دقة من سابقه، حيث نص في المادة 20 من مدونة الأسرة على الضوابط التي يستند إليها في تقدير مصلحة القاصر من الزواج، والمتمثلة في:

أولاً- الاستماع إلى أبوي القاصر أو نائبه الشرعي:

يعتبر هذا الإجراء احترازي بالنسبة لقاضي الأسرة، تم تقريره على سبيل الجواز لا الإلزام، والغرض منه تقصي المصلحة المتوخاة من هذا الزواج، إذ وعلى الرغم من أن القاضي هو الذي يمتلك الولاية العامة في تزويج القاصر غير أنه لن يكون أكثر دراية من أبويه بما يصلح أو لا يصلح للقاصر³.

¹ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص.62.

² محمد الحبيب الشريف، الإذن القضائي بالزواج، مجلة القضاء والتشريع، تونس، ط.1، 1998، ص.48.

³ إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص.71.

ويتم الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي داخل غرفة المشورة بحضور كاتب الضبط، وتتم المناقشة من خلال طرح أسئلة على القاصر وعلى أبويه؛ وفي الحقيقة، فإن الحكمة من هذا الإجراء هو الوقوف على رضا القاصر الذي تسقط مع انتفائه كل الإجراءات الأخرى، بل حتى ولو كانت المصلحة مؤكدة من زواجه¹.

ولما كان هذا الإجراء جوازي بالنسبة للقاضي، فلا يؤخذ عليه عدم القيام به، وذلك في حالة ما إذا رأى بتوفر المصلحة من خلال المبررات المرفقة بطلب الإذن، هذا من جهة. كما لا يؤخذ عليه من جهة أخرى، إذا ما ارتأى بطلب حضور الطرف الآخر، للوقوف على مدى استعداده للزواج خاصة إذا كنا أمام زواج قاصرة، وما إذا كانت حالته المادية والصحية تتماشى وأهداف عقد الزواج، ناهيك عن أنها تحقق مصلحة القاصر.

ثانيا- إجراء خبرة طبية:

يتماشى هذا الضابط مع فلسفة المشرع المغربي في تحقيق أهداف الزواج المنشودة من خلال المادة 4 من مدونة الأسرة، والهدف من هذا الإجراء هو التحقق من القدرة الفيزيولوجية للقاصر على تحقيق المطالب الجنسية للطرف الآخر، وبمعنى أصح أن يكون القاصر المقبل على الزواج قادرا على المعاشرة الجنسية. ويعتبر هذا الإجراء القانوني من المستجدات التي عرفتها مدونة الأسرة الجديدة، على أساس أن المدونة الملغاة لم تكن تتضمن هذا الإجراء، ويعتبر المنشور عدد 780 س 2 المؤرخ في 2-9-2003²، أول بوادر هذا الإجراء، والذي ينص على أنه: «لا يجب أن يعطى الإذن بالزواج إلا إذا ظهرت عند المعنيين بالأمر إحدى علامات البلوغ واقتضت المصلحة تزويجهم، وكانت بوادر تؤكد القدرة والاستطاعة على تحمل أعباء الحياة الزوجية».

كما ينبغي الإشارة إلى أن الخبرة الطبية باعتبارها عمل فني تستدعي أن يقوم بها أهل الاختصاص، وكما هو مقرر في الفصل 55 و59 من قانون المسطرة المدنية، تسند هذه المهمة إلى طبيب محلف،

¹ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.227.

² المنشور الوزاري، ع.780، ل 02-09-2003، المتعلق بالإذن بالزواج، وزارة العدل، ص.2.

يقوم بالفحوصات السريرية اللازمة، ويعد تقريراً مفصلاً يحدد الحالة الصحية للقاصر المقبل على الزواج¹. مع الإشارة كذلك أن نتيجة الخبرة الطبية غير ملزمة بتاتا لقناعة القاضي في منح الإذن من عدمه، وهذا طبقاً لنص الفصل 66 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أنه: «لا يلزم القاضي بالأخذ برأي الخبير المعين...»، وهو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف² بطنجة إلى تأييد الحكم القاضي برفض منح الإذن للقاصر بالزواج، رغم كون تقرير الخبرة الطبية قد أثبت أن لها القدرة الكافية على الوطاء والنضج والأهلية الجسمانية لتحمل تبعات الزواج.

غير أن الواقع العملي على مستوى القضاء يبين أنه من النادر ألا يستعين القاضي بالخبرة الطبية في تقريره بمنح الإذن بالزواج، ففي القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالناظور، الذي يقضي ينقض أمر قاضي الأسرة للمحكمة الابتدائية الذي رفض منح الإذن بالزواج، وقرر بأنه: «وحيث أن القاصرة تجاوزت سنها 17، واتضح للمحكمة من خلال ظروفها الاجتماعية باعتبار والديها مطلقين، وبالنظر إلى نتيجة الخبرة الطبية فإن مصلحتها تقتضي الإذن لها بالزواج، وهو ما يجعل الأمر الصادر عن السيد قاضي الأسرة المكلف بالزواج برفض الإذن لها بالزواج غير مصادف للصواب مما يتعين إلغاؤه وتصدياً بالإذن لها بالزواج»³.

¹ محمد الشتوي، الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط.1، 2004، ص.148.
² وقد جاء في حيثيات القرار أنه: «...وحيث أن أهلية الزواج تكتمل عند تمام السن 18 من عمر الذكر والانثى... والمشرع المغربي حدد سن الزواج في 18 سنة، لأنه ينبغي أن تتوفر في المقبل على الزواج القدرة البدنية والعقلية... وهذه المواصفات لا تتوفر إلا في الإنسان الذي يكتمل نضجه جسدياً وعقلياً... وعند النزول عن هذه القاعدة ينبغي بيان أسباب ودواعي الإسراع في تزويج القاصر... كما أن الشهادة الطبية وكذا التقرير الطبي وإن كان من صالح البنت، فإن المحكمة ترى خلاف ما يهدف إليه الطلب لكون البنت لازالت في سن مبكرة 14 سنة، وأن مصلحتها تقتضي عدم الزج بها في مشاكل الحياة الزوجية... الأمر الذي يكون معه الحكم المستأنف الذي قضى برفض الطلب قد صادف الصواب فيما يقضي به ويتعين تأييده». قرار صادر عن محكمة الاستئناف بطنجة، ع.401، ل.09-06-2005، م.ر: 7-05-164، مقتبس عن: إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص.72.

³ محكمة الاستئناف بالناظور، ع.288، ل.12-05-2014، م.ر: 139-1616-2014، غير منشور، مقتبس عن: إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص.73.

ثالثا- إجراء بحث اجتماعي:

ناهيك عن الخبرة الطبية، أجاز المشرع المغربي بموجب المادة 20 من مدونة الأسرة القيام ببحث اجتماعي، وذلك لمعرفة المعطيات الاجتماعية والاقتصادية لطالب الإذن بالزواج، كل هذا للوقوف على مدى استعداد القاصر للزواج وحرصه على الالتزام باحترام الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وقدرته على تربية أبنائه تربية حسنة¹.

وقد أثبت العمل القضائي نجاعة البحث الاجتماعي كسبيل لتقصي مصلحة القاصر في الزواج من عدمه، فقد صدر مقرر عن المحكمة الابتدائية بالسمارة في 12-03-2009 يقضي بالإذن بالزواج بناء عن البحث الاجتماعي الذي أفاد بأن القاصرة قادرة على الزواج وتظهر عليها علامات البلوغ الشرعي².

ويمكن القول، إن الاستماع إلى أبوي القاصر من الوسائل التي تدخل في نطاق البحث الاجتماعي، وذلك لما لها من الدور الفعال في تكوين قناعة القاضي. غاية ما في الأمر أن البحث الاجتماعي ينصب على القاصر نفسه دون غيره، إضافة إلى أن الاستماع إلى أبويه يعتبر إجراء وجوبي على القاضي مقارنة بالبحث الاجتماعي³.

وبناء على ما تقدم⁴ من الضوابط والوسائل المعتمدة من قبل القاضي في تقصي مصلحة القاصر الراغب في الزواج، فإننا لا نرى بوجود مانع من تطبيق الإجراءات المقررة في المادة 20 من مدونة الأسرة، بالنسبة للتشريعين الجزائري والتونسي، خاصة أن المادة 7 من قانون الأسرة والفصل 05 من مجلة

¹ إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص.73.

² مقرر صادر عن القاضي الأسرة المكلف بالزواج بقسم قضاء الأسرة بالسمارة، ل 12-03-2009، م.ر: 06-2009. مقتبس عن: سهام الرويحي، المرجع السابق، الموقع الإلكتروني: الإجراءات المسطرية والوسائل المعتمدة لمنح الإذن بزواج القاصر (ecoledroitmarocaine.blogspot.com)، تاريخ النشر: 01-10-2017، تاريخ الاطلاع: 25-02-2022، على الساعة: 13:44.

³ الحسن بن دالي، المرشد العلمي والقانوني لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، مطابع الرباط، المغرب، 2013، ص.45.

⁴ راجع ص.458 إلى 463.

الأحوال الشخصية جاء بصفة عامة ومطلقة، أي أن للقاضي كل الوسائل التي يراها ضرورية في مراعاة مدى تحقق المصلحة والأسباب الخطيرة لزواج القاصر، والتي تبقى للأسف مرتبطة بضمير القاضي الذي ينظر في طلب الإذن بالزواج.

وفي حقيقة الأمر، كنا نود أن تكون هذه الإجراءات على سبيل الإلزام في التشريعات المغربية ككل، على أساس أن القاضي قلما يلبث أن يقوم بإجراء الخبرة الطبية أو البحث الاجتماعي، وهو الأمر الواقع في الجانب العملي خاصة أمام كثرة الطلبات بالترخيص بالزواج، ناهيك عن النزاعات الأخرى المرفوعة أمام قسم الأسرة والتي تشهد ارتفاعا مهولا في الوقت الحالي.

كما ينبغي الإشارة إلى مسألة في غاية الأهمية، والتي ترتبط بما يصح اعتباره من قبيل المصلحة، إذ وعلى الرغم بقولنا إن المشرع المغربي كان أكثر دقة من نظيره الجزائري والتونسي في تحديد الضوابط والوسائل المعتمدة في تحديد مدى توافرها. غير أن مفهوم المصلحة بقي فضفاضا في التشريعات المغربية ككل، وهو الأمر الذي دفع بالتشريعات الثلاثة إلى اعتبار زواج الخاطف من مخطوفته من قبيل المصلحة التي تقتضي منح الإذن بالزواج.

فقد اعتبر التشريع الجزائري والتونسي أن اختطاف القاصر ومعاشرتها، مما يعتبر من المصلحة التي تقتضي قبول طلب الإذن بالزواج، حيث ينص الفصل 4/227 مكرر من المجلة الجزائية على أنه: «...وزواج الفاعل بالجني عليها في صورتين المذكورتين يوقف كل التبعات الجزائية أو آثار المحاكمة»¹، وهو ما قرره المشرع الجزائري من خلال المادة 326 من قانون العقوبات التي تنص على أنه: «وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله»، وفي هذا الصدد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 13-01-1995 على أنه: «من المقرر قانونا أنه يعاقب كل من خطف أو أبعده قاصرة دون الثامنة عشر من عمرها بغير عنف

¹ القانون ع.46، ل 06-06-2005، المتعلق بالمصادفة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة الجنائية وصياغتها، ر.ر.ج.ت، ع.17، ل 17-06-2005، ص.1412.

أو تهديد أو تحايل شرع في ذلك، بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها، فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضده إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة إبطال العقد المذكور، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بإدانتهم للمتهمين طبقاً للنص المذكور 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»¹.

وقد جنح المشرع المغربي بمثل موقف سابقه قبل تعديل المادة 475 من القانون الجنائي، واعتبر أن زواج البنت القاصرة يوقف المتابعة الجزائية، وهو ما قرره محكمة الاستئناف بمراكش، لما ألغت مقرر قاضي الأسرة المكلف بالزواج الذي قضى برفض الإذن بالزواج، وعلل مقرره أن الفتاة غير متوفرة على النضج الكافي لمعرفة الحقوق والواجبات التي يرتبها عقد الزواج مما يجعله معرضاً للفشل في أي لحظة، بالإضافة إلى أن طلب الإذن بالزواج مبني على إضفاء الشرعية على جريمة الاغتصاب التي ذهبت ضحيتها، وقررت محكمة الاستئناف في هذه الحالة أن: «الثابت من وضعية الطالبة أنها من غير أب بعد تصريح وليها ممثلاً في أمها، وحسب الشهاداتين الطبيتين، تبين أنها مطيقة للوطء، وأن طلب الإذن بالزواج من شاب يعمل بالخارج لسابق علاقتها به كما هو مفصل بمحضر البحث التمهيدي بمصلحة الشرطة القضائية... كان على المحكمة مراعاة وضعيتها والإذن لها بالزواج...، وأنه حتى على فرض وجود ضرر لهذه الأنثى في زواجها المبكر، فإنه في بقائها من دونه وهي ما عليه من وضعية ضرر، وأنه متى تزامن ضرران فإن الأول الأخذ بالأخف منهما، ولا شك أن الإذن بالزواج هو الأخف من الحرمان منه»².

¹ م.ع، غ.ج.م، ل 13-01-1995، م.ر: 128928، م.ق، ع.1، 1995، ص.249.

² محكمة الاستئناف بمراكش، ع.452، ل 10-04-2005، م.ر: 998-8-5، مجلة الملف، ع.11، 2007، ص.250-253.

غير أن الحادثة¹ الشهيرة المتعلقة بانتحار فتاة بمدينة العرائس المغربية بسبب تزويجها من مغتصبها في 10-03-2012، دفعت المشرع المغربي إلى حذف² الفقرة 02 من المادة 475 التي كانت تنص على أنه: «ومع ذلك فإنّ القاصرة التي اختطفت أو غرّر بها، إذا كانت بالغة وتزوجت من اختطفها أو غرّر بها فإنّه لا يمكن متابعته إلاّ بناء على شكوى من شخص له الحق في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم بمؤاخذته إلاّ بعد صدور حكم بهذا البطلان فعلا».

وفي حقيقة الأمر، وإن قررت التشريعات المغربية أن زواج الخاطف من مخطوفته يوقف المتابعة الجزائية، ولا يمكن إبطال الزواج إلا من خلال شكوى ممن له الحق؛ فأين النيابة العامة من كل هذا والتي تعتبر كما أشرنا مسبقا طرفا أصليا في كل القضايا المتعلقة بالقصر، والتي تسعى إلى اعتبار مصلحة القاصر فوق كل اعتبار، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى، لا يمكن القول البتة بالعلاقة الجنسية الرضائية مع القاصر، خاصة إذا ما علمنا أن رضائه ناقص في هذه الحالة.

ولعل الهدف من اقرار هذه النصوص هو حماية القاصرة، التي ستسوء سمعتها ويحجم الناس عن التقدم للزواج بها، حتى ولو تعرضت للاغتصاب، كما أن المشرع بهذا التوجه قد التمس فرصة للمغتصب أو الخاطف، فرصة تصحيح الوضع الذي فرضه بإرادته، بصيانة كرامة القاصرة من خلال الزواج بها. وهي في نفس الوقت فرصة للجاني للإفلات من العقاب³.

والملاحظ أن المشرع التونسي هو الوحيد في التشريعات المغربية للأسرة الذي وضع قيد قانوني على الجاني في هذه الحالة، من خلال استثناء المتابعة الجزائية إذا ما قام هذا الأخير باستعمال حقه في الطلاق خلال سنتين من تاريخ إبرام عقد الزواج، وهو ما نص عليه الفصل 227 من المجلة الجنائية

¹ وهو الأمر الذي دفع بالمنظمات الحقوقية إلى تنظيم وقفات احتجاجية للتنديد بالفقرة 02 من هذا الفصل استنكارا لتزويج الضحية قسرا من مغتصبها. فصادق مجلس النواب على حذف هذه الفقرة من التشريع الجنائي. عزيزة الغرفاوي، نهاية افلات المغتصب من العقاب، الموقع الإلكتروني: نهاية إفلات المغتصب من العقاب (assahraa.ma)، تاريخ النشر: 27-01-2014، على الساعة: 08:47، تاريخ الاطلاع: 25-02-2022، على الساعة: 14:55.

² القانون 15.14 القاضي بتغيير وتتميم الفصل 475 من مجموعة القانون الجنائي، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.14.06، بتاريخ 20 ربيع الثاني 1435هـ، الموافق لـ 20-02-2014، ج.ر، ع.6238، لـ 11 جمادى الأولى 1435هـ، الموافق لـ 13-03-2014، ص.3138.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.100.

في فقرته الأخيرة بقوله: «...وتستأنف التبعات الجزائية أو آثار المحاكمة إذا انفصم الزواج بطلاق محكوم به من انشاء الزوج طبقا للفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية وذلك قبل مضي عامين من تاريخ الدخول بالمجني عليها».

ويعتبر هذا التوجه غير كاف، إذ من شأنه أن يزيد الطين بلة فالزواج القائم بين الجاني والمجني عليها غير مبني على رضا صحيح وسليم ولا يهدف إلى تحقيق مقاصد الزواج بقدر ما يهدف إلى الإفلات من العقاب بالنسبة للزوج، وتفادي الفضيحة بالنسبة للزوجة. وبالتالي، فمن شأن الزوج أن يدفع الزوجة من خلال تصرفاته لطلب الطلاق، مما يعفيه مما هو مقرر في الفصل 227 مكرر¹.

كما أنه من شأنه أن يتجاوز الحدود الشرعية، فمن الممكن أن تكون القاصر حاملا، خاصة إذا ما علمنا أن الفحص الطبي قبل الزواج من شأنه أن يبين حمل المرأة من عدمه. وعليه، فإن الأمر بمنح الإذن بالزواج هو تعدي على حكم شرعي وقانوني، ذلك أن الزواج من المرأة الحامل يعد من موانع الزواج، مما يستوجب فسخ الزواج قبل الدخول وبعده طبقا للمواد 34 من قانون الأسرة، والمادة 39 من مدونة الأسرة، والفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية.

الفرع الثالث: السن الأدنى لمنح الإذن بالزواج

لم يحدد المشرع الجزائري ولا المغربي سن أدنى يتقيد بها القاضي في قبول طلب الإذن بالزواج من عدمه، غير أنه بالرجوع إلى القواعد العامة التي تنظم مسألة الأهلية، فإنها تعتبر الشخص المعني بالإذن بالزواج هو الشخص الذي بلغ 13 سنة، ولم يبلغ 19 سنة طبقا للمادة 43 من القانون المدني و18 سنة بالنسبة لمجلة الالتزامات والعقود المغربية.

وأمام انتفاء النصوص القانونية، فإنه من المقرر قانونا بموجب المادة 222 من قانون الأسرة والمادة 400 من مدونة الأسرة الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الذي يعتبر الشخص صاحب 13 سنة بالغاً إذا ما ظهرت فيه أمرات البلوغ الطبيعي سواء بالنسبة للذكور أو الإناث، وهو الأمر الذي يتعارض مع فلسفة المشرع الجزائري والمغربي في الحد من ظاهرة زواج الصغار.

¹ هجيرة خدام، المرجع السابق، ص.165.

ولئن كان القاضي أمام الاستثناء، فينبغي عليه إعماله في أضيق الحدود، بألا ينزل عن سن الأهلية بأكثر من ثلاث سنوات في الضرورة القصوى¹، كما أن اشتراط المادة 20 من مدونة الأسرة إجراء الخبرة الطبية، التي تبين قدرة القاصر الجسدية على تحمل أعباء الزواج التي لا تظهر بوادها إلا ببلوغ 15 سنة على الأقل، وعلى هذا الأساس لا يمكن النزول عن هذا السن في جميع الأحوال لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي والنفسي².

أما بالنسبة للمشرع التونسي، فقد حدد السن الدنيا لطلب الإذن بالزواج بـ 17 سنة للجنسين، وهذا بموجب الفصل 2/153 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على أنه: «وزواج القاصر يرشده إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره...». وفي حقيقة الأمر فإن هذا التحديد قد أفرغ الفصل 5 من المجلة من محتواه ذلك أن سن الأهلية في القانون التونسي مقدر بـ 18 سنة.

غير أنه ينبغي الإشارة إلى أن الفصل 153 تم تنقيحه بموجب القانون رقم 74 الصادر سنة 1993، حيث كانت سن الزواج مقرر بـ 17 سنة للفتاة و20 سنة للفتى، مع العلم أن الفصل 05 لم يحدد سن الزواج بـ 18 سنة إلى من خلال القانون عدد 32 لسنة 2007³.

وبناء على ما سبق، فإن مؤسسة الترشيد في القانون التونسي شبه معطلة، سواء قبل تنقيح 2007 أو بعده؛ فأما قبل التنقيح فكان الترشيد لصالح الفتى دون الفتاة، ذلك أن هذا الأخير يستطيع الزواج قبل بلوغه سن الرشد القانوني بثلاث سنوات، بينما بالنسبة للفتاة فلا تستفيد بتاتا من امتياز الزواج دون السن القانونية للزواج، على أساس أن السن الأدنى لمنح الإذن هي سن الرشد بالنسبة لها. أما بعد التنقيح، فبلوغ الشخص 17 سنة سيدفعه إلى انتظار سنة أخرى حتى يبلغ قانونيا ثم يبرم زواجه دون الحاجة إلى الإذن القضائي بالزواج خاصة أمام الإجراءات القانونية المتشددة التي تستوجب عليه توفير أسباب خطيرة تدفعه إلى الزواج دون السن القانونية.

¹ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 263.

² الرشيد بن الشويخ، شرح...، المرجع السابق، ص. 61؛ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 74.

³ فاطمة الزهراء بن محمود، المرجع السابق، ص. 61.

غير أنه من خلال المقارنة بين نص الفصل 153 من مجلة الأحوال الشخصية الذي حدد السن الأدنى للترشيد بـ 17 سنة، فإن الفصل 159 منها نص على أنه: «لا يمكن ترشيد الصغير إذا لم يتم الخامسة عشرة من عمره». ومن خلال هذين النصين، على أيهما يستند عليه القاضي؟ إن الأقرب إلى الصواب هو الاستناد على الفصل 159 من المجلة، أي أن السن الدنيا المقررة لمنح الإذن بالزواج هي 15 سنة، أما الفقرة الثانية من الفصل 153 من المجلة فهي تنص على آثار الترشيد التي سنتطرق إليها في النقطة الموالية.

الفرع الرابع: الآثار المترتبة على الزواج دون السن القانونية

إن الحديث عن آثار الزواج دون السن القانونية، يقتضي منا التطرق إلى حدود أهلية القاصر المرشّد (أولاً)، ثم نتحدث عن حكم الزواج من غير استصدار الإذن بالزواج (ثانياً).

أولاً- أهلية القاصر المرشّد:

بالنسبة للقانون الجزائري والمغربي، فإن مجال الترشيد ضيق مقارنة بما قرره القانون التونسي، حيث تنص المادة 2/7 قانون الأسرة بقولها: «يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات». وهو ما أكدته المادة 1/22 من مدونة الأسرة على أنه: «يكتسب المتزوجان طبقاً للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات».

فالملاحظ من كلا النصين أنهما قد منحا القاصر الأهلية المدنية في حدود ضيقة تختص فقط بآثار الزواج دون غيرهما من التصرفات القانونية، مع الإشارة إلى أنه للمحكمة بطلب أحد الزوجين أو نائبه الشرعي أن تحدد التكاليف المالية للزوج المعني بالترشيد أو عليه، بالإضافة إلى طريقة أدائها¹.

والمقصود بآثار الزواج في هذه الحالة ما هو منصوص عليه في المادة 36 من قانون الأسرة، والمادة 51 من مدونة الأسرة، والتي تضمنتا الحقوق والواجبات الزوجية. غير أن التساؤل الذي يطرح في هذا

¹ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 74؛ محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص. 46.

الحالة، يتعلق بمدى إمكانية القاصر المرشد القيام بفك الرابطة الزوجية خاصة إذا ما علمنا أن الطلاق لا يعتبر من آثار عقد الزواج.

وفي حقيقة الأمر، لا يمكن الإنكار بأن الطلاق لا يكون إلا إذا تم إبرام عقد الزواج، ولا يمكن الإنكار أيضا أن اللجوء إليه ناتج عن العديد من العوامل التي ترتبت بموجب إبرام عقد الزواج؛ لكن لا يمكن القول مطلقا بأنه أثر من آثار الزواج.

فلو رجعنا إلى مفهوم الأثر من الناحية اللغوية، لوجدنا بأنه العلامة التي يخلفها الشيء، والنتيجة التي تترتب على التصرف، ويطلق عليها بعض الفقهاء بالحكم، فيقولون أحكام النكاح والمراد به الآثار¹؛ وعليه فلو سلمنا بأن الطلاق يعتبر أثر من آثار الزواج، لقلنا بأن الطلاق هو النتيجة المباشرة لإبرام عقد الزواج. والأمر غير صحيح، إذ أن الطلاق مقرر كحالة استثنائية وكحل بديل شرعه المولى عز وجل لأحد الزوجين في حالة اشتداد الخصام بينهما.

وعلى الرغم مما سبق ذكره، فقد اتجه المجلس الأعلى المغربي إلى السماح للمرأة المرشدة بالزواج إلى طلب التطليق وقرر بأن: «موضوع الأهلية بالنسبة لعقود الزواج والطلاق يختلف عن باقي العقود والتصرفات القانونية الأخرى في عقد الزواج وكذلك الطلاق الذي نتج عنه لا يستوجب بلوغ 21 سنة فالأهلية في النكاح غير الأهلية في التصرفات المالية.

ويلاحظ من توجه القضاء المغربي في هذا القرار، إلى أن اجتهاده اتجه إلى التوسع في مفهوم الترشيد الوارد في المادة 1/22. غير أنه وقع في تناقض فادح من خلال قرار محكمة النقض الصادر في 16-06-2021 والذي ينص على أنه: «تعتبر الزوجة القاصر التي ارتبطت مع شخص راشد بعلاقة غير شرعية، ضحية جريمة هتك عرض قاصر طبقا للفصل 484 من القانون الجنائي، وتتمتع بعذر

¹ مجمع اللغة العربية، مجموعة المؤلفين: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المرجع السابق، ج.1، ص.5؛ زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص.13.

صغر السن وبجماية جنائية تناسب حالة الطفل القاصر، تنسجم مع التزامات المغرب الدولية بمقتضى اتفاقية 1989 حول حقوق الطفل»¹.

وفي الحقيقة، يعبر هذا التوجه من قبل القضاء المغربي عن سياسة الكيل بمكيالين. ذلك أن منح قاضي شؤون الأسرة الإذن بزواج المرأة القاصر، يعتبر بمثابة الاعتراف الصريح بأنها في حكم الزوجة الراشدة، لها الصلاحية الكاملة في المطالبة بالحقوق والقيام بالالتزامات، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن عدم اعتراف قضاة محكمة النقض بالمسؤولية الجزائية للزوجة، باعتبارها قاصر تقتضي الحماية الجنائية، هو طعن في مؤسسة الترشيد التشريعية والقضائية. وسيترتب على هذا القرار لا محالة أن طلاق الزوج من الزوجة القاصرة هو طلاق تعسفي غير مبرر قانونا، على أساس أن القرار القضائي قد اعتبرها ضحية جريمة هتك عرض قاصر. وأهم ما يقال عن هذا التوجه، أنه مخالف للمقتضيات التشريعية المغربية، قبل أن يكون مخالفا للشريعة الإسلامية.

وينص الفصل 08 من مدونه الاحوال الشخصية على أن الاهلية تكتمل في الفتى بتمام 18 سنة وفي الفتاه بتمام 15 سنة من العمر، والطلاق أو التطليق يأتي نتيجة لعقد النكاح، كما أن الفصل 62 من مدونة الأحوال الشخصية، جاء فيه والتي دون سن الرشد إذا خلعت وقع الطلاق ولا تلزم ببدل الخلع إلا بموافقه ولي المال ولم نجد أحد من الفقهاء اشترط في الطلاق والتطليق بلوغ 21 سنة»².

والملاحظ أن هذا القرار صدر في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، التي لم تتضمن نص مماثل للمادة 1/22 من مدونة الأسرة المغربية، وأما في ظل هذه الأخيرة فإن القضاء المغربي سيمنح لا محالة القاصر ذكرا كان أو أنثى الحق في طلب فك الرابطة الزوجية كطرف أصيل في الدعوى القضائية.

¹ م.ن.م، غ.أ.ش، ع.1006، ل 16-06-2021، م.ر: 20823-6-3-2019، الملحق رقم.41.

² المجلس الأعلى المغربي، غ.ش، ع.889، ل 26-12-1990، مجله قضاء المجلس الأعلى، ع.44، ص.108. مقتبس عن: محمد الكشيبور، الواضح...، المرجع السابق، ص.264.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فنعتقد أنه من باب مصلحة القاصر ألا نمنحه الحق في فك الرابطة الزوجية تطبيقاً لنص المادة 2/7 التي أشارت إلى آثار الزواج، وكما بينا مسبقاً فإن الطلاق لا يعتبر من آثار الزواج.

وباستقراء ما جاء به المشرع التونسي في نص الفصل 2/153 من مجلة الأحوال الشخصية على أن: «زواج القاصر يرشده إذا تجاوز سن السابعة عشرة من عمره، وذلك فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملته المدنية والتجارية»، نجد أن القاصر المأذون له بالزواج غير مرشد ما لم يبلغ 17 سنة، ويعتبر هذا التوجه التشريعي، يتماشى مع ما هو مطلوب في اكتساب الأهلية، فالقاصر البالغ من العمر 17 سنة يفترض فيه القدرة على التمييز، وهذا تطبيقاً لنص الفصل 156 من المجلة، كما أنه لا يتنافى مع مقتضيات الفصل 159 من المجلة¹.

وعليه، لا يتمتع القاصر بأهلية الترشيح ما لم يبلغ السابعة عشر من عمره، سواء كان الأمر متعلقاً بحالته الشخصية، أو المدنية أو التجارية، مع الإشارة إلى أن الترشيح في هذه الحالة جاء مطلقاً؛ وعليه، فإن كان هذا التوجه يكرس استقلالية القاصر وحل العديد الأوضاع القانونية، غير أنه من شأنه أن يؤدي إلى الأضرار بمصالحه وحتى بشخصه².

وما يهم في هذه الحالة، أن القاصر المرشد بالزواج له الأهلية الكاملة في التقاضي في مسائل الزواج والطلاق والآثار المترتبة عليها خاصة المالية، بالإضافة إلى القيام بالتصرفات المدنية والتجارية، كما أن الترشيح يبقى سارياً حتى بعد فك الرابطة الزوجية، وهو ما جاء في حكم المحكمة الابتدائية بقفصة في 23-03-1998 على أنه «المرأة التي تجاوز عمرها السابعة عشرة لا تفقد أهليتها القانونية في صورة الطلاق وذلك بعد أن كانت ترشدت بموجب الزواج على معنى الفصل 153 من مجلة الأحوال الشخصية، ويمكنها بالتالي إبرام عقد زواج ثاني بدون موافقة الولي، إذ أن معيار الترشيح يتعلق بمؤسسة

¹ فريد بن جحا، المرجع السابق، ص.64.

² عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين، مركز النشر الجامعي، تونس، ط.1، 2007، ص.422.

الزواج نفسها سواء كانت قائمة أو منحلة»¹. فرشد القاصر لا يرتبط بوجود الزواج واستمراره وإنما بتحقيقه، فإذا تم إبرامه كان الترشيح فاعلا، حتى ولو وقع بعد ذلك طلاق².

كما ينبغي الإشارة إلى أن الترشيح لا يتحقق مفعوله ما لم يبرم القاصر عقد زواجه وفق الوجه المحدد قانونا، أي من يوم عقده أمام عدول الإلهاد أو ضابط الحالة المدنية، وهذا دون الحاجة إلى تحقق الدخول الفعلي، وهو الأمر الذي من شأنه أن يدفع بالقاصر الذي تم رفض طلبه لممارسة التجارة مثلا، أن يلجأ إلى طلب الإذن بالزواج حتى يتحصل على الأهلية المدنية والتجارية³.

وفي الحقيقة، فإن إقرار التشريعات المغاربية ككل بأن الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد المقرر بـ 18 سنة في التشريعين المغربي والتونسي، و19 النسبة للتشريع الجزائري، هو شخص ناقص الأهلية، بمعنى أن إدراكه ناقص، كما أن رغبة القاصر في الزواج تحكمها النزعة العاطفية التي تغطي في غالب الأحيان عن الواقع الذي يفرضه الزواج من مسؤوليات عليه سواء بالنسبة للمرأة أو الرجل.

لذلك، فما يلبت الشخص المرشد أن يتزوج حتى يجد نفسه أمام مرحلة جديدة في حياته تخرجه من الحالة التي يكون فيها تابعا لغيره، إلى الحالة التي يكون فيها متبوعا من غيره، مما يدفعه إلى محاولة التخلص من هذه المسؤوليات الملقاة على عاتقه؛ ناهيك عن بعض الأشخاص الذين يسعون إلى تغطية فضائح أو تحصيل منافع من جراء الحصول على الترشيح بالزواج، وفي بعض الأحيان يتخذ كغطاء للتهرب من المتابعة الجزائية، وهو الأمر الذي يجعل من الزواج صوريا إذا ما منحنا القاصر الحق في فك الرابطة الزوجية بمناسبة الإذن بالزواج.

¹ المحكمة الابتدائية بقفصة، ل 23-03-1998، م.ر:464992، م.ق.ت، ع.6، 1998، ص.181. مقتبس عن: موسى السماقي، زواج القاصر في القانون التونسي، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية الأساسية، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، جامعة 7 نوفمبر، قرطاج، تونس، 2003-2004، ص.134.

² فريد بن جحا، المرجع السابق، ص.65.

³ عامر بورورو، الترشيح بالزواج، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1995، ع. فيفري، ص.11.

وما ينبغي الإشارة إليه في هذه الحالة أن هذا الطرح ليس مطلقا إذا يتسنى للقاصر المطالبة بفك الرابطة الزوجية من خلال وليه أو نائبه الشرعية، كما هو مقرر في القواعد العامة للولاية على القاصر في القوانين المغربية للأسرة.

ثانيا- الجزء المترتب على مخالفة الإذن بالزواج:

لم تتطرق التشريعات المغربية للأسرة إلى الجزء المترتب على مخالفة إجراءات طلب الإذن بالزواج؛ بالنسبة للتشريع الجزائري، وأمام الخيارات المطروحة على الساحة الفقهية الجزائرية، لا يمكن الأخذ بالرأي القائل بتطبيق المادة 2 من القانون رقم 63-224 المؤرخ في 29-06-1963¹، على أساس أن المادة 2 من القانون المدني التي تعتبر أن تنظيم مسألة معينة بقانون جديد يعتبر إلغاء ضمينا للقانون السابق.

كما أنه لا يمكن القول بالتوجه الذي يرى أن المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري تتضمن نهيًا دون جزاء، خاصة إذا علمنا بوجود نص قانوني يميز إثبات الزواج العرفي من خلال المادة 22 من قانون الأسرة، غير أنه لا يجوز إعمال هذا الرأي إذ أن من خصائص القاعدة القانونية الإلزام والجزاء².

وأمام هذه الآراء نجد أن الحل الأمثل بتطبيق أحكام المادة 32 من القانون الأسرة التي تنص على أنه: «يطل الزواج إذا اختل الرضا».

ولما كانت الأهلية من شروط صحة الرضا فإن هذا الأخيرة لا يكون صحيحا إلا إذا صدر من ذي أهلية، بالإضافة إلى أن استعمال المشرع الجزائري للفظ «اختل»، فهو يقصد به الانعدام كما يقصد به النقصان.

¹ الذي اعتبر الزواج باطل بطلانا مطلقا قبل الدخول، واعتبار البطلان نسبي إذا ما تبعه دخول ويقتصر على الزوجين دون غيرهما، بالإضافة إلى أن الزواج يصير صحيحا إذا بلغ أحد الزوجين أو كلاهما السن القانونية، أو إذا حصل حمل. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 29.

² جيلالي تشوار، الثغرات التشريعية الأسرية، أية عدالة قانونية أم قضائية، الملتقى الدولي بعنوان: "القانون والعدالة في الدول المغربية"، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 17 و18 نوفمبر 2009. ص. 110.

وبالرجوع إلى الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، التي يتضمن أحكام الزواج الفاسد، فلم نجد أن زواج القاصر دون استصدار الإذن بالزواج هو زواج فاسد؛ ومع ذلك، يمكن القول إنه لا يمكن تصور زواج رسمي للقاصر تم دون مراعاة أحكام الفصل 05 من مجلة الأحوال الشخصية، على أساس أن الزواج الرسمي يبرم أمام العدلين أو ضابط الحالة المدنية بموجب الفصل 31 من قانون الحالة المدنية التونسي، ويقوم هذا الأخير بمراعاة مدى توفر الترخيص القضائي بالزواج إذا ما تعلق الأمر بالقاصر.

وبناء على ما سبق، فإن الزواج المبرم من غير الحصول على الإذن القاضي بالزواج هو زواج مبرم على خلاف الصيغ القانونية، أي مخالف لنص الفصل 04 من مجلة الأحوال الشخصية، وقد اعتبره المشرع التونسي باطلاً. والأكثر من ذلك، فقد رتب عليه عقوبات جزائية بالسجن مدة ثلاث أشهر، وإذا استأنف الزوجان أو استمرا على المعاشرة رغم التصريح بإبطال زواجهما يعاقبان بالسجن مدة ستة أشهر، وهذا بموجب الفصل 32 من تنظيم الحالة المدنية.

وفي الحقيقة، لا نجد نصاً قانونياً يتناسب مع فلسفة المشرع التونسي غير الفصلين 31 و32 من تنظيم الحالة المدنية التونسي، غير أن هذا التوجه يعتبر مخالفاً جملة وتفصيلاً لأحكام الشريعة الإسلامية. على أساس أن عقد الزواج الشرعي يتوقف على حسب أشد الآراء الفقهية على توفر الرضا والولي والشاهدين والصداق، ولا نجد منذ تبني الدول العربية الإسلامية للقانون الوضعي، أن قضت ببطان الزواج لعدم توافر الشكل الرسمي، وإن كان للمشرع التونسي أن يتشدد في العقوبة الجزائية لمخالفة الزوجين للنص التشريعي، بأشد مما هو مقرر الآن؛ غير أنه ليس من صلاحيته أن يحو أثر عقد قائم بطريقة شرعية وقانونية¹، يعترف بها المشرع التونسي بطريقة أو بأخرى في فحوى نصوصه القانونية الأسرية، ومن ذلك اعترافه بالزواج القائم على خلاف الصيغ القانونية، لتحقق الفعل المجرم عليه والمتمثل في تعدد الزوجات طبقاً لنص الفصل 2/18 من مجلة الأحوال الشخصية.

¹ ياسين بن علي، مرجع سابق، ص.43.

وبالنسبة للمشرع المغربي، يستخلص من الفقرة الأولى من المادة 22 من مدونة الأسرة، أن القاصر المرشد يمتلك الأهلية المدنية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات الناتجة عن عقد الزواج دون غيره من العقود خاصة الآثار المنصوص عليها في المادة 51 من مدونة الأسرة.

وبالرجوع إلى الفقه المغربي، فقد تضاربت آراءه بين من يعتبر شرط السن من شروط صحة الزواج، مما يترتب في حالة مخالفتها فساد الزواج، وبالتالي يستوجب فسخه قبل الدخول وبعده¹. في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بأنه على الرغم من ضرورة توافر السن القانونية للزواج أو الترخيص القضائي بالزواج، غير أن الإذن بالزواج لا يعتبر ركناً للزواج كما لا يعتبر شرطاً من شروط صحته، بل هو شرط نفاذ يوقف العقد عن التنفيذ، لكن لا يبطله ولا يلغيه²، وفي نفس التوجه، ذهب البعض إلى القول بأنه زيادة على ما سبق، فإنه لا يفسخ عقد الزواج في حالة مخالفة السن، وإنما يتوقف البناء بين الزوجين بعد بلوغ السن القانونية³.

وبين هذا الرأي وذاك، ذهب القضاء المغربي إلى القول بالرأي الأول، وهذا يظهر من خلال الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور، التي قضت بفسخ الزواج لعدم توفر الزوجة على السن القانونية على أساس أنه: «من الثابت شرعاً، إذا ثبت خلل في صلب عقد النكاح، تحتم فسخه قبل البناء وبعده بالطلاق»⁴، وهو نفس الموقف الذي اتخذته المجلس الأعلى المغربي، الذي نقض قرار محكمة الاستئناف الذي أيد حكم المحكمة الابتدائية الذي ألزم الزوجة القاصر بالدخول والالتحاق ببيت الزوجية، والتي بدورها طعنت بنقض القرار مؤسسه طعنهما على أساس عدم بلوغها السن القانونية للزواج وعدم رضاها به؛ وقد أسس المجلس الأعلى نقضه لقرار محكمة الاستئناف، للخطأ في تطبيق الفصل 08 من مدونة

¹ أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، مطبعة المعارف الجديدة، المغرب، ج.1، ط.1، 1994، ص.182.

² علال الفاسي، المرجع السابق، ص.123.

³ عبد العزيز أمين الفيلاي، الزواج في التشريع المغربي طبقاً لمدونة الأحوال الشخصية، دار الطباعة الحديثة، الدار البيضاء، المغرب، ط.2، د.س.ن، ص.55.

⁴ المحكمة الابتدائية بالناظور، ع.4066، ل 05-10-1976، غير منشور. مقتبس عن: أحمد الخمليشي، التعليق على...، المرجع السابق، ص.425.

الأحوال الشخصية، على أساس أن أهلية النكاح عند المرأة لا تكتمل إلا بعد بلوغها 15 سنة ساعة إبرام العقد¹.

ويمكن القول في هذا المبحث أن التشريعات المغاربية، آثرت القاضي بمنحه سلطة زواج القاصر في محل الولي، باعتباره صاحب الولاية العامة. وهو الأمر الذي نلاحظه أيضا من خلال النظام القانوني لتعدد الزوجات، وهو الأمر الذي سنتطرق إليه من خلال المبحث الموالي.

المبحث الثاني

الإجراءات الخاصة بتعدد الزوجات

لقد شرع الله سبحانه وتعالى تعدد الزوجات في القرآن الكريم، وعلى لسان نبيه الكريم ﷺ، وبمعنى أدق أقرّه، على اعتبار أنه من أقدم الأنظمة الاجتماعية التي واكبت التاريخ البشري، وظلت تواكبه منذ مئات السنين إلى يومنا هذا، وبمجيء الشريعة الإسلامية السمحاء، أنقصت من الغلو فيه، وجعلت مجموعة من القواعد والضوابط المرنة التي ينبغي على طالبه التقيد بها².

غير أن هذا النظام تعرض للكثير من حملات التشويه من قبل الغربيون والمستشرقين من رجال الدين المتعصبين ضد الإسلام، واعتبروا أنها دليلا على اضطهاد المرأة، وهو الأمر الذي أدى إلى انقسام القوانين الأسرية للدول الإسلامية بين إباحة التعدد، وتقييده، وفي بعض الحالات تجريمه. وفيما يلي نستعرض نظام تعدد الزوجات، وذلك من خلال التطرق إلى مشروعية التعدد بين الإباحة والمنع وشروطه (المطلب الأول)، بالإضافة إلى موقف التشريعات الأسرية المغاربية ومدى سلطة القاضي في الترخيص بالتعدد (المطلب الثاني).

¹ المجلس الأعلى المغربي، غ.إ، ع.5، ل 15-11-1968، ق.ق، ع.97، 1968، ص.418.

² عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط.2، 2014، ص.227.

المطلب الأول

مشروعية التعدد

التعدد هو أن يتزوج الرجل أكثر من امرأة جامعا بينهما، على ألا يزيد عددهن عن أربعة زوجات، وهو تطبيقا لما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية، التي عاجلت مسألة التعدد بطريقة دقيقة وواضحة وصريحة، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾¹، فمعنى الآية كما قالت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، أنه كان الرجل تكون عنده اليتيمة في حجره، فإن كانت جميلة تزوجها من غير أن يقسط في صداقها، وإن كانت ذميمة رغب عن نكاحها وعضلها أن تنكح غيره لئلا يشاركه في مالها، فنهوا أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا إليهن ويبلغوا بهن أعلى سنتهن في الصداق وأمروا أن ينكحوا ما طاب لهم من النساء. ويقول في ذلك الشيخ الشنقيطي: إن معنى هذا القول يتمثل في أنه في حالة الخوف من القسط في زواج اليتيمات فدعوهن وانكحوا ما طاب لك من النساء².

ومن خلال ما تقدم، يتبين لنا أن تعدد الزوجات هو أكثر من مجرد رخصة خاضعة لرقابة، بل هو حق أصيل منحه الله سبحانه وتعالى للرجال دون النساء، وبطبيعة الحال مسيِّج بمجموعة من الضوابط.

وفي حقيقة الأمر، ينبغي التنويه إلى مسألة في غاية الأهمية، والتي تتعلق باستعمال مصطلح تعدد الزوجات، أي نعم هو المصطلح المناسب للتعبير عن الزيجات التي يقوم بها الزوج في آن واحد، غير أنه من شأنه أن يفتح بابا لإمكانية القول بتعدد الأزواج بالنسبة للمرأة، خاصة إذا ما علمنا أن القواميس الأجنبية تعتمد هذا التعريف، حيث يأتي مصطلح تعدد الزوجات من اللغة اللاتينية «polygamia»، ويتركب من «poly» و«gamia»، أو هو مجموع من كلمتي اللغة اليونانية

¹ سورة النساء، الآية.3.

وقد جاء في تفسير الآية بمعنى: انكحوا ما شئتم من النساء سواهن، إن شاء أحدكم اثنين وإن شاء ثلاثا وإن شاء أربعا. أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، المرجع السابق، ج.2، ص.183.

² محمد سعد الشهراني، سؤلات في تعدد الزوجات، مؤسسة الريان، بيروت، ط.1، 2008، ص.19.

«poly» و «gamy» من أصل الكلمة «polus» أو العديد، و«gamos» أو الزواج، فمعناه اللغوي هو تعدد الزوجات. واصطلاحاً يعني الزواج بأكثر من زوجة، أو زوج أو شريك في آن واحد¹. ويعتري تعدد الزوجات من حيث حكمه الشرعي، الأحكام التكليفية الخمسة من إباحة ووجوب واستحباب وكراهة وتحريم. فمن جهة، لا يمكن القول على سبيل الجزم بأن تعدد الزوجات محرم في أصله، على أساس أن شرعية التعدد يستمدّها من النص القرآني الصريح في قوله تعالى: ﴿...فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً...﴾، جاءت عَقِيبَ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿...فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ...﴾²، بمعنى إن خفتُم ألا تعدلوا في القسم والنفقة في نكاح المثنى والثلاث والرابع، فندب المولى عز وجل إلى نكاح الواحدة عند الخوف من عدم العدل في حالة التعدد، ولما كان العدل بين النساء في القسم والزيادة واجب لقول تعالى: ﴿...ذَلِكَ أَذْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ أي تجوروا. وعلى هذا الأساس، يترجح الأمر الواجب على المندوب، لأنه إذا خيف عدم العدل تحول من المندوب إلى المكروه، أما إذا تأكد عدم العدل فهو حرام³. وفي حالة ما إذا تضمن التعدد ما من شأنه أن يتعارض مع مقاصد الزواج في تشريع التعدد.

¹ William Morris, The Heritage Illustrated Dictionary of the English Language Vol. II, Houghton Mifflin Company, Boston, 1979, p.1016. Muhammad Roy Purwanto, مقارنة قوانين الأسرة في تونس , International Journal of Business, Economics and Law, Islamic University of Indonesia, Vol. 9, Issue 5 (Apr.2016), p.128.

² سورة النساء، الآية.3.

³ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.332.

وقد جاء في السنة النبوية ما يؤكد على مشروعية التعدد، لما روي عن النبي ﷺ أنه: {لَمَّا أَسْلَمَ غَيْلَانُ بْنُ سَلَمَةَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: خُذْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا} ¹. وعلى غرار السنة النبوية، فقد أجمع الأئمة الأربعة على جواز نكاح أربعة من النساء معا ².

وثبت من سيرة السلف من الصحابة والتابعين أن العديد منهم كانوا متزوجين بأكثر من واحدة، مما يدل على مشروعيته دون أدنى شك. كما لا يمكن الجزم أيضا بوجود التعدد ولا باستحبابه؛ بل يتخذ مرتبة الوسط في الأحكام التكليفية، فهو على الأرجح يأخذ حكم الإباحة والجواز؛ والحكمة من ذلك راجعة للمتغيرات الفعلية التي تحيط به والتي من شأنها أن تغير الحكم الشرعي له سواء من ناحية الجوب، أو من ناحية التحريم والكره ³.

ويرى بعض الفقه المتقدم وعلى وجه الخصوص الشافعية بأن الزواج بواحدة هو الأصل، والتعدد هو الاستثناء لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَضْتُمْ﴾ ⁴، كما إنه لا يشترط التعدد لتحقيق أهداف الزواج من محبة مودة واستقرار أسري ⁵. فوحدة الزوجة أولى وأقرب إلى الفطرة وأحصن للأسرة وأدعى إلى تماسكها، ولأجل ذلك كان هو النظام الطبيعي الذي لا يفكر الإنسان المتزوج العاقل في العدول عنه إلا للضرورات ⁶. في حين ذهب بعض الفقه المتأخر إلى اعتبار التعدد هو الأصل،

¹ أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.9: كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، ح.ر: 1953، ص.628؛ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.12: أول كتاب الطلاق، باب فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان، ح.ر: 2241، ص.556.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.332؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي - الحفيد -، المرجع السابق، ج.3، ص.64؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.299؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف...، المرجع السابق، ج.5، ص.80.

³ زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج.3، ط.1، د.س.ن، ص.108.

⁴ سورة النساء، الآية.31.

⁵ أبو العباس نجم الدين بن الرفعة، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.13، ط.1، 2009م، ص.07.

⁶ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق، السعودية، ط.7، 1420هـ، 1999م، ص.67.

والاقتصار على واحدة هو الاستثناء؛ والأمر راجع إلى أن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى...﴾، لما ابتدأت بالتعدد، دلت على أنه هو الأصل. وإذا خيف عدم العدل، فيكتفى بزوجة واحدة. وقد استندوا إلى ما رواه سعيد بن جبير أن بن عباس قال له: هل تزوجت؟ قال: لا، قال له بن عباس: {تَزَوَّجْ فَإِنَّ خَيْرَ هَذِهِ الْأُمَّةِ أَكْثَرَهَا نِسَاءً} ¹، قيل في معناه أن خير أمة محمد ﷺ من كان أكثرهم نساء من غيره، وقيل المراد بخير هذه الأمة هو الرسول ﷺ الذي كان له تسع نسوة. وقيل لم يرد بن عباس أنه من أكثر نساؤه من المسلمين أنه خيرهم، وإنما قاله على معنى الحض والندب إلى النكاح، وترك الرهبانية في الإسلام ².

وبين هذا وذاك، نجد من الفقه المعتدل في توجيهه، والقائل بأن أصل الزواج الإباحة تعددا كان أو افراداً، ويتحكم الواقع الخاص بطالب الزواج، سواء بأن يجعله مستحباً ولما لا واجباً، كما من شأنه أن يجعله حراماً أو مكروهاً ³.

وفي الحقيقة هناك من تعدى بصفة صارخة على قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَذْنَى أَلَّا تَعُولُوا﴾ ⁴، حيث زعموا أن دلالة الآية تتجه إلى تحريم التعدد على أساس أن قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾، جاءت ناسخة للآية التي سبقتها، وزعموا أن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَذْنَى أَلَّا تَعُولُوا﴾، جاء بهدف السخرية ممن يريد التعدد، وأن فيها إيكال الأمر لمن يعلم الله أنه لا يستطيع القيام بالأمر، فمخاطبة غير المستطيع بما هو من شأن المستطيع تلك كلها سخرية بالمخاطب به ⁵.

¹ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج. 67: كتاب النكاح، باب كثرة النساء، ح. ر: 5069، ص. 3.

² أبو الحسن علي بن خلف بن بطلال، المرجع السابق، ج. 7، ص. 164.

³ كمال الدين أبو البقاء الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، جدة، ج. 7، ط. 1، 1425هـ، 2004م، ص. 10.

⁴ سورة النساء، الآية. 3.

⁵ رأي عبد العزيز فهمي باشا لما سئل عن رأيه حول مشروع قانون يقضي بتقييد تعدد الزوجات من خلال الإذن القضائي، وقد بادرت وزارة الشؤون الاجتماعية لدولة مصر بعرضه على البرلمان سنة 1945. فهد بن عبد الرحمن بن سليمان الرومي، اتجاهات

غير أن الحكم الشرعي لتعدد الزوجات كما أشرنا مسبقاً هو الإباحة، ويعتبر من قبيل البديهيّات التي لا تحتاج إلى تقرير. وتفسير قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾، يستدعي اتمام الآية بقوله: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾، فقوله سبحانه: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ﴾، وقوله: ﴿وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا﴾، وقوله: ﴿غَفُورًا رَحِيمًا﴾، كلها تبين المراد بالعدل والواجب منه بياناً¹.

وهناك من الفقه المتأخر من يذهب إلى اعتبار الفئة التي ترى بكراهة وتحريم تعدد الزوجات، بمثابة المرتد عن الإسلام، إذ أنه منكر لحكم شرعي نص عليه المولى عز وجل وكاره له، والله يقول: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ كَرِهُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأَخْبَطَ أَعْمَالَهُمْ﴾²، وهذا قياساً على من ادعى بعدم وجوب الصلاة أو الصوم أو الزكاة³.

وفي حقيقة الأمر، لا تنشأ فكرة التعدد بالنسبة للرجل الذي لم يسبق له الزواج، ففكرة التعدد تنشأ من خلال الظروف والضرورات التي تصاحب زواجه الأول. وتكون إما ضرورات شخصية خاصة، كعقم الزوجة الذي يعتبر من أهم الأسباب التي من الممكن أن تدفع بالزوج إلى فكرة التعدد، كما أن إصابتها بمرض عضال من شأنه أن يمنع المعاشرة، كالرتق⁴ والقرن⁵؛ مع الإشارة أن هذا لا يعفي الزوج من القيام بواجب رعاية زوجته ومساعدتها. ناهيك عن إهمال الزوجة لزوجها، قد يجعل الزوج مضطراً

التفسير في القرن الرابع عشر، رئاسة إدارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والإرشاد في المملكة العربية السعودية، ج.3، ط.1، 1407هـ، 1986م، ص.1068.

¹ . فهد بن عبد الرحمن بن سليمان الرومي، المرجع السابق، ج.3، ص.1069.

² سورة محمد، الآية.09.

³ عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، فتاوى نور على الدرب، مراجعة: عبد العزيز بن عبد الله بن محمد آل الشيخ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ج.21، ط.1، 1432هـ، 2011م، ص.337.

⁴ الرتق من رتق وضدها الفتق، وهو إلحام الفتق وإصلاحه. يقال رَتَّقَتِ الْمَرْأَةُ رَتْقًا، وهي رَتْقَاءٌ بَيْنَ الرَّتْقِ، أي التصق خِتَانُهَا فلم تُنَلِّ-لم تعاشر- لارتقاق ذلك الموضوع منها، فهي لم يُستطاع جماعها.

. ابن منظور، المرجع السابق، ج.10، ص.114.

⁵ القرن هو انسداد الرحم، ويقال امرأة قرناء، فالقرناء من النساء التي في فرجها مانع يمنع من سلوك الذكر فيه، إما غدة غليظة أو لحمية مرتقة أو عظم، فيقال لكل ذلك بالقرن. المرجع نفسه، ج.13، ص.335.

إلى التفكير بالزواج خاصة إذا كانت ظروفه المادية تسمح له بإيجاد امرأة أخرى أكثر رقة وحنانا على الأقل في الفترة الأولى من تعارفهما¹.

كما تعتبر عودة المطلقة - طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى² - إلى عصمة زوجها، من الأسباب المنشئة للتعدد؛

ومن الأسباب التي تبرر تعدد الزوجات، في حالة زواج الرجل من أحد أقربائه الأرامل والعوانس الذي لا معيل لهن، وفي حقيقة الأمر تعتبر هذه الفكرة محبذة ومستحسنة إلى أبعد الحدود³.

غير أن هذه الضرورات انتقلت من ضرورات شخصية إلى ضرورات اجتماعية نذكر منها:

- المد الغربي الذي اعتبر هذا النظام من مظاهر الإساءة والتعدي والظلم للمرأة؛ في حين وجدناهم يبيحون العشيقات والعلاقات خارج الإطار الشرعي، والتي تأثر به المجتمع الإسلامي من مشرقه إلى مغربه، خاصة إذا عرفنا أن نسبة التعدد في العالم العربي لا تتجاوز الـ 11%⁴؛

- زيادة عدد النساء، بسبب تعرض الرجال عادة للحروب ومشكلات العيش، وتكاليف الحياة، وهو السبب في إباحة تعدد الزوجات⁵. فالله سبحانه وتعالى أجرى العادة على خلقه بأن الرجال أقل من النساء على أساس أنهم أكثر تعرضاً لأسباب الموت من النساء في جميع ميادين الحياة خاصة في

¹ إسماعيل أبا بكر علي، المعالجة التشريعية لمسألة تعدد الزوجات في ضوء تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية، مجلة جامعة دهوك، كلية القانون والسياسة، جامعة دهوك، العراق، 2019، ع.2، ص.236.

² أما إذا كان الطلاق بائناً بينونة كبرى فلا يحل له الزواج من مطلقته إلا بعد أن تنزوج من رجل آخر، ويتحقق الدخول، ثم يحصل التفريق بين الزوجين بالموت أو الطلاق، ثم تنتهي عدتها، عندها يحق لهما أن يتزوجا لقوله تعالى ﴿إِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ...﴾، ولكن دون شرط التحليل لقوله ﷺ: ﴿لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ، وَالْمُحَلَّلَ لَهُ﴾. سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.12: أول كتاب النكاح، باب في التحليل، ح.ر: 2076، ص.420. وحكم الألباني بصحة هذا الحديث. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء...، المرجع السابق، ج.6، ح.ر: 1896، ص.307.

³ عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، الشركة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، ط.1، 1972، ص.36-37.

⁴ حميد مسرار، تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي، مجلة الفقه والقانون، المغرب، 2013، ع.03، ص.201.

⁵ محمود محمد غريب، تعدد الزوجات بين حقائق التنزيل وافتراءات التضليل، دار القلم، القاهرة، ط.2، 1423هـ، 2004م، ص.6.

ظل الحربين العالميتين الأولى والثانية التي قل فيها عدد الرجال بنسبة كبيرة، ففي هذه الحالة يكون التعدد أمر واجباً أخلاقياً واجتماعياً، ويكون أفضل للمرأة من الركوب في الفاحشة مما يؤدي لضياع الأخلاق وانحطاطها¹؛

- كذلك من بين الضرورات الاجتماعية هو استعداد كل النساء للزواج مقارنة بالرجال الذي يعاني غالبيتهم من الفقر وعدم القدرة على النكاح، فلو اقتصر الرجل الكفء مادياً على واحدة فإن فرص النساء تقل في الزواج مما يؤدي إلى امكانية انحرافهم²، وهو ما من شأنه أن يفتح العديد من الخيارات، فيكون إما بإهمال العدد الزائد من النساء وإهمال رغباتهن الشرعية؛ أو انتشارهم في العلاقات الجنسية والمعاشرة المفتوحة تحت شعار الحرية الشخصية. وبالتالي، لا نجد أحسن من قبول فكرة التعدد حتى يتحقق الإحصان للنساء والرجال على حد سواء³.

- كما تعتبر الحالة المادية للرجل والمرأة من بين أسباب التعدد، فالشخص الغني يرغب في الزواج بأكثر من واحدة من باب التقليد والمباهاة أو التمييز عن الغير، وفي المقابل يجد استجابة من بعض النساء اللواتي يركضن وراء المال للقبول بالتعدد طمعاً في المال، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن فقر المرأة يعتبر سبباً لتقبل المرأة فكرة أن تكون زوجة ثانية أو ثالثة⁴.

هذه بعض الأسباب من ضرورات التعدد الاجتماعية. غير أن، الدراسة الموضوعية والعادلة لمسألة التعدد تفرض علينا التطرق إلى مساوئ التعدد، وهذا لا يعني أن الله سبحانه وتعالى أقر في القرآن نظام له مساوئ، بل كل ما في الأمر أن طريقة أعماله تنتج عنه مساوئ نذكر منها:

- العداوة والحسد بين الزوجات مما يؤدي إلى تنغيص الحياة الزوجية وانشغاله الدائم في محاولته التوفيق بين زوجاته⁵؛

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، ص.6674.

² سعيد عبد العظيم، وعاشروهن بالمعروف، دار الإيمان، الإسكندرية، ط.3، 2002، ص.99.

³ إسماعيل أبا بكر علي، المرجع السابق، ص.236.

⁴ أدوار ويستر مارك، كتاب موسوعة تاريخ الزواج دراسة أنثروبولوجية. مقتبس عن: إسماعيل أبا بكر علي، المرجع السابق، ص.237.

⁵ مصطفى السباعي، المرأة...، المرجع السابق، ص.74.

- كذلك من مساوئ التعدد ضعف شخصية الرجل الذي يعدد من خلال عدم التزامه بقواعد الشرع وما يوجبه عليه من عدل وقسم بالمبيت وعناية بالولد، وعدم احساسه بمطالب الحياة الزوجية، كل هذا من شأنه أن يؤدي إلى فساد الأسرة¹؛

ومما تقدم نلاحظ أن مساوئ التعدد وما تترتب عليها من نتائج، هي مسألة نسبية مرتبطة بمدى قدرة الرجل على اتباع القواعد الشرعية في مجموعة من الشروط التي سنتطرق اليها في النقطة الموالية.

المطلب الثاني

شروط التعدد

عرفنا أن تعدد الزوجات هو أمر مباح، غير أن التساؤل الذي يطرح في هذه الحالة، هل هذه الاباحة جاءت بصفة مطلقة أم تخضع لقيود؟

فعلى خلاف الأنظمة القانونية التي سعت إلى تقييد التعدد من ناحية إجرائية أكثر منها موضوعية، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية حددوا ضوابط التعدد وشروطه وفق أحكام موضوعية مستنبطة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فأول القيود تتمثل في شرط العدد، والذي يمكن اعتباره شرط مفترض، على اعتبار أن الآية الكريمة جعلت الحد الأقصى للتعدد هو أربعة نساء، كما قال عز وجل: ﴿مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ...﴾ وهذا بإجماع الأئمة الأربعة²، والتي سبق الإشارة إليه باعتباره من موانع الزواج المؤقتة؛ أما الشروط الأخرى فيمكن حصرها في شرطين أساسيين، يتمثل أولهم في نية العدل بين الزوجات باعتباره شرطاً نفسياً (الفرع الأول)، أم الشرط الثاني فهو القدرة على الإنفاق، باعتباره شرطاً مادياً (الفرع الثاني)، لنختتم هذا المطلب بموقف التشريعات المغاربية (الفرع الثالث).

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.9، 6675.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج.2، ص.332؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي - الحفيد -، المرجع السابق، ج.3، ص.64؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.4، ص.299؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف...، المرجع السابق، ج.5، ص.80.

الفرع الأول: العدل بين الزوجات

يمكن تعريفه بأنه التسوية بين الزوجات في الحقوق التي يمكن فيها المساواة وإعطاء كل واحدة كفايتها، وعدم هضم حقها فيما لا تجب معها التسوية¹. ومعيار العدل هو العدل المادي، الذي يكون من خلال القسمة السوية بين الزوجات في الأمور الظاهرة من النفقة والمبيت وحسن المعاشرة، فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: {مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ، يَمِيلُ مَعَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَأَحَدُ شِقَيْهِ سَاقِطٌ}، وقيل: مائل²؛ فالقصد من الميل في هذا الحديث وارد على ما يرتبط بالأمور المادية التي تستوجب العدل، لا الأمور النفسية الباطنية في قلب الإنسان، والتي رُفِعَ تكليفها حتى على النبي ﷺ³، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها: {كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَهْتَمُّ بِمَعْدِلِهَا، وَيَقُولُ: اللَّهُمَّ هَذَا قَسَمِي فِيمَا أُمَّلِكُ، فَلَا تَلْمَنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أُمَّلِكُ}، قال أبو داود: يعني القلب⁴.

غير أنه لا يمكن التحقق من شرط العدالة من خلال ضوابط ومعايير موضوعية، على أساس أن الخوف من عدم العدل كما جاء في الآية الكريمة: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا...﴾، هو أمر محتمل الوقوع في المستقبل، وليس قطعي. وفي حقيقة الأمر، كثيرا ما أثار هذا الشرط نوع من التجاذب الفكري، على أساس أنه من غير المعقول أن يتم تقرير العدل كشرط أساسي للتعدد، في حين أنه لم يتم التعدد بعد حتى يتم التبين من تحققه أو عدم تحققه. وعليه فإن الإشكال يزول باستقراء قوله تعالى: ﴿...فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ...﴾، فالمخاطب هنا هو الراغب في الزواج دون غيره⁵. وحتى لو أردنا التحقق من مدى توفر نية العدل للزوج من خلال السلوك الاجتماعي للفرد داخل أسرته، فإن ذلك لن يتأتى حتى ولو تم الأمر بإجراء خبرة اجتماعية لتحديد هذا السلوك، فإن هذه الخبرة تنتفي معها التلقائية في الممارسة الاجتماعية للزوج.

¹ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 257.

² أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج. 9: كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، ح. ر: 1969، ص. 633.

³ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج. 2، ص. 332.

⁴ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج. 12: أول كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، ح. ر: 2134، ص. 470.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 9، ص. 6670.

وعلى هذا الأساس، لا يمكن التبين من نية العدل إلا من خلال المظاهر المادية التي ترتبط على وجه الخصوص بقدرة الشخص المادية. فناهيك عن القدرة الجنسية للشخص التي يقتضيها عقد الزواج باعتبارها محله، فإن قدرة الشخص على الإنفاق والإعالة تعتبر من أهم المظاهر الذي يتحقق معها العدل بين الزوجات، وهو ما سنتطرق إليه في النقطة الموالية.

الفرع الثاني: القدرة على الإنفاق

يشمل هذا الشرط حالة الزواج بواحدة، أو حالة التعدد لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَتَغْفِيَنَّ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾¹، وقول الرسول ﷺ: {يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ}²، بمعنى الوقاية. ويدخل في النفقة جميع واجبات التعدد بما في ذلك الاستمتاع بين الزوجين، وذلك لتفادي الضرر لذي من شأنه أن يمس أحد زوجاته³.

والأكثر من ذلك، فقد أجمع الفقهاء على أنه لا يجوز شرعا الإقدام على الزواج سواء من واحدة أو أكثر ما لم تتوفر المؤن اللازمة التي تمكن الزوج من إعالة أسرته بصفة مستمرة ودائمة، وهذا ما يستفاد من قوله تعالى: ﴿...ذَلِكَ أَذُنِي أَلَّا تَعُولُوا﴾، وقال في تفسيرها الإمام الشافعي: «بألا تكثر عيالكم وتجورون عليهم جراء عدم القدرة على الإنفاق»⁴. فالرجل الذي لا يستطيع الإنفاق على زوجاته وأولاده مجتمعين، فلا بد أن ينفق على احدهما دون الأخرى فتنتفي بذلك العدالة المشروطة ديناً. وبالتالي، على طالب التعدد أن يكون له من أسباب الرزق ما يستطيع به الإنفاق عليهم والقيام بواجباتهم⁵.

وعلى هذا الأساس، تعتبر النفقة من لوازم عقد الزواج سواء بالأولى أو الثانية، فإذا لم يكن للشخص ما ينفق به على أسرة، فما بالك الإنفاق على أسرتين أو ثلاث، حيث يقول المولى عز وجل: ﴿وَلَيْسَتَغْفِيَنَّ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾، ولقوله ﷺ سالف الذكر: {يَا مَعْشَرَ

¹ سورة النور، الآية.33.

² حديث سبق تخريجه، ص.14.

³ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع سابق، ص.184.

⁴ مصطفى السباعي، المرأة...، المرجع السابق، ص.93.

⁵ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.91.

الشَّبَابِ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ...¹، فإذا توفر للرجل من الإمكانيات المادية التي تمكنه من إعالة أكثر من أسرة، يكون في هذه الحالة قد استوفى شرط القدرة على الإنفاق، وهو ما يتحقق معه بالضرورة شرط نية العدل².

وفي حقيقة الأمر، يتحقق هذا الشرط من الناحية العملية بأن يوفر الزوج لكل زوجة من نفقة وكسوة مما يتناسب وحالتها الاجتماعية الذي يحكمها عرفها وعرف أهلها وبلدها، من غير نقصان. مع الإشارة أنه لا يشترط لتحقيق العدل في النفقة بأن تكون على قدم المساواة بين الزوجات، بل ضابطها هو حد الكفاية لكل زوجة. هذا بالإضافة إلى توفير مسكن ملائم لكل زوجة، ويعتبر المسكن ملائماً، كل مسكن مستقل عن غيره، ويمكن الزوجة من الخصوصية التامة في حياتها الزوجية، واشتمالها على كل المرافق الضرورية اللازمة. كما يمكن للزوج أن يجمع زوجاته في مسكن مشترك بشرط أن تستقل كل زوجة بغرفة ومرفق خاص بها، أما إذا كانت المرافق مشتركة فلا يجوز من غير رضائهن³.

الفرع الثالث: عدم اشتراط الزوجة الأولى عدم التعدد.

يعتبر هذا الشرط من المسائل التي اقتضاها الواقع الاجتماعي والظروف المحيطة به منذ زمن التابعين وتابعيهم إلى غاية الوقت الحالي، غير أنه لم يستند إلى أساس شرعي واضح وصريح، يمنحه من القوة اللازمة التي تجعل منه مسألة ثابتة لا تلقى أي خلاف مهما تغيرت الظروف والأزمنة.

وعلى هذا الأساس، فقد اختلف الفقهاء المتقدمين حول مدى شرعية هذا الشرط، فقولته تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ...﴾، قد جاء صريحاً وواضحاً، حيث أجاز للرجل أن يضم في عصمته أربع زوجات مجتمعات. وهو الأمر الذي يجعلنا نجزم بحلِّ هذا الزواج؛ والأكثر من ذلك، فإن التصرفات التي قد تحيد بحكم التعدد من الجواز إلى الكراهة أو التحريم، ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمقبل على الزواج الثاني، وهو ما أشرنا إليه بداءة من ضرورة توافر نية العدل والقدرة على الإنفاق. وعلى هذا الأساس فإن الاعتداد بهذا الشرط من شأنه أن يجعله في حكم قول النبي ﷺ: ﴿لَإِنْ أَحَقَّ الشَّرْطُ أَنْ يُؤْفَى بِهِ، مَا

¹ حديث سبق تخريجه، ص. 14.

² أبو عبد الله محمد بن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج. 4، ط. 1، 1999، ص. 387.

³ الصادق عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ج. 2، ص. 544.

استحللتم به الفروج¹، وقوله أيضا عن عائشة رضي الله عنها: {مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةً شَرْطٍ فَضَاءَ اللَّهُ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَغْتَقَ²}؛ وهذا ما قال به جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية، مع بعض الاختلافات الفرعية والتي نبينها فيما يأتي:

فحكم شرط عدم التعدد لدي الحنفية لا يقتضيه عقد الزواج، سواء من حيث صحة تكوينه أو من حيث آثاره، غير أنه لا يخالف مقتضيات عقد الزواج. كما لم يعرف لدى نسائهم هذا النوع من الشروط. وبالتالي، يعتبر في حكم المعدوم، لا يلتزم به الزوج من الأساس، وليس للزوجة الأولى حق الخيار في فسخ الزواج. وفي حقيقة الأمر اعتد فقهاء الحنفية بهذا الرأي على وجهين؛ يتمثل الأول في عدم ورود نص صريح في القرآن الكريم أو السنة النبوية. أما الثاني، فلا تتحقق معه مقاصد الشريعة الإسلامية، على أساس أن هذا الشرط مرتبط بمصلحة خاصة تعود على الزوجة، والتي تتعارض مع المصلحة العامة التي يتحقق معه عقد الزواج الثاني أو الثالث أو الرابع، وما يتحقق معه من إحصان الزوجات وتعفيفهم³.

أما بالنسبة للمالكية، فكانوا أقل حدة من الأحناف، أي نعم اعتبروا شرط عدم التعدد مما لا يقتضيه عقد الزواج ولا يلتزم به الزوج، غير أنه لا ينافيه. وإن كان حكم الشرط حسبهم باطلا ولا يلتزم به الزوج، إلا أنه يستحب الوفاء به⁴.

أما مذهب الشافعية فجاء أكثر حدة من سابقه، بأن اعتبر هذا الشرط مما يخالف مقتضيات عقد الزواج. وعلى الرغم من ذلك، فإنه لا يفسد الزواج، فيترتب عليه صحة الزواج وفساد الشرط، على اعتبار أنه لم يمس مقاصد الزواج خاصة الوطاء والاستمتاع⁵. وقد ذهب الظاهرية لأبعد من ذلك،

¹ أبو عبد الله محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.9: كتاب النكاح، باب الشرط في النكاح، ح.ر: 1954، ص.628.

² محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.54: كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء، ح.ر: 2729، ص.192.

³ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.19، ص.120.

⁴ أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد سن أيوب الباجي، المرجع السابق، ج.5، ص.68.

⁵ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج.9، ص.506.

بأن علقوا صحة الزواج بصحة الشرط، ولما كان الشرط باطلا لعدم شرعيته بالكتاب والسنة والإجماع، كان الزواج بالضرورة باطلا¹.

أما بالنسبة للحنابلة، فقد جعلوا قول النبي ﷺ: {أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُمْ مِنَ الشُّرُوطِ أَنْ تُؤْفُوا بِهِ مَا اسْتَحَلَّتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ}²، هو المرجع الأساسي في تقريرهم لحكم اشتراط الزوجة عدم التعدد، وذلك بأن اعتبروه مما لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه. وعلى هذا الأساس، يلتزم الزوج بالوفاء به، وفي حالة ما إذا خالف الشرط، فللزوجة الخيار بين فسخ الزواج أو الإبقاء عليه³.

الفرع الرابع: موقف التشريعات المغربية

انفرد المشرع التونسي على خلاف التشريعات العربية المسلمة في تكييفه لتعدد الزوجات، من خلال حظر هذا النظام مدنيا، وتجريمه جزائيا، وهذا بموجب الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية، حيث ينص على أن: «تعدد 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 أن الزواج الجديد لم يرم طبق أحكام القانون»⁴، ويعتبر هذا التوجه بمثابة خرق صارخ لحكم شرعي بدليل النص القرآني.

والغريب في الأمر أن الفقه التونسي الموالي لهذا التوجه، قدم للعالم الإسلامي عذر أقبح من ذنب، إذ على حسبهم أن المنع الوارد في المجلة التونسية مؤسس على مسألة شرعية بدليل النص القرآني، حيث اعتبر أن قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى...﴾⁵، هو نص صريح يدل على منع

¹ أبو محمد علي بن حزم، المرجع السابق، ص. 491.

² محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج. 67: كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ح. ر: 5151، ص. 20.

³ موفق الدين بن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ج. 7، ص. 93.

⁴ بدرية عبد الله العوضي، مظاهر التحديث في قوانين الأسرة العربية، الموقع الإلكتروني: https://www.difi.org.qa/wp-content/uploads/2017/11/Badria_AlAwadi-Arabic.pdf، د. س. ن، تاريخ الاطلاع: 2022-02-26،

على الساعة: 11:36، ص. 9.

⁵ سورة النساء، الآية. 3.

تعدد الزوجات، حيث ألزمت الآية الرجل أن يكتفي بزوجة واحدة، على أساس أنه لن يستطيع العدل بين النساء مطلقاً مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾¹، ويضيف أن التعدد لا يكون إلا في الحالات الاستثنائية القصوى، ولهذا الاعتبار قررت مجلة الأحوال الشخصية منع تعدد الزوجات بناء على القاعدة الفقهية التي تقضي بدرء المفسد أولى من جلب المصالح².

وفي حقيقة الأمر، لا يرتبط هذا التوجه بتجديد الفتوى الشرعية على أساس أنها قد تجاوزها الزمن. وإنما تعتبر مجلة الأحوال الشخصية التونسية، نتاج خلفية تاريخية أدت إلى صدور هذه المجلة، حيث جاء على لسان أحد الفقهاء أنه في الفترة الممتدة بين 1885 إلى غاية 1912 تم إرسال حوالي 30 شاب تونسي إلى فرنسا للدراسة، بالإضافة إلى الاحتلال الفرنسي لتونس خلال تلك الفترة إذ تجاوز المستوطنين الفرنسيين سنة 1945 إلى 144000 فرنسي. كل هذه المعطيات أكسبت تونس فئة مثقفة ثقافة غربية علمانية قامت فيما بعد بتجديد الشؤون الدينية والتربوية بسلخها من عباءة الشريعة الإسلامية، وإلباسها التنورة الغربية³، مدعين أن منع تعدد الزوجات، هو أول الخطوات التي تحطم الأغلال عن المرأة وتحررها من العبودية، وتعيد لها آدميتها وحقوقها المهضومة⁴.

أما بالنسبة للنصوص القانونية الواردة بخصوص نظام تعدد الزوجات في التشريعين الجزائري والمغربي، نجدتها متفاوتة نوعاً ما خاصة من حيث الحكم التكليفي لفعل التعدد، فقد توجه المشرع الجزائري من حيث المبدأ إلى اعتماد ما تم تأصيله في أحكام الشريعة الإسلامية وهو ما يتضح بشكل صريح من خلال المادة 8 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: «يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوافرت شروط ونية العدل»، والملاحظ أن المشرع انطلق من الأصل العام كما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية من خلال قوله: «يسمح»، إضافة إلى

¹ سورة النساء، الآية.31.

² أحمد بن مصطفى المراغي، تفسير المراغي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ج.4، ط.1، 1365هـ، 1946م، ص.180.

³ Muhammad Roy Purwanto, مقارنة قوانين الأسرة في تونس وإندونيسيا والمملكة العربية السعودية حول تعدد الزوجات، International Journal of Business, Economics and Law, Islamic University of Indonesia, Vol. 9, Issue.5, Apr.2016, p.131.

⁴ نجية البودالي، مشاكل المرأة المغربية مع القانون، الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، المغرب، 2001، ص.65-66.

تقريره العدد المعمول به شرعا والمتمثل في أربع زوجات كما تضمنت شرط توافر نية العدل على منوال ما أجمعت عليه المذاهب الفقهية.

وهو التوجه نفسه الذي سلكه قبل صدور الأمر 05-02، حيث كانت تنص المادة 8 المحررة في ظل قانون 84-11 على أنه: «يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوافرت نية العدل».

غير أن النصوص القانونية المنظمة لتعدد الزوجات، تضمنت في فروعها تجاوزا لما ألفت الأمة الإسلامية عليه سواء من الناحية الشرعية، وحتى من ناحية الأعراف الاجتماعية التي أنزلها المجتمع الإسلامي منزلة القواعد الملزمة.

أما بالنسبة للتشريع المغربي، فلم تزد مدونة الأسرة المغربية الجديدة سابقتها، إلا تأكيدا على المبدأ العام المتبنى من طرف المشرع والذي أخذ منحى تصاعدي في جعل الأصل العام في نظام تعدد الزوجات هو المنع، إذ لا يجوز للرجل أن يضم لعصمته زوجة ثانية إلا استثناء، حيث كان الفصل 29 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، ينص على أنه: «إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لم يوجز التعدد»¹، لتؤكد المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية هذا المنع بشكل صريح حيث تنص على أنه: «يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات».

وعليه، فإن المشرع المغربي قد ضيق من حرية الرجل في ممارسته لحقه الشرعي، الذي قرره المولى عز وجل بنص قرآني صريح. وفي حقيقة الأمر، يعتبر هذا التوجه مخالف لما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية، على الرغم من أن المنع ليس مطلقا في هذه الحالة، إذ يتبقى للرجل مدخلا ضيقا يمكنه من الزواج الثاني إذا ما تحققت مجموعة من المقتضيات القانونية.

وفي الحقيقة، ما يلبث هذا المدخل الضيق، حتى يغلق في وجه الزوج بصفة نهائية، ويصير المنع مطلق متى اشترطت الزوجة على زوجها عدم التعدد. ويعتبر هذا الشرط من المقتضيات الجديدة التي قررتها مدونة الأسرة المغربية، مؤسسة توجهها على ما هو مقرر لدى الفقه الحنبلي إضافة إلى المبدأ القانوني القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، ناهيك عن القوة الإلزامية لهذا الشرط الذي أكدته المادة

¹ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 331.

47 من مدونة الأسرة بقولها: «الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف قواعده الأمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيح»¹، وهذا بعد أن كان يمنح للزوجة حق الخيار في البقاء مع زوجها، أو المطالبة بالتطليق في حالة مخالفته للشروط طبقا لنص الفصل 90 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة². وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 19 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورة، ولاسيما شرط عدم التعدد...»، والملاحظ أن المشرع الجزائري ضمّن هذه المادة بشرط عدم التعدد بموجب الأمر 02-05 حيث كانت تنص قبل التعديل على أنه: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون».

وما يستنتج من موقف التشريعين الجزائري والمغربي، أنهما اتجها إلى اعتبار حق الزوج في التعدد موقوف على توافر مجموعة من الشروط المرتبطة به وشروط أخرى لا ترتبط به وتقرير كفايتها من عدمها يرجع إلى هيئات أخرى حدداها وفق نصوص قانونية صريحة.

وقد برر عديد الفقهاء القانونيين وحتى الشرعيين، أن هذا التوجه يدخل في إطار سلطة ولي الأمر في تقييد المباح بناء على أن مصلحة المجتمع في الوقت الحالي تتطلب تقييد تعدد الزوجات إلى أقصى حد، والذي يمكن أن يصل إلى المنع. وفي الحقيقة، نقول في هذا الأمر، أننا نظرنا إلى موقف المشرع الجزائري في وقت سابق نظرة غضب من توجهه في تقييد تعدد الزوجات، غير أنه باطلاعنا على ما جاء به المشرع المغربي والمشرع التونسي، فإننا نعتقد أن ما جاء به المشرع الجزائري من نصوص قانونية، يعتبر متناسبا بدرجة كبيرة مع ما هو مقرر شرعا للولي أو الحاكم في تقييد المباح.

وبالحديث عن شرط العدل بين الزوجات، فقد ألزمت المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 40 من مدونة الأسرة الرجل المقبل على الزواج من امرأة ثانية، بضرورة توافر نية العدل بين الزوجات، وعليه فالظاهر من النصين القانونيين أنهما كرسا النص القرآني في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا

¹ إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص.168.

² نعيمة أمان، أحكام التعدد بين مدونة الأسرة والعمل القضائي، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء، وزارة العدل، المغرب، 2017، ص.8.

فَوَاجِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا¹، والملاحظ أن المشرع المغربي والجزائري لم يوضحا المعايير التي تحدد مدى توفر العدل من عدمه، ولن يستطيعا تحديده أبدا، على أساس أنه لم يتحقق على الواقع، أو بالأحرى هو مبني على الاحتمال والشك في تحققه. لذلك فإن أي محاولة تشريعية تهدف إلى التضييق على حق الزوج في التعدد، وتكون مؤسسة على إمكانية عدم عدالة الزوج، هي مخالفة للمبدأ الأساسي للتشريع، فالعدالة أمر نفسي لا يُعلم إلا من جهة صاحبها، وخصوصا الخوف من عدم العدل، والقرآن الكريم لما ذكر العدل ربطه بالخوف من عدم العدل لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا﴾، فمناطه أمر نفسي لا يجري فيه اثبات القضاء، وما لا يمكن اثباته قضاء لا يوضع في قانون² يمنع القضاء³.

لذلك كثيرا ما يثار إشكال، يتعلق بكيفية التأكد أن طالب الإذن بالتعدد سيعدل بين زوجاته، مع العلم أن الخوف من عدم العدل لمنع التعدد قيد سابق لأوانه، والا فإن القاضي سيصبح يحكم بوجوده وحسب مزاجه؟⁴ وعليه، فإن هذا الشرط مفترض، حيث يفترض أن طالب الإذن بالتعدد سيعدل بين زوجاته خاصة وأن هذه الحالة يصعب ضبطها قبل الدخول في علاقة زوجية ثانية، وعلى هذا الأساس يبقى للمحكمة البحث على المظاهر الخارجية لطالب التعدد من أجل اكتشاف مدى قابليته لإقامة العدل بين الزوجات، ومن ذلك مثلا التأكد من توفير مسكن مستقل لكل واحدة من الزوجات، وكذا توفر الزوج على دخل قادر يكفي لإعالة أسرتين... إلى غير ذلك من المظاهر المادية⁵.

وعلى العموم، فإن الراجح في تفسير نية العدل الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة، والمادة 40 من مدونة الأسرة، مرتبط بالتصرف المادي المتعلق بالعدل في السكن والمبيت والنفقة، وهو الذي تداركه في تعديل 2005 من خلال المادة 3/8 من قانون الأسرة بقولها: «يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص

¹ سورة النساء، الآية.3.

² وفي الحقيقة يمكن القول إن المشرع الجزائري قد تفادى هذه الثغرة التشريعية، على أساس أنه أحاط الحق في التعدد بشروط إجرائية أكثر منها موضوعية.

³ محمد الصالح بن عومر، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، 2012، ع.2، ص.39.

⁴ محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، دار السلام للطباعة، الرباط، ط.1، 2004، ص.113.

⁵ نعيمة أمان، المرجع السابق، ص.25.

بالزواج الجديد إذا تأكد من... قدرته على توفير العدل...»، كما قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 11-02-2009 على أنه: «يعد الهجر في المضجع في حالة تعدد الزوجات دليلاً على انعدام نية العدل، ويبرر طلب الزوجة المتضررة التطلاق»¹.

وقد اشترطت مدونة الأسرة في الشخص الذي يرغب في التعدد أن تتوفر فيه القدرة المالية على الإنفاق على المرأة المراد التزوج بها، بالإضافة إلى ما هو واجب عليه سلفاً من النفقة على الزوجة التي هي في عصمته، وهذا من خلال البند 02 من المادة 41 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: «لا تأذن المحكمة² بالتعدد... إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأُسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة».

وتبعاً لذلك، تعتبر القدرة المادية للزوج من المظاهر التي يتحقق بها العدل بين الزوجات والذي عبر عليه المشرع الجزائري في الفقرة 03 من المادة 8 وهي: «قدرة الزوج على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية»، وهو الأمر الذي لا يطرح أي إشكال، طالما يعتمد على الوضعية الاقتصادية للزوج المعدد، حيث يمكن اثباته بوسائل مادية، كشهادة تثبت دخل الزوج أو رقم معاملاته التجارية أو حجم ممتلكاته العقارية أو رصيده في البنك، وتقدير هذه الأمور مرتبطة بظروف الزمان والمكان فإن تأكد القاضي من قدرة الزوج المادية كان له أن يرخص له بالتعدد إذا توافرت شروطه الأخرى³.

وقد تضاربت الأحكام القضائية على مستوى المغرب في تقدير مدى كفاية دخل الزوج في تحقيق القدرة على إعالة أُسرتين، حيث اعتبرت المحكمة الابتدائية⁴ بطنجة 6000 درهم دخلاً كافياً لإعالة أُسرتين. في حين نجد ابتدائية⁵ تنزيت تعتبر دخلاً بمبلغ 6000 درهم لا يكفي لإعالة أُسرتين بالوسط القروي، حيث جاء في حكم لها: «...وحيث إن الزوج ينشط في تجارة الماشية، وأن هذا النشاط يدر

¹ م.ع، غ.أ.ش، ل 11-02-2009، م.ر: 480240، م.م.ع، ع.1، 2009.

² نعيمة أمان، المرجع السابق، ص.13.

³ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.292.

⁴ المحكمة الابتدائية بطنجة، ل 06-10-2005. مقتبس عن: عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية، دار الأمان، المغرب، ط.1، 2011، ص.232.

⁵ المحكمة الابتدائية بتنزيت، ل 03-11-2011. مقتبس عن: عبد الله أبو عوض، المرجع السابق، ص.232.

عليه دخلا قدره 6000 درهم شهريا، وحيث إن هذا المدخول قد لا يكفي لتغطية حاجياته وحاجيات زوجته وأولاده الخمسة القاصرين».

كما نجد الاختلاف في كيفية اثبات الدخل من محكمة إلى أخرى، فالمحكمة الابتدائية ببرشيد اعتمدت من أجل اثبات الوضعية الاقتصادية للزوج في حكم لها على شواهد صادرة عن المحافظة العقارية، حيث جاء في إحدى حيثياته: «...حيث إن طالب التعدد يتوفر على الموارد الكافية لإعالة أسرتين بعدما أدلى بكشوفات حسابية وشواهد صادرة عن المحافظة العقارية تفيد تملكه لعقاراته... وحيث إن المحكمة استنادا لما ذكر أعلاه لا يسعها إلا القول بالاستجابة للطلب لارتكازه على أساس قانوني...»¹. في حين، نجد ابتدائية العرائش اعتمدت في اثبات الدخل على خبرة حسابية؛ واعتمدت المحكمة الابتدائية بأركان على بحث للشرطة الادارية، ومحكمة بولمان على شهادة إدارية².

ويتضح مما سبق، أن تحقق هذا الشرط من عدمه من أمور الواقع التي تستقل المحكمة بتقديرها عند دراستها للملف وخلال جلسة البحث مع مراعاتها في ذلك لظروف الزمان والمكان، واختلاف أعراف كل منطقة على حدة. مما يعني أن المعيار المعتمد في هذا الشرط معيار شخصي أكثر منه موضوعي، يراعي القاضي في اعتباره ظروف الشخص ومكانه وتواجده وبيئته لذلك فهو ذو طبيعة مطاطية يختلف من شخص لآخر وهذا ينعكس بالتالي، على اختلاف العمل القضائي في الاخذ بهذا الشرط بين مدن المملكة. وعليه، فإن فمثل هذه المعطيات تجعل المتأمل يحس وكأن المحكمتين تعيشان في مجتمع غير مجتمع المتقاضين³.

وفي حقيقة الأمر، يفرض الوقت الراهن ظروف اقتصادية صعبة على المواطن، على أساس أن القدرة على الانفاق والكسوة والمبيت، بل يشملها تعليم الأولاد وما ينشأ عنه من مصاريف إضافية، خاصة أن تطور التعليم في الوقت الراهن يفرض على المتعلم أن يحوز من الوسائل التكنولوجية التي تمكنه من مواكبته، كما أن توفير السكن المستقل لكل زوجة ليس بالأمر الهين، فالشخص يجد صعوبة بالغة

¹ المحكمة الابتدائية ببرشيد، ل 24-07-2006، م.ر: 1861-39-2005. مقتبس عن: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.54.

² البشير عدي، تعدد الزوجات بين مدونة الأسرة والعمل القضائي، مجلة المنبر القانوني، المغرب، 2013، ع.04، ص.95.

³ البشير عدي، المرجع السابق، ص.89.

في امتلاك سكن واحد مستقل خاصة مع أزمة السكن التي تعاني منها الدول المغاربية، فكيف يكون الأمر بتوفير مسكنين مستقلين¹.

وعلى الرغم من الظروف الاقتصادية الصعبة فللشخص المقتدر من الناحية المالية، توفير كل أسباب العيش من مسكن مستقل لكل زوجة وكل الوسائل المادية التي تكفي لإعالة أسرتين أو ثلاث أو أربع أسر. وعلى هذا الأساس، يمكن القول مبدئياً بتحقيق أحد مظاهر العدل بين الزوجات.

وعليه، يعتبر شرط العدل بين الزوجات من البديهيات المسلم بها خاصة وأنه لا يحل شرعاً الاقدام على الزواج سواء من واحدة أو أكثر إلا بتوافر القدرة على تكاليف الزواج والاستمرار في أداء النفقة الواجبة للزوجة على الزوج. فيقول المولى سبحانه وتعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾²، وهو ما أكدته قوله ﷺ سالف الذكر: {يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ...}³.

كما لا يمكن اعتبار القسم بين الزوجات في المبيت، بمثابة المعيار الذي يُستند إليه لتحقيق شرط العدل، على أساس أنه يقتضي إبرام الزواج الثاني، ويعتبر مما يخول أحد الزوجات الحق في طلب التطليق ليس لانتفاء نية العدل وإنما لانتفاء العدل من الناحية الفعلية، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها على أنه: «حيث أنّ الزوج لم يقيم بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن، بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، وبالتالي فإنّ الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجتين طبقاً للشريعة الإسلامية...»⁴.

وتبعاً لما تم ذكره، فإن اشتراط نية العدل بين الزوجات هو أمر سابق لأوانه، ويخضع لضمير المقبل على الزواج ولا يمكن التحكم فيه من قبل القضاء، إلا من خلال الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الشرط والمتمثل في حق الزوجة في طلب التطليق مع التعويض عن الضرر الحاصل من جراء عدم العدل، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 12-07-2006 على أن: «عدم العدل بين

¹ جيلالي تشوار، الثغرات...، المرجع السابق، ص.111.

² سورة الطلاق، الآية.06.

³ حديث سبق تخريجه، ص.14.

⁴ م.ع، غ.أ.ش، م.ر:41445، ل 05-05-1986، غير منشور. مقتبس عن: ربيعة إغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، الجزائر، 2011.

الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا، طبقا للفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق»¹.

وفي حقيقة الأمر، يعتبر هذا الجزاء غير كاف من الناحية العملية وفي غير موضعه، على أساس أن العدل بين الزوجات لا يقتصر على الكفاية المادية، ولن نبالغ إذا ما قلنا إن عدم العدل المعنوي له ضرر أكبر من المادي، فإهمال أحد الزوجات من الناحية نفسية والبرودة في التعامل معها لدرجة يشعرها بأنها جارية أكثر منها زوجة، من المظاهر التي تعتبر من قبيل عدم العدل بين الزوجات. لكن لا يمكن إثباتها لضمورها في القلب وعدم القدرة على الإفصاح عنها. وحق الزوجة في طلب التطليق يضر بالزوجة أكثر من إضرارها بالزوج على أساس أن ما يلحق بالزوج هو خسارة مادية لا أكثر ولا أقل، بينما خسارة الزوجة أكبر وأعظم، على أساس أنها ستكون لا محالة مقبلة على معاناة مادية ونفسية.

لذلك، فإن المعيار الأساسي الذي يمكن القضاء من تبيين مدى توفر شرط نية العدل، هو القدرة والكفاءة المادية التي تمكن الزوج من تحمل مسؤولية أسرته أو ثلاثة مجتمعين². وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه الجزائري أنه من الأفضل أن يستحدث المشرع الجزائري بالإضافة إلى الشروط الموضوعية الأخرى، تعهدا من الزوج بإقامة العدل بين زوجاته³.

ومما سبق ذكر من الشروط التي تبناها المشرع الجزائري والمغربي من حيث المبدأ، على ما كان به العمل لدى المذاهب الفقهية على اختلافاتها؛ نجد أنه أضاف من الشروط التي لا تستند في مرجعيتها على ما تم تقريره في اجتهادات الفقهاء، والتي يمكن اعتبارها شروطا إجرائية أكثر منها موضوعية، والتي تتمثل في:

أولا- المبرر الشرعي:

يعتبر المبرر الشرعي كسبب لحق الزوج في التعدد من الشروط المستحدثة قانونا، والتي تعتبر دخيلة نوعا ما على الشريعة الإسلامية، على أساس أن حكم الزواج ثابت سواء تعلق بالزواج الأول أو الثاني

¹ م.ع، غ.أ.ش، م.ر: 356997، ل 12-07-2006، م.م.ع، ع.2، 2006، ص.441.

² جيلالي تشوار، الثغرات...، المرجع السابق، ص.114.

³ الرشيد بن شويخ، شرح...، المرجع السابق، ص.112.

وحتى الرابع، ومعياره خاضع للأحكام التكليفية الخمسة التي سبقت الإشارة إليها، والتي اتخذ فيها موقفا وسطا تمثل في الإباحة، أي نعم لا يعتبر واجبا غير أنه لا يعتبر محرما. وبالتالي، لا تُبنى إباحة الزواج الثاني على ما يبررها من أسباب واعتبارات، وهذا ما أجمعت عليه المذاهب الفقهية.

وقد اعتمد المشرع الجزائري شرط المبرر الشرعي منذ صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 بالقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، حيث نص في المادة 8 منه على أنه: «يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي...»، ليؤكد من خلال نفس المادة في تعديل قانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 05-02، وقد منح تقدير شرعية المبرر من عدمها لرئيس المحكمة.

وهو ما جاء به المشرع المغربي في البند 01 من المادة 41 من مدونة الأسرة على أنه: «لا تاذن المحكمة بالتعدد: - إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي...».

وفي الحقيقة تم إضافة هذا الشرط كنوع من التشديد على الزوج الراغب في التعدد، خاصة أنه يتعذر عليه اثباته في بعض الحالات سواء لصعوبة الإثبات في حالة ما إذا تعلق المبرر بأمر نفسي، أو لعدم رغبة الزوج في الإفصاح عنه¹. مع الإشارة إلى أن المشرع المغربي كان أكثر صرامة من نظيره الجزائري، من خلال اعتماده مصطلح المبرر الموضوعي الاستثنائي.

وفي هذا الصدد، فقد ترتب على هذا الشرط عديد الإشكالات المتعلقة بمهيمته، حيث لم يوضح المشرع الجزائري ولا المغربي المعيار المعتمد من قبل القاضي في تحديده؟ فمتى يعتبر المبرر شرعي أو غير شرعي، بالنسبة للمشرع الجزائري؟ ومتى يعتبر موضوعي استثنائي بالنسبة للمشرع المغربي؟ وهل يتعلق مناط الشرعية في هذه الحالة بالاستناد لأحكام الشريعة الإسلامية؟ أم يقصد بها الشرعية القانونية؟

وهي قائمة طويلة عريضة من التساؤلات التي لم تجد لها حلا، على اعتبار أن مصطلح المبرر الشرعي هو مصطلح فضفاض يحمل في طياته عديد التأويلات.

¹ جيلالي تشوار، مدى فعالية أحكام...، المرجع السابق، ص. 11-12.

فيرى بعض الفقه المغربي أن تقدير المبرر الموضوعي الاستثنائي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في هذه الحالة، وهي تنظر في كل حاله على حده، من خلال البحث عنها واستقصائها طبقا لمعطياتها ومبرراتها الخاصة قبل اتخاذ القرار بمنح الإذن من عدمه، لنستخلص أن معيار تحديد المبرر الاستثنائي هو معيار ذاتي لا موضوعي¹.

وفي نفس السياق، فإن المقصود بالمبرر الموضوع الاستثنائي، هو ما لا تستقر بغيره جوانب ماديه أو معنويه من حياة الانسان، ومن ذلك أن تكون الزوجة عاقرا أو تنفر كثيرا من الاتصال الجنسي²، أو لا تكون لها الرغبة فيه مطلقا، أو أن تكون مصابه بمرض عضال يقعدها في الفراش³.

في حين يرى البعض الآخر، أن تحقق المبرر الموضوع الاستثنائي، يستدعي أن يكون مستندا على سبب مشروع، ويكون كذلك إذا توفرت فيه صفتي الموضوعية والاستثنائية المتلازمة بحيث لا يمكن فصل احدهما عن الاخرى لورودهما في النص متلازمتين⁴.

أما إذا تحدثنا عن المسار القانوني الأمثل الذي يتم من خلاله تحديد المبرر الشرعي، أو المبرر الموضوعي الاستثنائي، فيكون من خلال الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي من خلال المادة 400 من مدونة الأسرة. والمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، إذ يكفي أن يكون مبررا مشروعا، متى ساير مقاصد الشريعة الإسلامية⁵. غير أننا أشرنا في بداية هذا الفرع أن شرط المبرر الشرعي يعتبر دخيلا على ما دأب الفقه الإسلامي عليه، ولا يتناسب مع ما هو مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية.

¹ نعيمة أمان، المرجع السابق، ص.19.

² وقد جاء في حكم المحكمة الابتدائية: «وحيث بر المدعي طلبه بكون زوجته تمتنع عن معاشرته وهو ما أكدته الزوجة. وحيث إن السبب المذكور بعد مبررا موضوعيا واستثنائيا لمنح المدعي الإذن بالتعدد خصوصا وأن الزوجة الأولى لا تمنع في زواجه». المحكمة الابتدائية بقلعة السراغنة، قسم قضاء الأسرة، ل 11-06-2013، م.ر:13-1620-556. نعيمة أمان، المرجع السابق، ص.20.

³ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.213.

⁴ حسن العجمي، التعدد والشقاق على ضوء أحكام المادة 45 من مدونة الأسرة، الموقع الالكتروني: <https://www.bibliodroit.com/2017/10/45.html>، تاريخ النشر: 11-10-2017، تاريخ الاطلاع: 26-

02-2022، على الساعة:14:04.

⁵ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص.78.

ومن هنا يتضح أن فلسفة المشرع الجزائري والمغربي، حاولت استحداث نظام جديد يضبط تعدد الزوجات وفق رؤية تشريعية مغايرة أو مخالفة لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية.

وتطبيقا لذلك، صدر منشور وزاري رقم 84-102، والذي حصر المبرر الشرعي في مرض الزوجة مرضا عضال أو حالة عقمها لا غير. حيث نص على أنه: «إذا طُلب من الموثق أو ضابط الحالة المدنية تلقي عقد زواج بثانية فعليه أن يتحقق من توفر الشرط الأول المتمثل في المبرر الشرعي، ويكتفي في اثباته بشهادة طبية من طبيب اختصاصي تثبت عقم الزوجة أو مرضها العضال، فاذا لم يثبت العقم أو المرض العضال رفض الموثق أو الموظف المختص تلقي العقد»¹.

وبعدها صدر منشور وزاري آخر أضاف حالات خاصة يقدرها القاضي في حالة رضا الزوجة الأولى سواء بمنح الترخيص أو برفضه. والأكثر من ذلك، اشترط على طالب الترخيص اثبات وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام القضاء من خلال شهادة من كتابة الضبط². وهو الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى التحايل على النص، فيقوم الزوج برفع دعوى طلاق، ثم يتركها بعد تسجيل عقد الزواج الثاني³.

غير أنه، لم نرى لهذين المنشورين تطبيقا على الواقع العملي، وفي كل الأحوال لن يستطيع القاضي من خلال سلطته تقدير المبرر الشرعي، على أساس أن الأسباب والدوافع تبقى نسبية من شخص لآخر⁴. فمن جهة الشخص المقبل على الزواج، يمكن أن يكون النزاع بين الزوجين من الأسباب التي تدفع بالشخص إلى الزواج الثاني. كما يمكن أن يكون مبرر الشخص بالزواج من امرأة أخرى رغبة منه لتحسينها خاصة إذا كانت من أقربائه ولم يكن لها معيل يكفلها؛ كذلك يعتبر من قبيل المبررات الشرعية التي ينبغي على القاضي أخذها بعين الاعتبار، هو نزوح وهجرة العديد من العائلات للدول المغاربية هربا من ويلات الحرب، فالزواج من إحداهن.

¹ منشور وزاري 84 - 102، ل 23-12-1984، أصدره وزير العدل كتفسير للمادة 8 من قانون الأسرة.

² كريمة محروق، المرجع السابق، ص.134.

³ كريمة نزار، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية والإدارية تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2009-2010، ص.182.

⁴ جيلالي تشوار، الثغرات...، المرجع السابق، ص.110.

وغير بعيد عن تكييف المشرع الجزائري للمبرر الشرعي في طلب التعدد، فقد كلف المشرع المغربي القضاء بتقدير شرعية المبرر الموضوعي الاستثنائي، حيث جاء في أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بوجدة: «وحيث إن طالب التعدد أسس دعواه على كون زوجته لا تستطيع معاشرته جنسيا لكونها تعاني من المرض حسب ما صرح به في جلسة البحث، وهو الأمر الذي نفتته المدعى عليها مؤكدة أنها لا تعاني من أي مرض وأدلت بشواهد طبية تفيد خلوها من أي مرض جنسي... وحيث إنه طالما أن طالب التعدد لم يثبت المرض الذي تعاني منه زوجته، وبذلك فإن المحكمة لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي لطالب التعدد، وبالتالي فإن طلبه يبقى غير مستوف لشروطه ويتعين التصريح بعدم قبوله»¹، وفي قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 26-12-2007 جاء فيه: «عدم اثبات الزوج للمبرر الموضوعي الاستثنائي يبرر عدم الإذن للزوج بالتعدد»².

كما اعتبرت محكمة الناظر الابتدائية، أن اختلاف الزوجين في الطباع وتقدير أحدهما اتجاه الآخر، لا يعتبر مبررا للتعدد³. وفي قرار آخر صادر عن استئنافية الناظر بتاريخ 18-10-2005 والذي جاء فيه: «لا تأذن المحكمة بالتعدد إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي ولم يتوفر عند طالبه الموارد الكافية لإعالة أسرتين وضمن جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة...»⁴.

وعليه، يقع عبء اثبات المبرر الموضوعي الاستثنائي على طالب التعدد، ويقوم القاضي بتحديد مدى كفاية هذا المبرر حتى يأذن له بالزواج مرة أخرى، مع العلم أنه يعفى الزوج من الإثبات المادي

¹ المحكمة الابتدائية بوجدة، ل 27-02-2012، ع. 11-3599. مقتبس عن: إدريس الفاخوري، قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي، دار الأفاق المغربية، المغرب، 2013، ص. 28.

² المحكمة الاستئنافية بوجدة، ل 26-12-2007، ع. 806، م. ر. 25-807. مقتبس عن: إدريس الفاخوري، قضايا...، المرجع السابق، ص. 45.

³ حيث جاءت حيثيات الحكم كما يلي: «وحيث إن المشاكل التي قد تعترض الحياة الزوجية بصفة دائمة ومؤقتة بسبب اختلاف طباع الزوجين أو تقصير أحدهما في واجباته والتزاماته اتجاه الآخر لا يمكن أن تشكل في أي حال من الأحوال مبررا موضوعيا استثنائيا يبرر طلب التعدد وإن كان يمكن الاستناد عليها لرفع دعوى الطلاق أو التطليق، وبناء عليه يكون الطلب الأصلي غير مؤسس قانونا ويتعين رفضه». المحكمة الابتدائية بالناظر، قسم قضاء الأسرة، ل 10-12-2014، م. ر. 14-11-603، غير منشور. مقتبس عن: إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص. 172.

⁴ محكمه الاستئناف بالناظر، ع. 445، ل 18-01-2005، م. ر. 32-70905. مقتبس عن: إدريس الفاخوري، قضايا...، المرجع السابق، ص. 51.

للمبرر الموضوعي الاستثنائي إذا ما وافقت الزوجة السابقة على التعدد، ذلك أنه يعتبر إقراراً وتصديقاً على ما يدعيه الزوج، وهو ما قضت به بالفعل المحكمة الابتدائية ببرشيد في حكم لها: «حيث استند المدعي في طلبه على كون المراد التزوج عليها أصبحت غير قادرة على تلبية متطلبات الحياة الزوجية وأن المعاشرة الزوجية أصبحت تحدث بينهما نادراً منذ خمس سنوات، وحيث أكدت المراد التزوج عليها السبب المذكور، مما يخول الإذن للمدعي بالتعدد»¹.

وعلى النقيض من ذلك، لم تعترف ابتدائية خنيفرة بمبرر الزوج المبني على عدم قدرة الزوجة على القيام بشؤون الحياة الزوجية، وعدم قدرتها على المعاشرة الزوجية لكبر سنها ولوجود تعفن بجهازها التناسلي، ولم تعتبره مبرراً موضوعياً استثنائياً، وقامت برفض طلب الإذن بالتعدد².

وفي الحقيقة، يعتبر هذا التوجه من المحكمة الابتدائية، توجهها شاذاً لا يتماشى مع ما قضت به جل المحاكم المغربية التي اعتبرت مرض الزوجة من المبررات الموضوعية الاستثنائية التي يقتضي معها منح الإذن بالتعدد.

وقد أضاف القضاء المغربي معيار أساسياً في تقديره للمبرر الموضوعي الاستثنائي، والمتمثل في ضرورة ارتباط المبرر الشرعي بعوامل خارجية لا تتعلق بإرادة الزوجين، حيث لا يمكن بأي شكل من الأشكال اعتبار الخيانة الزوجية من مبررات طلب الإذن بالتعدد حيث قضت المحكمة الابتدائية بالعرائش في حكم لها صادر بتاريخ 04-02-2007 أن: «الخيانة الزوجية والإخلال بواجب المساكنة لا يدخل في إطار الأسباب الموضوعية والاستثنائية للتعدد، بقدر ما تشكل أسباباً للطلاق على اعتبار أن

¹ حكم المحكمة الابتدائية ببرشيد: «حيث استند المدعي في طلبه على كون زوجته مصابة بمرض عصبي حركي منذ سنة 2006 أفقدها القدرة على الكلام والحركة والقيام بأبسط الحاجيات بصفة شخصية. وحيث إن حالة المدعية وعجزها ثابت من خلال الشواهد الطبية المدلى بها في الملف، وكذا انطلاقاً مما عاينته المحكمة خلال جلسة لبحث، وإقرار بنت المعنية بالأمر التي حضرت إلى جانبها. وحيث إن حالة الزوجة على ضوء ما ذكر يجعل الغاية الشرعية من الزواج والمتمثلة في المساكنة والمعاشرة الزوجية، والقيام بشؤون البيت إلى جانب الزوج منعدمة، مما يبقى معه المبرر الموضوعي والاستثنائي لطلب التعدد ثابتاً طبقاً للمادتين 40 و41 من مدونة الأسرة». المحكمة الابتدائية ببرشيد، قسم قضاء الأسرة، ل 09-01-2017، ع.15، م.ر: 13-16-5516-13. غير منشور، مقتبس عن: نعيمة أمان، المرجع السابق، ص.22.

² المحكمة الابتدائية بخنيفرة، ل 18-12-2006، م.ر: 06-943. مقتبس عن: محمد بفقير، المرجع السابق، ص.62.

السبب الموضوعي والاستثنائي للتعدد يجب أن يتشكل من عوامل خارجة عن إرادة الزوجين لا بفعلهما، وأن يكون في تعدد الزوج السبيل الوحيد لدرء الضرر عن الزوجين معا لا وسيلة للضغط على الزوجة والإضرار بها...»¹.

وقد قررت محكمة النقض بأن رغبة الزوج في إنجاب الولد يعتبر من قبل المبرر الموضوعي الاستثنائي، ففي قرارها الصادر في 23-06-2015 قضت بأنه: «لما كان الزوج يتوفر على البنات فقط من زوجته الأولى، وأن رغبته في إنجاب مولود ذكر لا يوجد ما يمنعها قانونا وفقها، فإن المحكمة لما قضت برفض طلب التعدد رغم ثبوت كافة الشروط الواردة في المادتين 40 و 41 من مدونة الأسرة بما فيها المبرر الموضوعي الاستثنائي، يكون قرارها غير مرتكز على أساس»².

وفي حقيقة الأمر، يعتبر عقم الزوجة أو المرض العضال خاصة الذي يمنع من المعاشرة الزوجية، من الأسباب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والتي يمكن اعتبارها من ضرورات التعدد لا من مبرراته. فما الحل إذا كان للزوج من المبررات - خاصة النفسية - التي تدفعه للزواج من امرأة ثانية بقصد احصان نفسه وعفتها³، على اعتبار أنه ليس بالضرورة أن يتحصن الزوج من خلال الزواج بواحدة سواء تعلق الأمر برغبته الجنسية المرتفعة، أو أنه ارتبط بزوجة تؤمن بأن زواجها منه هو الثمن الباهظ الذي تدفعه مقابل الظفر بيت وأطفال.

وبالتالي، فإن اشتراط المبرر يؤدي إلى كثرة الطلاق والزواج العرفي⁴. وذلك لصعوبة إثبات المبرر الشرعي من جهة. وعدم القدرة على إثباته من جهة أخرى. ذلك أن كثيرين ممن يرغبون في الزواج على زوجاتهم سيحجمون عن كشف المبر الذي دفعهم إلى تعدد الزوجات، لما فيه من المساس بأسرارهم.

¹ المحكمة الابتدائية بالعرائس، ل 04-01-2007، م.ر: 05-23، مقتبس عن: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونه الاسرة، المرجع السابق، ص.48.

² م.ن.م، غ.أ.ش، ع.331، ل 23-06-2015، م.ش، ع.276-2-1-2015، مجلة قضاء محكمة النقض، ع.80، 2015، ص.164.

³ كريمة نزار، المرجع السابق، ص.182.

⁴ خاصة أمام سهولة اثبات الزواج الثاني الذي تم بطريقة عرفية، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 16-01-2014 على أنه: استقر الاجتهاد القضائي لغرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، على جواز إثبات القضاة الزواج الثاني، حتى ولو كان عرفا، بجميع طرق الإثبات. م.ع. غ.أ.ش، م.ر: 0881943، ل 16-01-2014، م.م.ع، ع.01، 2014، ص.469.

وعندئذ يقدمون على طلاق زوجاتهم ليتزوجوا من جديد، وهذا ما يتعارض مع المصلحة العامة للمجتمع بدرجة أولى، ومصلحة الزوجة والأطفال بدرجة أقل، لأن تعدد الزوجات أقل خطرا من الطلاق بلا شك¹.

ثانيا- اخبار الزوجة السابقة واللاحقة:

تضمنت المادة 3/8 من قانون الأسرة هذا الشرط، ونصت صراحة على أنه: «يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها...». وفي حقيقة الأمر، يلاحظ من خلال توجه المشرع الجزائري أنه اكتفى قبل تعديل المادة 8 من قانون الأسرة بوجوب إخطار الزوج لزوجته الأولى والثانية، في حين أن تعديل المادة فرض الحصول على رضائهما لتحقق هذا الشرط. ومن هنا تظهر مخالفة النص القانوني لأحكام الشريعة الإسلامية التي اعتدت برضا الزوجين المقبلين على الزواج دون الحاجة إلى إرادة ثالثة، والتي ترتبط بالزوجة الأولى عموما. وما يؤكد هذا الطرح هو أن الجزء المترتب على مخالفة هذا الشرط لا يؤثر على صحته، فالزواج صحيح ونافذ، وليس للزوجة الأولى المطالبة بإبطال عقد الزواج على أساس انتفاء رضاها به.

وعلى الرغم من وجود سند لهذا الشرط في السنة النبوية فيما روي عن النبي ﷺ أنه قال وهو على المنبر: {لَإِنْ بِنْتُ هِشَامِ بْنِ الْمُغِيرَةِ اسْتَأْذَنُوا أَنْ يُنْكَحُوا ابْنَتَهُمْ عَلِيٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ، فَلَا آذَنُ، ثُمَّ لَا آذَنُ إِلَّا أَنْ يُطَلَّقَ ابْنَتِي وَيُنْكَحَ ابْنَتَهُمْ، فَوَيْ بَضْعَةٍ مِثِّي يُرِيدُنِي مَا أَرَاهَا وَيُؤْذِينِي مَا آذَاهَا. وَقَالَ: وَإِنِّي لَسْتُ أَحْرِمُ حَلَالًا وَلَا أُحِلُّ حَرَامًا وَلَكِنَّ وَاللَّهِ لَا تُجْمَعُ بِنْتُ رَسُولِ اللَّهِ وَبِنْتُ عَدُوِّ اللَّهِ عِنْدَ رَجُلٍ}². فهذا الحديث لا يحمل على معنى تحريم التعدد، وإنما هو من خصوصيات الرسول ﷺ، ولم يعتمد أي من الفقهاء اشتراط موافقة الزوجة الأولى والثانية³.

غير أن الهدف الرئيسي في اعتقادنا من هذا الشرط، هو تقرير الحماية القانونية لكلا الزوجتين من خلال منحهما الحق في طلب التطليق في حالة انتفاء رضائهما، وهو ما أكدته المحكمة العليا في

¹ عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات...، المرجع السابق، ص.261.

² محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ج.07: كتاب النكاح، ح.ر:5230، باب ذب الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف، ص.37.

³ سليمان بوقندورة، المرجع السابق، ص.59-60.

قرارها الصادر في 19-01-2005 على أن المادة 8 منحت للزوجة سواء السابقة أو اللاحقة برفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطليق في حال عدم الرضا بزواجه الثاني، وقررت أنه: «لا يكفي لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى، ويجب اثبات رضاها بهذا الزواج»¹.

وما يعاب على هذا التوجه من الناحية القانونية، أنه لا يتماشى وموقف الزوجة الثانية التي أصيبت إرادتها بعبء التدليس في حالة ما إذا أخفى عنها الزواج الأول، ويكون زواجها في هذه الحالة فاسدا يستوجب حقها في طلب الفسخ لا التطليق. وبالتالي، فإن هذا الحكم يرتبط بالزوجة الأولى على أساس أن زواجها صحيحا وطلب التطليق مرتبط بالضرر الذي أصابها من جراء الزواج الثاني².

كذلك من بين الإشكالات المرتبطة بتطبيق المادة 8 هو أن المشرع الجزائري اقتصر على الزوجة السابقة واللاحقة مع اغفال الزوجات السابقات، على أساس أن العدد المسموح به للتعدد هو أربع زوجات كما هو مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية.

كما أنه يعاب على المشرع، بأن ألزم الزوج المقبل على الزواج الثاني بإثبات المبرر الشرعي، دون أن يلزم الزوجة الأولى بتبرير موقفها في حالة الرفض، ومن هنا تطرح مشكلة التعارض بين المبرر الشرعي للزوج بالزواج، ومبرر الزوجة الراض له، خاصة إذا ما تأكد القاضي من شرعية مبرر الزوج وكان له من الموارد المادية المعتبرة التي تكفي لإعالة أسرته أو أكثر.

وفي هذه الحالة، ما على القاضي إلا الترخيص بالزواج الثاني إذا ما تبين من توافر الشروط الأخرى، هذا من جهة. وتعسف الزوجة الأولى بالرفض من جهة أخرى. فسلطة القاضي تفرض عليه الموازنة بين قيمة المبرر الشرعي والقدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وبين موافقة الزوجة حتى يكون قراره عادلا ومحققا للغاية التي أباح القانون والشرع لأجلها التعدد³.

¹ م.ع، غ.أ.ش، م.ر: 334060، ل 19-01-2005، م.م.ع، ع.1، 2005، ص.325.

² كريمة محروق، المرجع السابق، ص.140.

³ زغودي عمر، الإشكالات القانونية المتعلقة بقيود تعدد الزوجات، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمر التليجي، الأغواط، الجزائر، 2015، ع.1، ص.260.

وقد طُرح مشكل إخبار الزوجة الأولى قبل تعديل قانون الأسرة، والذي كان يعتد فقط بالإعلام دون الموافقة، فهناك من الفقه من رأى بأن الإعلام يكون عن طريق المحضر القضائي¹، الذي يتأكد منه القاضي قبل منحه الإذن بالزواج²، وفي حالة اغفال هذا الإجراء، فإنه يترتب عليه حق كل من الزوجتين المطالبة بالتطليق حسب المادة 8 والمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري. وهو ما نراه أمرا غير منطقيًا البتة، فكيف للزوج أن يخطر زوجته عن طريق القضاء وهي في عصمته وتعيش معه في نفس المسكن. غير أن هذا الطرح مستبعد بعد تعديل 2005، ذلك أن القاضي يتأكد شخصيا من رضا الزوجتين.

وعلى خلاف المشرع الجزائري، حرص المشرع المغربي على تحقق إخبار الزوج الزوجة السابقة برغبته في الزواج من امرأة ثانية، وهذا من خلال قيام المحكمة باستدعاء الزوجة المراد التزوج عليها، وهذا بموجب المادة 43 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: «تستدعي المحكمة الزوجة المراد التزوج عليها للحضور، فإذا توصلت شخصيا ولم تحضر أو امتنعت عن تسلم الاستدعاء توجه إليها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذارا تشعرها فيه بأنها إذا لم تحضر في الجلسة المحددة تاريخها في الإنذار فستبث في طلب الزوج في غيابها». ويرجع هذا التوجه لسعي المشرع إلى منح الزوجة نوع من الضمان القانوني الذي يراعى فيه صيانة كرامة الزوجة وأبنائها، من خلال تحري موقفها بشكل مباشر سواء كان بالقبول أو بالرفض³.

وعلى خلاف القواعد العامة للتبليغ التي نص عليها الفصل 38 من قانون المسطرة المدنية⁴ المغربية، يتم استدعاء الزوجة بواسطة المحضر القضائي في الموطن الذي يحدده الزوج، والذي يكون غالبا

¹ جيلالي تشوار، الثغرات...، المرجع السابق، ص.116.

² الفصل الثاني المعنون بـ عقود التبليغ، من الباب الحادي عشر بعنوان الآجال وعقود التبليغ الرسمي، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المواد من 406 إلى 416.

³ إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص.182.

⁴ ينص الفصل 38 من قانون المسطرة المدنية المغربية على أنه: «يسلم الاستدعاء والوثائق إلى الشخص نفسه أو في موطنه أو في محل عمله أو في أي مكان آخر يوجد فيه، ويجوز أن يتم التسليم في الموطن المختار؛ يعتبر محل الإقامة موطنًا بالنسبة لمن لا موطن له بالمغرب؛ يجب أن يسلم الاستدعاء في غلاف محتوم لا يحمل إلا الاسم الشخصي والعائلي وعنوان سكنى الطرف وتاريخ التبليغ متبوعا بتوقيع العون وطابع المحكمة».

مسكن الزوجية، أما إذا تبين انتقال الزوجة لغير ذلك الموطن، فإن الاستدعاء يتم في الموطن أو العنوان المحدد في عقد الزواج، وفي حالة غياب الزوجة عن الحضور، يتم انذارها من طرف المحكمة تحت طائلة البث في طلب الزوج غيابيا. وعليه، يمكن البت في الطلب في غيبة الزوجة المراد التزوج عليها إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه¹.

غير أنه في حالة ما إذا تبين أن غياب الزوجة راجع لعدم توصلها بالاستدعاء نتيجة تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة، فتطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي²، مع الأخذ بعين الاعتبار أنه ليس للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بالعقوبات الواردة في المادة سالفه الذكر، وإنما من خلال شكاية من الزوجة، التي تعتبر شرط أساسي لتحريك المتابعة من قبل النيابة العامة³.

وكما أشرنا مسبقا، فإن الهدف من استدعاء الزوجة، باعتباره إجراء جوهري في مسطرة التعدد، حتى يتبين القاضي من رضا الزوجة الأولى بالتعدد، كما يتبين من مدى صحة المبرر الموضوعي الاستثنائي، والذي أشرنا إليه أنه غالبا ما يكون بسبب في الزوجة الأولى سواء لعيب أو مرض أصابها. بالإضافة إلى حضور الزوج طالب الإذن بالتعدد.

ويقوم القاضي بالاستماع إلى الزوجين من خلال غرفة المشورة التي نصت عليها المادة 44 من مدونة الأسرة بقولها: «تجري المناقشة في غرفة المشورة بحضور الطرفين ويستمع إليهما لمحاولة التوفيق والإصلاح، بعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة للمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرر معلل غير قابل لأي طعن، إذا ثبت لما مبرره الموضوعي الاستثنائي، وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالهما».

¹ إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص.182.

² تنص المادة 361 من القانون الجنائي على أنه: «من توصل بغير حق إلى تسليم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل السابق أو حاول ذلك إما عن طريق الادلاء ببيانات غير صحيحة، وإما عن طريق التحايل بانتحال اسم كاذب أو صفه كاذبه، وإما بتقديم معلومات أو شهادات أو إقرارات غير صحيحة يعاقب بالحبس من ثلاثه أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامه من 200 إلى 300 درهم».

³ ياسين العمراني، قضاء النيابة العامة ومدونه الأسرة، دراسة ميدانية بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، 2007، ص.79.

وعلى هذا الأساس، تجري المقابلة في غرفة المشورة في جو سري يحضره القاضي والزوجين فقط، يتم من خلاله التعرف على موقف الزوجين من طلب الزوج، ويحاول التوفيق والإصلاح بينهما، سواء بعدول الزوج عن طلبه، أو بموافقة الزوجة على التعدد¹، وهذا بطبيعة الحال بعد استيفاء الإجراءات والشروط التي تطرقنا إليها مسبقاً، وهذا من خلال استقصاء البيانات والدفوعات والوقائع المثارة أمامها وعلى المحكمة في هذه الحالة إجراء بحث لمعرفة الأسباب الحقيقية لطلب التعدد².

والملاحظ أن هذا الإجراء هو إجراء صلح يقوم به القاضي على أساس، أن منحه سلطة التوفيق بين الزوجين، سيسفر عن نتيجتين لا ثالث لهما.

فإما أن يأذن بالتعدد، ومعناه أن القاضي استطاع التوفيق بين الزوجين، وأن له من المبررات ما تسمح له بذلك، ناهيك عن قدرته المادية المعتبرة التي تمكنه من إعالة الأسترتين؛ وكما يمكن أن تهدف محاولة الصلح إلى دفع الزوج للعدول عن طلبه بالتعدد، ومعناه أيضاً أن المحكمة استطاعت التوفيق بين الزوجين حتى ولو لم تأذن بالتعدد³.

أما النتيجة الثانية، فتتحقق في حالة عدم قدرة المحكمة على التوفيق بين الزوجين، بأن يتمسك الزوج بطلبه، وتتمسك الزوجة برفضها، فالقاضي في هذه الحالة يأذن بالتعدد إذا رأى بتحقيق الشروط الأخرى، حيث تنص المادة 2/44 من مدونة الأسرة على أنه: «للمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرر معلل غير قابل لأي طعن، إذا ثبت لها مبرره الموضوعي الاستثنائي، وتوافرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالهما»، لذلك فإن رفض الزوجة أو قبولها لا يؤثر على قرار القاضي بالإذن من عدمه، وإنما يؤثر على مدى استمرار العلاقة الزوجية بينهما ذلك أن مدونة الأسرة المغربية قررت مقتضيات غريبة نوعاً ما وليست لفائدة الزوجة بتاتا.

فإذا رفضت الزوجة أثناء جلسة المصالحة رغبة زوجها بأن يتزوج عليها، وتمسكت بطلب التطلق، وثبت للمحكمة تعذر استمرار العلاقة الزوجية، فتقوم المحكمة قبل الحكم بالتطلق بإلزام الزوج بإيداع

¹ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص.337.

² محمد الشافعي، الزواج...، المرجع السابق، ص.122.

³ عبد الكريم شهيون، المرجع السابق، ص.132.

مبلغ مالي كتعويض للزوجة والأطفال خلال سبعة أيام، حيث تقضي بفك الرابطة الزوجية بالتطليق بمجرد إيداع هذا المبلغ في الأجل المحدد، وإلا ستقضي برفض الإذن بالزواج¹.

غير أن الإشكال الكبير الذي يطرح في هذه الحالة، هو رفض الزوجة للتعدد وعدم طلبها للتطليق، مما سيدفع بالمحكمة إلى تطبيق مسطرة التطليق بصفة تلقائية وبغير طلب من الزوجة، وهذا ما نصت عليه المادة 2/45 من مدونة الأسرة بقولها: «فإذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائياً مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 بعده».

والمعروف أن طبيعة المرأة غالباً ما ترفض التعدد حتى ولو كان فيها من العيوب الخلقية والخلقية، غير أن هذا الرفض لا يعني أنها ستقوم بالتطليق، حيث دائماً ما تطمح في فرصة الاحتفاظ بزوجها ومناقشته في قراره الرامي إلى طلب التعدد، لتتفاجأ فيما بعد، أنها أمام دعوى شقاق².

وفي حقيقة الأمر يتعارض هذا التوجه القانوني من جهة، مع مقتضيات مدونة الأسرة المتشوفة إلى الحفاظ على الرابط الزوجية والتماس بقائها إلى آخر رمقها، حيث تنص المادة 70 من مدونة الأسرة على أنه: «لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناء لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال». ومن جهة أخرى، فإنه يتعارض مع مقتضيات المادة 03 من قانون المسطرة المدنية الذي يلزم المحكمة بعدم البث في غير طلبات الأطراف، حيث ينص على أنه: «يتعين على المحكمة أن تبث في حدود طلبات الأطراف ولا يصوغ لها أن تغير تلقائياً موضوع أو سبب هذه الطلبات».

ومن ناحية التطبيق السليم للنصوص القانونية، فإن المادة 2/45 من مدونة الأسرة هي الأولى بتطبيقها على أساس قاعدة الخاص يقيد العام. مما سيتسبب لا محالة في ضرر كبير للزوجة.

¹ إدريس الفاخوري، قانون...، المرجع السابق، ص. 183؛ محمد الكشور، الواضح...، المرجع السابق، ص. 338.

² حسن عجمي، التعدد والشقاق على ضوء أحكام المادة 45 من مدونة الأسرة، الموقع الإلكتروني: <https://www.bibliodroit.com/2017/10/45.html>، تاريخ النشر: 11-10-2017، تاريخ الاطلاع: 26-

02-2022، على الساعة: 14:04.

وهو ما تضمنته عديد الأحكام القضائية، ومن ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بفاس حيث جاء فيه: «حيث حاولت المحكمة جاهده تجاوز الخلاف المحتدم بين الزوجين بهدف الحفاظ على كيان الاسرة وذلك من خلال مناشدتهما لاستحضار المدة التي استغرقتها ارتباطهما وكذلك المصلحة الفضلى لأطفالهم الثلاثة، إلا أن كلاهما تصلب لموقفه مما أوصد الباب في محاوله السداد بينهما صلحا وحيث إنه أمام تشبث المدعي بطلبه الرامي إلى الاذن بالتعدد وممانعة المدعى عليها فيه، اضطرت المحكمة لإعمال مسطرة التطلق للشقاق التلقائي بينهما تطبيقا لأحكام الفقرة الاخيرة من المادة 45 من مدونه الأسرة»¹.

وتأكيدا لذلك قررت محكمة النقض في قرارها الصادر في 29-03-2016 أنه: «بمقتضى المادة 45 من مدونة الأسرة إذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها ولم تطلب التطلق، طبقت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق»².

أما بخصوص الزوجة المقبلة على الزواج، فقد تقرر لها أيضا حماية تشريعية، على الرغم من أنها غالبا ما تكون عاملة بهذا الزواج، نظرا للإجراءات الصعبة التي فرضتها مدونة الأسرة على الشخص الراغب في التعدد، حيث تنص المادة 46 من مدونة الأسرة على أنه: «في حالة الإذن بالتعدد لا يتم العقد مع المراد التزوج بها إلا بعد إشعارها من طرف القاضي بأن يريد الزواج بها متزوج بغيرها، ورضاها بذلك ويضمن هذا الإشعار والتعبير عن الرضى في محضر رسمي»، وقد ذهب القضاء المغربي³ لأبعد من ذلك، حيث اعتبر الزواج غير صحيح، الذي لا يتم فيه إشعار الزوجة المقبلة على الزواج، واعتبرته تدليسا من شأنه أن يعيب إرادتها، مما يمكنها من طلب فسخ الزواج مع المطالبة بالتعويض، وهذا طبقا لنص المادة 66 من مدونة الأسرة المغربية⁴، وهو الأمر الذي اعتمده القضاء المغربي من خلال قرار محكمة النقض في 23-08-2011 مفاده أنه: «لكن ثبت تدليس الزوج بإدلائه بتصريح كاذب بخصوص

¹ المحكمة الابتدائية بفاس، قسم قضاء الأسرة، ل 04-03-2010، م.ش، ع. 119-1618-09. مقتبس عن: نعيمة أمان، المرجع السابق، ص. 40.

² م.ن.م، غ.أ.ش، ع. 292، ل 29-03-2016، م.ش، ع. 628-2-1-2015. الملحق رقم. 42.

³ محكمه الاستئناف بالقنيطرة، ل 29-01-2009، م.ش، ع. 359-83، مجله الاشعاع، ع. 3، ص. 131.

⁴ عبد الكريم شهبون، ص. 134.

وضعيته الاجتماعية تسهياً لعقده على امرأة ثانية دون احترام مسطرة التعدد، فإن القانون، وإن جرم فعله، لم يخول للزوجة الأولى طلب فسخ عقد زواج زوجها، ويبقى للزوجة الثانية وحدها الحق في المطالبة ببطلان عقد زواجها إذا ما ارتأت ذلك، وأثبتت أن رضاها شابها عيب من عيوب الرضا¹.

ثالثاً- تقديم طلب الترخيص:

يعتبر طلب الترخيص بالزواج الثاني من الشروط المستحدثة في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، والذي يكون من اختصاص رئيس محكمة مسكن الزوجية الذي يتأكد من توافر المبرر الشرعي وموافقة الزوجة السابقة اللاحقة، بالإضافة إلى قدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، والذي يكون من خلال الحضور الشخصي لكل الأطراف، وعلى هذا الأساس يعتبر الإذن بالتعدد من الأعمال الولائية التي قررها القانون لرئيس المحكمة².

غير أن الواقع العملي وحتى قبل أن يجعل المشرع الرخصة القضائية بيد القاضي، فلم توجد لجنة تنتقل من أجل معرفة مدى توافر شروط التعدد كما أن إضافة النصوص القانونية المقيدة تجعل منها حاجزاً نفسياً للراغب في الزواج خاصة أمام الإجراءات التي تفرضها المحكمة والتي تكون في بعض الأحيان محرجة للمقبل على التعدد.

ومن هنا تظهر صعوبة التعدد في القانون الجزائري من الناحية الرسمية. وعليه، لا يمكن تصور زواج رسمي تام دون ما قرره المادة سالفة الذكر. وبالتالي، توجه الأنظار إلى الزواج العرفي حيث تنص المادة 22 من قانون الأسرة على أنه: «يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي».

وما يمكن القول بخصوص هذه المادة، أنها أفرغت المادة 08 من محتواها إذ يمكن للزوج أن يبرم زواج ثانٍ شرعي وبعد الدخول يلجأ إلى القضاء لتثبيته، وفي هذه الحالة ليس على القاضي سوى الحكم له بإثبات الزواج، وليس على الزوجة الأولى سوى طلب التطليق طبقاً لأحكام المادة 53 من قانون

¹ م.ن.م، غ.أ.ش، ع.439، ل 23-08-2011، م.ش، ع.154-2-1-2011، مجلة قضاء محكمة النقض، ع.75، ص.111.

² كريمة محروق، المرجع السابق، ص.140.

الأسرة. وهذا ليس بجل، خاصة إذا كان بينهما أطفال، فبعد أن تكون زوجة مستقرة تعيش وأبنائها في عش الزوجية، قد ترمي بنفسها في تعداد المطلقات وسوف تندم عليها يوم لا ينفع الندم، إذ تنزل عليها مصيبتان بدل مصيبة واحدة. فإما أن تبقى كزوجة مع المطالبة بحقوقها إلى جانب ضررها، والذي يكون أصلح لها من الطلاق وتشردا وتشرد الأبناء. فكان على المشرع أن يشدد من مبدأ العدل والنفقة ويرفقه بجزاءات عقابية صارمة، أفضل من فتح الباب أمام النساء للمطالبة بالتطليق، الذي أصبح يتزايد يوم بعد يوم¹.

وعلى هذا الأساس كان من الأفضل جعل التعدد بيد المرأة الثانية فهي التي تقبل أن تكون زوجة ثانية، وممارسته تكون بيد الزوج باعتباره يمارس حقا شرعيا حيث جاء في قرار مجمع البحوث الإسلامية في 1965 حول مدى مشروعية اشتراط إذن القاضي لإباحة تعدد الزوجات، حيث قرر: «إن التعدد مباح بصريح القرآن الكريم وبالقيود الواردة فيه وممارسة هذا الحق تعود لتقدير الزوج دون تقدير القاضي»²، ودور القضاء و إشرافه يكون فقط على مدى قيام الزوج بواجباته الشرعية تجاه نساءه جميعا من عدل وحسن معاملة، وهذه الرقابة القضائية لا تختص بحالة التعدد بل تشمل حالة الزوجة الواحدة³.

غير أن المشرع المغربي، اعتبر طلب الإذن بالتعدد من قبيل الطلبات القضائية التي تفصل فيها المحكمة في إطار سلطتها القضائية لا الولائية⁴، فالمواد من 42 إلى 46 تضمنت شروط وجب على طالب الإذن توفيرها، لتقوم المحكمة بدراسة مدى شرعيتها، كما أن المشرع المغربي لم يبين كيفية تقديم هذا الطلب، وهو الأمر الذي يدفع إلى تبني القواعد العامة المعمول بها في ظل قانون المسطرة المدنية⁵، التي تقتضي رفع دعوى قضائية، وما يشملها من دفع الرسوم القضائية، مع تقديم هوية الطرفين -الزوج والزوجة-، وسرد الوقائع والطلبات، وتحديد المبرر الموضوعي الاستثنائي وإثباته، مع مجموعة الوثائق التي

¹ خليل عمرو، المرجع السابق، ص.221.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.41.

³ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.27.

⁴ حساين عبود، قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة، الكتاب الأول المتعلق بالزواج، مجلة القضاء والقانون، ع.50، 2005، ص.104.

⁵ محمد المهدي، النظام القانوني لتعدد الزوجات في ضوء مستجدات مدونة الأسرة، مجلة القانون المغربي، ع.14، 2009، ص.26.

يؤسس عليها طلبه، ومن ذلك شهادة الأجر والتصريح الضريبي بالدخل وكل ما يفيد وضعية الزوج المالية¹.

ليصدر بعد ذلك قاضي الأسرة² الإذن للزوج بالتعدد من خلال مقرر معلل غير قابل لأي طعن، مع تقييده بشروط لفائدة الزوجة أو الأطفال كتخصيصهم بسكن مستقل بهم أو تسديد مبالغ النفقة الواجبة على الزوج، وهذا ما نصت عليه المادة 44 في فقرتها الأخيرة؛ مع الإشارة إلى أنه لو كان حكم المحكمة بقبول طلب التعدد غير قابل للطعن، فإن رفض الطلب بالإذن يقبل الطعن بكل أوجه الطعن العادية وغير العادية، وقد جاء في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 10 فبراير 2015 : «بمقتضى المادة 44 من مدونة الأسرة فإن المقررات القضائية التي تأذن بالتعدد لا تقبل أي طعن، والقرار الاستثنائي لما قضى بإلغاء الحكم الابتدائي وبعد التصدي الإذن بالتعدد، فإنه لا يقبل أي طعن»³.

¹ حفيظ كريني، دليل التقاضي أمام قضاء الأسرة، مكتبة الرشاد، ط.1، المغرب، 2007، ص.48.

² على اعتبار أن الاختصاص المحلي في التشريع المغربي ينعقد لقاضي الأسرة المختص وليس لرئيس المحكمة كما هو مقرر في القانون الجزائري.

³ م.ن.م، غ.أ.ش، ع.60، ل 10-02-2015، م.ش، ع.572-1-2-2014، مجلة قضاء محكمة النقض، ع.79، 2015، ص.109.

الختامة

في الختام، يمكن القول إن المنظومة التشريعية المغاربية لازالت وستظل في الصراع الثنائي بين اللواء المحافظ والتمسك بمبادئه الأصولية المستمدة من الشريعة الإسلامية. واللواء الذي يدعو إلى التجديد ومواكبة التطور الحضاري الذي مسّ جميع الأطياف الاجتماعية، ودعوته المستمرة التي وصلت إلى ضرورة استئصال المبادئ الشرعية ووضعها في المتحف باعتبارها تراث تاريخيا أكل عليها الدهر وشرب. وفي حقيقة الأمر، فقد أسست التشريعات الأسرية المغاربية (الجزائر-تونس-المغرب) من حيث المبدأ أنظمتها القانونية من الشريعة الإسلامية. حيث أصبحت الأسرة في العالم المغاربي آخر الحصون المتمسكة بها، وهو ما ظهر من خلال دراستنا لإشكالية الثابت والمتغير في أحكام الزواج. ومع ذلك، فقد اتسمت بدرجة من التفاوت في التأصيل المرجعي من النصوص الشرعية خاصة الثابتة، والتي وصلت إلى درجة الانحدار، خاصة إذا ما تتبعنا الإطار الزمني لإصدار القوانين الأسرية والتعديلات الواردة عليها، سواء بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة 84-11، والأمر 05-02. أو بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية بين إصدارها سنة 1956 والتعديلات المتعاقبة عليها إلى سنة 2011. وبين مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة، ومدونة الأسرة المغربية الجديدة سنة 2004. وهو الأمر الذي سنوضحه من خلال إبراز نتائج البحث فيما يلي:

- إن المقصد الرئيسي من تشريع الخطبة هو التمهيد لعقد الزواج، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن تقتن بأي حال من الأحوال بأي إلزام، فهي تعتبر عملا ماديا. هو الأمر الذي يعتبر من الثوابت التي سعت الشريعة الإسلامية إلى تحقيقه من خلال مقاصدها الشرعية، والذي التزمت به التشريعات المغاربية من خلال نصوصها القانونية التي اعتبرها وعد بالزوج. وتأكيدا لذلك يعتبر العدول عن الخطبة من الحقوق الأصيلة المقررة شرعا وقانونا التي تتماشى مع المبدأ العام الذي يقضي بالحرية في الزواج دون إكراه أو قيد. ومع ذلك فإن هذه النصوص افتقدت الدقة اللازمة في تحديد التكييف القانوني للخطبة، فكان من الأجدر أن تعتبرها بمثابة «الطلب» للزواج، وهو الأمر الذي يقضي على اللبس الذي يقع في تحديد مدى إلزامية الوعد من عدمه.

- وعلى الرغم من اعتبار الخطبة عمل مادي، فإن هذا لا يمنع من أن تترتب بعض الآثار الشرعية والقانونية. فتقديم الخاطب للمهر بصفة معجلة لا يمنعه من استرداده إذا انقضت الخطبة من غير إبرام عقد الزواج، لأنه يثبت به. فهو أيضا من المسائل الثابتة شرعا وقانونا. غير أن الإشكالات المرتبطة بجزئياته المتعلقة بكيفية استرداده، هي من الأحكام الفرعية المتغيرة التي تخضع للاجتهاد على حسب المكان والزمان، وهو الأمر نفسه المتعلق بالهدايا. وهذا ما يوضح لنا اختلاف الفقه الإسلامي بداءة، وأيضا بالنسبة للتشريعات المغاربية التي عرفت تفاوتات في تنظيم هذه المسائل.

- كما أنه لا يمكننا الجزم بأن التعويض في حالة الأضرار المترتبة على العدول عن الخطبة من قبيل المصلحة العامة الثابتة بدءا بما جاء في الشريعة الإسلامية من خلال مصادرها الثابتة، وإنما باعتبارها من المسائل المتغيرة التي يتم تقريرها على حسب المصلحة التي تتحقق بها مقاصد الشريعة الإسلامية، وهو ما يؤكد إغفال الفقه الإسلامي المتقدم التطرق لها. وحتى بالنسبة للمشرع المغاربي، فقد اعتمد في تقريره للتعويض على حماية المصلحة الخاصة، وذلك باعتبارها من الأمور المرنة التي تتغير بتغير أطرافها من جهة. والظروف المحيطة بها، من جهة أخرى. وهو ما يؤكد الاختلاف التشريعي بين المشرع الجزائري والتونسي الذين اعتبرا أساس التعويض على العدول هو نظرية التعسف في استعمال الحق؛ والمشرع المغربي الذي اعتبره في قواعد المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ التقصيري والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

- ومن الثابت شرعا أن الولد للفراش، وعليه فلا مجال للقول بإثبات النسب من غير الزواج، وهو الأمر الذي تبناه المشرع الجزائري والمشرع التونسي مبدئيا. غير أن المشرع المغربي تعدى بشكل صارخ على قاعدة شرعية قطعية من خلال المادة 156 من مدونة الأسرة المغربية التي تمنح النسب الشرعي للطفل الناتج في مرحلة الخطبة. ومن جهة أخرى، أجاز المشرع التونسي ما يسمى باستلحاق النسب. وعليه، فإن كان الغرض من هذا التوجه تصحيح أوضاع اجتماعية طرأت لدى المجتمعين التونسي والمغربي، فإن في هذه النصوص مخالفة بيّنة للحدود الشرعية التي أقرها المولى عز وجل، والتي لا يجوز مخالفتها.

- يعتبر الاختلاف في جنس المقبلين على الزواج من المسائل البديهية والفطرية المقررة في الشريعة الإسلامية والقوانين المغاربية للأسرة، وذلك حتى يتحقق من خلالها الهدف الرئيسي لعقد الزواج والمتمثل في التناسل. ومع ذلك فقد أقر فقهاء الشريعة الإسلامية للخنثى على اختلاف أحواله في مباشرة عقد الزواج، وهو الأمر الذي عجزت التشريعات المغاربية عن مواكبته من خلال نصوص قانونية تنظيمية لهؤلاء الأشخاص، سواء تلك المتعلقة بمباشرة زواجه. أو الخاصة بالإجراءات الطبية التي تساعد في تصحيح جنسه.

- وعلى الرغم من مشروعية التصحيح الجنسي، غير أن هناك فئة شاذة في المجتمع المغربي اتخذت غطاء للقيام بعملية التغيير الجنسي تحت ذريعة الغموض النفسي الجنسي، وهو الأمر المرفوض تماما من الناحية الشرعية لما فيه من تغيير لخلق الله، ولم يكن للتشريعات المغاربية أية نصوص قانونية ردعية لهذا النوع من التصرفات.

- كما يعتبر الزواج المثلي من التصرفات التي تمثل تعديا على حدود الله تعالى، وقد كان لها النصيب من النصوص العقابية سواء من الناحية الشرعية أو القانونية. وعلى الرغم من اغفال التشريعات المغاربية لحكم الزواج المثلي، فإنه يستخلص من النصوص العقابية التي تجرم أفعال الشذوذ الجنسي، فمن باب أولى يمنع الزواج المثلي.

- يعتبر مبدأ الرضائية في العقود من الأسس العالمية الثابتة التي ينبغي أن تُبنى عليه العلاقات الاجتماعية على غرار عقد الزواج. وقد اعتمدت القوانين المغاربية للأسرة في تقنينها لأحكام الرضا في عقد الزواج على جانبه المعنوي، وأغفلت جانبه المادي والمتعلق بأحكام التعبير عن الإرادة باستثناء المشرع المغربي في هذه الحالة. وهو الأمر الذي استرسل فيه فقهاء الشريعة الإسلامية تحت ما يعرف بالصيغة في عقد الزواج، وذلك مع اختلاف توجهاتهم حول بعض المسائل الفرعية.

- وقد ساءرت التشريعات المغاربية حركة تقنين سن الزواج، وذلك من خلال هجر ما كان معتمدا في الشريعة الإسلامية التي تعدد بالبلوغ الطبيعي لتحديد أهلية الشخص المقبل على الزواج. وهو الأمر الذي بقي محل نزاع شرعي حول مدى شرعية هذا التقنين من عدمه. مع التأكيد بشكل قاطع على أنه لا يمكن اعتبار هذه المسألة من قبيل المسائل الثابتة في الشريعة الإسلامية.

- كما أن الاختيارات القانونية للدول المغاربية حول معيار الكفاءة في عقد الزواج جاءت محتشمة بصفة كبيرة مقارنة مع ما جاء به الفقهاء؛ ولعل التوجه القانوني في هذه المسألة يميل إلى المظاهر المادية التي تتحقق به كفاءة الأشخاص المقبلين على الزواج، وهو الأمر الذي يظهر من خلال الزامية استصدار الشهادة الطبية للمقبلين عليه. على الرغم من عدم جدية الأشخاص في الاعتداد بهذا الاجراء.

- وأغفل المشرع الجزائري والتونسي النص على أحكام عيوب الإرادة في عقد الزواج، أو ما يعرف بالخيارات في الشريعة الإسلامية، من خلال مواد قانونية عامة، إلا من خلال أحكام خاصة كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري في المواد 8 و 13 من قانون الأسرة. الأمر الذي رتب فراغا قانونيا كبيرا من شأنه أن يؤثر على توجه القضاء. وهذا على خلاف المشرع المغربي، الذي خصص نصوصا قانونية عامة في مدونة الأسرة تعالج مسألتى التدليس والإكراه في عقد الزواج.

- يعتبر توجه التشريعات المغاربية للأسرة بخصوص مسألة الولاية في عقد الزواج، خرقا صريحا لحكم شرعي ثابت. وذلك من خلال إلغاء دور الولي بصفة كلية من زواج من هم في ولايته؛ وتم منحها للمرأة الراشدة على نفسها. ويترتب على هذا الإلغاء والتغيب زعزعة استقرار الأسرة خاصة أمام الحركات الدولية الغربية التي تحمل لواء العولمة والتحرر. على الرغم من أن الفقهاء على اختلافهم، أجمعوا على الدور الإيجابي للولي في عقد الزواج.

- وبخصوص مسألة الصداق في عقد الزواج، فهو من الأمور الثابتة شرعا في وجوده من عدمه، وقد اعتبرته التشريعات المغاربية شرطا من شروط صحة الزواج. غير أن طبيعته المالية، قررت عديد الاختلافات بين المذاهب الفقهية، والتي امتدت إلى النصوص القانونية. والتي نستخلص منها مجموعة من النقائص التشريعية، خاصة المتعلقة بقواعد الإثبات في حالة النزاع على الصداق، مع الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية، استرسلوا في مسألة الإثبات في حالة النزاع، سواء على تسمية أو مقدار أو قبض الصداق.

- اعتمدت التشريعات المغاربية مذهب جمهور الفقهاء، في اعتبار الشهادة في عقد الزواج من شروط صحته. وهو الأمر الذي تتحقق معه مقاصد الشريعة الإسلامية، وذلك لما يوفره من العلانية اللازمة لإشهار هذا الزواج. وقد قرر المشرع المغربي والتونسي إجراءات خاصة بمسألة الشهادة، وذلك من خلال

العدول الذين يقومون بالإشهاد على الزواج بمناسبة ممارستهم الوظيفية، وفي هذا حماية لعقود الزواج من الإشهاد والإنكار، وهو الأمر الذي يتحقق أيضا من خلال ما قرره المشرع الجزائري بضرورة حضور شاهدين لمجلس عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، حيث تتحقق الوظيفة الحمائية للزواج على أساس أنهما يمضيان في عقد الزواج على ما تلقياه في مجلس العقد.

- وبالنسبة لموانع الزواج، وعلى منوال الشريعة الإسلامية، فإنه يعتبر من النظام العام في القوانين المغاربية للأسرة. غير أن ما جنح إليه المشرع التونسي، من خلال اغفاله التطرق إلى مانع زواج المسلمة بغير المسلم؛ أثار مجموعة من التساؤلات حول مرجعيته الشرعية، التي تعبر عن المجتمع التونسي، خاصة أن هذه المسألة تعتبر من المسائل الثابتة شرعا وقانونا. وفي هذا تعدي واضح على حكم شرعي قطعي. كما يلاحظ من خلال توجهات القوانين المغاربية، إغفال العديد من الحالات التي تعتبر من قبيل موانع الزواج، على شاكلة زواج المسلم بالمشركة، أو بمن لها شبهة الكتاب، أو بالمرتدة. وكذلك بالنسبة للزواج من الشيعة الرافضة.

- إن الاختيارات التشريعية في الدول المغاربية بالنسبة لزواج القاصر، اتخذت سبيلا مختلفا عما هو مألوف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال نزع الولاية الخاصة بزواج القاصر من الولي ومنحها للقاضي باعتباره صاحب الولاية العامة، بالإضافة إلى مجموعة الضوابط التي تعتبر إجرائية إلى حد كبير، وهي ما تعرف بمؤسسة الترشيد القضائي. وهذا النهج يميل في مبدئه إلى منع زواج الصغار إلا استثناء. وفي الحقيقة، لا يتعلق الأمر في هذه الحالة بمسألة ثابتة شرعا، وإنما تخضع للمتغيرات الاجتماعية الراهنة التي تختلف عما كانت سابقا؛ والملاحظ في فلسفة التشريعات المغاربية في تقريره لهذا المنع، باعتباره تحصيل حاصل لما تبناه في الأحكام العامة لأهلية الزواج.

- لقد تبني المشرع التونسي موقفا مخالفا لنص قرآني صريح، وذلك بتجريم تعدد الزوجات، والذي ترتب عليه العديد من الانحرافات المجتمعية، فأصبحت جريمة الزنا وفق هذا التوجه أهون من جريمة التعدد. وبالنسبة للمشرعين الجزائري والمغربي، فقد اتجها إلى تغيير التكييف الشرعي لتعدد الزوجات من الحق إلى الرخصة القضائية، وهو الأمر الذي يخالف أيضا الشريعة الإسلامية، لكن على درجة أقل من

المشرع التونسي. وفي حقيقة الأمر، لو تم إخضاع نظام تعدد الزوجات، إلى ميزان الأحكام التكليفية الخمس، لكانت نسبة إبرامه في الوقت الراهن، أقل بكثير من النظام القانوني المعمول به حالياً.

وفي الأخير، وناهيك عن إبراز مواطن التوافق بين الثوابت الشرعية القانونية، ومدى جواز استحداث أحكام قانونية، وإن لم تتفق مع الآراء الفقهية، مع دخولها تحت مظلة الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

بالإضافة إلى إبراز مواطن النقص في الصياغة القانونية سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية. فإن التأكيد على نسبية المبدأ القاضي بأن: «القانون هو وليد التطورات الاجتماعية»، هو الهدف الأساسي من طرح إشكالية الثابت والمتغير في أحكام الزواج؛

ولما كان الزواج بمثابة الميثاق الغليظ كما عبر عليه المولى عز وجل: ﴿وَأَخَذْنٰ مِنْكُمْ مِّيثَاقًا عَلِيًّا﴾¹. فإن أحكامه القطعية جاءت من وحي السماء بصفة قطعية، يتم الاحتكام ما دام الإنسان موجوداً، بغض النظر عن متغيراته الاجتماعية والزمنية. وهو الأمر الذي يدفعنا إلى التطرق إلى أهم المقترحات المستخلصة من هذه الدراسة:

- ضرورة إعادة النظر في الفلسفة التشريعية المغاربية في وضع النصوص القانونية، والتي اتسمت في بعض الأحيان بتقليد الواقع الغربي المستند إلى المرجعية العلمانية. بل اتجهت إلى ما يسمى بالتطبيع القانوني للدول الغربية الريادية، وذلك من أجل اكتساب الشرعية الدولية في المسائل السياسية والاقتصادية، على حساب الأسرة المغاربية المسلمة، ونخص بالذكر في هذه المسألة توجه المشرع التونسي، من خلال حذف الشريعة الإسلامية من المصادر الشكلية لمجلة الأحوال الشخصية، وحذف مانع زواج المسلمة بغير المسلم. وبالنسبة لتوجه المشرع المغربي، في إثبات نسب الطفل الناشئ في مرحلة الخطبة. فعلى الرغم من أن المشرع مغلوب على أمره في هذا التوجه نظراً لكثرة الأمهات العازبات التي يعرفها في هذا الوقت. غير أن هذا التوجه مخالف للنظام العام المغربي المستمد من الشريعة الإسلامية، إذ ينبغي الرجوع عليه.

¹ سورة النساء، الآية 21.

كما ينبغي إعادة السلطة الإيجابية للولي في زواج موليته، فسواء بالنسبة لتوجه المشرع الجزائري أو المغربي أو التونسي، فإن دور الولي في عقد الزواج سلبي محظ. فعلى الأقل أن يتخذوا من المذهب الحنفي سندا شرعيا، ذلك أن سلطة الولي على زواج مواليه لاحقة لعقد الزواج.

- وبخصوص النقائص التشريعية الملاحظة لدى التشريعات المغاربية بكثرة، على أساس أن القواعد القانونية الصادرة تكون في العادة قابلة للتطبيق في الماضي، أي على الوقائع التي كانت سببا في نشوئها. وعليه، فإن أهم النقاط التي ينبغي عليه التطرق إليها، ما تتعلق بزواج الخنثى، وقبل ذلك اتاحة السبل القانونية التي تمكنه من التصحيح الجنسي حتى يتسنى له ممارسة حقه الطبيعي في الزواج، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، النص الصريح على تجريم المثلية الجنسية والتغيير الجنسي سواء باعتبارها وقائع أو تصرفات قانونية. وهذا لا يتأتى من خلال قوانين الأسرة المغاربية، وإنما من خلال التشريعات العقابية، على اعتبار أنها تمثل السيادة الوطنية حمايةً للنظام العام. بل الأكثر من ذلك، باعتبارها من المبادئ الدستورية التي يقوم عليها المجتمع المغربي المسلم.

- ومن أهم التوصيات المستخلصة في هذه الدراسة، تلك المتعلقة بالاجتهاد القضائي في المسائل الأسرية. وعليه، فإن درجة الدقة والتوفيق في الأحكام والقرارات القضائية تتناسب طردا مع دقة النصوص التشريعية. وهو الأمر الذي يستدعي منا الحديث على الكفاءة الفنية والتقنية للقاضي، ومدى إلمامه بالتخصص في الأحكام الشرعية والقانونية للنظام الأسري. والقصد من هذا الطرح، لا يُعنى به الطعن في كفاءة القضاة، وإنما في مدى كفاية هذه الكفاءة في مراعاة روح القانون والحكم بما يحقق المصلحة المجتمعية التي تتشوف إلى الحفاظ على الروابط الأسرية أكثر من تفرقتها.

وعلى هذا الأساس، كان لابد من النظر إلى القضاء الأسري نظرة تمييزية مقارنة بغيره، وذلك من خلال تكوين القضاة المتخصصين في المسائل الأسرية، تكويننا خاصا يراعى فيه الضوابط المثالية للاجتهاد، حتى تتحقق الضمانات القانونية للمتقاضين في المسائل الأسرية، والمتمثلة في التطبيق السليم للقانون.

قائمة الملاحق

-الملاحق رقم.01: محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، ع.26313، ل 25-04-2009.

<p>وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ الأسعد الرمضاني حسب محضره عدد 3774 بتاريخ 10 ماي 2008.</p> <p>وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة في 22 ماي 2008 حسب مقتضيات الفصل 185 من م.م.ت.</p>	<p>قرار تعقيبي مدني عدد 26313 مؤرخ في 25 أفريل 2009 صدر برئاسة السيدة حميدة العريف</p> <p>المادة : شخصي.</p> <p>المراجع : الفصل 497 من مجلة الالتزامات والعقود.</p> <p>المفاتيح : زواج سابق، علم، إثبات، يمين حاسمة.</p>
<p>وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة في 30 ماي 2008 من الأستاذ عبد العزيز الكامل نيابة عن المعقب ضدها والرامية إلى طلب رفض مطلب التعقيب أصلا.</p>	<p>المبدأ :</p> <p>إن العلم بالزواج السابق من عدمه هو من قبيل الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات وإن طلب توجيه اليمين الحاسمة على الخصم في خصوص العلم بالزواج السابق عند الخطبة وبخصوص البعض من الهدايا جائز قانونا.</p>
<p>وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل النقض والإحالة مع الإعفاء.</p> <p>وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجزة الشورى صرح بما يلي :</p>	<p>أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :</p> <p>بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 24 أفريل 2008 تحت عدد 26313 من الأستاذة سهام الزموني الصغير المحامية لدى التعقيب.</p> <p>نيابة عن : رفيق.</p> <p>ضد : نجاه. ينوبها الأستاذ عبد العزيز الكامل المحامي بالمنستير.</p>
<p>من حيث الشكل :</p> <p>حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغته القانونية طبق أحكام الفصل 175 وما بعده من م.م.ت. مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.</p>	<p>من حيث الأصل :</p> <p>حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردتها القرار المنقذ والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الأصل (المعقب الان) بواسطة نائبه عارضا لدى محكمة الدرجة الأولى أنه يربط علاقة خطوبة مع المطلوبة خلال شهر مارس 2004 وقدم لها عدة هدايا وقطع مصوغ مبينة بالقائمة المصاحبة تبلغ قيمتها خمسة عشر ألف دينار تقريبا وقد عمدت هذه الأخيرة إلى فسخ الخطوبة وعقدت صداقها على شخص آخر خلال شهر جويلية 2004 ورفضت إرجاع الألباش</p>

المعلم الثاني : في مضم حقوق الدفاع وضعف التعليل

بمقولة أن محكمة الحكم المطعون فيه اعتبرت أن طلب إعادة التحريرات، وتلقي صيغة اليمين غير وجيه والحال أن منوبه مكن والدته من توكيل لحضور التحريرات وهو ما يثبت وانه يقيم بالخارج ويتعذر عليه الحضور بالتحريرات إضافة لذلك فان محكمة الحكم المطعون فيه لم تأخذ بعين الاعتبار الشهادة الكتابية الصادرة عن شقيق المعقب ضدها المدعو المنصف والحكم الصادر في 10 أبريل 2003 تحت عدد 03/4109 عن محكمة لياج ببلجيكا والذي يثبت أن منوبه في حل من الرابطة الزوجية الأولى من ذلك التاريخ وانتهى إلى أن محكمة الحكم المطعون فيه لم تستجب لطلبه الترامي لحل المفاوضة قصد تقديم شهادة كتابية حاسمة للنزاع يؤكد فيها المدعو فرج (الشقيق الثاني للمعقب ضدها) بان شقيقته كانت على علم عند إتمام الخطبة بعلاقة الزواج الأولى لمنوبه وأنها هي من نكلت في إتمام مراسم الزواج (أدنى بها لدى هذا الطور).

المعلم الثالث : في قصر السبب وانعدام السند

بمقولة أن محكمة الحكم المطعون فيه عللت حكمها بأن منوبه لم يتوصل لإثبات كونه في حل من الروابط الزوجية خلال فترة الخطبة كما لم يدل بما يفيد انه دعا خطيبته للزواج وأنها رفضت ذلك والحال أن الخطبة هي واقعة قانونية ولم يشترط لقانون أن يكون الخطيب في حل من الروابط الزوجية قبل عقد القران وطلب النفض والإحالة. وحيث رد نائب المعقب ضدها بما يتفق وما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد طالبا الحكم برقص مطلب التعقيب أصلا.

له طالبا الإذن بالتحريير على الطرفين وسماع بينة منوبه وتكليف خبير في الألباش والمصوغ والحكم بإلزام المدعى عليها بان ترجع لمنوبه الهدايا والمصوغ أو أداء قيمتها حسبما ينتجه الاختبار استنادا لأحكام الفصل 2 من م.أ.ش والفصلين 20 و21 م.م.م.ت.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها عدد 17824 بتاريخ 2 مارس 2005 يقضي ابتدائيا بعدم سماع الدعوى الأصلية وإيقاع مصريفها محمولة على القائم بها وقبول الدعوى للمعارضة شكلا ورفضها موضوعا معتبرة أن الخطوبة القائمة بين الطرفين غير ممكنة قانونا لثبوت قيام زواج المدعى واستحالة إتمام الرغبة مع المدعى عليها بفعل إرادتي من المدعى وبالتالي فلا مجال لاعتبار النكول صلدا عن المدعى عايبا.

فاستأنفه المدعى في الأصل وبعد إتمام الإجراءات أصدرت محكمة الاستئناف بالمنستير حكمها السالف تضمن نصه معتبرة أن الدعوى ظلت فائدة للسند القانوني إذ لم يثبت نكول المستأنف ضدها عن الخطبة خاصة وأن الطاعن لم يدل بما يفيد أنه سعى لإتمام الزواج الموعد وأن خطيبته رفضت.

فتعقبه المدعى في الأصل بواسطة نثبه نسبيا له ما يلي:

المعلم الأول : في تحريف الوقائع

بمقولة أنه ورد بالحكم المطعون فيه أن الخطبة تمت في شهر مارس 2003 والحال أنها تمت في شهر مارس 2004 حسبما تضمنته عريضة الدعوى وقد اتفق الطرفان على إتمام الزواج خلال شهر جويلية 2004 إلا أن المستأنف ضدها تزوجت بالغير في نفس تلك الفترة وهو ما من شأنه أن يثبت نكولها وبالتالي فإنه لم يبق موجب لدعوتها للزواج من طرف منوبه.

المحكمة

عن جملة المطاعن لآحاد وجه القول فيها :

حيث ولئن كان تقدير الوقائع من اختصاص قضاة الأصل إلا أن ذلك مشروط بحسن التعليل المطابق للنتيجة التي انتهوا إليها على ضوء ما توفر لديهم من مؤيدات وأعمال استقرائية.

وحيث تمحور النزاع بين الطرفين حول ثبوت نكول المعقب ضدها من عدمه عن الخطبة وقد تمسك الطاعن بعلم خصيمته بزواجه السابق من غيرها عند خطبتها في حين نفت المعقب ضدها ذلك.

وحيث أن العلم بالزواج من عدمه هو من قبيل الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات وإن طلب المعقب توجيه اليمين الحاسمة على خصيمته في خصوص علمها بزواجه عند الخطبة وبخصوص البعض من الهدايا جائز قانونا تطبيقا لأحكام الفصل 497 من م.إ.ع.

وحيث ثبت بالرجوع لأوراق الملف أن محكمة الحكم المطعون فيه أصدرت حكما تحضيريا بجلسة يوم 10 ماي 2007 لإجراء تحريرات مكتبية وذلك يوم 28 ماي 2007 ولم يتسنى للمستأنف (المدعى في الأصل) الحضور بالموعد لقرب موعد التحريرات وقد طلب محاميه الإنذار بإعادة التحريرات لتمكين منوبه من الحضور إلا أن المحكمة تجاوزت هذا الطلب دون تعليل والحال انه كان على محكمة الحكم المطعون فيه الأخذ بعين الاعتبار لمعطيات القضية وخاصة ظروف الطرفين ومن ذلك إقامة المستأنف بالخارج بسبب عماله وتعيين موعد متسع لتمكينه من الحضور للتحرير عليه بخصوص صيغة اليمين التي ينوي توجيهها وذلك تكريسا لمبدأ المواجهة واحتراما لحقوق الدفاع.

وحيث أن ما ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه من تجاوز لطلب إعادة التحريرات بسبب تخلف المستأنف عن الحضور بالموعد الأول يشكل مضمنا لحقوق النفاذ من شأنه أن يعرض حكمها للنقض.

ولهاته الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بالمنستير لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم السبت 25 أفريل 2009 عن الدائرة المدنية السادسة برئاسة السيدة حميدة العريف وعضوية المستشارين السيدين فوزي بن عثمان وراضي العايش بمحضر المدعى العام السيدة نجاة قاسم وبمساعدة كاتبة الجاسة السيدة جميلة مسعود.

وحرريه تاريخه

- الملاحق رقم 02: المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المتضمن المصادقة، مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989.

الاربعاء 28 جمادى الثانية عام 1413 هـ		العدد 91	
الموافق 23 ديسمبر سنة 1992 م		السنة التاسعة والعشرون	
 <p>الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية</p> <h1>الجريدة الرسمية</h1> <p>اتفاقات دولية، قوانين، ومراسيم قرارات وآراء، مقررات، مناشير، إعلانات وبلاعات</p>			
الإدارة والتحرير الإمانة العامة للحكومة الطبع والاشتراك المطبعة الرسمية	بلدان خارج دول المغرب العربي	الجزائر تونس المغرب ليبيا موريطانيا	الاشتراك سنوي
7 و9 شارع عبد القادر بن مبارك - الجزائر	سنة	سنة	النسخة الاصلية
الهاتف 65.18.15 الى 17 ح.ج.ب 50 - 3200 الجزائر Télex : 65 180 IMPOF DZ	400 د.ج	150 د.ج	النسخة الاصلية وترجمتها ...
بنك الفلاحة والتنمية الريفية 060.300.0007 68 KG حساب العملة الاجنبية للمشاركين خارج الوطن بنك الفلاحة والتنمية الريفية 060.320.0600.12	730 د.ج	300 د.ج	
	تزداد عليها نفقات الارسال		
<p>ثمن النسخة الاصلية 5,00 دج ثمن النسخة الاصلية وترجمتها 10,00 د.ج ثمن العدد للسنتين السابقة : حسب التسعيرة. وتسلم الفهارس مجانا للمشاركين. المطلوب ارفاق لفيفة ارسال الجريدة الاخيرة سواء لتجديد الاشتراكات أو للاحتجاج أو لتغيير العنوان. ثمن النشر على اساس 30 د.ج للسطر.</p>			

فهرس

اتفاقيات دولية

- مرسوم رئاسي رقم 92 - 461 مؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 19 ديسمبر سنة 1992، يتضمن المصادقة، مع التصريحات التفسيرية، على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989..... 2318

مراسيم فردية

- مرسوم تنفيذي مؤرخ في 6 جمادى الثانية عام 1413 الموافق أول ديسمبر سنة 1992، يتضمن انتهاء مهام نائب مدير بالمديرية العامة للوظيفة العمومية..... 2332
- مرسومان تنفيذيان مؤرخان في 6 جمادى الثانية عام 1413 الموافق أول ديسمبر سنة 1992، يتضمنان إنهاء مهام نائب مدير بالمديرية العامة للجمارك..... 2332
- مرسومان تنفيذيان مؤرخان في 6 جمادى الثانية عام 1413 الموافق أول ديسمبر سنة 1992، يتضمنان تعيين مديرين جهويين للجمارك في ولايتين..... 2332
- مرسومان تنفيذيان مؤرخان في 6 جمادى الثانية عام 1413 الموافق أول ديسمبر سنة 1992، يتضمنان تعيين نائب مدير بالمديرية العامة للجمارك..... 2332
- مرسوم تنفيذي مؤرخ في 6 جمادى الثانية عام 1413 الموافق أول ديسمبر سنة 1992، يتضمن إنهاء مهام مدير المصالح الفلاحية في ولاية مستغانم..... 2333
- مراسيم تنفيذية مؤرخة في 6 جمادى الثانية عام 1413 الموافق أول ديسمبر سنة 1992، تتضمن تعيين مديرين للمصالح الفلاحية في الولايات..... 2333
- مراسيم تنفيذية مؤرخة في 6 جمادى الثانية عام 1413 الموافق أول ديسمبر سنة 1992، تتضمن إنهاء مهام مندوبين ولائيين للإصلاحات الفلاحية في الولايات..... 2333
- مراسيم تنفيذية مؤرخة في 6 جمادى الثانية عام 1413 الموافق أول ديسمبر سنة 1992، تتضمن تعيين مندوبين للإصلاحات الفلاحية في الولايات..... 2334

اتفاقيات دولية

العامه للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989،
وتنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
الديمقراطية الشعبية.

المادة 2 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة
الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 24 جمادى الثانية عام 1413
الموافق 19 ديسمبر سنة 1992.

علي كافي

اتفاقية حقوق الطفل

الديباجة

ان الدول الأطراف في هذه الاتفاقية،

اذ ترى أنه وفقا للمبادئ المعلنة في ميثاق
الامم المتحدة، يشكل الاعتراف بالكرامة المتصلة
لجميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم
المتساوية وغير القابلة للتصرف، أساس الحرية
والعدالة والسلام في العالم.

- وإذ تضع في اعتبارها ان شعوب الأمم المتحدة
قد أكدت من جديد في الميثاق إيمانها بالحقوق الأساسية
للإنسان وبكرامة الفرد وقدره، وعقدت العزم على أن
تدفع بالرفعي الاجتماعي قدما وترفع مستوى الحياة في
جو من الحرية أفسح.

- وإذا تدرك أن الأمم المتحدة قد أعلنت، في
الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي المهددين الدوليين
الخاصين بحقوق الإنسان، أن لكل إنسان حق التمتع
بجميع الحقوق والحريات الواردة في تلك الصكوك،
دون أي نوع من أنواع التمييز كالتمييز بسبب
العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي
السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو
الثروة أو المولد أو أي وضع آخر، واتفقت على ذلك،

- وإذ تشير الى أن الأمم المتحدة قد أعلنت في

مرسوم رئاسي رقم 92 - 461 مؤرخ في 24
جمادى الثانية عام 1413 الموافق 19
ديسمبر سنة 1992، يتضمن المصادقة،
مع التصريحات التفسيرية، على اتفاقية
حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية
العامه للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر
سنة 1989.

إن رئيس المجلس الأعلى للدولة،

- بناء على تقرير وزير الشؤون الخارجية،

- وبناء على الدستور، لاسيما المادة 74 - 11

منه،

- وبناء على الاعلان المؤرخ في 9 رجب عام
1412 الموافق 14 يناير سنة 1992 والمتضمن اقامة
المجلس الأعلى للدولة،

- وبناء على المداولة رقم 92 - 04 / م.أ.د المؤرخة
في أول محرم عام 1413 الموافق 2 يوليو سنة 1992
والمتعلقة بانتخاب رئيس المجلس الأعلى للدولة،

- وبمقتضى المرسوم التشريعي رقم 92 - 06
المؤرخ في 22 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 17
نوفمبر سنة 1992 والمتضمن الموافقة، مع تصريحات
تفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها
الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة
1989،

- وبعد الاطلاع على اتفاقية حقوق الطفل التي
وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20
نوفمبر سنة 1989 وعلى تصريحاتها التفسيرية،

يرسم ما يلي :

المادة الأولى : يصادق، مع تصريحات تفسيرية
على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية

واثباتا لذلك، قام المفوضون الموقعون أدناه،
المخولون حسب الاصول من جانب حكومتهم، بالتوقيع
على هذه الاتفاقية.

**التصريحات التفسيرية الخاصة بالاتفاقية
الدولية حول حقوق الطفل**

1 - المادة 14 الفقرة الاولى والثانية

أحكام الفقرة الاولى والثانية من المادة 14
ستفسرها الحكومة الجزائرية بمراعاة الركائز الاساسية
للنظام القانوني الجزائري وبالاخص :

- الدستور الذي ينص في مادته الثانية على أن
الاسلام دين الدولة. وفي مادته 35 على أنه لا مساس
بحرمة حرية المعتقد وحرمة حرية الرأي،

- القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 يونيو سنة
1984 المتضمن لقانون الاسرة الذي ينص على أن
تربية الطفل تتم وفقا لدين أبيه.

2 - المواد 13، 16، 17 :

المواد 13، 16، 17 سيتم تطبيقها مع مراعاة
مصلحة الطفل وضرورة الحفاظ على سلامته الجسمية
والعقلية وفي هذا الاطار، فان الحكومة الجزائرية
ستفسر أحكام هذه المواد مع مراعاة :

أحكام قانون العقوبات لاسيما الفصول المتعلقة
بالمخالفات للنظام العام، الآداب العامة، تحريض الأحداث
على الفساد والدعارة :

أحكام القانون رقم 90 - 04 المؤرخ في 3 أبريل
سنة 1990 المتضمن لقانون الاعلام ولاسيما المادة 24
التي تنص على أنه "يجب على مدير النشرية المخصصة
للأطفال أن يستعين بهيئة تربية استشارية،"

المادة 26 من نفس القانون التي تنص على أنه
"يجب ألا تشتمل النشرية الدورية والمتخصصة
الوطنية والأجنبية كيفما كان نوعها ومقصدها على كل
ما يخالف الخلق الإسلامي والقيم الوطنية، وحقوق
الإنسان أو يدعو الى العنصرية والتعصب، والخيانة ."

كما يجب ألا تشتمل هذه النشريات على أي إشهار
أو إعلان من شأنه أن يشجع العنف والجنوح.

أغلبية من الدول الاطراف الحاضرة، المصوتة في المؤتمر
الى الجمعية العامة لقراره.

2 - يبدأ نفاذ أي تعديل يتم اعتماده وفقا للفقرة
1* من هذه المادة عندما تقره الجمعية العامة للامم
المتحدة وتقبله الدول الاطراف في هذه الاتفاقية
بأغلبية الثلثين.

3 - تكون التعديلات، عند بدء نفاذها، ملزمة
لدول الاطراف التي قبلتها وتبقى الدول الاطراف
الاخرى ملزمة بأحكام هذه الاتفاقية وبأية تعديلات
سابقة تكون قد قبلتها

المادة 51

1 - يتلقى الامين العام للامم المتحدة نص
التحفظات التي تبديها الدول وقت التصديق أو
الانضمام، ويقوم بتعميمها على جميع الدول.

2 - لا يجوز ابداء أي تحفظ يكون منافيا لهدف
هذه الاتفاقية وغرضها.

3 - يجوز سحب التحفظات في أي وقت بتوجيه
إشعار بهذا المعنى الى الامين العام للامم المتحدة، الذي
يقوم عندئذ بإبلاغ جميع الدول به. ويصبح هذا الإشعار
نافذ المفعول اعتبارا من تاريخ تلقيه من قبل الامين
العام.

المادة 52

يجوز لأي دولة طرف أن تنسحب من هذه
الاتفاقية بإشعار خطي ترسله الى الامين العام للامم
المتحدة. ويصبح الانسحاب نافذا بعد مرور سنة على
تاريخ تسلم الامين العام هذا الإشعار.

المادة 53

يعين الامين العام للامم المتحدة وديعا لهذه
الاتفاقية.

المادة 54

يودع اصل هذه الاتفاقية، التي تتساوى في الحجية
نصوصها بالاسبانية والانجليزية والروسية والصينية
والعربية، والفرنسية، لدى الامين العام للامم المتحدة.

الملاحق رقم 03: قرار محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، ل 02-06-1992.

طعنا في القرار عدد 87970 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 15 فيفري 1990 والقاضي بقبول الاستئناف شكلا ورفضه موضوعا وقرار الحكم الابتدائي وتخطئة المستأنف بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليه.

وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه واسانيد الطعن والرد عليها من الاستاذ ساسي بن حليمة نيابة عن المعقب ضدها.

وبعد الاطلاع على تقرير السيد المدعي العام لدى هاته المحكمة وسماع ملحوظاته بالجلسة.

وبعد التأمل من كافة الاجراءات والمداولة القانونية.

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغه القانونية فهو ممكن القبول من الناحية الشكلية وان ما اثاره نائب المعقب ضدها حول اختلاف عدد القضية لا يعدو ان يكون من الاخطاء المادية التي لا تعيب القرار ولا تستوجب الطعن ما دامت القضية تتعلق بنفس طرفي النزاع وب نفس الموضوع.

من حيث الاصل :

حيث اتضح من اوراق القضية قيام المدعي في الاصل (المعقب الان) لدى محكمة ابتدائية تونس في 27 اكتوبر 1988 تحت عدد 9481 ضد المدعي عليها (المعقب ضدها) في طلب الحكم بنفي نسب البنات منه عن المدعي واقتضى سير القضية التحوير على الطرفين وسماع بينهما ثم قضت محكمة البداية يوم 27 ماي 1989 بعدم سماع الدعوى فاستأنف المدعي الحكم الابتدائي الذي اقرته محكمة الدرجة الثانية على اعتبار ان العلاقة التي كانت تربط بين

قرار تعقيبي مدني عدد 26431

مؤرخ في 2 جوان 1992

صدر برئاسة السيد عبد الوهاب الصيد
نشرية : محكمة التعقيب : القسم المدني،
مادة : شخصي.

المراجع : الفصلان 1 و 21 من م.ا.ش.

مفاتيح : التزام - عقد - عقد زواج - زواج صحيح - زواج فاسد - وعد بالزواج - اثار الخطبة - علاقة خنائية - إثبات نسب.

المبدأ :

نصّ الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية على أنّ كلا من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به وتأسيسا على ذلك فلا يحق للخطيبين تجاوز حدود الخطبة الى الاتصال الذي يعتبر بالنسبة لهما اتصالا غير مشروع ولا يشكل إلا علاقة خنائية لا يترتب عليها نسبا لأن الزنا مفسد لشرعية النسب عند الإنكار أو النفي من قبل المنسوب اليه النسب وهو واقع قانوني جرى عليه فقه القضاء وعمل الحاكم.

نصه :

الحمد لله وحده،

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي : بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقيد تحت عدد 26431 والمرفوع في 16 مارس 1990 بواسطة الاستاذ مصطفى الاخوة نيابة عن حسن ضد امال.

المحكمة :

عن جملة المطاعن لترابطها :

حيث ان الاستناد الى الزواج العرفي او لإدعاء قيام زواج فاسد بين الطرفين لا اساس له من الاوراق وما تضمنته من تصريح تثبته المدعى عليها ضرورة ان مقومات الزواج الفاسد حسبما بينه الفصل 21 من مجلة الاحوال الشخصية هو الزواج الذي شرطه يتنافى مع جوهر العقد او انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل 3 من نفس المجلة.

والتي تقتضي انه لا ينعقد الزواج الا برضا الزوجين الفقرة الأولى من الفصل الخامس والفصول 15-16-17-18-19-20- من نفسها الى اخر ما تعدد بها من احكام ووقفا عند مضمون النص فإنه لا يمكن شمول احكامه لكل اتصال بين رجل وامرأة لتأكيد النص على اطلاق عبارة الزواج الذي يطلق لغة ومصطلحا وحكما على الاتصال المنظم المؤسس على تبادل الرضا على أنه زواج تتوفر فيه مقتضيات الزواج العادية من اشهار ومساكنة وانفاق وتواصل معاشرة تحت هذا العنوان فالزوجة تؤدي لزوجها المفروضات التي يرتبها الزواج والزوج يؤدي من جهته ما محمول عليه من واجبات الزوج وزوجته ويؤكد هذا المعنى الصيغة التي حرر بمقتضاها الفصل 22. والزواج الفاسد يبطل بدون طلاق ولا يترتب على مجرد العقد اي اثر وهو اثر اعتبره المشرع في وصف وانشاء الزواج الفاسد باعتبار انه يشارك الزواج الصحيح في مقوماته والتي من اهمها أنه يؤسس على عقد ويترتب على الدخول بحسب الفصل المذكور الاثار التالية استحقاق المراه المهر او تعيين مهر لها من طرف الحاكم وهو المستند الثاني الذي يشترك فيه الزواج الفاسد بالزواج الصحيح في النتائج والحكم

الطرفين هي علاقة زواج فاسد وان الفصل 36 من قانون الحالة المدنية نص على انه من نتائج الزواج الفاسد ثبوت النسب.

وحيث تعقب الطاعن القرار الاستئنائي المشار اليه طالبا بواسطة محاميه النقض والاحالة للاسباب التالية.

أولا : خرق احكام الفصلين 97/96 من م.م.م.م بمقولة ان محكمة القرار المنتقد اعتمدت في حكمها باقرار حكم البداية على شهادات صادرة من شهود مقدوح فيهم بالضرورة لوجود علاقة صريحة وواضحة بينهم وبين المعقب ضدها اما بالمصاهرة بالنسبة للشاهد الاول أوبالعلاقة بالنسبة للشاهدين الثانية والثالثة.

ثانيا : خرق احكام الفصل 89 من م.م.م.م القاضي بوجود العدول عند سماع الشاهد اذ كان التحريج فيه قانونيا معترفا بوجوده مثلما هو الشأن بالنسبة للشاهد الاول الذي صرح وأقر بمصاهرته للمعقب ضدها ورغم ذلك اعتمدت المحكمة شهادته.

ثالثا : ضعف التعليل ذلك ان محكمة القرار اعتمدت في الواقع روايات وليس شهادات.

رابعا : تحريف الوقائع لما اعتبرت أن المطلوبة لم تكن لها علاقة مع شخص اخر وهو قطع بامر سلبي لا اصل له في الملف وحيث تضمن تقرير نائب المعقب ضدها ان مستندات التعقيب توهن القرار المعقب طالبا رفض مطلب التعقيب موضوعا ثم في تقرير لاحق قدم في الاجل طلب رفض مطلب التعقيب شكلا لاختلاف عدد القضية التعقيبىة الوارد ذكره بمحضر تبليغ المستندات تحت عدد 26437 في حين ان الرقم الصحيح هو عدد 26431.

المدعي يزور المدعى عليها في شقتها الخاصة ويصاحبها ليلا للخروج معا ولا تكون هاته الشهادة اي مقوم من مقومات الزواج بصور الصحيح والباطل والفاقد أما شهادة بهيجة والتي قد تركزت على شهادة سماع من المدعى عليها التي أعلمتها عند زيارتها بمناسبة الولادة ان المولودة من المدعي وانها تطوعت لمحاولة اقناع هذا الاخير بالزواج ولو لمدة قصيرة لتسوية وضعيّة المولودة وحالتها المدنيّة ولكنه رفض أمّا الشاهدة عائدة السليمانى فقد افادت ان المدعي يزور المدعى عليها في شقتها وانها كانت كـبعض الاجوار تظن ان الطرفين مخطوبين لبعضهما قد تعطل زواجهما في انتظار حل مشاكل الزوج مع زوجته الاصلية وهي شهادة كسابقاتها لانفيد زواجا ولا شبيهة بزواج ولكنها علاقة تودد لا تتصل بالشرعية والاباحية والاتصال باي صلة كانت بعنوان قضية فان الفصل الاول من مجلة الاحوال الشخصية لم يترتب عن الخطبة زواجا ولا يقضى باحكام الزواج فيما بين الخطيبين فكل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به فلا يحل ولا يحق الخطيبين تجاوز حدود الخطبة الى الاتصال الذي يعتبر بالنسبة لها اتصالا غير مشروع ولا يشكل الا علاقة خنائية لا ترتب نسب وكان على المحكمة ان تؤسس رأيها على واقع من القانون ضرورة ان الزنا مفسد لشرعية النسب عند الانكار او النفي من قبل المنسوب اليه النسب وهو واقع قانوني جرى عليه فقه القضاء وعمل المحاكم فطلما ان الشهادة التي استندت اليها المعقب ضدها لا تفيد قيام فراش صحيح ولا فاسد وبذلك فلا تصلح سندا للنسب فتعين لذلك التصريح بقبول المطاعن والنقض والاحالة.

ولهذه الاسباب :

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا

ان الزوجة تستحق فيه المهر المسمى او المهر المعين لها من المحكمة شأنها شأن الزوجة في الزواج الصحيح وكذلك وجوب العدة على الزوجة لاستبراء الرحم وهي النتيجة الثالثة التي يشترك فيها الزواج الفاسد بالزواج الصحيح ثم ثبوت النسب وحرمة المصاهرة ويقضي ذلك انه على محكمة الموضوع ان تبحث وراء جملة هاته المقومات والوقائع المادية التي تحقق ان العلاقة تعتمد زواجا إما صحيحا لتوفر كل مقتضياته او فاسدا لتخلف بعض المقومات الاساسية للزواج الصحيح والتي حصرها الفصل 21 السالف التلميح اليه او الفصل 36. مكرر من مضمون الحالة المدنيّة المبين للزواج الباطل والذي يرتب (كسابقه الفصل 21 الشخصي) بطلان الزواج ووجوب العدة على الزوجة وثبوت النسب وموانع الزواج الناتجة عن المصاهرة.

وحيث ان ما ثبت من تصريحات الشاهد الاول محمد المنجي الشملي انه لم ينعقد زواج بين الطرفين اصلا وان العلاقة التي ربطت بين المتداعيين لم تقم على اساس الزواج اذ جاء على لسان الشاهد المذكور ان المدعية اتصلت به في احد الايام واعلمته انها حامل من الطاعن ورجته ان يطلب التعجيل بالزواج كما اتصلت به في اليوم الموالي لولادتها واعلمته بذلك ورجته ان يتصل بالطاعن لحثه على اتمام مراسم الزواج ولكن المدعي رفض ذلك بانّه لا مجال لابرام عقد الزواج وهي تصريحات تؤكد ان إنعدام الزواج من اصله لا صحيحا ولا باطلا ولا فاسدا لفقدان كل المقومات والشرايط المقدمة في الزواج باتمائه الثلاثة المبينة وان ما صرحت به الشاهدة الثابتة منى الوسلاتي التي اكدت انها لما توطدت العلاقة بينها وبين المدعى عليها الى درجة الحديث عن الاسرار العائلية ولكنها بحكم مجاورتها للمدعوة عائدة سليمانى كانت تشاهد

في 2 جوان 1992 عن الدائرة المدنية الثالثة
المؤلفة من الرئيس السيد عبد الوهاب الصيد
والسيدين المستشارين نجاة بوليلة وحمادي
الشيخ وبمضطر السيد المدعي العام محمد
الورغي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد عمر
حميدي وحرر في تاريخه.

واصلا ونقض القرار المطعون فيه واحالة القضية
على محكمة الاستئناف بتونس للنظر فيها مجددا
بهيئة اخرى واعفاء الطاعن من الخطية وارجاع
معلوماتها المؤمن اليه.

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى

- الملاحق رقم 04: القانون عدد 51 المؤرخ في 7 جويلية 2003، الذي يتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب.

تحيين 16 جويلية 2007

**إسناد اللقب العائلي
للأطفال المهملين أو مجهولي النسب**

قانون عدد 51 لسنة 2003 مؤرخ في 7 جويلية 2003 يتعلّق بتتقيح بعض أحكام القانون عـ75ـ عدد لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998.

المراجع القانونية	
- الفصل 1 من القانون.	<p>➤ يوجب القانون على الأمّ الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام مجلة الحالة المدنية.</p> <p>➤ كما يوجب على الأم في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الوضع أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أن يسند إلى ابنها اسم أب واسم جد ولقبها عائليا يكون في هذه الحالة وجوبا لقب الأم.</p>
- الفصل 2 من القانون.	<p>➤ ويوجب على الولي العمومي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب إذا لم يطلب أحد من أهلهم إسناد عناصر الهوية إليهم في ظرف ستة أشهر بعد قبولهم من السلطة المختصة، أن يسند إليهم اسما وفق أحكام مجلة الحالة المدنية، كما عليه أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أن يسند إليهم اسم أب واسم جد ولقبها عائليا واسم أم واسم أب ولقبها عائليا لها. ويكون اللقب العائلي للطفل وجوبا للقب المسند إلى الأب.</p>
- الفصل 1 من القانون.	<p>➤ يوجب على ضابط الحالة المدنية أن يعلم وكيل الجمهورية بعد انقضاء أجل عشرة أيام بخلو رسم ولادة الطفل من اسم أب واسم جد ولقب عائلي للأب وجنسيته.</p> <p>➤ يمكن وكيل الجمهورية، بعد انقضاء أجل عشرة أيام، من أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية الإذن بإتمام الرسم بأن يسند إلى كل طفل مهمل أو مجهول النسب اسم أب واسم جد ولقبها عائليا واسم أم واسم أب ولقبها عائليا ويكون وجوبا لقب الأم.</p>
- الفصل 3 من القانون.	<p>➤ يمكن كل شخص تجاوز سنّه عشرين عاما أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أن يسند إليه اسما ولقبها عائليا واسم أب واسم جد واسم أبيها ولقبها العائلي أو بعض هذه العناصر إن كان خاليا من ذلك. ويكون اللقب العائلي للطالب وجوبا لقب الأب إن لم تسند إليه والدته لقبها العائلي.</p>
- الفصل 3 مكرر.	<p>➤ يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو الأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخصي هو أب ذلك الطفل.</p>
	<p>➤ يمكن المعني بالأمر أو الأب أو الأم أو النيابة العمومية من رفع الأمر إلى المحكمة</p>

الابتنائية المختصة لطلب عرض الأب أو الأم على التحليل الجيني لإثبات أنه أب أو أم للمعني بالأمر.

➤ يمكن المحكمة من البت في الدعوى عند عدم إذعان الأب أو الأم إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوفر لديها من قرائن متعددة ومتظافرة وقوية ومنضبطة.

➤ يمكن الطفل الذي تثبت بنوته من الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة إلى أن يبلغ سن الرشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها بالقانون.

القانون الجديد : تتويج لمسيرة تشريعية متدرّجة

يشكل القانون الجديد تتويجا لمسيرة تشريعية متدرّجة اعتبارا إلى أن المشرع حاول إيجاد حلول لإشكاليات الهوية التي تعترض الأطفال المهملين ومجهولي النسب منذ سنة 1959 وذلك على النحو التالي :

➤ إصدار القانون عدد 53 لسنة 1959 المؤرخ في 26 ماي 1959.

- وقد اقتضى أن يكون لكل مواطن تونسي اسما ولقبا وطلب إسنادهما لمن كان خاليا من أحدهما أو كليهما.
- غير أن تقيّد القانون المذكور بأجل محدد لتطبيقه أدى إلى بقاء عدّة حالات بدون حلّ.

➤ إصدار القانون عدد 20 لسنة 1964 المؤرخ في 28 ماي 1964.

- كل شخص اكتسب الجنسية التونسية الحق في المطالبة بإبدال اسمه ولقبه بمقتضى أمر كما مكن حق إبدال الاسم دون اللقب لكل تونسي ليس له اسم عربي أو مغاربي أو له اسم يكون من أجل معناه أو عند النطق به محلّ التباس أو سخريّة أو له نفس الاسم الذي يحمله أحد إخوته أو أخواته.

➤ إصدار القانون عدد 81 لسنة 1985 المؤرخ في 11 أوت 1985.

- وقع بموجب هذا القانون تكليف الولي العمومي للأطفال المهملين ومجهولي النسب باختيار اسم ولقب عائلي لهم وضبط شروط ذلك كما أورد استثناء خاصا لكل شخص تجاوز عمره عشرين عاما حيث منحه حق المطالبة بإسناد اسم أو لقب عائلي له إن كان خاليا من ذلك.

➤ إصدار القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 .

- ألغى هذا القانون أحكام القانون عدد 81 لسنة 1985 المؤرخ في 11 أوت 1985.
- إصدار القانون عدد 41 لسنة 2002 المؤرخ في 17 أفريل 2002.
- أضيف بموجب هذا القانون إلى الفصل العاشر من مجلة حماية الطفل فقرة جديدة تضمنت إنشاء برلمان الطفل.
- إصدار القانون عدد 4 لسنة 2002 المؤرخ في 24 جانفي 2002.
- وقع بموجب هذا القانون تمكين الأم من تقديم تصريح بمفردها لإسناد الجنسية التونسية للطفل المولود خارج الوطن لأم تونسية وأب أجنبي عند وفاة الأب أو فقدانه أو انعدام أهليته قانونا.
- إصدار قانون عدد 51 سنة 2003 مؤرخ في 7 جويلية 2003 المتعلق بتتقيح بعض أحكام القانون عدد 75-د المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب.
- وتوحيدا للنصوص القانونية المذكورة جاء القانون الجديد متوجا هكذا مسيرة تشريعية انطلقت منذ سنة 1959.

القانون الجديد :
انسجام مع اتفاقية الأمم المتحدة
لحقوق الطفل

- يمثل القانون المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب حلقة من حلقات التمشي التشريعي الجديد والرامي إلى تنقيح القوانين وتطويرها مع ما يتماشى ومبادئ الاتفاقيات الدولية وخاصة منها اتفاقية الأمم المتحدة.

- ولقد صادقت تونس على هذه الاتفاقية بموجب القانون عدد 92 لسنة 1991 المؤرخ في 29 نوفمبر 1991.

- وتمّ نشر نصّها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بموجب الأمر عدد 91/1865 لسنة 1991 المؤرخ في 10 ديسمبر 1991.
- وجاء بالفقرة الأولى من المادة 7 من الاتفاقية ما يلي : "يسجّل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية ويكون له قدر الإمكان الحقّ في معرفة والديه وتلقّي رعايتهما".
- وانسجاماً مع ما جاءت به أحكام هذه المادة ومع روح الاتفاقية فقد جاء القانون الجديد مكرّساً حقّ الطفل في الهوية باعتباره من الحقوق البديهية التي يكتسبها الفرد لمجرّد كونه إنساناً.

القانون الجديد :
دعم لحقوق الطفل في تونس

- يعتبر القانون الجديد مكسباً جديداً من المكاسب العديدة التي حققتها الطفولة في تونس ودعماً واضحاً لحقوق الطفل بوصفها جزءاً لا يتجزأ من حقوق الإنسان.
- وهو مكسب جديد يعزّز خاصّة ما جاءت به مجلة حماية الطفل التي نصّ الفصل 5 فيها على ما يلي :

"لكل طفل الحقّ في الهوية منذ ولادته وتشمل الهوية الاسم واللقب العائلي وتاريخ الولادة والجنسية".

- والهوية التي قرّرها الفصل 5 المذكور تأتي لتدعم الأهداف الرئيسية التي جاءت من أجلها مجلة حماية الطفل في تونس والتي من بينها خاصة :
 - الارتقاء بالطفولة بما لها من خصوصيات ذاتية تميّز إمكانياتها الجسمية وميولاتها الوجدانية وقدراتها الفكرية ومهاراتها العملية إلى مستوى ما توجبه من رعاية تهيئ أجيال المستقبل بتأكيد العناية بأطفال الحاضر.
 - تنشئة الطفل على الاعتزاز بهويته الوطنية، وعلى الوفاء لتونس والولاء لها، أرضاً وتاريخاً ومكاسب وشعور بالانتماء الحضاري، وطنياً ومغربياً وعربياً وإسلامياً مع التشبّع بثقافة التآخي البشري والانفتاح على الآخر...

الملحق رقم 05: قرار محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، ل 25-03-1968.

قرار تعقيبي مدني عدد 6030

مسوّخ في 25 مارس 1968

صدر برئاسة الرئيس الاول السيد محمد الوصيف

المبدأ :

- الزواج الفاسد لا يمنع من ثبوت النسب -
يكون قاصر التعليل وقابلا للنقض الحكم
الذي قضى بنفي النسب بناء على ان الولد
هو ثمرة زنى ولم يبحث هل انه كان بين
الطرفين علاقة زوجية ولو كانت غير
قانونية كما انه لم يورد الحجج التي استند
اليها للقضاء بان تلك العلاقة انما هي علاقة
خناقية .

نصه :

اصدرت محكمة التعقيب بتونس القرار التالي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب الذي قدمه في ميعاده
وشكله القانوني الاستاذ احمد الرياحي المحامي لدى
محكمة التعقيب نيابة عن فاطمة طعنا في القرار عدد
2012 الصادر في 9 نوفمبر 1967 من محكمة الاستئناف
بسوسة القاضى بعدم سماع الدعوى بثبوت نسب الابن
ساسى لوالده المطعون عليه .

وبعد الاطلاع على تقرير السيد وكيل الدولة العام لدى
محكمة التعقيب والاستماع لشرحته بالجلسة .

وبعد التأمل من كافة الاوراق والمفاوضة القانونية .

- فيما يخص المطعن الوحيد : المأخوذ من سوء تطبيق
الفصل 68 من مجلة الاحوال الشخصية وضعف التعليل
والخطا في تاويل القانون بمقولة : « ان محكمة الاستئناف
رفضت القضاء بثبوت نسب الولد للمطعون عليه بعلّة
فساد اقراره بالبنوة لان في ضمنه الاعتراف بجريمة
الزنى والحال ان هذا الاقرار مجرد تماما من هذه
الشائبة » .

- عن هذا المطعن بجميع فروعه :

حيث تشير الوقائع الثابتة بالقرار المطعون فيه الى ان
المعقب ضده تعرف على الطاعنة وفتحها في الزواج بها
I324 في 9 اوت 1966 واقر المطعون ضده ببينوته له ثم انه
ولدا في 30 جويلية 1966 رسم باسم « ساسى ابن فطومة
(الطاعنة) » بدفاتر الحالة المدنية بالقيروان تحت عدد
I324 في 9 اوت 1966 واقر المطعون ضده ببينوته له ثم انه
حاول التملص من نتائج ما كان اعترف به ونفى نسب
الصبي ساسى اليه .

وحيث اقتضى الفصل 68 من مجلة الاحوال الشخصية
« يثبت النسب بالفراش او باقرار الأب . . . » كما
اقتضى الفصل 22 من نفس المجلة « وان الزواج الفاسد
لا يمنع من ثبوت النسب » .

وحيث ان محكمة الاستئناف لما قررت نقض الحكم
الابتدائي ردت عليه بقولها : « وحيث يستفاد من اوراق
البحث الجزائي ان الولد انما كان ثمرة جريمة الزنى وفي
الحاق هذا المولود بالزاني الذي لا شبهة له البتة في
الزواج مخالفة صريحة لمقاصد المشرع التونسي بالرغم
عن الاعتراف الصادر من المستأنف « المطعون عليه » لانه
اعتراف صريح بجريمة الزنى » .

وحيث ان تعليل الاحكام قاعدة اساسية ولا يكون
قانونيا الا اذا كان واضحا ومتماشيا مع اوراق التحقيق
وهو ديا للنتيجة التي انتهى اليها القاضى بحكمه بعد ان
فحص الاوراق فحصا دقيقا ورد الدفوع الجوهرية ردا
قانونيا .

وحيث ان الحكم الابتدائي الذي نقضه القرار المخدوش
فيه كان قضى بثبوت النسب بناء على اوراق التحقيقات
القاضية بان المطعون ضده اعترف اعترافا صريحا بانه
كان عقد زواجا سريريا على الطاعنة زانه وطاها المرار
العديدة حتى حملت منه ووضعت ابنهما ساسى المذكور
الا انه لم يحرر عقدا قانونيا في تزوجه منها وذلك
لمعارضة ابويه في اتمامه فاضطر للتزوج بغيرها .

وحيث يستفاد فعلا من مراجعة تلك الاوراق التي
انبنى عليها القرار المنتقد ان هذا الاقرار لم يشر اصلا
الى ان الصبي ساسى ولد من زنى .

لحكمة الاستئناف بسوسة للمنظر فيها مجددا بهيئة
اخرى كما اذنت بترجيح المال المؤمن .

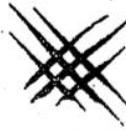
وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى في 25
مارس 1968 من الدائرة المدنية الاولى المتألفة
من الرئيس الاول السيد محمد الوصيف
والمستشارين السيدين برنار سيمو والصادق
حمادة بحضور المدعي العام السيد سالم النجار
ومساعدة السيد محمد المنصف الغرش كاتب
الحكمة - وجرر في تاريخه .

وحيث يترتب عما تقدم ان محكمة الاستئناف لما ردت
ذلك الاعتراف بعنة « انه صريح بجريمة الزنى » فقد
بنت قضاءها على تحريف في الوقائع .

وحيث ان هذا التعليل يتجافى والاوراق فهو بمثابة
فقدان التسبب وذلك مما يعيب الاحكام عيبا جوهريا
ويوجب بطلانها وتعين حينئذ قبول الطعن .

ولهذه الاسباب :

قررت المحكمة نقض القرار المطعون فيه وابطاله
ويراجع اطرفين لما كانا عليه قبل صدوره واعادة القضية



الملاحق رقم 06: قرار المجلي الأعلى المغربي، غرفة الأحوال الشخصية، ل 11-06-2008.

قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث

رقم : 24

نسب

- اغتصاب.

بمقتضى المادة 156 من مدونة الأسرة يشترط لكي ينسب حمل المخطوبة للخطاب بالشبهة اشتهاار الخطبة وأن يكون الحمل أثناءها. والثابت أن الطاعنة استدللت بقرار جنائي قضى بإدانة المطلوب من أجل جنابة اغتصابها، والمحكمة لما استخلصت من الوثائق ومن البحث الذي أجري أن الخطبة لم تثبت لديها ولم تشتهر بين الأسرتين وبأن الخبرة وإن أثبتت البنوة البيولوجية فإنها لا تثبت البنوة الشرعية ما دامت باقي الشروط المتعلقة بإثبات النسب غير متوفرة تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا إضافة إلى أن الفقه والقضاء استقرا على أن الزنا والاعتصاب لا يلحق بهما النسب لأن الحد والنسب لا يجتمعان إلا في حالات خاصة.

رفض



الأساس القانوني:

"لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالشبهة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية". (المادة 148 من مدونة الأسرة).

"إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف فاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخطاب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية:

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

ب - إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛

ج - إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

إذا أنكر الخطاب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب". (المادة 156 من مدونة الأسرة).

القرار عدد 327
الصادر بتاريخ 11 يونيو 2008
في الملف عدد 2007/1/2/443

باسم جلالة الملك

حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 2006/10/03 تحت عدد 911 في الملف عدد 06/532 أن الطاعنة هاجر مبتهل قدمت بتاريخ 2004/9/08 مقالا إلى المحكمة الابتدائية بأكادير عرضت فيه أن المطلوب منير المرحاني تقدم لخطبتها، واتفقا على الزواج وبوثيقة وإقامة الحفل وأن ذلك حصل بحضور السيدة الركاك مليكة. وأنه لما ظهر بها حمل لجأ إلى تسويقها ومماطلتها إلى أن وضعت ذكرا سمته إسماعيل، وأن هذا الابن أصبح في سن التمدرس، وبما أن الخطبة قد اشتهرت بين الأسرتين فإنها تلتبس الحكم بثبوت نسب الطفل إسماعيل للمطلوب مع ما يترتب عن ذلك قانونا وبعد جواب المطلوب بأنه لا علاقة له بالمدعية وأنه لم تقع أي خطبة وإجراء بحث وتعقيب الطرفين على نتيجته قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2005/10/27 برفض الطلب فاستأنفت الطاعنة وبعد جواب المطلوب وانتهاء الردود قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وهو القرار المطعون فيه من طرف الطاعنة بواسطة نائبها بمقال تضمن وسيلتين.

المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

الوسيلة الأولى :

حيث تعيب الطاعنة القرار المطعون فيه بخرق القانون ذلك أن محضر الاستماع لشهادة الشاهدة ابركاك مليكة بتاريخ 2005/02/16 لا يتضمن حصول تلاوة محتوى شهادتها عليها بعد أدائها وهذا يمثل خرقا لمقتضيات الفصل 83 من قانون المسطرة المدنية ثم أنها أثار في مقالها الاستئنافي بأن الشاهدة المذكورة لا تعرف اللغة العربية وإنما أدلت بشهادتها بالامازيغية دون أن تتم ترجمة أقوالها إلى اللغة العربية كما أن المحكمة الابتدائية لما أمرت تمهيدا بتاريخ 2004/10/21 بإجراء بحث حول موضوع الدعوى لم تحرر أي حكم بذلك لتوضيح النقط التي سوف تجري فيها البحث طبقا لمقتضيات الفصل 72 من قانون المسطرة المدنية وأن الإخلال بهذه الإجراءات يعرض القرار للنقض.

لكن حيث إن الخرق الجوهرى لقاعدة مسطرية لا تكون سببا للنقض إلا إذا كان له تأثير على قضاء المحكمة وأضر بأحد الأطراف كما يشترط ذلك الفصل 359 من ق.م.م والطاعنة لم تبين الضرر

قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث

الذي لحقها من جراء عدم تحرير القرار التمهيدي القاضي بإجراء بحث ثم إن محضر الجلسة الذي تم فيه الاستماع إلى الشاهدة مليكة الموثوق به والذي لا يمكن الطعن فيه إلا بالزور لم يشر إلى أنها لا تحسن اللغة العربية، مما يجعل ما أثير غير جدير بالاعتبار.

الوسيلة الثانية :

حيث تعيب الطاعنة القرار المطعون فيه بانعدام التعليل ذلك أنها أثارته في مقالها الاستثنائي بأن حملها ناتج عن شبهة في مدلول المادتين 155 و157 من مدونة الأسرة وبذلك يترتب عنه النسب. وقد عززت ذلك بخبرة قضائية جينية منجزة من طرف مختبر الشرطة العلمية بالدار البيضاء في الملف الجنائي عدد 2005/202 بمحكمة الاستئناف بأكادير التي أدانت المطلوب من أجل جنائية الاغتصاب بسنة حبسا نافذا، وقد أفادت الخبرة المذكورة بأن المطلوب هو والد الطفل إسماعيل وأنها هي أمه ثم إن الشاهدة المستمع إليها ابتدائيا شهدت بحصول الخطبة وبتردد المطلوب على منزل أهلها واصطحبها خارج المنزل، والمحكمة لما استبعدت أقوال الشاهدة المذكورة وتقرير الخبرة الجينية تكون قد خرقت المادتين 155 و157 من مدونة الأسرة، مما يعرض قرارها للنقض.

لكن حيث إن المادة 156 من مدونة الأسرة تشترط لكي ينسب حمل المخطوبة للخاطب بالشبهة اشتهاار الخطبة بين أسرتي الخطيبين وأن يكون حمل المخطوبة أثناء الخطبة. والثابت من أوراق الملف أن الطاعنة استدلت بقرار جنائي عدد 183 الصادر بتاريخ 2006/3/07 قضى بإدانة المطلوب من أجل جنائية اغتصاب الطاعنة وعقابه بسنة حبسا نافذا والمحكمة لما استخلصت من وثائق الملف ومن البحث الذي أجرته في المرحلة الابتدائية أن الخطبة لم تثبت لديها ولم تشتهر بين الأسرتين وبأن الخبرة وإن أثبتت البنية البيولوجية فإنها لا تثبت البنية الشرعية مادامت باقي الشروط المتعلقة بإثبات النسب غير متوفرة وبذلك تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا إضافة إلى أن الفقه والقضاء استقرا على أن الزنا والاعتصاب لا يلحق بهما النسب الشرعي لأن الحد والنسب لا يجتمعان إلا في حالات خاصة ويبقى ما أثير بدون أساس.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب

السيد إبراهيم بحماني رئيسا والسادة المستشارين : محمد تراي مقررًا وعبد الرحيم شكري وعبد الكبير فريد وزهور الحر أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد عمر الدهراوي وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة بشرى السكوني.

- الملحق رقم 07: قرار محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية، ل 29-06-

.2021

القرار عدد 331

الصادر بتاريخ 29 يونيو 2021

في الملف الشرعي عدد 2018/1/2/76

محكمة الإحالة - عدم التقيد بالنقطة القانونية التي بتت فيها محكمة النقض - أثره.

وجوب تقيد محكمة الإحالة بعد النقض بالنقطة القانونية التي بتت فيها محكمة النقض وهي البحث في الأسباب القاهرة وباقي مقتضيات الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية السارية المفعول أثناء الزواج المدعى به.

إن المحكمة لما قضت بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بثبوت نسب الابن المزداد قبل دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ، تأسيسا على حصول الحمل به أثناء الخطبة وعلى إثبات الخبرة الطبية الجينية للعلاقة البيولوجية بينه وبين الطاعن، والحال أن الخطبة لم تكن من أسباب لحوق النسب قبل دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق سنة 2004، فإنها تجاوزت النقطة والمقتضيات القانونية التي حددتها محكمة النقض وخرقت الفصل 369 من ق.م.م.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون.

المملكة المغربية

حيث يستفاد من مستندات الملقب، والقرار المطعون فيه المشار إليه أعلاه، أن المطلوبة (ن.ر) تقدمت بمقال سجل بتاريخ 2008/01/02 بمحكمة النقض بـ د ب - قسم قضاء الأسرة -، عرضت فيه أن المدعى عليه (ع.و) خطبها وتعارف أهلها حسب الصور المرفقة بالمقال، وأصبح يعاشرها معاشرة الأزواج، ونتج عن ذلك وضعها للولد (م) سنة 1999، وامتنع عن إبرام عقد الزواج، والتمست الحكم بثبوت الزوجية بينهما وانتساب الولد إليه، واحتياطيا لإجراء خبرة جينية في حالة إنكاره الولد، وأدلت بموجب ثبوت نسب مضمن بعدد 586، ونسخة من عقد ازدياد الولد. ونفى المدعى عليه أي وعود بزواج المدعية، وأنها تعافر الخمر وتعاشر الرجال، وسبق أن أدين من أجل السكر والتحريض على الفساد، وأنها سجلت الولد على اسمها العائلي ومن ابن مجهول. وأمرت المحكمة بإجراء بحث واستمعت لشهود المدعية الذين أكدوا فشوا الخطبة ومعاينتهم لزيارة المدعى عليه لها وخروجها معا رفقة الولد الذي يناديه بـ "بابا". وبناء على طلب المدعى عليه أمرت المحكمة بإجراء خبرة جينية بواسطة مختبر الشرطة العلمية الذي توصل إلى وجود علاقة بيولوجية بين الولد (م) والمدعى عليه. وبعد استنفاد أوجه الدفاع، قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2009/07/15 في الملف عدد 2008/33/234 بثبوت الزوجية بين (ن.ر) و (ع كذا) "والصحيح

(ع.و)" منذ 1996/01/01 إلى الآن وثبت نسب الابن (م) المزداد بتاريخ 1999/08/17 إليهما. فاستأنفه المدعى عليه، وأيدته محكمة الاستئناف ب د ب بقرارها رقم 381 الصادر بتاريخ 2010/02/17 في الملف عدد 2009/2935 والذي تم نقضه بسعي من المستأنف بقرار محكمة النقض رقم 304 الصادر بتاريخ 2013/04/09 في الملف عدد 2011/1/2/207 بعلة " أنه بمقتضى المادة 16 من مدونة الأسرة المحتج بها فإن المحكمة لما قضت بثبوت الزوجية دون أن تبين الأسباب القاهرة وباقي مقتضيات الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية الساري المفعول أثناء الزواج المدعى به، فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا وعرضت قرارها للنقض". وبعد الإحالة على نفس المحكمة وتعقيب الطرفين وإجراء بحث ألقته محكمة الاستئناف جزئيا فيما قضى به من ثبوت الزوجية بين المستأنف والمستأنف عليها وقضت تصديا بعدم قبول الطلب في هذا الشق، وأيدته في الباقي بقرارها المطعون فيه بالنقض من طرف الطالب بواسطة دفاعه بمقال تضمن وسيلة فريدة. وجه للمطلوبة في النقض طبقا للقانون.

حيث يعيب الطالب القرار في الوسيلة الفريدة بعدم استخلاص الوقائع الصحيحة الموازي لانعدام التعليل وتناقض الأسباب فيما منطوق الحكم وانعدام التعليل وخرق القانون بالتطبيق والتأويل الخاطئين وعدم الارتكاز على أساس، ذلك أنه كان على المحكمة مصدرته أن تقضي بعدم قبول طلب إثبات نسب الابن (م) به حتى تستقر الأوضاع القانونية بعد أن توصلت إلى انعدام أي زوجية بين المطلوبة والطلب، خاصة أنه أثار عدة دافع وجبهة لنفي مزاعم المطلوبة، من ضمنها سببية إدلائها بوثائق إدارية رسمية صادرة عن السلطات الإدارية تثبت كونها سجلت الابن (م) بكناش حالتها المدنية من أب مجهول غير معلوم، وكونه لم يسبق له خطبتها أو الزواج منها، وعدم الوثوق بادعاءاتها لكونها تتعاطى الفساد ومدمنة على الخمر وعزز ذلك بنسخة من محضر الضابطة القضائية عدد 5/1830 بتاريخ 2000/06/09 وحكم قضائي قضى بإدانتها من أجل جنحتي السكر والتحريض على الفساد على أساس اعترافها، مضيفا بأنها اعترفت أمام الضابطة القضائية صراحة بأنها غير متزوجة خلال المدة المشمولة بادعائها زوجيتها به، كما تمسك بضرورة استبعاد شهادة الشهود الذين أحضرهم المطلوبة لما فصله ولنفيهم وجود أي خطبة خلال البحث المجرى ابتدائيا، إضافة إلى التناقض في أقوال المطلوبة وشهودها لعدم ضبطها للتواريخ ولانتظارها ردحا طويلا من الزمن لرفع دعوى ثبوت الزوجية وعجزها عن تبرير السبب القاهر الذي حال دون عقد زواجها بالطالب، علاوة على أن جميع شهودها بما فيهم عمته أكدوا عدم حضورهم مجلس العقد ولا معرفتهم الولي ولا الصداق، وعدم ذكر الأسباب القاهرة التي حالت دون توثيق عقد الزواج المزعوم، وقد تمسك الطاعن أيضا بضرورة استبعاد نتيجة الخبرة الجينية لإثبات نسب الولد لعدم وجود عقد زواج مكتمل الشروط، ولأن البنية البيولوجية وعلى فرض

ثبوتها لا ترتب الآثار الشرعية، وأن المحكمة لم تتحقق من ثبوت الخطبة بشروطها المقررة في المادة 156 من مدونة الأسرة، والتمس لما ذكر نقض قرارها.

حيث صح ما ورد بالنعي، ذلك أنه بمقتضى الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية إذا بتت محكمة النقض في قرارها في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تنقيد بقرار محكمة النقض في هذه النقطة. والبين من أوراق الملف أن من بين ما تمسك به الطاعن في دفعه انعدام بيان السبب القاهر الذي حال دون توثيق زواج الطرفين الذي ينفيه، وقد حددت محكمة النقض في قرار النقض والإحالة النقطة القانونية التي يتعين على المحكمة التقيد بها في بيان الأسباب القاهرة وباقي مقتضيات الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية الساري المفعول أثناء الزواج المدعى به. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من إثبات نسب الابن (م) المزداد سنة 1999 - أي قبل دخول مقتضيات مدونة الأسرة حيز التنفيذ - تأسيسا على حصول الحمل به أثناء الخطبة وإثبات الخبرة الجينية العلاقة البيولوجية بينه وبين الطالب، والحال أن الخطبة لم تكن من أسباب حقوق النسب قبل دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق سنة 2004، فإنها تجاوزت النقطة والمقتضيات القانونية التي حددتها لها محكمة النقض، وعرضت قرارها للنقض.



قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

المملكة المغربية

وبه صدر القرار وتلى بالجلسة العلنية المنعقدة بالقصر الملكي كور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة المحكمة متركبة من السيد محمد بترهة رئيسا والسادة المستشارين: عبد الغني العيدر، مقررًا وعمر لمين ونور الدين الحضري ولطيفة أرجدال أعضاء. وبمحضر المحامي العام السيد محمد الفلاحي. وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة أوبهوش.

- الملحق رقم 08: قرار محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية، ل 01-02-2022.

القرار عدد 55

الصادر بتاريخ 01 فبراير 2022

في الملف الشرعي عدد 2019/1/2/466

نسب - عقد زواج - طلب إبطاله - أثره.

المقرر أن النسب يثبت بالفراش كما يثبت بالخطبة وفقا للمنصوص عليه في المادتين 153 و156 من مدونة الأسرة، كما أن ركن الزواج هو الرضى طبقا للمادة 10 من نفس المدونة والكتابة ما هي إلا وسيلة لإثباته وليست ركنا فيه. والمحكمة لما أيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من إبطال عقد زواج الطرفين مع أن الرضا بالزواج كان محققا قبل الإشهاد عليه وأن المعبر تبادل الرضا بالزواج وهو ركن في قيامه طبقا للمادة 10 أعلاه، فإنما جردت قرارها من الأساس، وعرضته للنقض.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على عريضة النقض المودعة بتاريخ 21 فبراير 2019 من طرف الطالبة المذكورة حوله بواسطة نائبها الأستاذ (م) الحسن والرامية إلى نقض القرار رقم 992 الصادر بتاريخ 2018/10/31 في الملف عدد 2017/1606/513 عن محكمة الاستئناف بالرباط للسلطة القضائية
ومحكمة النقض
وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 2020/03/13 من طرف نائب المطلوب الأستاذ محمد (ل) والرامية إلى رفض الطلب.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974 كما تم تعديله وتتميمه.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر بتاريخ 2021/12/21.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2022/01/25 أجلت لتاريخ 01 فبراير 2022.

وبناء على المناذاة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد عبد الغني العيدر والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد محمد الفلاحي الرامية إلى نقض القرار المطعون فيه.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يستفاد من مستندات الملف والقرار المطعون فيه المشار إليه أعلاه، أن المطلوب في النقض (ح) نور الدين تقدم بمقال سجل بتاريخ 2016/02/18 بالمحكمة الابتدائية بالخميسات، عرض فيه أن المدعى عليها (ش) سمية زوجته، وأنها غادرت بيت الزوجية في بداية شهر فبراير 2016، ملتمسا الحكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية. وأدلت المدعى عليها بمذكرة جوائية مع مقال مضاد بجلسة 2016/05/10 أوضحت فيها أن المدعى هو الذي طردها من بيت الزوجية، وأنها مستعدة للرجوع إليه، مضيفة أنها وضعت بمنزل والدتها بنتا بتاريخ 2016/04/04 أسمتها "هبة"، والتمست الحكم عليه بأدائه لها نفقتها بحسب 1000 درهم شهريا وتوسعة الأعياد بحسب 3000 درهم سنويا ابتداء من فاتح فبراير 2016، ونفقة البنت "هبة" بحسب 1000 درهم شهريا ابتداء من 2016/04/04، والكل إلى سقوط الفرض شرعا، وبأدائه لها مصاريف الولادة بحسب 5000 درهم، ومصاريف العقيقة بحسب 5000 درهم، وواجب السكنى شهريا ابتداء من 01 فبراير 2016 إلى حين سقوط الفرض شرعا. وأعقب المدعى ذلك بمقال إضافي بجلسة 2016/05/17 أوضح فيه أن زواج الطرفين كان بتاريخ 2015/11/02 وازدياد البنت بتاريخ 2016/04/04، مما يعني أن المدعى عليها وضعت لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد، وقد كانت في حالة استبراء، ملتمسا الحكم بفسخ عقد زواجهما ونفي نسب البنت عنه. وأدلت المدعى عليها بمقالين مضادين إضافيين أوضحت من خلالهما أن الحمل من صلب المدعى وذلك قبل إبرام عقد الزواج، والدليل على ذلك هو تقديمه لدعوى الرجوع مما يعني أنه لم ينجز ثبوت الزوجية مع زوجته الحامل، والتمست إجراء خبرة جينية لإثبات نسب البنت "هبة" والإذن لها بإنجاز ثبوت الزوجية في حال فسخ عقد الزواج. وبعد إجراء بحث والتماس النيابة العامة تطبيق القانون، فضلت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2016/11/08 في الملف عدد 16/235 في الطلب الأصلي: ببطالان عقد زواج المدعى بالمدعى عليها عدد 190 صحيفة 186 كناش الأنكحة 134 المؤرخ في 2015/10/14 توثيق الخميسات وفي الطلب المضاد: برفضه. فاستأنفته المدعى عليها. وأيدته محكمة الاستئناف بقرارها المطعون فيه بالنقض من طرف الطالبة بواسطة دفاعها بمقال تضمن وسيلة فريدة. أجاب عنه المطلوب بواسطة دفاعه ملتمسا رفض الطلب.

حيث تعيب الطالبة القرار في الوسيلة الفريدة بانعدام المرتكز القانوني والموضوعي، ذلك أن النسب يثبت بالخطبة طبقا لمقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، وأن عدم حضور المطلوب لإنجاز الخبرة المأمور بها وإصراره على ذلك حسب ما هو ثابت من خلال القرار الاستئنائي يعتبر تملصا من تنفيذ قرار الخبرة، وأن امتناعه الصريح ذاك مع أن الخبرة من بين وسائل إثبات النسب يعتبر حجة قاطعة على صحة أقوال الطالبة بخصوص نسب البنت إليه، وأنه أثناء إبرام عقد الزواج كان المطلوب يعلم أن الطاعنة حامل بدليل تقديمه لدعوى الرجوع لبيت الزوجية، لأنه لا يمكن أن لا يعلم بالحمل وهو في فترة متأخرة وينامان في فراش واحد، وأن القرار الاستئنائي جانب الصواب، ملتمسة لذلك نقضه.

حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أن النسب يثبت بالفراش كما يثبت بالخطبة وفقا للمنصوص عليه في المادتين 153 و156 من مدونة الأسرة، كما أن ركن الزواج هو الرضى طبقا للمادة

10 من نفس المدونة والكتابة ما هي إلا وسيلة لإثباته وليست ركنا فيه. والبين من أوراق الملف أن المطلوب في النقض إنما التمس في مقاله الافتتاحي للدعوى الحكم على الطاعنة بالرجوع لبيت الزوجية ولم يطالب بإبطال عقد زواجهما إلا بعد تقديمها لطلب الحكم عليه بنفقتها ونفقة ابنتها منه "هبة" والتي تمسكت بكونها من صلبه، وقد تخلف المطلوب عن إجراء الخبرة الجينية المأمور بها حسب إفادة المختبر الجيني للدرك الملكي وصورتي الإشعارين البريديين الموجهين إليه وإلى نائبه. والمحكمة مصدره القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من إبطال عقد زواج الطرفين مع أن الرضا بالزواج كان محققا قبل الإشهاد عليه وأن المعتبر تبادل الرضا بالزواج وهو ركن في قيامه طبقا للمادة 10 من مدونة الأسرة، فإنها جردت قرارها من الأساس، وعرضته للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية وطرفيها على نفس المحكمة للبت فيها من جديد بهيئة أخرى طبقا للقانون، وعلى المطلوب المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متمكنة من السيد محمد الزهية رئيسا. والسادة المستشارين: عبد الغني العيدر مقررا وعمر ملين ونور الدين الحضري ومخاضى الإدريسي أعضاء. وبمحضر المحامي العام السيد محمد الفلاحي. وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة أوجوش.

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

– الملحق رقم 09: القانون ع.32، لسنة 2007، المؤرخ في 14-05-2007، المتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

الرَّائِدُ الرَّسْمِيُّ لِلْجُمْهُورِيَّةِ التُّونِسِيَّةِ

عدد 42

السنة 150

الجمعة 8 جمادى الأولى 1428 – 25 ماي 2007

المحتوى

القوانين

1851 قانون عدد 32 لسنة 2007 مؤرخ في 14 ماي 2007 يتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية.....

المجلس الدستوري

1852 الرأي عدد 55- 2006 للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون يتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية.....

الأوامر والقرارات

الوزارة الأولى

1855 أمر عدد 1251 لسنة 2007 مؤرخ في 21 ماي 2007 يتعلق بتنقيح وإتمام الأمر عدد 75 لسنة 2007 المؤرخ في 15 جانفي 2007 والمتعلق بضبط نظام إسناد منحة التنقل لأعوان الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية وتحديد مقاديرها.....

1856 تعويض عضوين بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي.....

المجلس الدستوري

الرأي عدد 55 - 2006 للمجلس الدستوري
بخصوص مشروع قانون يتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية

ان المجلس الدستوري،

بعد اطلاعه،

على المكتوب الصادر عن رئيس الجمهورية المؤرخ في
16 أكتوبر 2006 والوارد على المجلس الدستوري بتاريخ 17 أكتوبر 2006
والمتمضمّن عرض مشروع قانون يتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة
الأحوال الشخصية، على المجلس الدستوري،

وعلى الدستور وخاصة توطئته والفصلين 34 و72 منه،

وعلى القانون الأساسي عدد 52 لسنة 2004 المؤرخ في 12 جويلية
2004 المتعلق بالمجلس الدستوري،

وعلى مشروع القانون المتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال
الشخصية،

وبعد الاستماع إلى التقرير حول المشروع محل النظر،

وبعد المداولة،

القوانين

ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كقانون من قوانين الدولة.
تونس في 14 ماي 2007.

زين العابدين بن علي

(1) الأعمال التحضيرية :

مداولة مجلس النواب وموافقته بجلسته المنعقدة بتاريخ 8 ماي 2007.
مداولة مجلس المستشارين وموافقته بجلسته المنعقدة بتاريخ 16 ماي 2007.

قانون عدد 32 لسنة 2007 مؤرخ في 14 ماي 2007 يتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية (1).

باسم الشعب،

وبعد موافقة مجلس النواب ومجلس المستشارين،

يصدر رئيس الجمهورية القانون الآتي نصه :

فصل وحيد - نقحت أحكام الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية وذلك بتعويض الجملة التي نصها : "وزيادة على ذلك فكل من لم يبلغ عشرين سنة كاملة من الرجال وسبع عشرة سنة كاملة من النساء لا يمكنه أن يبرم عقد زواج" بالجملة التالية : "وزيادة على ذلك فكل من لم يبلغ منهما ثمانية عشر سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد زواج".

من حيث تعهد المجلس :

حيث يهدف مشرعه القانون محل النظر إلى تنقيح بعض احكام الفصل 5 من مجلة الاحوال الشخصية،

وحيث يستمد من الفصل 72 من الدستور أن المجلس الدستوري ينظر في مشاريع القوانين التي يعرضها عليه رئيس الجمهورية من حيث مطابقتها للدستور أو ملاءمتها له، ويكون العرض وجوبيا بالنسبة إلى مشاريع القوانين المتعلقة بالحالة الشخصية،

وحيث يندرج مشروع القانون المعروض بالنظر إلى مضمونه في اطار العرض الوجوبي،

من حيث الأصل :

حيث يتعلق مشروع القانون المعروض بتنقيح أحكام من الفصل 5 من مجلة الاحوال الشخصية لتحديد السن الدنيا للزواج بالنسبة إلى الرجال والنساء بـ 18 سنة،

وحيث نص الفصل 34 من الدستور خاصة على ان تتخذ شكل قانون النصوص المتعلقة بالحالة الشخصية،

وحيث أن رعاية الاسرة من الاهداف المستمدة من توطئة الدستور،

وحيث يسوغ للمشرع وفقا للفصل 34 من الدستور وحسب ما يقدره من مصلحة اقرار ما يراه من قواعد تنزل في اطار رعاية الاسرة طالما لا تتعارض تلك القواعد مع المبادئ المقررة بالدستور،

وحيث يتبين من دراسة الاحكام محل النظر انها لا تتعارض مع الدستور، وهي ملائمة له،

بيدي الرأي التالي :

إن مشروع القانون المتعلق بتتقيح بعض أحكام مجلة الاحوال الشخصية، لا يثير أي إشكال دستوري.

وصدر هذا الرأي في الجلسة المنعقدة بمقر المجلس الدستوري بباردو يوم الاربعاء 8 نوفمبر 2006، برئاسة السيد فتحي عبد الناظر، وعضوية السادة عبد الحكيم بوراوي ومبروك بنموسى ورضا بن حماد وكمال شرف الدين ومحمد الزين والسيدة جويده فيقة والسيد نجيب بلعيد.

عن المجلس الدستوري

الرئيس

فتحي عبد الناظر

- الملحق رقم 10: القانون عدد 74 لسنة 1993، المؤرخ في 12-07-1993، المتعلق

بتنقيح بعض فصول مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

الرَّائِدُ الرَّسْمِيُّ لِلْجُمْهُورِيَّةِ التُّونِسِيَّةِ

عدد 53

السنة 136

الثلاثاء 30 محرم 1414 — 20 جويلية 1993

المحتوى

القوانين

- قانون عدد 71 لسنة 1993 مؤرخ في 12 جويلية 1993 يتعلق بالمصادقة على إتفاقية تتعلق بالتعاون القضائي في المادة المدنية والتجارية وبقرارات التحكيم مبرمة بين الجمهورية التونسية وجمهورية اليونان 1003
- قانون عدد 72 لسنة 1993 مؤرخ في 12 جويلية 1993 يتعلق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من المجلة الجنائية 1003
- قانون عدد 73 لسنة 1993 مؤرخ في 12 جويلية 1993 يتعلق بتنقيح بعض فصول مجلة الإجراءات الجزائية 1003
- قانون عدد 74 لسنة 1993 مؤرخ في 12 جويلية 1993 يتعلق بتنقيح بعض الفصول من مجلة الأحوال الشخصية . 1004
- قانون عدد 75 لسنة 1993 مؤرخ في 12 جويلية 1993 يتعلق بإحداث كليات 1005

الاورام والقرارات

وزارة الداخلية

- أمر عدد 1476 لسنة 1993 مؤرخ في 9 جويلية 1993 يتعلق بتنظيم مصالح الولايات والمعتمديات 1006
- أمر عدد 1477 لسنة 1993 مؤرخ في 9 جويلية 1993 يتعلق بضبط وظائف الدوائر البلدية وطرق سيرها 1007

وزارة المالية

- قرار من وزير المالية مؤرخ في 5 جويلية 1993 يتعلق بالترفيغ في تقديرات مقايض ومصاريف الحساب الخاص بالخزينة المسمى «صندوق النهوض بالصادرات، لتصرف 1993 1008
- قرار من وزير المالية مؤرخ في 5 جويلية 1993 يتعلق بالترفيغ في تقديرات مقايض ومصاريف الحساب الخاص بالخزينة المسمى «الصندوق القومي للنهوض بالرياضة والشباب، لتصرف 1993 1008

وزارة الإقتصاد الوطني

- قرار من وزير الإقتصاد الوطني مؤرخ في 5 جويلية 1993 يتعلق برخصة تفتيش 1009

قانون عدد 74 لسنة 1993 مؤرخ في 12 جويلية 1993 يتعلق بتنقيح بعض الفصول من مجلة الأحوال الشخصية (1).

باسم الشعب،

وبعد موافقة مجلس النواب،

يصدر رئيس الجمهورية القانون الآتي نصه :

الفصل الأول : ألغيت الفصول 2 و 6 و 12 و 23 و 28 و 32 و 43 و 44 و 46 و 53 مكررو 60 و 67 و 153 من مجلة الأحوال الشخصية وعوضت بالأحكام التالية :

الفصل 2 (جديد) - لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص.

الفصل 6 (جديد) - زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي، والام. وأن امتنع الولي أو الام عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الامر للقاضي .

والإنم بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه.

الفصل 12 (جديد) - كل ما كان مباحا ومقوما بالمسال تصلح تسميته مهرا ، وهو ملك للمرأة.

الفصل 23 (جديد) - على كل واحد من الزوجين ان يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب الحاق الضرر به .

ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة.

ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية.

وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن يتفق على الزوجة والابناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة .

وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال.

الفصل 28 (جديد) - 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. ولا يتم استرجاع شيء منها بعد الدخول.

الفصل 32 (جديد) - يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة من بين وكلائه. ولا يحكم بالطلاق إلا بعد ان يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك .

وإذا لم يحضر المدعي عليه ولم يبلغ الاستدعاء لشخصه فان قاضي الأسرة يؤجل النظر في القضية ويستعين بمن يراه لإستدعاء المعني بالأمر شخصيا أو لمعرفة مقره الحقيقي واستدعائه منه.

وعند وجود إبن قاصر أو اكثر تتكرر الجلسة الصلحية ثلاث مرات على ان تعقد الواحدة منها 30 يوما بعد سابقتها على الأقل، ويبذل خلالها القاضي مزيدا من الجهد للتوصل إلى الصلح . ويستعين بمن يراه في ذلك.

وعلى قاضي الأسرة ان يتخذ ولو بدون طلب جميع القرارات الفورية الخاصة بسكنى الزوجين والنفقة والحضانة وبزيارة المحضون. ويمكن للطرفين ان يتفقا صراحة على تركها كلاً أو بعضها ما لم تتعارض ومصالحة الإبناء القصر.

ويقدر قاضي الأسرة النفقة بناء على ما تجمع لديه من عناصر عند محاولة الصلح .

وتنفذ القرارات الفورية على المسودة وتكون غير قابلة للاستئناف أو التعقيب ولكنها قابلة للمراجعة من طرف قاضي الأسرة ما لم يصدر الحكم في الاصل.

وتقضي المحكمة ابتدائيا في الطلاق، بعد فترة تأمل تدوم شهرين قبل طوالمراجعة. كما تقضي في جميع ما يتعلق بأشاره وتحدد مبلغ الجارية التي تستحقها المفارقة بعد انقضاء العدة، وتبت في الوسائل المتبادلة موضوع القرارات الفورية الصادرة عن قاضي الأسرة.

(1) الاعمال التحضيرية.

مداولة مجلس النواب وموافقته بجلسته المنعقدة بتاريخ 6 جويلية 1993.

(2) إلى مركز ملاحظة

(3) إلى مركز إيواء

(4) إلى مؤسسة عمومية أو خاصة مؤهلة للغرض

(5) إلى مصلحة من مصالح إسعاف الطفولة أو إلى مستشفى

(6) إلى مؤسسة أو منظمة تعنى بالتربية أو التكوين الصناعي أو المعالجة مصادق عليها لهذا الغرض من طرف السلطة المعنية.

ويمكن عند الإقتضاء ان تجرى الكفالة الوقتية تحت نظام الحرية المحروسة.

ويمكن دائما الرجوع في الوسيلة المتعلقة بالكفالة.

الفصل 238 (جديد) - الحدث الذي تجاوز عمره ثلاثة عشر عاما النسوبة له جنحة أو جنائية لا يمكن وضعه بمحل الإيقاف من طرف قاضي الأحداث أو قاضي التحقيق للأحداث أو دائرة الإتهام إلا إذا ظهر أن من المتحتم إتخاذ هذه الوسيلة أو ظهر أنه لا يمكن إتخاذ غيرها من التدابير.

وفي هذه الصورة يودع الحدث بمؤسسة مختصة وعند التعذر بجنح خاص بالأحداث مع فصله ليلا قدر الإمكان عن بقية الموقوفين.

الفصل 239 (جديد) - يحكم قاضي الأحداث بعد سماع الطفل ووالديه أو المقدم عليه أو حاضنه والمتضرر والشهود وممثل النيابة العمومية ولسان الدفاع وذلك بعد استشارة العضوين المختصين في شؤون الطفولة، اللذين يبيديان رأيهما كتابة.

ورأي العضوين المستشارين لا يقيد قاضي الأحداث كما لا يتوقف نظره عند تعذر حضور أحدهما أو كليهما بالجلسة.

ويعين رئيس المحكمة الابتدائية المختصة - بناء على قائمة تضبط بقرار مشترك من وزير العدل ووزير الشؤون الإجتماعية بعد أخذ رأي الوزراء المعنيين - العضوين المستشارين في شؤون الطفولة من الأطباء أو المربين أو ممثلي المصالح والمؤسسات المهتمة بالطفولة وذلك لمدة عامين قابلة للتجديد.

ويمكنه على سبيل الإسترشاد سماع من شعلتهم القضية من الفاعلين الأصليين والمشاركين الذين أتموا الثمانية عشر عاما .

ويمكنه إعفاء الطفل من الحضور بالجلسة إذا اقتضت ذلك مصلحته. وفي هذه الصورة ، ينوب عنه محاميه أو أبوه أو أمه أو المقدم عليه أو حاضنه .

الفصل 240 : (الفقرة الثانية الجديدة) - ولا يمكن أن يحضر الجلسة إلا شهود القضية وأقارب الطفل أو المقدم عليه أو نائبه الشرعي أو حاضنه والمحامون ونواب الجمعيات أو المؤسسات المهتمة بالطفولة ومنتدوبو الحرية المحروسة.

الفصل 254 : (الفقرة الثانية الجديدة) - وعلى قاضي الأحداث متابعة تنفيذ القرار الصادر بشأن الحدث بالتعاون مع المصالح المعنية، بزيارة الطفل للإطلاع على وضعه ومدى قبوله للوسيلة المأذون بها، والإنم عند الإقتضاء بإجراء فحوص طبية أو نفسانية أو أبحاث اجتماعية . وعليه إعادة النظر في ملف الطفل مرة كل ستة أشهر على أقصى تقدير قصد مراجعة الوسيلة المقررة . سواء أكان ذلك من تلقاء نفسه أو بطلب من النيابة العمومية أو الطفل أو والديه أو المقدم عليه أو حاضنه أو محاميه.

ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كقانون من قوانين الدولة.

تونس في 12 جويلية 1993

زين العابدين بن علي

الوجه الاعتيادي، أو تغييب عن مقره وأصبح مجهول المقر، أو لأي سبب يضر بمصلحة المحضون.

الفصل 153 (جديد) - يعتبر محجوراً للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي عشرون سنة كاملة .

وزواج الفاصر يرشده، إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره، فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية والتجارية.

الفصل الثاني - أضيف إلى مجلة الأحوال الشخصية الفصل 32 مكرر التالي نصه :

الفصل 32 مكرر - إذا تحكّل أحد الزوجين لغاية عدم بلوغ الإستدعاء إلى الطرف الآخر، يعاقب بالسجن مدة عام.

ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كقانون من قوانين الدولة.

تونس في 12 جويلية 1993

زين العابدين بن علي

قانون عدد 75 لسنة 1993 مؤرخ في 12 جويلية 1993 يتعلق بإحداث كليات (1).

باسم الشعب.

وبعد موافقة مجلس النواب.

يصدر رئيس الجمهورية القانون الآتي نصه :

الفصل الأول - أحدثت مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، تسمى «كلية العلوم بقفصة» مقرها ولاية قفصة.

الفصل 2 - أحدثت مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، تسمى «كلية العلوم القانونية والإقتصادية والتصرف بجنوبية» مقرها ولاية جنوبية.

الفصل 3 - أحدثت مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، تسمى «كلية الآداب بجنوبية» مقرها ولاية جنوبية.

الفصل 4 - تخضع الكليات المنصوص عليها بالفصول 1 و 2 و 3 من هذا القانون إلى إشراف وزارة التربية والعلوم، وتلتحق ميزانياتها ترتيبيا بالميزانية العامة للدولة.

ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كقانون من قوانين الدولة.

تونس في 12 جويلية 1993

زين العابدين بن علي

(1) الاعمال التحضيرية.

مداولة مجلس النواب وموافقته بجلسته المتعددة بتاريخ 6 جويلية 1993.

ويجوز للقاضي اختصار هذه الإجراءات في حالات الطلاق بالتراضي ما لم يؤثر ذلك على مصلحة الأبناء .

وتنفذ رغما عن الاستئناف أو التعقيب اجراء الحكم المتعلقة بالحضانة والنفقة والجرية والسكنى وحق الزيارة .

الفصل 43 (جديد) - المستحق للنفقة بالقرابة صنفان :

- الابوان والاصول من جهة الاب وان علوا . ومن جهة الام في حدود الطبقة الاولى .

- الاولاد وان سفلوا .

الفصل 44 (جديد) - يجب على الاولاد الموسرين ذكورا أو إناثا، الإنفاق على من كان فقيرا من الابوين ومن اصول الاب وان علوا ومن اصول الام في حدود الطبقة الاولى .

الفصل 46 (جديد) - يستمر الإنفاق على الأبناء حتى بلوغ سنّ الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل تعلمهم، على ألا يتجاوزوا الخامسة والعشرين من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفر لها الكسب، أو لم تجب نفقتها على زوجها .

كما يستمر الإنفاق على الأبناء المعوقين العاجزين عن الكسب بقطع النظر عن سنهم.

الفصل 53 مكرر (جديد) - كل من حكم عليه بالنفقة أو بجرية الطلاق ففرضي عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مائة دينار (100 د) إلى ألف دينار (1000 د) .

والأداء يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب.

ويتولى صندوق ضمان النفقة وجرية الطلاق دفع مبالغ النفقة أو جرية الطلاق الصادرة بها أحكام بانه تعذر تنفيذها لغائبة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلده وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون المحدث للصندوق .

ويحل هذا الأخير محلّ المحكوم لهم في استخلاص المبالغ التي دفعها.

الفصل 60 (جديد) - للاب وغيره من الأولياء ولسلام النظر في شأن المحضون وتأديبه وإرساله إلى أماكن التعليم لكنه لا يبيت إلا عند حاضنه، كل ذلك ما لم ير القاضي خلافه لمصلحة المحضون.

الفصل 67 (جديد) - إذا انفصم الزواج بعوت عهدت الحضانة الى من بقي حيا من الابوين .

وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان بقيد الحياة ، عهدت الحضانة الى احدهما او الى غيرهما.

وعلى القاضي عند البت في ذلك ان يراعي مصلحة المحضون.

وتتمتع الام في صورة إسناد الحضانة إليها بصلاحيات الولاية فيما يتعلق بسفر المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية.

ويكمن للقاضي أن يسند مشمولات الولاية إلى الام الحاضنة إذا تعذر على الولي ممارستها أو تعسف فيها أو تهاون في القيام بالواجبات المنجزة عنها على

- الملحق رقم 11: محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، ل 18-11-1986.

والقاضى بقبول الاستئناف شكلا وأصلا ونقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بفك العصمة بين الطرفين مرة أولى بعد البناء لاستحالة استمرارية الحياة الزوجية وعدم سماع الدعوى فى خصوص الغرامة واعفاء المستأنف من الخطية وتحميله بالمصاريف القانونية .

وبعد الاطلاع على مذكرة الطعن وعلى القرار المطعون فيه وعلى بقية الوثائق التى أوجب تقديمها الفصل 185 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية .

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية والاستماع لشرحها بالجلسة .

وبعد التأمل من كافة أوراق الملف والمداولة طبق القانون .

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغته القانونية ولذا فهو مقبول شكلا .

ومن حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية بالقرار المنتقد قيام الطاعن لدى محكمة البداية عارضة أنها متزوجة بالمدعى عليه ومضى على تاريخ الدخول بها نحو العام والثلاثة أشهر ومع ذلك فإنها ما زالت بكرًا نتيجة عجزه الجنسي .

لذا تطلب الحكم بطلاقها منه بموجب الضرر مع تغريمه لها بخمسة آلاف دينار تعويضا عن الضرر المادى وبالغرامة بأن يودى لها جناية عمرية قدرها مائة دينار تعويضا عن الضرر المادى وبالانفاق عليها بحساب مائة دينار فى الشهر مع مائة دينار تعويضا عن أتعاب التقاضى وتكاليف المحاماة ولم ينازع الزوج جديا فيما نسب اليه من عجز جنسى ولاحظ أنه على فرض التسليم بذلك فإنه لا يتحمل تبعات هذا العجز وطلب الحكم بعدم سماع الدعوى فى كامل فروعها المتعلقة بالتعويض وبعد استيفاء الاجراءات وفشل المحاولة الصلحية قضت المحكمة بالطلاق بموجب الضرر طبق

قرار تعقيبي مدني عدد 16285

مؤرخ في 18 نوفمبر 1986

صدر برئاسة السيد عبد العزيز الزغلامي

نشرية : محكمة التعقيب ، القسم المدني ، ع 2 ، س 87

مادة : شخصي .

مفاتيح : (1) زواج ، طلاق ، طلاق للضرر ، علاقة جنسية ، تعويض .

(2) طلاق للضرر ، أسباب طلاق ، اهمال سند قانوني .

المبدأ :

(1) - وإن لم يعرف المشرع عقد الزواج إلا أن النظر إلى لازمه الطبيعي وهو العلاقة الجنسية أمر حتمي لذلك فإن محكمة الاصل لما اعتبرت العجز الجنسي سببا يحول دون استمرار العلاقة الزوجية ولم تعتبره ضررا يبيح بطلب التعويض تكون قد أساءت تطبيق القانون .

(2) - اقتضى الفصل 31 م أ ش أنه يحكم بالطلاق بالتراضي أو إنشاء أو للضرر فاذا لم تعتمد المحكمة أحد هذه الاسباب الثلاثة تكون قد خالفت أحكام هذا الفصل وأحكام الفصل 123 م م ت من حيث إعمال السند القانوني في الطلاق .

نصه :

الحمد لله وحده ،

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتى :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المرفوع فى 10 جويلية 1986 من الاستاذ عبد الوهاب القرامي نيابة عن سهام ، ضد : عمار . طعنا فى القرار عدد 66471 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 12 جوان 1986

الزواج مع علمه بعجزه الجنسي يعتبر منه تفريرا يوجب التعويض علاوة على أن القرار صدر بنقض الحكم الابتدائي والحكم بالطلاق والحال أن حكم البداية صدر بالطلاق أيضا مما يدل على وجود تناقض بين أجزاء القرار المنتقد ويجعله بالتالي ضعيف التعليل قاصر التسبب مستهدفا للنقض .

عن المظعن الاول :

حيث ان واجب الاحكام أن تكون معللة من الوجهتين الواقعية والقانونية ولا يكون التعليل كافيا الا اذا تعرض الحكم للدفعات التي تمسك بها الخصوم وتولى مناقشتها والرد عليها حسب أحكام الفصل 123 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية .

وحيث اتضح من مراجعة أوراق الملف أن الطاعنة كانت قد تمسكت لدى محكمة القرار المنتقد بالدفع الشككية المشار إليها بهذا المظعن وطلبت الحكم بسقوط الاستئناف الاصلى ولغاثة استئنافها العرضى .

وحيث تبين بالرجوع الى القرار المظعون فيه أنه لم يتعرض لدفعات الطاعنة ولم يتول الرد عليها بشيء كما لم يتناول انظر في الاستئناف العرضى ولم يقبل كلمته فيه .

وحيث أن اهمال محكمة الاساس الرد على الدفع الجوهرية التي من شأنها لو يقع الاخذ بها أن تغير وجه الفصل فى انقضيه يعد قصورا فى التسبب وهضمًا لحقوق الدفاع ومخالفة لاحكام الفصل 143 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية مما يصير قرارها مستهدفا للنقض .

عن المظعن الثانى :

حيث اقتضى الفصل 31 من مجلة الاحوال الشخصية انه يحكم بالطلاق (I) بتراضى الزوجين ، (2) بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر ، (3) بناء على رغبة الزوج انشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به .

طلب الزوجية والمصاريف والغرامة والتفقة فاستأنف الطرفان احكم المذكور فالزوج استئنفا اصليا طالبا للنقض وعدم سماع ادعوى الزوجة استئنفا عرضيا طالبة اصلا سقوط الاستئناف واحتياطيا الحكم لها بخمسائة دينار تعويضا عن تكاليف الحاصم وبعد الترافع أصدرت محكمة الاستئناف الحكم المصرح به بالطالع فتعقبته الطاعنة فى خصوص الغرامة فقط ناسبة له الماخذ التالية :

اولا : خرق احكام الفصلين 130 و 134 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وعضم حقوق الدفاع قولا بان اول الفصلين المذكورين أوجب على المستأنف تضمين طلباته بعريضة استئنفاه وتقديم نسخه من الحكم المظعون فيه صحبة العريضة لكنه لم يفعل مما يشكل خرقا لاجراء يهم النظام العام يستوجب رفض الاستئناف كما أن الفصل 134 أوجب استدعاء الخصوم لدى الاستئناف وقد قام المعقب عليه باستدعاء والد الطاعنة بصفته الشخصية وكان من الواجب استدعاؤها شخصيا لبلوغها سن الرشد وقد تمسكت بهذه الدفع لدى محكمة القرار المنتقد ورفعت استئنفا عرضيا غير أنها أهملت الرد على هذه الدفع والنظر فى الاستئناف العرضى مما يجعل حكمها خارقا لاحكام الفصلين الأنفي الذكر وهماضما لحقوق الدفاع .

ثانيا : خرق احكام الفصل 31 من مجلة الاحوال الشخصية قولا بأن القرار المنتقد اعتمد سببا جديدا لطلاق لم يقع التنصيص عليه بالفصل المذكور ولا يندرج من احدى فقراته الثلاث .

ثالثا : خرق الفصل 23 من مجلة الاحوال الشخصية والفصلين 123 - 175 من مجلة المرافعات المدنية لان محكمة القرار المنتقد حققت العجز الجنسي واعتبرته مجرد عيب خفي لا يلحق ضررا بالطاعنة ولا يخولها طلب التعويض حسب أحكام الفصل 23 المشار اليه فى حين أن التعويض يرتبط أساسا بالضرر والضرر ثابت باعتبار أن أهم مقومات الحياة الزوجية العلاقة الجنسية وهذا اضافة الى التناقض الذى وقعت فيه المحكمة لما اعتبرت أن فوات هذا الامر يبرر الطلاق ولا يصلح أن يكون سندا فى التعويض على أن اقدام المعقب عليه على

وحيث أن محكمة القرار لما اعتبرت العجز الجنسي سببا يحول دون استمرار العلاقة الزوجية ولم تعتبره ضررا يبيح بطلب التعويض تكون قد أساءت تطبيق القانون واستهدف بالتالي قرارها للنقض .

ولهذه الاسباب :

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه في خصوص الغرامة وارجاع القضية لمحكمة الاستئناف بتونس للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى وارجاع المال المؤمن لمن آمنه .

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم 18 نوفمبر 1986 عن الدائرة المدنية المتألفة من رئيسها السيد عبد العزيز الزغلامي ومستشاريها السيدين ضو الحمروني والباشا البجار بمحضر المدعي العام السيد الهادف بالاخضر وبمساعدة كاتب الجلسة السيد محمد الهادي الفهري - وحرر في تاريخه .

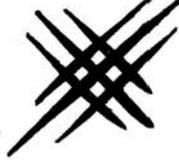
وحيث أنه لا جدال في أن الطاعنة قامت تطالب بالطلاق للضرر على معنى الفقرة الثانية من الفصل 31 الآنف الذكر .

وحيث أنه كان على محكمة القرار أن تتحقق من وجود الضرر المدعى به وتعتمده في حكمها وتنفيذه وجوده وتقضي بعدم سماع الدعوى لديها أو لم تعتبره ضررا يصلح أساسا لطلب فك العصمة .

وحيث أن محكمة القرار لما قضت بالطلاق دون أن تعتمد سببا من الاسباب الثلاثة الوارد بها الفصل المذكور تكون قد خالفت أحكامه وخرقت أحكام الفصل 123 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية من حيث افعال السند القانوني في الطلاق .

عن المظعن الثالث :

حيث أن المشرع التونسي وان لم يعرف عقد الزواج الا أن النظر الى لازمه الطبيعي وهو العلاقة الجنسية أمر حتمي وينبغي أن يكون منظورا اليه بصفة أصلية .



الملاحق رقم 12: القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 3 نوفمبر 1964 المتعلق بالشهادة

الطبية السابقة للزواج.

الثلاثاء 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964)

السنة 108

عدد 53

الإتلاف الرئاسي للجمهورية التونسية

يصدر يومي
الثلاثاء - والجمعة

المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية
العنوان : 42 نهج 18 جانفي 1952
الهاتف : 243-874 - 243-873

الحساب الجاري بالبريد 15 - 610
تونس

تسلم الاعلانات للنشر
يومي الاثنين والخميس قبل الساعة التاسعة صباحا
تدفع جميع المعاليم باسم القابض

قوانين وتكديت



تعريف			
النشرة الاصلية		النشرة الاصلية وترجمتها	
لجنة	لجنة	لجنة	لجنة
اشهر	اشهر	اشهر	اشهر
..... تونس	25800	15600	34400
..... الجزائر			
..... المغرب			
..... فرنسا	33300	18850	39900
..... البلدان الاخرى	42500	25550	51100
ثمن النسخة 0,035		0,045	
ثمن نشر الاعلانات السطر 100د			

- صحيفة
- قانون عدد 40 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بالمصادقة على الرسوم عدد 19 لسنة 1964 المؤرخ في 22 جمادى الاولى 1384 (28 سبتمبر 1964) المتعلق باسترجاع الارباح وتعويش الحسائر الناتجة عن الضبط الجديد لقيمة الدينار
- 1481
- قانون عدد 41 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بتنقيح القانون عدد 16 لسنة 1964 المؤرخ في 10 محرم 1384 (22 ماي 1964) المتعلق بالترخيص في اصدار قرض للمساعدة في تمويل المخطط الثلاثي
- 1481
- قانون عدد 42 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بتنقيح القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 4 محرم 1377 (اول اوت 1957) المتعلق بتنظيم الحالة المدنية
- 1482
- قانون عدد 43 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بتنقيح مجلة المرافعات المدنية والجزائية
- 1482
- قانون عدد 44 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق باعادة تنظيم المدرسة القومية لادارة
- 1482
- قانون عدد 45 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بتنقيح القانون عدد 18 لسنة 1959 المؤرخ في 26 رجب 1378 (5 فيفري 1959) المتعلق بضغط نظام جريات التقاعد المدنية والعسكرية
- 1483
- قانون عدد 46 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج ..
- 1483
- قانون عدد 47 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بتجيير زراعة نبات القنب وشخصات الافيون ويرمي الى التشديد في تجيير الكروري
- 1484

- ## فهرس
- صحيفة
- ### القوانين
- قانون عدد 36 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بالمصادقة على الرسوم عدد 15 لسنة 1964 المؤرخ في 6 جمادى الاولى 1384 (12 سبتمبر 1964) المتعلق بالمصادقة على اتفاق القرض المبرم بين الجمهورية التونسية والبنك الدولي لاعادة البناء والتنمية
- 1480
- قانون عدد 37 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بالمصادقة على الرسوم عدد 16 لسنة 1964 المؤرخ في 6 جمادى الاولى 1384 (12 سبتمبر 1964) المتعلق بتنقيح الامر المؤرخ في 25 ذي الحجة 1375 (3 اوت 1956) المتعلق باحداث دوائر جنائية لدى المحاكم الابتدائية
- 1480
- قانون عدد 38 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بالمصادقة على الرسوم عدد 17 لسنة 1964 المؤرخ في 6 جمادى الاولى 1384 (12 سبتمبر 1964) المتعلق بالقروض وشراء العقارات التابعة لدواوين المساكن العسكرية والبحرية ومساكن الملاحة الجوية
- 1481
- قانون عدد 39 لسنة 1964 مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بالمصادقة على الرسوم عدد 18 لسنة 1964 المؤرخ في 22 جمادى الاولى 1384 (28 سبتمبر 1964) المتعلق بضغط قيمة الدينار
- 1481

قانون عدد 47 لسنة 1964

مؤرخ في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964) يتعلق بتجديد زراعة نباتة القنب وخشخاش الأفيون ويرمي الى التشديد في تجدير التكروري (1)

باسم الشعب ،

نحن الحبيب بورقيبة ، رئيس الجمهورية التونسية ،

بعد موافقة مجلس الأمة ،

اصدرنا القانون الآتي نصه :

الفصل 1 - يحجر تجديرا كلياً ولو بقصد الاستعمال في ميدان الطب او انبيطرة زراعة نباتة القنب (التكروري) والمستحضرات المحتوية عليها مهما يكن انشكلاً وحصادها ومسكها وعرضها وتوزيعها والتوسط فيها وشراؤها وبيعها واحالتها بدون عوض ونقلها وتصديرها وتوريدها وجولانها وتحويلها واستخدامها واستعمالها واستهلاكها وبصفة عامة سائر العمليات الصناعية او التجارية او غيرها مما له تعلق بالقنب وخاصة منها استخراج المواد المتولدة عنه وصنعها وتحضيرها .

وتنطبق التحجيرات الواردة بالفقرة السابقة بدون ميز على جميع اصناف القنب سواء كان مزروعاً او نابثاً من تلقاء نفسه ذكراً او انثى وكذلك على سائر منتجاته كالتبنيج والمستخرجات والصبغة والمسحوق وغيرها صافية كانت او ممزوجة ومهما تكن تسميتها كالتكروري والكيف والحشيش والشيرة ونحو ذلك .

الفصل 2 - يحجر تجديرا كلياً زراعة وحصاد سائر اصناف خشخاش الأفيون مع مراعاة احكام الامر المؤرخ في 14 جمادى الثانية 1358 (اول اوت 1939) المتعلق بانتظام الحصاص بصنع وجلب وتصدير وشراء وبيع ومسك واستعمال المواد السامة واحكام القرار المؤرخ في 14 جمادى الاولى 1376 (29 ديسمبر 1955) المتعلق بتطبيق الفصل 188 من مجلة القمارق التي يستمر تطبيقها على الخشخاش المذكور وعلى منتجاته .

الفصل 3 - على كل مالك او حائز او مستغل باى عنوان كان لارض فلاحية او غيرها ان يتولى اعدام اصناف انبثانات المشار اليها بالفصلين 1 و 2 التي قد تنبت بارضه من تلقاء نفسها .

الفصل 4 - مخالفة احكام الفصلين 1 و 2 من هذا القانون تستوجب العقاب بالسجن من عام الى خمسة اعوام وبالخطية من مائة الى عشرة الاف دينار .

الفصل 5 - يحكم دائماً باقصى عقوبة السجن المقررة بالفصل السابق علاوة على الخطية من مائة الى عشرة الاف دينار على من يستعمل بالاشتراك مع غيره المنتجات او المستحضرات المشار اليها بالفصل 1 والذي يسهل لتغير استعمالها ايا كانت الصفة والوسيلة وسواء كان ذلك بعوض او بدونه .

الفصل 6 - مخالفة احكام الفصل 3 تستوجب خطية تحرر بحسب خمسة دينارات عن كل غرس لم يقع اعدامه .

ويضبط عدد الغراسات بواسطة قيس المساحة التي نبتت بها الاصناف المشار اليها بالفصلين 1 و 2 من تلقاء نفسها حسب طرق القيس الاعتيادية مع اعتبار كل صنيتار بمثابة عشرة غراسات .

(1) الامصال التحضيرية :

مداولة مجلس الامة وموافقته بجلسته المنعقدة في 9 جمادى الثانية 1384 (14 اكتوبر 1964)

الفصل 1 - لا يمكن لضباط الحالة المدنية او العدول الذين وقع اختيارهم لتحرير عقود الزواج ان يقوموا بابرام الزواج الا بعد ان يتسلموا من كلا الشخصين العازمين على الزواج شهادة طبية لا يزيد تاريخها على الشهرين تثبت ان المعنى بالامر قد وقع فحصه قصد الزواج بدون ان تذكر بها اشارة اخرى .

ويكون تسليم الشهادة الطبية المنصوص عليها اعلاه اجبارياً في الحالات التي سيقت ضابطها بقرار مشترك من كاتبى الدولة للداخلية وللصحة العمومية والشؤون الاجتماعية حال ما تتوفر الشروط الفنية لذلك .

الفصل 2 - يجب ان توجه بصفة خاصة عناية الطبيب اثناء الفحص المنصوص عليه بالفصل السابق الى الاصابات المعدية والاضطرابات العصبية ونتائج الادمان على المشروبات الكحولية وغيرها من الامراض الخطيرة وخاصة مرض السل ومرضى الزهري بالنسبة للقرين وللمذرية .

الفصل 3 - ينبغي ان لا يسلم الطبيب الشهادة المنصوص عليها بالفصل الاول اعلاه الا بعد الاطلاع على نتيجة :

- 1) فحص طبي عام
- 2) فحص الرئتين بالاشعة وتصويرهما اذا اقتضى الحال ذلك
- 3) فحص الدم

ويجب على الطبيب ان يطلع المعنى بالامر على ملاحظاته ويبين له مدى اهميتها .

ويمكنه ان يرفض تسليم الشهادة ان تبين له ان هذا الزواج غير مرغوب فيه وان يؤجل تسليم هذه الشهادة الى ان يزول خطر العدوى من المريض او تصير حالته الصحية غير مضررة لاذريته .

الفصل 4 - يمكن للفحص المنصوص عليه اعلاه ان يقع حسب اختيار المعنيين بالامر اما لدى الاطباء وبمخابر التحليلات الطبية المقبولة لهذا الغرض من طرف كتابة الدولة للصحة العمومية والشؤون الاجتماعية واما بالمستشفيات العمومية .

ويكون الفحص والتحليلات وكذلك تسليم الشهادة الطبية مجاناً اذا وقع القيام بها بالمستشفيات .

الفصل 5 - يمكن للحاكم في الحالات الاستثنائية اعفاء الشخصين العازمين على الزواج او احدهما من تقديم الشهادة الطبية .

ولا تطلب الشهادة من كلا الشخصين العازمين على الزواج اذا كان احدهما في حالة احتضار .

الفصل 6 - يقع ضبط مزال الشهادة الطبية السابقة للزواج بقرار من كاتب الدولة للصحة العمومية والشؤون الاجتماعية .

الفصل 7 - يقع تمتع ضباط الحالة المدنية والعدول الذين لا يمثلون لاحكام الفصل الاول من هذا القانون امام المحكمة الابتدائية ذات النظر ترايبا ويعاقبون بخطية قدرها مائة دينار .

ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

ويصدر بقضيه في 29 جمادى الثانية 1384 (3 نوفمبر 1964)

رئيس الجمهورية التونسية

الحبيب بورقيبة

- الملحق رقم 13: قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة، من 19-26 فبراير 1989، بشأن عملية التصحيح الجنسي لحالة الخنثى.

[في دوراته العشرين] ١

قرارات المجمع الفقهي الإسلامي

قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة

في دوراته العشرين

(١٣٩٨-١٤٣٢هـ / ١٩٧٧-٢٠١٠م)

الإصدار الثالث

قرارات الدورة الحادية عشرة

المنعقدة في

١٣ - ٢٠ رجب ١٤٠٩ هـ

١٩ - ٢٦ فبراير ١٩٨٩ م

القرار السادس بشأن تغيير جنس الذكر أو الأنثى أو تصحيحه

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم. أما بعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، برابطة العالم الإسلامي، في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من يوم الأحد ١٣ رجب ١٤٠٩ هـ الموافق ١٩ فبراير ١٩٨٩ م إلى يوم الأحد ٢٠ رجب ١٤٠٩ هـ الموافق ٢٦ فبراير ١٩٨٩ م قد نظر في موضوع تحويل الذكر إلى أنثى، وبالعكس. وبعد البحث والمناقشة بين أعضائه.

قرر ما يلي:

أولاً: الذكر الذي كملت أعضائه ذكوره، والأنثى التي كملت أعضائها أنوثتها، لا يحل تحويل أحدهما إلى النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة لأنه تغيير لخلق الله، وقد حرم سبحانه هذا التغيير، بقوله تعالى، مخبراً عن قول الشيطان: ﴿وَلَا مَرْتَمٌ فَلْيَعْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾ (النساء: ١١٩) فقد جاء في صحيح مسلم، عن ابن مسعود أنه قال: (لعن الله الواشحات والمستوشحات، والنامصات والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله عز وجل، ثم قال: ألا لعن من لعن رسول الله ﷺ، وهو في كتاب الله - عز وجل - يعني قوله ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ (الحشر: ٧).

ثانياً: أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيياً بما يزيل الاشتباه في ذكوره، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة، جاز علاجه طبيياً بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء أكان العلاج بالجراحة، أم بالهرمونات، لأن هذا مرض، والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغييراً لخلق الله عز وجل.

وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً والحمد لله رب العالمين.

التوقيعات على قرار
بشأن تغيير جنس الذكر أو الأنثى أو تصحيحه

رئيس مجلس المجمع الفقهي
عبد العزيز بن عبد الله بن باز

نائب الرئيس
د. عبد الله عمر نصيف

الأعضاء

عبد الله العبد الرحمن الهمام
مصطفى أحمد الزرقاء
د. محمد رشيد راتب القحطاني
د. أحمد نهيي أبو سنه

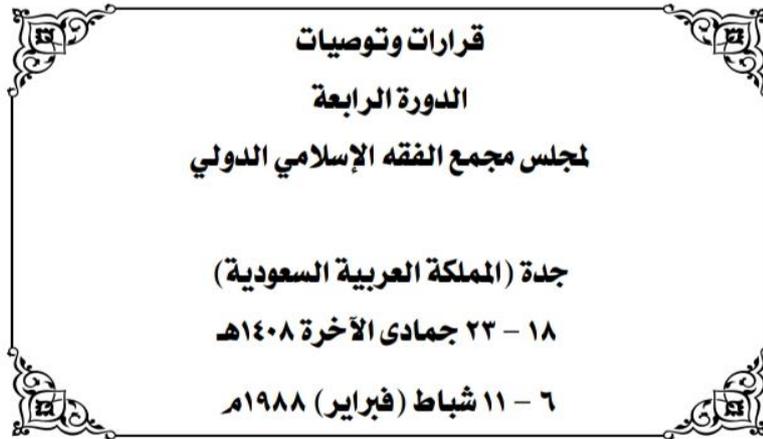
عبد الله أبو زيد
محمد بن عبد الله السبيح
د. يوسف القضاوي
أحمد بكر جوي
محمد سلال عدود

محمد بن جبير
صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان
د. يوسف القضاوي
محمد الشاذلي النبهير
محمد الحبيب بن الخوجه

مقرر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي
د. طلال عمر با نقيسه

وقد تخلف عن الحضور كل من فضيلة الشيخ صالح بن عبد العزيز بن عثيمين والشيخ مبروك مسعود العوادي والشيخ أبو الحسن علي الحسيني الندوي والشيخ حسنين مخلوف ومعالى اللواء الركن محمود شيت خطاب.

-الملحق رقم 14: قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة، في 6-11 فبراير 1988، بشأن
انتفاع الانسان بأعضاء جسم انسان آخر حيا أو ميتا.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين،
وعلى آله وصحبه أجمعين.

قرار رقم: ٢٦ (٤/١)^(١)

بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أو ميتاً

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع
بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨ - ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ الموافق
٦ - ١١ شباط (فبراير) ١٩٨٨ م،

بعد اطلاعه على الأبحاث الفقهية والطبية الواردة إلى المجمع بخصوص
موضوع انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً،

وفي ضوء المناقشات التي وجهت الأنظار إلى أن هذا الموضوع أمر واقع
فرضه التقدم العلمي والطبي، وظهرت نتائجه الإيجابية المفيدة، والمشوبة في
كثير من الأحيان بالأضرار النفسية والاجتماعية الناجمة عن ممارسته من دون
الضوابط والقيود الشرعية التي تصان بها كرامة الإنسان، مع إعمال مقاصد
الشريعة الإسلامية الكفيلة بتحقيق كل ما هو خير ومصالحة غالبية للفرد

(١) مجلة المجمع (العدد الرابع، ج ١ ص ٨٩).

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي | ١٠٠ |

والجماعة، والداعية إلى التعاون والتراحم والإيثار،
وبعد حصر هذا الموضوع في النقاط التي يتحرر فيها محل البحث
وتنضبط تقسيماته وصوره وحالاته التي يختلف الحكم تبعاً لها،
قرر ما يلي:

من حيث التعريف والتقسيم:

أولاً: يقصد هنا بالعضو أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء
ونحوها، كقرنية العين. سواء أكان متصللاً به، أم انفصل عنه.
ثانياً: الانتفاع الذي هو محل البحث، هو استفادة دعت إليها ضرورة
المستفيد لاستبقاء أصل الحياة، أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف
الجسم كالبصر ونحوه. على أن يكون المستفيد يتمتع بحياة محترمة شرعاً.

ثالثاً: تنقسم صورة الانتفاع هذه إلى الأقسام التالية:

- ١- نقل العضو من حي.
- ٢- نقل العضو من ميت.
- ٣- النقل من الأجنة.

الصورة الأولى: وهي نقل العضو من حي، تشمل الحالات التالية:

- أ- نقل العضو من مكان من الجسد إلى مكان آخر من الجسد نفسه، كنقل
الجلد، والغضاريف، والعظام، والأوردة، والدم ونحوها.
- ب- نقل العضو من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان آخر. وينقسم العضو
في هذه الحالة إلى ما تتوقف عليه الحياة، وما لا تتوقف عليه.
أما ما تتوقف عليه الحياة، فقد يكون فردياً، وقد يكون غير فردي، فالأول

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي | ١٠١

كالقلب والكبد، والثاني كالكلية والرئتين، وأما ما لا تتوقف عليه الحياة، فمنه ما يقوم بوظيفة أساسية في الجسم، ومنه ما لا يقوم بها. ومنه ما يتجدد تلقائياً كالدم، ومنه ما لا يتجدد، ومنه ما له تأثير على الأنساب والمورثات، والشخصية العامة، كالخصية والمبيض وخلايا الجهاز العصبي، ومنه ما لا تأثير له على شيء من ذلك.

الصورة الثانية: وهي نقل العضو من ميت:

ويلاحظ أن الموت يشمل حالتين:

الحالة الأولى: موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلاً نهائياً لا رجعة فيه طبيياً.

الحالة الثانية: توقف القلب والتنفس توقفاً تاماً لا رجعة فيه طبيياً. فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة^(١).

الصورة الثالثة: وهي النقل من الأجنة، وتتم الاستفادة منها في ثلاث حالات: حالة الأجنة التي تسقط تلقائياً.

حالة الأجنة التي تسقط لعامل طبي أو جنائي.

حالة اللقائح المستنبته خارج الرحم).

من حيث الأحكام الشرعية:

أولاً: يجوز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها، وبشرط أن يكون ذلك: لإيجاد عضو مفقود، أو لإعادة شكله،

(١) انظر القرار رقم ١٧ (٣/٥).

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي | ١٠٢ |

أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب، أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسياً أو عضوياً.

ثانياً: يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائياً، كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون البازل كامل الأهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.

ثالثاً: تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلّة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلّة مرضية.

رابعاً: يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.

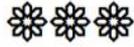
خامساً: يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفته أساسية في حياته وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها، كنقل قرنية العينين كليهما، أما إن كان النقل يعطل جزءاً من وظيفة أساسية، فهو محل بحث ونظر كما يأتي في الفقرة الثامنة.

سادساً: يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفته أساسية فيه على ذلك. بشرط أن يأذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين إن كان المتوفي مجهول الهوية أو لا ورثة له.

سابعاً: وينبغي ملاحظة: أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها، مشروط بأن لا يتم ذلك بوساطة بيع العضو. إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما.

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي | ١٠٣ |

أما بذل المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند
الضرورة أو مكافأة وتكريماً، فمحل اجتهاد ونظر.
ثامناً: كل ما عدا الحالات والصور المذكورة، مما يدخل في أصل
الموضوع، فهو محل بحث ونظر، ويجب طرحه للدراسة والبحث في دورة
قادمة على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية.
والله أعلم؛؛



الملاحق رقم 15: قرار مجمع الفقح الإسلامى بجدة، فى 14-20 مارس 1990، بشأن زراعة الأعضاء

التناسلية.





الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين،
وعلى آله وصحبه أجمعين.

قرار رقم: ٥٧ (٦/٨)^(١)

بشأن زراعة الأعضاء التناسلية

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس
بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤ -
٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م،

بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان
أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من ٢٣ -
٢٦ ربيع الأول ١٤١٠هـ الموافق ٢٣-٢٦ / ١٠ / ١٩٩٠م، بالتعاون بين هذا
المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية،
قرر ما يلي:

أولاً: زرع الغدد التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل
وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعهما في

(١) مجلة المجمع (العدد السادس، ج ٣ ص ١٩٧٥).

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي | ١٨١ |

مُتَلَقَّ جديد، فإن زرعهما محرم شرعاً.

ثانياً: زرع أعضاء الجهاز التناسلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية - ما عدا العورات المغلظة - جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم ٢٦ (١/٤) لهذا المجمع.

والله أعلم؛؛



- الملحق رقم 16: ظهير شريف رقم 1.21.81 الصادر في 03 ذو الحجة 1442، الموافق ل 14-06-2021، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 36.21 المتعلق بالحالة المدنية المغربي.

عدد 7006 - 11 ذو الحجة 1442 (22 يوليو 2021)	الجريدة الرسمية	5645
المادة 20	على الرغم من جميع الأحكام المخالفة، يظل المستخدمون المشار إليهم في المادة 18 أعلاه منخرطين، فيما يخص نظام المعاشات، في الصناديق التي كانوا يؤدون لها اشتراكاتهم قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ.	المادة 25 يدخل هذا القانون حيز التنفيذ ابتداء من اليوم الأول من السنة المالية الموالية لتاريخ نشر النص التنظيمي المنصوص عليه في المادة 11 من هذا القانون في الجريدة الرسمية. وابتداء من هذا التاريخ، تنسخ جميع مقتضيات المخالفة لأحكام هذا القانون. تعتبر الإحالة على المندوبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر أو على إدارة المياه والغابات والواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، بمثابة إحالة على الوكالة الوطنية للمياه والغابات. وتُعوضُ الوكالةُ المندوبيةَ الساميةَ للمياه والغابات ومحاربة التصحر في كل الهيئات التي تعتبر هذه الأخيرة عضواً فيها.
المادة 21	توضع، مجاناً، رهن إشارة الوكالة، في تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ، الممتلكات المنقولة والعقارية التابعة للملك الخاص للدولة والمخصصة للمصالح المركزية واللامركزية التابعة لإدارة المياه والغابات والضرورية لتسيير الوكالة، والتي تحدد قائمتها بنص تنظيمي.	ظهير شريف رقم 1.21.81 صادر في 3 ذي الحجة 1442 (14 يوليو 2021) بتنفيذ القانون رقم 36.21 المتعلق بالحالة المدنية
المادة 22	ينقل في تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ إلى الوكالة الملفات والأرشيف المتعلق بالمهام المنوطة بها والمسوك من لدن المصالح المركزية واللامركزية التابعة لإدارة المياه والغابات.	الحمد لله وحده، الطابع الشريف - بداخله : (محمد بن الحسن بن محمد بن يوسف الله وليه) يعلم من ظهيرنا الشريف هذا، أسماء الله وأعز أمره أننا : بناء على الدستور ولا سيما الفصلين 42 و 50 منه، أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي : ينفذ وينشر بالجريدة الرسمية، عقب ظهيرنا الشريف هذا، القانون رقم 36.21 المتعلق بالحالة المدنية، كما وافق عليه مجلس النواب ومجلس المستشارين. وحرر بفاص في 3 ذي الحجة 1442 (14 يوليو 2021). وقعه بالعطف : رئيس الحكومة، الإمضاء : سعد الدين العثماني.
المادة 23	تحل الوكالة محل الدولة في جميع حقوقها والتزاماتها المتعلقة بما يلي : - جميع صفقات الدراسات والأشغال والتوريدات والخدمات، وكذا جميع العقود والاتفاقيات المبرمة من قبل إدارة المياه والغابات قبل تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ، والتي لم تتم تسويتها بصفة نهائية في التاريخ المذكور. وتتولى الوكالة تسوية الصفقات والاتفاقيات والعقود المذكورة، وفق الأشكال والشروط الواردة فيها ؛ - جميع التصرفات، كيفما كان نوعها، ذات الصلة بمهام الوكالة.	* *
المادة 24	يتم تحصيل ديون الوكالة طبقاً لأحكام القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية.	

- السجل الوطني للحالة المدنية : سجل إلكتروني يتضمن جميع الرسوم الإلكترونية المكونة للقاعدة المركزية لمعطيات الحالة المدنية، ويشار إليه بعده «بالسجل الوطني».

- الدفتر العائلي الإلكتروني : يشمل مراجع وملخصات الرسوم الإلكترونية لكل من الزوج والزوجة أو الزوجات حسب الحالة وأبنائهم والبيانات الهامشية المتعلقة بهم، ويعد عبر النظام المعلوماتي لتدبير الحالة المدنية.

- المصالح المختصة : الإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية والجماعات الترابية والهيئات الخاصة المؤهلة من قبل السلطة المركزية لاستغلال معطيات الحالة المدنية.

المادة 3

تكتسي رسوم الحالة المدنية، نفس القوة الثبوتية التي للوثائق الرسمية، مع اعتبار الشروط الشرعية في إثبات النسب والأحوال الشخصية.

تخضع رسوم الحالة المدنية الإلكترونية للمقتضيات التشريعية ذات الصلة بالمعاملات الإلكترونية.

يحدد شكل رسم الحالة المدنية الإلكتروني ومضمونه بنص تنظيمي.

المادة 4

تحدث مكاتب الحالة المدنية بكل جماعة داخل المملكة، تبعا للتقسيم الجماعي للتراب الوطني. ويجوز لمجلس الجماعة، عند الحاجة، إحداث مكاتب فرعية داخل النفوذ الترابي للجماعة بمقررات يؤشر عليها عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه.

تحدد كيفية تطبيق مقتضيات الفقرة الأولى أعلاه بنص تنظيمي. تحدث مكاتب الحالة المدنية، خارج المملكة بالمراكز الدبلوماسية والقنصلية، خاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج.

المادة 5

يسهر رؤساء مجالس الجماعات على توفير جميع الإمكانيات المادية والبشرية اللازمة لتسيير مكاتب الحالة المدنية التابعة لنفوذهم الترابي، كما تتولى السلطة الحكومية المكلفة بالخارجية توفير جميع الإمكانيات المادية والبشرية بمكاتب الحالة المدنية المتواجدة بالمراكز الدبلوماسية والقنصلية بالخارج.

قانون رقم 36.21

يتعلق بالحالة المدنية

الباب الأول

أحكام عامة

المادة الأولى

تحدث بمقتضى هذا القانون، منظومة رقمية وطنية وسجل وطني للحالة المدنية، لتسجيل وترسيم وتعيين وحفظ الوقائع المدنية الأساسية للأفراد، من ولادة ووفاة وزواج وانحلال ميثاق الزوجية بواسطة نظام معلوماتي مركزي مندمج.

يسري هذا القانون، وجوبا، على جميع المغاربة، كما يجوز للأجانب الاستفادة منه بالنسبة لولادتهم ووفياتهم التي تقع فوق التراب الوطني.

المادة 2

يراد في مدلول هذا القانون والنصوص التنظيمية الصادرة لتطبيقه بما يلي :

- الحالة المدنية : النظام الذي يقوم على تسجيل الوقائع المدنية الأساسية للأفراد من ولادة ووفاة وزواج وانحلال ميثاق الزوجية، وضبط جميع البيانات المتعلقة بها من حيث نوعها وتاريخ ومكان حدوثها بواسطة المنظومة الرقمية الوطنية للحالة المدنية المعدة لهذا الغرض.

- المنظومة الرقمية الوطنية للحالة المدنية : منظومة رقمية لتسجيل وترسيم وتعيين وحفظ وقائع الحالة المدنية وتبادل معطياتها، ويشار إليها بعده «بالمنظومة الرقمية».

- بوابة الحالة المدنية : موقع إلكتروني إخباري وتفاعلي خاص بمرفق الحالة المدنية، يمكن المرتفق والسلطات والمؤسسات والهيئات المشار إليها في المادة 20 من هذا القانون من التصريح الأولى بمختلف الوقائع المدنية من ولادة أو وفاة أو زواج أو انحلال ميثاق الزوجية.

- النظام المعلوماتي لتدبير الحالة المدنية : نظام معلوماتي متطور يمكن مستعمليه من الضبط الأوتوماتيكي لمختلف المساطر والإجراءات المتعلقة بالحالة المدنية، ويوفر خدمات من جيل جديد للمرتفقين والإدارات العمومية، ويشار إليه بعده «بالنظام المعلوماتي».

المادة 25

إذا تعلق الأمر بمولود من أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه بعد الوضع، يصرح بولادته وكيل الملك بكيفية تلقائية أو بناء على طلب من السلطة الإدارية المحلية أو بطلب من يعنيه الأمر، معززا تصريحه بمحضر يحرر في هذا الشأن، وبشهادة طبية تحدد عمر المولود على وجه التقريب، ويختار له ضابط الحالة المدنية اسما شخصيا واسما عائليا، واسم أب واسم جد للأب مشتقين من أسماء العبودية لله تعالى، كما يختار له اسم أم واسم جد للأم مشتق من أسماء العبودية لله تعالى، ويشير برسم ولادة المعني بالأمر إلى أن أسماء الأبوين والجدين قد اختيرت له، طبقا لمقتضيات هذا القانون.

تصرح بالابن المجهول الأب أمه أو من يقوم مقامها، كما تختار له أو من يقوم مقامها اسما شخصيا واسم أب وجد للأب مشتقين من أسماء العبودية لله تعالى، ويختار له ضابط الحالة المدنية اسما عائليا خاصا به إن لم ترغب الأم في إعطائه اسمها العائلي، مع الإشارة إلى أن اختيار أسماء الأب والجد للأب قد اختيرت له طبقا لمقتضيات هذا القانون.

يجوز لكل شخص غير معروف الأب أو الأبوين، وسجل بالحالة المدنية دون هذين البيانيين، أن يطلب بنفسه أو من ينوب عنه، إضافة اسم الأب أو الأبوين، أو الجد أو الجدين، حسب الحالة، باستصدار حكم قضائي.

المادة 26

يشار برسم ولادة الطفل المكفول إلى مراجع الوثيقة التي تم بمقتضاها إسناد أو إلغاء أو استمرار الكفالة طبقا للتشريع الجاري به العمل.

المادة 27

يخصص للتوائم رسم ولادة خاص بكل واحد منهم، ويتعين أن يختار لكل واحد اسم شخصي خاص به، مع الإشارة بكل رسم إلى عبارة «التوأم الأول» و«التوأم الثاني» إلى آخر توأم.

المادة 28

يدعم التصريح بولادة الخنثى بشهادة طبية تحدد جنس المولود، ويعتمد عليها في تحرير الرسم، وإذا حدث تغيير على جنس الخنثى في المستقبل فيغير بمقتضى حكم صادر عن المحكمة المختصة.

المادة 29

يسجل بالحالة المدنية المولود الميت حسب الحالة :
- إذا ولد حيا، يحرر له رسم ولادة، ثم يليه رسم وفاة ؛
- إذا ولد ميتا فلا يحرر له رسم ولادته، بل يقتصر على تحرير رسم وفاته فقط، يشار فيه، أن الأم وضعت «مولودا ميتا».

يجب على ضابط الحالة المدنية أن يوقع رسوم الحالة المدنية إلكترونيا بمجرد تحريرها والمصادقة عليها بالنظام المعلوماتي.

المادة 23

إذا تبين، رغم كل التدابير الاحترازية التقنية، أن شخصا سجل خطأ، أكثر من مرة بنفس البيانات بالسجل الوطني، يجب عرض أمره على السلطة المركزية من قبل ضابط الحالة المدنية أو صاحب المصلحة لاستصدار إذن بإلغائه.

إذا ثبت للسلطة المركزية، في غير الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى أعلاه، أن الأمر يتعلق بشخص سجل أكثر من مرة ببيانات أو هويات مختلفة، وجب تجميد وضعيته رسمه وعرض الأمر على المحكمة المختصة لاستصدار حكم يقضي بإلغاء الرسم المسجل أكثر من مرة.

تطبق العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من مجموعة القانون الجنائي على كل شخص أدلى بتصريح كاذب من أجل التسجيل أو إعادة التسجيل في السجل الوطني أكثر من مرة.

ثانيا: رسم الولادة

المادة 24

يتم التصريح الأولي بالولادة من طرف أقرباء المولود حسب الترتيب الموالي :

- الأب أو الأم ؛

- الجد أو الجدة ؛

- العم أو العمة ؛

- الخال أو الخالة ؛

- وصي الأب أو وصي الأم ؛

- الأخ أو الأخت ؛

- ابن الأخ أو بنت الأخ ؛

- ابن الأخت أو بنت الأخت،

يقدم الأخ الشقيق على الأخ للأب، ويقدم هذا الأخير على الأخ للأم، كما يقدم الأكبر سنا على من هو أصغر منه متى كانت له القدرة الكافية على التصريح.

ينتقل واجب التصريح بالولادة من أحد الأشخاص المذكورين في الفقرة الأولى أعلاه إلى الذي يليه في الترتيب، متى تعذر التصريح من الأول لسبب من الأسباب.

يقوم الوكيل في ذلك مقام موكله.

- الملحق رقم 17: قرار محكمة الاستئناف بتونس، ل 22-12-1993.

الغضا - والتشريع - جانفي 1994

قرار استئنائي مدني عدد 10298

مؤرخ في 22 ديسمبر 1993

صدر برئاسة السيد عبد الوهاب بن عامر

المادة : شخصي، حالة مدنية.

المراجع :

المفاتيح : تغيير الجنس، اصلاح رسم الحالة المدنية، النظام العام، التشريع الاسلامي، القانون المقارن، الاختبار الطبي، الزواج، طبيعة الحكم القضائي، انشائي ام تصريحي.

المبدأ :

1 - لم يتعرض القانون التونسي الى اشكالية جواز، من عدم جواز، تغيير شخص جنسه من ذكر الى انثى بواسطة عملية جراحية، وتحتم الرجوع الى الفقه الاسلامي باعتباره المصدر الاساسي لقانون الاحوال الشخصية، والى القانون المقارن عند الاقتضاء، للقياس عليه للوصول الى حل عادل.

2 - اذا ولد الشخص ذكرا وأقر بذلك امام المحكمة عندما وقع التحرير عليه، فان لا يمكن ان يوصلنا الفقه الاسلامي الى حل ثابت ومعلوم، باعتبار انه تعرض باطناب الى وضعية الخنثى، دون الخوض في مسألة مثل المسألة المطروحة الآن على القضاء، والتي تعتبر حديثة الوقوع، ومستحدثة نظرا لتطور العلوم الطبية.

ويكون من أؤكد الواجبات محاولة الوصول الى حل

- الملاحق رقم 18: قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية، ل 28-01-2016.

Cour de cassation

Page 1 sur 2



Cour de cassation

Accueil > Jurisprudence > Première chambre civile > Arrêt n° 96 du 28 janvier 2015 (13-50.059) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2015:C100096

Arrêt n° 96 du 28 janvier 2015 (13-50.059) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2015:C100096

Conflit de Loi

Rejet

Conflit de Loi

- Communiqué relatif à l'arrêt n° 96 du 28 janvier 2015 dit du "mariage franco-marocain entre personnes du même sexe"

Demandeur(s) : le procureur général près la cour d'appel de Chambéry

Défendeur(s) : M. René X... ; M. Mohammed Y...

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 22 octobre 2013), que le ministère public a formé opposition au mariage de M. X..., de nationalité française, et de M. Y..., de nationalité marocaine résidant en France, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, de l'article 5 de la Convention franco marocaine, du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, et des articles 175 1 du code civil 422 et 423 du code de procédure civile ; que MM. X... et Y... ont saisi le tribunal d'une demande tendant, à titre principal, à l'annulation, subsidiairement, à la mainlevée de l'opposition ;

Sur le premier moyen, [...] :

Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt d'écarter la Convention franco marocaine au profit de principes supérieurs du nouvel ordre public international instaurés par la loi du 17 mai 2013 et en conséquence de ne pas reconnaître une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes ;

Attendu que le motif de droit énoncé par l'arrêt pour ne pas reconnaître la supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes ne peut constituer un des termes d'une contradiction donnant ouverture à cassation ; que le moyen est donc irrecevable ;

Sur le second moyen :

Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt de donner mainlevée de l'opposition au mariage de MM. X... e Y..., alors, selon le moyen :

1°/ que, selon l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » ; que la Convention bilatérale franco marocaine du 10 août 1981 a été régulièrement ratifiée par la France, traduite en droit français par le décret n° 83 435 du 27 mai 1983 et publiée au Journal Officiel du 1er juin 1983, et a fait l'objet de réciprocité ; que dès lors, cette Convention a une valeur supra légale ; qu'ainsi, en écartant l'application de l'article 5 de la Convention prévoyant que « le. conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité », pour faire prévaloir les dispositions prévues à l'article 202 1 alinéa 2, du code civil, instauré par la loi du 17 mai 2013 selon lesquelles « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence, le permet », la cour d'appel a violé l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/premiere_chambre_civ..._02/02/2015

2°/ que, selon l'article 3 du code civil, « ...les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent le Français même résident en pays étrangers » ; que selon l'article 5 de la Convention franco marocaine du 10 août 1981, « les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régis pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité » ; que selon l'article 4 de ladite Convention, « la loi de l'un des deux Etats désignés par la présente Convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public » ; que l'article 5 précité n'est pas contraire et manifestement incompatible à la conception française de l'ordre public international tel qu'envisagé par la loi française du 17 mai 2013, en ce qu'il ne heurte aucun principe essentiel du droit français ni un ordre public international en matière d'état des personnes ; qu'en écartant l'application de la Convention franco marocaine au profit de principes supérieurs d'un nouvel ordre public international, instaurés par la loi du 17 mai 2013, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil ainsi que les principes du droit international privé ;

Mais attendu que si, selon l'article 5 de la Convention franco marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux Etats désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ; que, par ce motif de pur droit, suggéré par la défense et substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

Président : Mme Batut

Rapporteur : M. Hascher, conseiller

Avocat général : M. Sarcelet

Avocat(s) : SCP Meier-Bourdeau ; SCP Spinosi et Sureau ; Me Rémy-Corlay

- الملحق رقم 19: قرار محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية، ل 23-01-2018.

نشرة قرارات محكمة النقض - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - العدد 40 - الولادة وثائقها

القرار عدد 51

الصادر بتاريخ 23 يناير 2018

في الملف (الشرعي) عدد 2016/1/2/983

نفي النسب - تحقق الرضا بين الطرفين الذي هو ركن الزواج - تأخر كتابة العقد - أثره.
لا يكون الزواج باطلا إلا إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 من مدونة الأسرة، ولما ثبت من الحكم المستدل به أن المطلوب سبق له أن صرح بأنه طلق المدعية بعدما أقر بالعلاقة الزوجية والبنوة، وهو ما يدل على أن الرضا بين الطرفين الذي هو ركن الزواج محقق وقائم، وأن تأخر كتابة العقد لا ينفيه، لأنه مجرد وسيلة في إثباته، وليس ركنا في انعقاده، كما هو مقرر فقها، والمحكمة لما اكتفت في تعليل ما قضت به بأن نسب البنت غير لاحق بالمدعي ولو أقر به في أحكام سابقة، فإنها قد خرقت الفصل 89 من مدونة الأحوال الشخصية المطبق على نازلة الحال.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه، أن المطلوب محمد (ص) تقدم بتاريخ 19/07/1991 بمقال إلى مركز القاضي المقيم بجمعة اسحيم عرض فيه أن المدعي عليها حبيبة تربطه بما رابطة الزوجية بتاريخ 18/11/1986، وأنه بعد الزواج بما فوجئ بكون المدعي عليها حاملا وقد وضعت حملها البنت مريم بتاريخ 01/05/1987 حسبما بورقة التلقيح المرفقة، وأن المدة الفاصلة بين الزواج وتاريخ الوضع هي أدنى أمد الحمل المعتبر في الفصل 84 من مدونة الأحوال الشخصية، والتمس الحكم بنفي نسب البنت مريم إليه. وأجاب نائب المدعي عليها بجملة 08/01/1991 والتمس الحكم بعدم قبول الطلب لسبقية البنت، وأدلى بصورة حكم في القضية عدد 90/119 عرض على دفاع المدعي. فأجاب بأنه ألغى لعدم الأداء، والتمس نائب المدعي عليها في الموضوع رفض الطلب. فأصدرت المحكمة الابتدائية بتاريخ 07/03/1996 حكما برفض الطلب. فاستأنفه المدعي. وبعد جواب المستأنف عليها قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم الابتدائي والحكم بنفي نسب البنت مريم عن الطاعن محمد (ص). وهو القرار المطعون فيه بالنقض من طرف الطاعنة بواسطة نائبها بمقال تضمن وسيلة وحيدة. لم يجب عنه المطلوب وقد وجه الإعلام إليه.

وحيث تعيب الطاعنة القرار في الوسيلة الفريدة بنقصان التعليل الموازي لانعدامه وخرق القانون، ذلك أن سكوت الزوج المطلوب في النقض وعدم سلوكه لأي مسطرة خلال خمس

نشرة قرارات محكمة النقض - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - العدد 40 - الولادة وتبنيها

سنوات التي تلت الولادة يعتبر دليلاً قطعياً على أن البنت مريم المذكورة من صلبه، إذ أن واقع الحال أنها هي والمطلوب يعتبران أبناء عمومة، وأن واقعة اتصالهما ببعضهما ثبتت قبل تاريخ تحرير عقد الزواج، وأن المحكمة مصدرة القرار كان عليها أن تجري بحثاً لتتأكد من هذه الواقعة، وأن ساكنة الدوار جميعهم يعرفون العلاقة التي كانت تربطهما ببعضهما، ولذا فإن المحكمة لم تعط الأساس القانوني السليم للمادة 155 وما يليها من مدونة الأسرة التي نصت على أن الحمل الناتج عن الاتصال بشبهة يثبت نسبه لأبيه، والتمست نقض القرار.

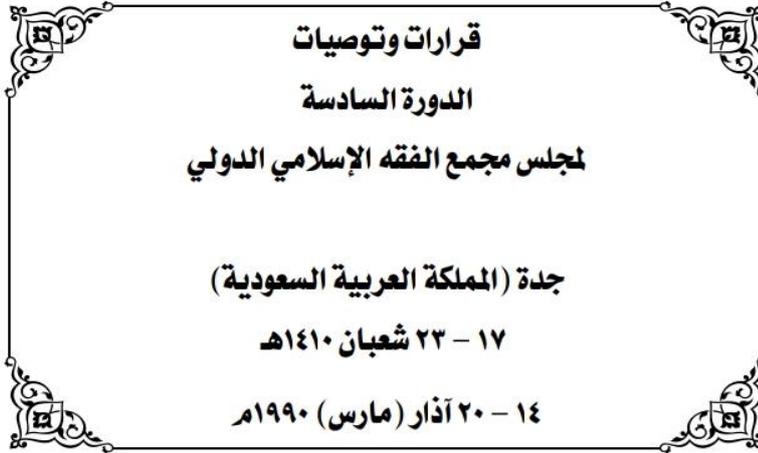
حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أنه طبقاً للمادة 57 من مدونة الأسرة فإن الزواج لا يكون باطلاً إلا إذا احتل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 من مدونة الأسرة، والبين من وثائق الملف أن المطلوب حسبما بالحكم الصادر بتاريخ 1987/11/12 عن مركز القاضي المقيم بمجموعة اسحيم الذي جاء في وقائعه أن القضية أدرجت في عدة جلسات منها جلسة 1987/10/22 التي حضرها الطرفان -حبيبة ومحمد (ص)- وأدلى المدعى عليه برسم الطلاق عدد 2557 ش 2 عدد 8، مصرحاً بأنه طلق المدعية بعدما أقر بالعلاقة الزوجية والبنوة كما هو ثابت بهذا الحكم، مما يدل على أن الرضا بين الطرفين الذي هو ركن الزواج محقق وقائم، وأن تأخر كتابة العقد لا ينفيه، لأنه مجرد وسيلة في إثباته، وليس ركناً في انعقاده، كما هو مقرر فقهاً، والمحكمة مصدرة القرار لما اكتفت في تعليل ما قضت به بأن نسب البنت غير لاحق بالمدعى ولو أقر به في أحكام سابقة، فإنها قد خرقت الفصل 89 من مدونة الأحوال الشخصية المطبق على نازلة الحال، وعرضت قرارها للنقض.

هذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة مترتبة من السيد رئيس الغرفة إبراهيم بحماني رئيساً، والسادة المستشارين: عمر لمين مقررًا ومحمد عصبه والمصطفى بوسلامة وعبد الغني العيدر أعضاء. وبمحضر المحامي العام السيد محمد الفلاحي وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة أوهوش.

- الملحق رقم 20: قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة، في 14-20 مارس 1990، بشأن إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة.





الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين،
وعلى آله وصحبه أجمعين.

قرار رقم: ٥٢ (٦/٣)^(١)

بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس
بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤ -
٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠ م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع إجراء
العقود بآلات الاتصال الحديثة،

ونظرًا إلى التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل بها
في إبرام العقود لسرعة إنجاز المعاملات المالية والتصرفات،

وباستحضار ما تعرّض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب وبالكتابة
وبالإشارة وبالرسول، وما تقرر من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد
المجلس - عدا الوصية والإيضاء والوكالة - وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم

(١) مجلة المجمع (العدد السادس، ج ٢ ص ٧٨٥).

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي | ١٧٠ |

صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والموالاتة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف.

قرر ما يلي:

أولاً: إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب)، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجّه إليه وقبوله.

ثانياً: إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

ثالثاً: إذا أصدر العارض، بهذه الوسائل، إيجاباً محدّد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه.

رابعاً: إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

خامساً: ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات.

والله أعلم؛

- الملاحق رقم 21: المرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 والمصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أبريل 1964، المتعلق بتنقيح بعض فصول مجلة الأحوال الشخصية.

الجمعة 12 الثلاثاء 16 ذى الحجة 1383 (24 - 28 افريل 1964)

السنة 107

عدد 21

الإعلان الرسمي للجمهورية التونسية

يصدر يومي
الثلاثاء - والجمعة

المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية
العنوان : 42 نهج 18 جانفي 1952
الهاتف : 243-874 - 243-873

الحساب الجاري بالبريد 15 - 610
تونس

تسلم الاعلانات للنشر
يومي الاثنين والخميس قبل الساعة التاسعة صباحا
تدفع جميع المعاليم باسم القابض

توانيت وتواتيب



بمذون من الايمان من قبل اصالح بلادنا

تعريف

النشرة الاصلية وترجمتها		النشرة الاصلية	
النجمة	لجنة	لجنة	لجنة
الشهر	الشهر	الشهر	الشهر
19900	1400	16000	28000
20150	3900	18500	33000
22850	5100	22550	42500
02045		02035	

ثمن نشر الاعلانات
السطر 02100

مجلة

المؤرخ في 27 صفر 1381 (9 اوت 1961) المتعلق بالتكوين
الاصلي لاطارات مجلس الامة 571

الامير والقرارات

كتابة الدولة للتراسنة

امر عدد 117 لسنة 1964 مؤرخ في 12 ذى الحجة 1383
(24 افريل 1964) يتعلق بتنقيح الامر عدد 164 لسنة 1959
المؤرخ في اول ذى الحجة 1378 (8 جوان 1959) المتعلق
572 بالترخيص لكتاب الدولة في تفويض امضائهم

كتابة الدولة للدفاع الوطني

قرار من كاتب الدولة للتراسنة وللدفاع الوطني مؤرخ
572 في 12 ذى الحجة 1383 (24 افريل 1964) يتعلق بتفويض امضاء

كتابة الدولة للعدل

تسمية حاكم 572

فقرن

مجلة

التوانين

قانون عدد 1 لسنة 1964 مؤرخ في 9 ذى الحجة 1383
(21 افريل 1964) يتعلق بالمصادقة على الرسوم عدد 1
لسنة 1964 المؤرخ في 7 شوال 1383 (20 فيفري 1964)
570 المتعلق بتنقيح بعض فصول من مجلة الاحوال الشخصية

قانون عدد 2 لسنة 1964 مؤرخ في 9 ذى الحجة 1383
(21 افريل 1964) يتعلق بالمصادقة على الرسوم عدد 2
لسنة 1964 المؤرخ في 7 شوال 1383 (20 فيفري 1964)
570 المتعلق بتنقيح القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ
في 4 محرم 1377 (اول اوت 1957) الضابط للحالة المدنية

قانون عدد 3 لسنة 1964 مؤرخ في 9 ذى الحجة 1383
(21 افريل 1964) يتعلق بالمصادقة على الرسوم عدد 3
لسنة 1964 المؤرخ في 7 شوال 1383 (20 فيفري 1964)
571 المتعلق بالتسجيل العقاري الاجباري

قانون عدد 4 لسنة 1964 مؤرخ في 9 ذى الحجة 1383
(21 افريل 1964) يتعلق بالمصادقة على الرسوم عدد 10
لسنة 1964 المؤرخ في 12 ذى القعدة 1383 (26 مارس 1964)
571 المتعلق بالمصادقة على تنقيح الفصول 23 و 27 و 61 من
ميثاق منظمة الامم المتحدة

مجلس الامتياز

امر عدد 116 لسنة 1964 مؤرخ في 12 ذى الحجة 1383
(24 افريل 1964) الصادر باتمام الامر عدد 277 لسنة 1961

مجلة

المحكمة العتقارسية

586	مطالب تسجيل
588	اعلانات تحديد
592	اعلانات

المتونين

قانون عدد 1 لسنة 1964

مؤرخ في 9 ذي الحجة 1383 (21 افريل 1964) يتعلق بالصادقة على المرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 7 شوال 1383 (20 فيفري 1964) المتعلق بتنقيح بعض فصول من مجلة الاحوال الشخصية (1)

باسم الشعب ،

نحن الحبيب بورقيبة ، رئيس الجمهورية التونسية ،
بعد موافقة مجلس الامة ،

اصدرنا القانون الآتي نصه :

فصل وحيد - وقعت المصادقة على المرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 7 شوال 1383 (20 فيفري 1964) المتعلق بتنقيح بعض فصول من مجلة الاحوال الشخصية .

ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

وصدر بتونس في 9 ذي الحجة 1383 (21 افريل 1964)

رئيس الجمهورية التونسية

الحبيب بورقيبة

(1) الاعمال التحضيرية :

مداولة مجلس الامة وموافقته بجلسته المنعقدة بتاريخ 19 ذي القعدة 1383 (2 افريل 1964)

قانون عدد 2 لسنة 1964

مؤرخ في 9 ذي الحجة 1383 (21 افريل 1964) يتعلق بالصادقة على المرسوم عدد 2 لسنة 1964 المؤرخ في 7 شوال 1383 (20 فيفري 1964) المتعلق بتنقيح القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 4 محرم 1377 (اول اوت 1957) الفاضل للحالة المدنية (1)

باسم الشعب ،

نحن الحبيب بورقيبة ، رئيس الجمهورية التونسية ،
بعد موافقة مجلس الامة ،

اصدرنا القانون الآتي نصه :

فصل وحيد - وقعت المصادقة على المرسوم عدد 2 لسنة 1964 المؤرخ في 7 شوال 1383 (20 فيفري 1964) المتعلق

(1) الاعمال التحضيرية :

مداولة مجلس الامة وموافقته بجلسته المنعقدة بتاريخ 19 ذي القعدة 1383 (2 افريل 1964)

مجلة

كتابة الدولة للتربية القومية

572	قرارات من كاتب الدولة للتربية القومية مؤرخ في 12 ذي الحجة 1383 (24 افريل 1964) يتعلق بتنقيح القرار المؤرخ في 6 رجب 1383 (22 نوفمبر 1963) المتعلق بالانتخابات للمجلس الاعلى للتربية القومية
-----	--

كتابة الدولة للتصميم والمالية

573	قرارات من كاتب الدولة للرئاسة مؤرخ في 15 ذي الحجة 1383 (27 افريل 1964) يتعلق بالتخصيص في وضع خط كهربائي من درجة 30 كيلوفولت بين منزل بورقيبة حريزة قسم ام هساني حريزة
573	قرارات من كاتب الدولة للتصميم والمالية مؤرخ في 15 ذي الحجة 1383 (27 افريل 1964) صادر في الترخيص في تحويل لزمة المناجم من القسم الثالث ببوكحيل
574	قرارات من كاتب الدولة للتصميم والمالية مؤرخة في 15 ذي الحجة 1383 (27 افريل 1964) تتعلق في تاسيس رخص التفطيش من القسم الثالث
575	قرارات من كاتب الدولة للتصميم والمالية مؤرخ في 15 ذي الحجة 1383 (27 افريل 1964) يتعلق باجراء البحث العام على مطلب التنمغ باحكام الامر المؤرخ في 12 صفر 1368 (13 ديسمبر 1948)
576	قرارات من كاتب الدولة للتصميم والمالية مؤرخ في 15 ذي الحجة 1383 (27 افريل 1964) صادر في تاسيس رخصة التفطيش من القسم الثاني
577	قرارات من كاتب الدولة للتصميم والمالية مؤرخ في 15 ذي الحجة 1383 (27 افريل 1964) يتعلق بضبط الحدود التي يكون فيها امضاء المراقب المالي لدى ديوان الحبوب والبقول الغذائية وغيرها من المنتجات الفلاحية واجبا
577	قرارات من كاتب الدولة للتصميم والمالية مؤرخ في 15 ذي الحجة 1383 (27 افريل 1964) يقتضى ضبط الاسعار الغائبة لبيع الرخام
577	قرارات من كاتب الدولة للتصميم والمالية مؤرخ في 5 ذي الحجة 1383 (27 افريل 1964) يتعلق بقائمة المنتجات المخصصة بها الدولة

كتابة الدولة للفلاحة

578	قرارات من كاتب الدولة للفلاحة مؤرخ في 12 ذي الحجة 1383 (24 افريل 1964) يتعلق بحماية المصيد في موسم صيد سمك التن لسنة 1964
-----	---

كتابة الدولة للصحة العمومية والشؤون الاجتماعية

578	منع وسام الشغل
-----	----------------

كتابة الدولة للشؤون الثقافية والارثية

585	امر عدد 119 لسنة 1964 مؤرخ في 15 ذي الحجة 1383 (27 افريل 1964) يتعلق بتنقيح مقدار معلوم تسليم تاشيرة الاستغلال
-----	--

اعلانات وانشاءات

كتابة الدولة للتصميم والمالية

585	اعلان انتداب
-----	--------------

ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية
وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

وصدر بتونس في 9 ذي الحجة 1383 (21 افريل 1964)

رئيس الجمهورية التونسية

الحبيب بورقيبة

مجلس الأمة

اطارات مجلس الأمة

امر عدد 116 لسنة 1964

مؤرخ في 12 ذي الحجة 1383 (24 افريل 1964) الصادر باتمام الامر عدد 277 لسنة 1961 المؤرخ في 27 صفر 1381 (9 اوت 1961) المتعلق بالتكوين الاصل لاطارات مجلس الأمة

نحن الحبيب بورقيبة ، رئيس الجمهورية التونسية ،

بعد اطلاعتنا على القانون عدد 12 لسنة 1959 المؤرخ في 26 رجب 1378 (5 فيفري 1959) المتعلق بضبط القانون الاساسي العام لمنوطى الدولة

وعلى الامر عدد 275 لسنة 1961 المؤرخ في 27 صفر 1381 (9 اوت 1961) المتعلق بانفاذ واحداث خطط لاطارات مجلس الأمة

وعلى الامر عدد 276 لسنة 1961 المؤرخ في 27 صفر 1381 (9 اوت 1961) المتعلق بضبط النظام الاساسي الخاص لمنوطى مجلس الأمة

وعلى الامر عدد 277 لسنة 1961 المؤرخ في 27 صفر 1381 (9 اوت 1961) المتعلق بالتكوين الاصل لاطارات مجلس الأمة وخاصة الفصل الثاني منه

وعلى القانون الداخلى لمجلس الأمة

وبناء على اقتراح رئيس مجلس الأمة

اصدرنا امرنا هذا بما ياتى :

الفصل 1 - تم الفصل الثاني من الامر المشار اليه اعلاه عدد 277 لسنة 1961 المؤرخ في 27 صفر 1381 (9 اوت 1961) بما يلى :

يقع ترتيب الاعوان المقبولين في حالتهم الجديدة بعد اعتبار ثلثى مدة الخدمات المدنية الفعلية التي قاموا بها بصفة اعوان وقتيين بحساب عامين ونصف بكل درجة .

وفي صورة ما اذا ظهر ان حساب هذه الاقدمية سيؤول الى ترتيب من يهمهم الامر برقم قياسي دون الرقم القياسي الذي كانوا احرزوا عليه سابقا في خطتهم القديمة فانه يقع ترتيبهم في صنفهم الجديد بالدرجة ذات الرقم القياسي المائل او الارقى منه مباشرة .

الفصل 2 - رئيس مجلس الأمة مكلف بتنفيذ هذا الامر الذى يجرى العمل به ابتداء من اول جانفي 1963 وينشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية .

تونس في 12 ذي الحجة 1383 (24 افريل 1964)

عن رئيس الجمهورية التونسية

كاتب الدولة للرئاسة

الباهي الادغم

بتنقيح القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 4 محرم 1377 (اول اوت 1957) الضابط للحالة المدنية .

ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية
وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

وصدر بتونس في 9 ذي الحجة 1383 (21 افريل 1964)

رئيس الجمهورية التونسية

الحبيب بورقيبة

قانون عدد 3 لسنة 1964

مؤرخ في 9 ذي الحجة 1383 (21 افريل 1964) يتفق بالصادقة على المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 7 شوال 1383 (20 فيفري 1964) المتعلق بالتسجيل العقارى الاجبارى (1)

باسم الشعب ،

نحن الحبيب بورقيبة ، رئيس الجمهورية التونسية ،

بعد موافقة مجلس الأمة ،

اصدرنا القانون الآتى نصه :

فصل وحيد - وقعت المصادقة على المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 7 شوال 1383 (20 فيفري 1964) المتعلق بالتسجيل العقارى الاجبارى .

ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية
وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

وصدر بتونس في 9 ذي الحجة 1383 (21 افريل 1964)

رئيس الجمهورية التونسية

الحبيب بورقيبة

(1) الاعمال التحضيرية

مداولة مجلس الأمة وموافقته بجلسته المنعقدة بتاريخ 19 ذي القعدة 1383 (2 افريل 1964)

قانون عدد 4 لسنة 1964

مؤرخ في 9 ذي الحجة 1383 (21 افريل 1964) يتعلق بالصادقة على المرسوم عدد 10 لسنة 1964 المؤرخ في 12 ذي القعدة 1383 (26 مارس 1964) المتعلق بالصادقة على تنقيح الفصول 23 و 27 و 61 من ميثاق منظمة الامم المتحدة (1)

باسم الشعب ،

نحن الحبيب بورقيبة ، رئيس الجمهورية التونسية ،

بعد موافقة مجلس الأمة ،

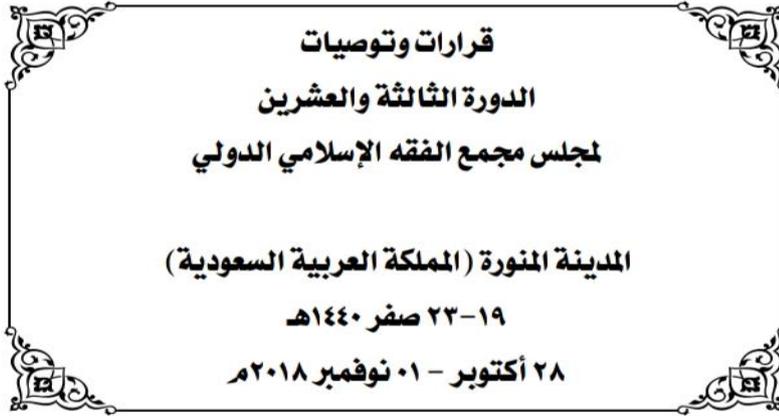
اصدرنا القانون الآتى نصه :

فصل وحيد - وقعت المصادقة على المرسوم عدد 10 لسنة 1964 المؤرخ في 12 ذي القعدة 1383 (26 مارس 1964) المتعلق بالصادقة على تنقيح الفصول 23 و 27 و 61 من ميثاق منظمة الامم المتحدة .

(1) الاعمال التحضيرية :

مداولة مجلس الأمة وموافقته بجلسته المنعقدة بتاريخ 19 ذي القعدة 1383 (2 افريل 1964)

-الملاحق رقم 22: قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة في 28 أكتوبر إلى 01 نوفمبر 2018، بشأن زواج الصغيرات بين حق الولي ومصلحة الفتاة ومدى سلطة ولي الأمر في منعه أو تقييده من المنظور الشرعي.





الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين،
وعلى آله وصحبه أجمعين.

قرار رقم: ٢١٧ (٢٣/١)

**بشأن زواج الصغيرات بين حق الولي ومصلحة الفتاة
ومدى سلطة ولي الأمر في منعه أو تقييده من المنظور الشرعي**

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون
الإسلامي، المنعقد في دورته الثالثة والعشرين بالمدينة المنورة، خلال الفترة
من: ١٩ - ٢٣ صفر ١٤٤٠ هـ، الموافق: ٢٨ أكتوبر - ١ نوفمبر ٢٠١٨ م،
بعد اطلاعه على البحوث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع زواج
الصغيرات بين حق الولي ومصلحة الفتاة ومدى سلطة ولي الأمر في منعه أو تقييده
من المنظور الشرعي، وبعد استماعه إلى المناقشات الموسعة التي دارت حوله،
قرر ما يلي:

١. الصغيرة هي من لم تبلغ الحلم، والمعول عليه في تحديد سن الزواج هو البلوغ؛ لانضباطه، كما قرر الفقهاء.
٢. شريعة الإسلام لم تحدد سنّاً لإبرام عقد الزواج، أما سن الدخول

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي | ٧٦٤ |

بالزوجة، فهو من الأمور التي تتحدد بحسب أحوال الزمان والمكان، وبحسب صلاحية طرفي العقد للزواج وتكوين الأسرة.

٣. للأب بما يحمله من شفقة ورحمة تجاه ابنته وبما يجب عليه من رعاية المصلحة، الحق في تزويج ابنته بعد أخذ إذن القاضي، وإذا ثبت أن في التزويج ضرراً لها منع الأب من تزويجها، أما غير الأب فلا يجوز له تزويج الصغيرة.

٤. تحديد سن تزويج الصغيرات بإذن القاضي ويوكل أمره إلى ولي الأمر في كل دولة بحسب ظروف الزمان والمكان والسن بما يحقق المصلحة للجميع.

٥. يجب مراعاة مصلحة الفتاة عند التزويج.

٦. ولاية الأب أو غيره من الأولياء على الفتاة مقيدة بتحقيق مصلحتها.

٧. إذن الفتاة عند تزويجها لازم، ولا يجوز تزويجها بغير إذنها ورضاها، وذلك عملاً بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: (الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها سكوتها)، رواه مسلم، وإذا حدث تزويجها بغير رضاها كان لها الحق في طلب الفسخ.

٨. لكل بلد الحق في تحديد السن المناسبة للزواج، حسب ما يراه محققاً لمصلحة الفتاة والأسرة والمجتمع، وله الحق في تقرير عقوبة مناسبة لمن يزوج الفتاة الصغيرة بغير إذن القاضي.

٩. يتعين وضع ضوابط صحية لتزويج الصغيرات، ولا يجوز تزويج الفتاة بدون هذه الضوابط، ويكون تقدير هذه الضوابط من الأطباء الثقات.

والله تعالى أعلم؛

- الملحق رقم 23: قرار وزير الصحة العمومية المؤرخ في 16-12-1995، يتعلق بضبط
أ نموذج الشهادة الطبية السابقة للزواج والبيانات التي يجب أن تتضمنها.

الرَّائِدُ الرَّسْمِيُّ لِلْجُمْهُورِيَّةِ التُّونِسِيَّةِ

عدد 103

الثلاثاء 4 شعبان 1416 - 26 ديسمبر 1995

المحتوى

الأوامر والقرارات

رئاسة الجمهورية

2454 تسمية كاهية مدير

الوزارة الأولى

2454 أمر عدد 2487 لسنة 1995 مؤرخ في 18 ديسمبر 1995 يتعلق بضبط قائمة المنشآت العمومية الخاضعة
لاحكام القانون عدد 56 لسنة 1995 المؤرخ في 28 جوان 1995 المتعلق بالنظام الخاص للتعويض عن الأضرار
الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع العمومي

2454 أمر عدد 2488 لسنة 1995 مؤرخ في 18 ديسمبر 1995 يتعلق بضبط تركيبة اللجنة الطبية المركزية وتنظيمها
وطرق سيرها

2455 تسمية مستشارين للمصالح العمومية

2455 إبقاء موظفين في حالة مباشرة

وزارة العدل

2456 أمر عدد 2452 لسنة 1995 مؤرخ في 18 ديسمبر 1995 يتعلق بمعاليم التسجيل بالسجل التجاري

وزارة الشؤون الخارجية

2457 إبقاء موظفين في حالة مباشرة

وزارة الداخلية

- أمر عدد 2460 لسنة 1995 مؤرخ في 18 ديسمبر 1995 يتعلق بالناجحين في مناظرات الدخول إلى مراحل تكوين متصرفين مستشارين ومتصرفين وملحقي إدارة وكتابة تصرف للعمل بالجماعات العمومية المحلية (الولايات والبلديات) المحدثة بالمدرسة القومية للإدارة 2457
- تسمية كاتبين عامين لبلدية 2457
- تسمية رئيس دائرة فرعية 2458
- تسمية رئيس مصلحة 2458
- تسمية رئيس مكتب 2458
- تسمية مهندس رئيس 2458
- إبقاء بحالة مباشرة 2458
- إنهاء مهام كاتب عام لبلدية 2458
- قرار من وزير الداخلية مؤرخ في 16 ديسمبر 1995 يتعلق بضبط الحالات التي تستوجب التعريف بالإمضاء والإشهاد بمطابقة النسخ لأصولها على الوثائق والشهادات التي تطلبها مصالح وزارة الداخلية والمؤسسات الراجعة إليها بالنظر من المتعاملين معها 2458

وزارة الشؤون الاجتماعية

- أمر عدد 2470 لسنة 1995 مؤرخ في 18 ديسمبر 1995 يتعلق بضبط التنظيم الإداري والمالي وترتيب سير مركز الدفاع والإدماج الاجتماعي بالملاسين 2458

وزارة المالية

- أمر عدد 2477 لسنة 1995 مؤرخ في 18 ديسمبر 1995 يتعلق بتطبيق النظام الجبائي التفاضلي عند التوريد على المواد الأولية والمنتجات واللوازم المستعملة لصنع معدات التجهيز التي ليس لها مثيل مصنوع محليا والمتّصو ص عليه بالفصل 54 من مجلة تشجيع الإستثمارات 2460
- إبقاء موظف بحالة مباشرة 2460
- تسمية مراقبين للمالية 2460
- قرار من وزير المالية مؤرخ في 16 ديسمبر 1995 يتعلق بمنح إختصاص جديد للقباضة المالية بجملة 2460
- تسمية متصرف ممثل للدولة لدى مجلس إدارة البنك القومي الفلاحي 2461

وزارة أملاك الدولة والشؤون العقارية

- جدول تقسيمي إصلاحي 2461

وزارة الصحة العمومية

- قرار من وزير الصحة العمومية مؤرخ في 16 ديسمبر 1995 يتعلق بضبط الحالات التي تستوجب الإشهاد بمطابقة النسخ لأصولها أو التعريف بالإمضاء على الوثائق والشهادات التي تتطلبها مصالح وزارة الصحة العمومية والمؤسسات الراجعة إليها بالنظر من المتعاملين معها 2461
- قرار من وزير الصحة العمومية مؤرخ في 16 ديسمبر 1995 يتعلق بضبط الشروط الخاصة بالممارسة الحرة لمهنة ممرض 2461
- قرار من وزير الصحة العمومية مؤرخ في 16 ديسمبر 1995 يتعلق بضبط نموذج الشهادة الطبية السابقة للزواج والبيانات التي يجب أن تتضمنها 2463
- قرار من وزير الصحة العمومية مؤرخ في 16 ديسمبر 1995 يتعلق بضبط نظام وبرنامج المناظرة الداخلية بالإختبارات للإرتقاء إلى رتبة طبيب بيطري أول 2465
- قرار من وزير الصحة العمومية مؤرخ في 16 ديسمبر 1995 يتعلق بفتح مناظرة بالمواد الإنتداب أطباء بياطرة أوليين 2466
- تسمية عضو بمجلس إدارة مستشفى الحبيب ثامر بتونس 2466
- تسمية عضو بمجلس إدارة مستشفى الرابطة بتونس 2466

وزارة التعليم العالي

- أمر عدد 2485 لسنة 1995 مؤرخ في 18 ديسمبر 1995 يتعلق بضبط الإطار العام لنظام الدراسة وشروط التحصيل على الشهادة الوطنية للمرحلة الأولى والشهادة الوطنية في الفن والحرف 2466

منتصف النهار والساعة الثالثة بعد الظهر وما بين الساعة السابعة مساء والساعة الثامنة صباحا وكذلك خلال أيام الأحد وأيام العطل.
يجب أن يطلع جدول حصص الإستمرار على باب كل محل تمرير.
وفي المناطق التي لا يوجد بها سوى محل تمرير واحد، يمكن لمرضى الممارسة الحرة المعني بالأمر أن يؤمن حصص استمرار.
تونس في 16 ديسمبر 1995.

وزير الصحة العمومية
الهادي مهني

إطلع عليه
الوزير الأول
حامد القروي

قرار من وزير الصحة العمومية مؤرخ في 16 ديسمبر 1995 يتعلق بضبط أنموذج الشهادة الطبية السابقة للزواج والبيانات التي يجب أن تتضمنها.
إن وزير الصحة العمومية،

بعد الإطلاع على القانون عدد 46 لسنة 1964، المؤرخ في 3 نوفمبر 1964 والمتعلق بإحداث شهادة طبية سابقة للزواج وخاصة الفصل 6 منه،

وعلى القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 1985 والمتعلق بأنموذج الشهادة الطبية السابقة للزواج،

قرر ما يأتي :

الفصل الأول - يجب أن يتم إعداد الشهادة الطبية السابقة للزواج وفقا للأنموذج الملحق بهذا القرار.

الفصل 2 - ألغى القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 1985، المشار إليه أعلاه.
تونس في 16 ديسمبر 1995.

وزير الصحة العمومية
الهادي مهني

إطلع عليه
الوزير الأول
حامد القروي

1 - المطهرات :

- ديكان
- كحول ذو 60 درجة
- إثير
- إيوزين مائي
- إيوزين كحولي
- بيتادين جلدي
- إكسوميدين

2 - أدوية معدة للحقن عند الحالات الإستعجالية :

- كورتيكويد للحقن (ميدروكورتزون أو ديكسميثازون)
- بروميتازون
- أدبرينالين
- تيوفيلين للحقن.

يقع التزود الأولي بالأدوية المعدة للحقن عند الحالات الإستعجالية وكذلك تجديدها إستنادا إلى وصفة مسلمة من قبل الطبيب المتفقد الجهوي أو بترخيص من الصيدلي المتفقد الجهوي المختصين ترابيا.

الفصل 10 - يجب على الممرض أن يرتدي منديلا أبيضاً وأن يحمل بطاقة عليها صورته وتتضمن اسمه ولقبه.

ويجب عليه المحافظة الدائمة على نظافة المحل.

وعلاوة على ذلك يجب عليه أن يوفر كل شروط حفظ الصحة خاصة فيما يتعلق بتجميع المواد والمستحضرات الملوثة والضمائد وعصابات التضعيد الوسخة والمواد المتعفنة والسوائل البولوية. ويجب عليه أن يتلفها بالسوائل الملائمة طبقاً لقواعد حفظ الصحة.

الفصل 11 - يجب أن تكون محلات التمرير مفتوحة للعموم كامل أيام العمل على الأقل من الساعة الثامنة صباحاً إلى منتصف النهار ومن الساعة الثالثة بعد الظهر إلى الساعة السابعة مساءً وذلك بدون إنقطاع.

ويمكن تعديل هذا التوقيت بموافقة المدير الجهوي للصحة العمومية المختص ترابيا.

الفصل 12 - ممرضو الممارسة الحرة ملزمون، تحت إشراف المدير الجهوي للصحة العمومية المختص ترابيا، بتنظيم حصص استمرار ما بين

نموذج الشهادة الطبيّة السابقة للزواج

إني المضي أسفله ،
الإسم واللقب :
دكتور في الطب ، الإختصاص :
رقم التسجيل بمجلس عمادة الأطباء :
المباشر ب :
العنوان : العدد نهج/شارع
المدينة / المنطقة / الولاية :
أشهد بأنني قمت لغاية الزواج بفحص السيد (ة) :
.....
المولود (ة) في : ب :
القاطن (ة) ب :
بطاقة التعريف الوطنيّة عدد مسلمة ب : في
حررت هذه الشهادة بعد إجراء إستجواب مدقّق وفحص سريري كامل وبعد إطلاعي على
نتائج الفحوص التكميليّة التالية : (وضع العلامة (×) في المربع المناسب) .

<input type="checkbox"/>	فصيلة الدم
<input type="checkbox"/>	التهاب الكبد الفيروسي صنف « ب »
<input type="checkbox"/>	صورة بالأشعة السينية للصدر
<input type="checkbox"/>	فحوص أخرى

وأصرح علاوة على ذلك بأنني :
- أعلمت المعني (ة) بالأمر بنتائج الفحوص السريرية والتكميليّة وبالأعمال التي من شأنها الوقاية أو الحد من أخطارها عليه (ها) وعلى قرينه (ها) وأبناءه (ها) .
- لفت نظر الزوجة المفترضة الى إمكانية الإصابة بالحميراء خلال فترة الحمل وأعلمتها بوجود تلقیح لذلك .
- أكدت على عوامل الخطر المهيئة لبعض الأمراض (مرض السكرى ، ضغط الدم ... الخ) .
- نصحت المعني (ة) بالأمر بإجراء تلقیح ضد التهاب الكبد من صنف « ب »
- قدمت نصائح تتعلق بالعوامل الوراثية بما في ذلك تلك المرتبطة بالقرابة بين الزوجين المفترضين ونصائح تتعلق بطرق تنظيم الولادات وأكدت على ضرورة مراقبة الحمل .
وبحكم هذا ، سلمت هذه الشهادة مباشرة للمعني (ة) بالأمر للإستظهار بها لدى من له النظر .

حرر ب في
الإمضاء والختم

ملاحظة : يعاقب بالسجن لمدة تتراوح بين سنة وثلاث سنوات كل شخص يعلم أنه مصاب بمرض سارّ ويسعى عمداً ، من خلال سلوكه ، الى نقله الى أشخاص آخرين (القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية 1992 المتعلق بالأمراض السارية : الفصلين 11 و 18) .

– الملحق رقم 24: قرار وزير الداخلية والصحة العمومية المؤرخ في 28-07-1995 يتعلق بتعميم الشهادة الطبية السابقة للزواج على كامل تراب الجمهورية التونسية.

الرَّائِدُ الرَّسْمِيُّ لِلْجُمْهُورِيَّةِ التُّونِسِيَّةِ

عدد 63

الثلاثاء 11 ربيع الأول 1416 – 8 أوت 1995

المحتوى

الأوامر والقرارات

مجلس النواب	
1739	تسمية كاهيتي مديريين
1739	تسمية رئيسي مصلحة
الوزارة الأولى	
1739	تسمية مدير
1739	تسمية كاهية مدير
1739	تسمية متصرف ممثل للدولة بمجلس إدارة وكالة تونس إفريقيا للأنباء
1739	قراران من الوزير الأول مؤرخان في 28 جويلية 1995 يتعلقان بفتح مناظرات داخلية وخارجية بالمواد لانتداب متصرفي كتابة وكتابة لدى دائرة المحاسبات
وزارة الشؤون الخارجية	
1740	قرار من وزير الشؤون الخارجية مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بفتح مناظرة بالشهادات لانتداب مستشارين للشؤون الخارجية
1740	قرار من وزير الشؤون الخارجية مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بفتح مناظرة خارجية بالمواد لانتداب كتبة للشؤون الخارجية
1740	قرار من وزير الشؤون الخارجية مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بفتح إمتحان مهني للإرتقاء الى رتبة مستشار الشؤون الخارجية

وزارة الداخلية

- 1740 تسمية رئيس مصلحة
 1740 تسمية كاتب عام لبلدية
 قرار من وزير الداخلية والصحة العمومية مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بتعميم الشهادة الطبية السابقة
 1741 للزواج على كامل تراب الجمهورية

وزارة الشؤون الإجتماعية

- 1741 تسمية رئيس مصلحة
 1741 تسمية رؤساء وحدات
 قرار من وزير الشؤون الإجتماعية مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بإتتمام القرار المؤرخ في 4 ماي 1995
 المتعلق بالإعفاء من الإنخراط بالصندوق القومي للضمان الإجتماعي في نظام تعويض الأضرار الحاصلة بسبب
 1741 حوادث الشغل والأمراض المهنية
 قرار من وزير الشؤون الإجتماعية والمالية مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بإسناد جائزة العامل المثالي للعمال
 1742 الاجراء في القطاعين الخاص والعمومي الخاضعين لمجلة الشغل
 قرار من وزير الشؤون الإجتماعية مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بضبط مبلغ جائزة العامل المثالي
 1742
 1743 إسناد وسام الشغل

وزارة المالية

- 1743 تسمية مدير
 1743 تسمية مراقب دولة من الدرجة الاولى
 1743 تسمية كاهية مدير
 1743 تسمية مفوضين
 1743 تسمية قباض للعالية
 1744 تسمية قابض بلدي

وزارة الفلاحة

- قرارات من وزير الفلاحة مؤرخة في 28 جويلية 1995 تتعلق بفتح إمتحانات مهنية لإدماج عملة في رتب كاتب
 1744 تصرف وراقن وعون إستقبال

وزارة المواصلات

- قرارات من وزير المواصلات مؤرخة في 28 جويلية 1995 تتعلق بفتح مناظرة حسب الملفات للدخول الى مرحلة
 التكوين المستمر بوزارة المواصلات للإرتقاء الى رتب مهندس أول ومهندس أشغال وأضع برامج ومهندس مساعد
 1745 ومساعد تقني ومسير للألات الميكانيكوجرافية ومتفقد مركزي ومتفقد وملحق بالتفقد ومراقب للبريد والبرق والهاتف

وزارة التربية

- قرار من وزير التربية مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بضبط قائمة المسائل المتعلقة بخدمات إدارية راجعة
 بالنظر الى وزارة التربية والمؤسسات العمومية والمنشآت العمومية التابعة لها والتي يجب فيها الرد على شكايات
 1748 المواطنين مع التعليل في حالة الرفض

وزارة الصناعة

- قرار من وزير الصناعة مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بضبط قائمة الاشخاص الماديين أو المعنويين المرخص
 1748 لهم في التزود من معامل التكرير أو لدى الموردين
 قرار من وزير الصناعة مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بتعيين أعضاء المجلس الوطني للإعتماد
 1748
 قرار من وزير الصناعة مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بتقويض حق الإمضاء
 1749

وزارة الشؤون الخارجية

قرار من وزير الشؤون الخارجية مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بفتح مناظرة بالشهادات لانتداب مستشارين للشؤون الخارجية.

إن وزير الشؤون الخارجية،

وبعد الإطلاع على القانون عدد 112 لسنة 1983 المؤرخ في 12 ديسمبر 1983 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية،

وعلى الأمر عدد 1077 لسنة 1991 المؤرخ في 22 جويلية 1991 المتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بأعوان السلك الدبلوماسي لوزارة الشؤون الخارجية وعلى جميع النصوص التي تقته أو تعتمه،

وعلى الأمر عدد 497 لسنة 1993 المؤرخ في أول مارس 1993 المتعلق بضبط مجموع إمارات وزارة الشؤون الخارجية،

وعلى القرار المؤرخ في 20 أبريل 1993 المتعلق بضبط نظام وبرنامج المناظرة بالشهادات لانتداب مستشارين للشؤون الخارجية وعلى جميع النصوص التي تقته أو تعتمه.

قرر ما يأتي:

الفصل الأول - تفتح بوزارة الشؤون الخارجية مناظرة بالشهادات لانتداب مستشارين للشؤون الخارجية.

الفصل 2 - تجرى المناظرة بتونس يوم 30 سبتمبر 1995 والأيام الموالية.

الفصل 3 - تختم قائمة تسجيل أسماء المترشحين للمناظرة المذكورة أعلاه يوم 31 أوت 1995.

الفصل 4 - حدّد عدد الخطط المراد تسديدها بخمسة (5) خطط.

تونس في 28 جويلية 1995.

وزير الشؤون الخارجية
الحبيب بن يحيى

إطلع عليه
الوزير الأول
حامد القروي

قرار من وزير الشؤون الخارجية مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بفتح مناظرة خارجية بالمواد لانتداب كتبة للشؤون الخارجية.

إن وزير الشؤون الخارجية،

وبعد الإطلاع على القانون عدد 112 لسنة 1983 المؤرخ في 12 ديسمبر 1983 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية،

وعلى الأمر عدد 1077 لسنة 1991 المؤرخ في 22 جويلية 1991 المتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بأعوان السلك الدبلوماسي لوزارة الشؤون الخارجية،

وعلى الأمر عدد 497 لسنة 1993 المؤرخ في أول مارس 1993 المتعلق بضبط إمارات وزارة الشؤون الخارجية،

وعلى القرار المؤرخ في 16 سبتمبر 1991 المتعلق بضبط نظام وبرنامج المناظرة لانتداب كتبة الشؤون الخارجية.

قرر ما يأتي:

الفصل الأول - تفتح بوزارة الشؤون الخارجية مناظرة خارجية بالمواد لانتداب كتبة الشؤون الخارجية.

الفصل 2 - تجرى الإختبارات الكتابية بتونس يوم 25 سبتمبر 1995 والأيام الموالية.

الفصل 3 - تختم قائمة الترشيحات يوم 26 أوت 1995.

الفصل 4 - حدّد عدد الخطط المراد تسديدها بثلاثين (30) خطة.

تونس في 28 جويلية 1995.

وزير الشؤون الخارجية
الحبيب بن يحيى

إطلع عليه
الوزير الأول
حامد القروي

قرار من وزير الشؤون الخارجية مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بفتح إمتحان مهني للإرتقاء الى رتبة مستشار الشؤون الخارجية.

إن وزير الشؤون الخارجية،

وبعد الإطلاع على القانون عدد 112 لسنة 1983 المؤرخ في 12 ديسمبر 1983 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية،

وعلى الأمر عدد 1077 لسنة 1991 المؤرخ في 22 جويلية 1991 المتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بأعوان السلك الدبلوماسي لوزارة الشؤون الخارجية،

وعلى الأمر عدد 497 لسنة 1993 المؤرخ في أول مارس 1993 المتعلق بضبط إمارات وزارة الشؤون الخارجية،

وعلى القرار المؤرخ في 20 أبريل 1993 المتعلق بضبط نظام وبرنامج الإمتحان المهني للإرتقاء الى رتبة مستشار الشؤون الخارجية.

قرر ما يأتي:

الفصل الأول - يفتح بوزارة الشؤون الخارجية إمتحان مهني للإرتقاء الى رتبة مستشار الشؤون الخارجية.

الفصل 2 - تجرى الإختبارات الكتابية والإختبار الشفاهي بتونس وبالخارج يوم 9 أكتوبر 1995 والأيام الموالية.

الفصل 3 - تختم قائمة تسجيل أسماء المترشحين للإمتحان المهني المذكورة أعلاه يوم 31 أوت 1995.

الفصل 4 - حدّد عدد الخطط المراد تسديدها بخمسة وثلاثين (35) خطة.

تونس في 28 جويلية 1995.

وزير الشؤون الخارجية
الحبيب بن يحيى

إطلع عليه
الوزير الأول
حامد القروي

وزارة الداخلية

تسميات

بمقتضى امر عدد 1357 لسنة 1995 مؤرخ في 28 جويلية 1995.

كلف السيد نبيل بنحداة، المتصرف، بمهام رئيس مصلحة الأعوان بالإدارة الفرعية للشؤون الإدارية والمالية ببلدية جربة حومة السوق.

بمقتضى امر عدد 1358 لسنة 1995 مؤرخ في 28 جويلية 1995.

كلف السيد الطاهر غزال، المتصرف، بمهام كاتب عام من الدرجة الثانية ببلدية زاوية سوسة.

وعلا بأحكام الفصل 8 من الأمر المشار إليه أعلاه عدد 1123 لسنة 1989 المؤرخ في 4 أوت 1989 يتمتع المعني بالأمر بالمنح والإمتيازات المخولة لرئيس مصلحة إدارة مركزية.

بمقتضى امر عدد 1363 لسنة 1995 مؤرخ في 28 جويلية 1995.
كلفت السيدة سميرة الجويني حرم مازني، متصرف الخدمة الإجتماعية، بوظائف رئيس وحدة الشؤون الإدارية والمالية بالإدارة الجهوية للشؤون الإجتماعية بجنوبية.

وعلا بأحكام الفصل 8 من الأمر المشار إليه أعلاه عدد 1123 لسنة 1989 المؤرخ في 4 أوت 1989 تتمتع المعنية بالأمر بالمنح والإمتيازات المخولة لرئيس مصلحة إدارة مركزية.

بمقتضى امر عدد 1364 لسنة 1995 مؤرخ في 28 جويلية 1995.
كلفت السيد الحبيب القابسي، متصرف الخدمة الإجتماعية، بوظائف رئيس وحدة الإدماج والمتابعة بالمجمع الصحي والتربوي للقاصرين عن الحركة العضوية بتابل.

وعلا بأحكام الفصل 7 من الأمر المشار إليه أعلاه عدد 2338 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 يتمتع المعني بالأمر بالمنح والإمتيازات المخولة لرئيس مصلحة إدارة مركزية.

قرار من وزير الشؤون الإجتماعية مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بإتمام القرار المؤرخ في 4 ماي 1995 المتعلق بالإعفاء من الإنخراط بالصندوق القومي للضمان الإجتماعي، في نظام تعويض الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية.

إن وزير الشؤون الإجتماعية،

بعد الإطلاع على القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية وخاصة الفصلان 6 و 105 منه.

وعلى قرار وزير الشؤون الإجتماعية المؤرخ في 4 ماي 1995 المتعلق بالإعفاء من الإنخراط بالصندوق القومي للضمان الإجتماعي، في نظام تعويض الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية.

قرر ما يلي:

الفصل الأول - تضاف الى قائمة المؤسسات المعفاة من واجب الإنخراط بالصندوق القومي للضمان الإجتماعي بعنوان نظام التعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية المحدد بالقانون المشار إليه أعلاه عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994، والمنصوص عليها بالفصل الأول من قرار وزير الشؤون الإجتماعية المشار إليه أعلاه، المؤرخ في 4 ماي 1995، المؤسسات التالية:

- 1 - المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية
 - 2 - الشركة التونسية للشحن والترصيف
 - 3 - المجمع الإجماعي لمنتجات الكروم ومنتجات الغلال
 - 4 - ديوان المواني الجوية التونسية
 - 5 - ديوان المواني القومية.
- الفصل 2 - ينشر هذا القرار بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.
تونس في 28 جويلية 1995.

وزير الشؤون الإجتماعية
الصادق رابح

إطلع عليه
الوزير الأول
حامد الغروي

قرار من وزيرى الداخلية والصحة العمومية مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بتعميم الشهادة الطبية السابقة للزواج على كامل تراب الجمهورية.
إن وزيرى الداخلية والصحة العمومية،

وبعد الإطلاع على القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 3 نوفمبر 1964 والمتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج وخاصة الفصل الأول منه.

وعلى القرار المؤرخ في 24 جوان 1965 المتعلق بالدوائر التي صارت فيها الشهادة السابقة للزواج إجبارية، ملثما تمه القرار المؤرخ في 30 جوان 1981.
قررا ما يأتى:

الفصل الأول - يكون تسليم الشهادة الطبية السابقة للزواج إجباريا الى ضباط الحالة المدنية أو العدول الذين وقع إختيارهم لتحديد عقود الزواج وذلك بكامل تراب الجمهورية.

الفصل 2 - لفي القرار المؤرخ في 24 جوان 1965 المشار إليه أعلاه مثلثا تمه القرار المؤرخ في 30 جوان 1981.
تونس في 28 جويلية 1995.

وزير الداخلية
محمد جفام
وزير الصحة العمومية
الهادي مهني

إطلع عليه
الوزير الأول
حامد الغروي

وزارة الشؤون الإجتماعية

تسميات

بمقتضى امر عدد 1359 لسنة 1995 مؤرخ في 28 جويلية 1995.
كلفت السيد سامي عروس، متفقد الشغل، بوظائف رئيس مصلحة التشريع بالإدارة الفرعية للدراسات القانونية والمقاييس بإدارة المقاييس والتمويل بالإدارة العامة للضمان الإجتماعي بوزارة الشؤون الإجتماعية.

بمقتضى امر عدد 1360 لسنة 1995 مؤرخ في 28 جويلية 1995.
كلفت السيد الحبيب بن خليفة، متصرف الخدمة الإجتماعية، بوظائف رئيس وحدة التكوين والرسكلة والمتابعة بمركز التكوين المهني للمعاقين الصم بقصر هلال بوزارة الشؤون الإجتماعية.

وعلا بأحكام الفصل 7 من الأمر المشار إليه أعلاه عدد 2339 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 يتمتع المعني بالأمر بالمنح والإمتيازات المخولة لرئيس مصلحة إدارة مركزية.

بمقتضى امر عدد 1361 لسنة 1995 مؤرخ في 28 جويلية 1995.
كلفت السيدة أمينة الرياحي حرم السعيد، متصرف الخدمة الإجتماعية، بوظائف رئيس وحدة الشؤون الإدارية والمالية بالإدارة الجهوية للشؤون الإجتماعية بتونس.

وعلا بأحكام الفصل 8 من الأمر المشار إليه أعلاه عدد 1123 لسنة 1989 المؤرخ في 4 أوت 1989 تتمتع المعنية بالأمر برتبة وإمتيازات رئيس مصلحة إدارة مركزية.

بمقتضى امر عدد 1362 لسنة 1995 مؤرخ في 28 جويلية 1995.
كلفت السيد عبد الله عيسى، متصرف الخدمة الإجتماعية، بوظائف رئيس وحدة التضامن الإجتماعي بقسم النهوض الإجتماعي بالإدارة الجهوية للشؤون الإجتماعية بالمهدية.

- الملحق رقم 25: القرار الوزاري المشترك لوزير العدل المغربي والصحة رقم 04-347 الصادر في 02-03-2004 الذي يحدد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية التي تمنح للخطاب والمخطوبة.

الجريدة الرسمية رقم 5192 الصادرة يوم الخميس 4 مارس 2004

قرار مشترك لوزير العدل ووزير الصحة رقم 04-347 صادر في 10 محرم 1425 (2 مارس 2004) (بتحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج

وزير العدل ،
ووزير الصحة ،

بناء على القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-04-22 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) ولاسيما المادة 65 منه ،

قرارا ما يلي:

المادة الأولى:

يحدد بموجب هذا القرار مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية التي تمنح للخطاب والمخطوبة ، طبقا للمادة 65 من القانون رقم 70-03 المشار إليه أعلاه.

المادة الثانية:

تمنح الشهادة الطبية المذكورة في المادة الأولى أعلاه من طرف طبيب تابع للقطاع العام أو القطاع الخاص أو القطاع شبه العمومي.

المادة الثالثة:

يقوم الطبيب بالفحص السريري لصاحب الطلب قبل إصدار الشهادة الطبية. ويمكن له أن يأمر بإجراء فحوصات وتحاليل طبية تكميلية إذا ارتأى ذلك وتبين له أن الحالة الصحية للمعني بالأمر تستدعيه.

المادة الرابعة:

تحرر 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 تابعا للقطاع العام أو القطاع الخاص أو القطاع شبه العمومي ؛
- تاريخ إجراء الفحص والفحوصات التكميلية إن اقتضى الحال ؛
- الاسم الكامل لطالب الشهادة ؛
- رقم بطاقة تعريفه الوطنية أو ما يقوم مقامها ؛
- استنتاجات الطبيب ؛
- عبارة تثبت أن هذه الشهادة سلمت للإدلاء بها قصد الزواج.

المادة الخامسة:

ينشر هذا القرار المشترك بالجريدة الرسمية.

وحرر بالرباط في 10 محرم 1425 (2 مارس 2004).

وزير العدل ،

الإمضاء : محمد بوزويغ.

وزير الصحة ،

الإمضاء : محمد الشيخ بيد الله.

*
**

شهادة طبية خاصة بإبرام عقد الزواج

أنا الموقع أسفله الدكتور.....
.....

أشهد أنني فحصت يومه بطلب منه/منها

المسمى/أو المسماة.....

رقم البطاقة الوطنية) إن وجدت.....

وتبين بعد الفحص السريري أن المعنى بالأمر لا تظهر عليه علامة لمرض معد.

استنتاجات الطبيب.....
.....

وسلمت له/لها هذه الشهادة للإدلاء بها قصد الزواج.

-الملاحق رقم.26: قرار محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية، ل 16-03-2021.

(القرار عدد 113

الصاوير بتاريخ 16 مارس 2021

في الملف التشريعي عدد 2018/2/2/286

عقد زواج - طلب فسخه بسبب التدليس - إثباته.

بمقتضى المادة 63 مدونة الأسرة فإنه إذا تعرض الزوج أو الزوجة للإكراه أو اكتشف وقائع كانت هي الدافع لعقد الزواج فله أن يطلب من المحكمة فسخ هذا العقد سواء قبل البناء أو بعده داخل أجل لا يتعدى شهرين من يوم العلم بهذا التدليس، كما أن الفصل 52 من ق.ل.ع ينص على أن التدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاه لما تعاقد الطرف الآخر. والمحكمة لما استخلصت مما تقدم أمامها أن الطاعن بنى بالمطلوبة وهي بحالها وعاشرها مدة 5 سنوات أثرت عن إنجاب ولد. وخلصت إلى أن هذه المدة كافية لحصول العلم بما يتنكر له حالياً، فإنها قد استعملت سلطتها في تقويم الدليل، وعللت قرارها تعليلاً كافياً.



رفض الطلب

باسم جلالة الملك محمد السادس

المجلس الأعلى للسلطة القضائية

بناء على عريضة النقض المودعة بتاريخ 15/11/2017 من طرف الطالب المذكور أعلاه بواسطة نائبه الأستاذ (ع.ج) والرامية إلى نقض القرار رقم 368 الصادر بتاريخ 2017/7/26 في الملف عدد 2017/1613/216 عن محكمة الاستئناف بأسفي.

وبناء على مذكرة الجواب المدلى بها بتاريخ 2018/6/21 من طرف المطلوبة في النقض بواسطة نائبها الأستاذ (م.م) والرامية إلى رفض الطلب.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي الصادر بتاريخ 2021/2/16 وتبليغه.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2021/3/16.

وبناء على المناقشة على الطرفين و من ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة المستشار المقرر السيد لمكري يوسف لتقريره والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد عبد الفتاح الزهاوي الرامية إلى رفض الطلب.

و بعد المداولة طبقا للقانون:

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه المشار إليه أعلاه أن طالب النقض (ن.ش) ادعى بمقال مودى عنه بالمحكمة الابتدائية بأسفي بتاريخ 2016/8/9، أنه متزوج بالمدعى عليها (ف.و)، والتي قامت بالتدليس عليه وصرحت له أنها عرياء قبل زواجها ليكتشف أنها كانت متزوجة وطلقت من زوجها الأول بتاريخ 2011/4/18، ملتصقا فسخ عقد الزواج الرابط بينهما المضمن بعدد 420 صحيفة 422 بتاريخ 2011/9/2 توثيق آسفي. وأجابت المدعى عليها ملتصقة عدم قبول الطلب. وبعد انتهاء الإجراءات قضى الحكم الابتدائي عدد 186 بتاريخ 2017/3/14 في الملف عدد 2016/488 بقبول الطلب شكلا ورفضه موضوعا. فاستأنفه المدعى، وأيدته محكمة الاستئناف بقرارها المطعون فيه، بمقال تضمن ثلاثة وسائل. أجاب عنها دفاع المطلوبة في النقض والتمس رفض الطلب.

حيث يعيب الطاعن القرار في الوسيطتين الأولى والثالثة مضمومتين للارتباط بخرق القانون ونقصان التعليل وخرق المادتين 63 و65 ومدونة الأسرة، والفصول 39، 41، 42 و52 من ق.ل.ع، ذلك أن المادة 63 من مدونة الأسرة تعطي الحق للمدلس عليه بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج وخلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه أو من تاريخ العلم بالتدليس أن يطلب فسخ الزواج، والمطلوبة أثناء كتابة العقد استدلت بشهادة خطوبة تتضمن أنها عازبة ولم يسبق لها الزواج، وهو ما صرح به وليها نحوها أثناء العقد، وبالتالي يتعين عليها إثبات علم الطاعن بحالتها الحقيقية قبل اكتشافه بتدليسها، وأنه يادر في حينه إلى تقديم دعواه، مما تكون معه عناصر المادة المذكورة متوفرة، لكونه ضحية التدليس من طرف المطلوبة التي أخفت عليه واقعة العزوبة وزواجها السابق، وأنها لم تقدم التصريح بوضعيتها الحقيقية أثناء التعاقد، وأن تعليل المحكمة بأن عملية التدليس التي استعملتها المطلوبة وما أخفته حول صفتها لا يمنع من عدم الزواج بها لا يستقيم.

ويؤخذ على القرار في الوسيلة الثانية والفرع الثاني من الوسيلة الثالثة انعدام التعليل والخرق الجوهري للقانون وخرق الفصل 52 من ق.ل.ع، ذلك أنه أكد خلال البحث الذي أجرته المحكمة الابتدائية أنه لم يعلم بزواجها السابق إلا سنة 2016 لما عاد إلى المغرب من كندا التي يعيش فيها ويشتغل، وأن الزوجة ادعت علمه بذلك دون أن تكلفها المحكمة بإثبات إدعائها ودون أن تقدم الحجة على ذلك، ملتصقا نقض القرار.

لكن ردا على ما أثير بالوسائل المثارة، فإنه عملا بالمادة 63 مدونة الأسرة فإنه إذا تعرض الزوج أو الزوجة للإكراه أو اكتشف وقائع كانت هي الدافع لعقد الزواج فله أن يطلب من المحكمة فسخ هذا العقد سواء قبل البناء أو بعده داخل أجل لا يتعدى شهرين من يوم العلم بهذا

التدليس، كما أن الفصل 52 من ق.ل.ع ينص على أن التدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من الخيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاه لما تعاقد الطرف الآخر. والمحكمة لما استخلصت مما تقدم أمامها أن الطاعن بنى بالمطلوبة وهي مجالها وعاشرها مدة 5 سنوات أثمرت عن إنجاب ولد اسمه (م) ازداد بتاريخ 2013/9/8، وخلصت إلى أن هذه المدة كافية لحصول العلم بما يتنكر له حالياً، فإنها من جهة قد استعملت سلطتها في تقويم الدليل، ومن جهة أخرى طبقت المقتضيات القانونية المذكورة أعلاه تطبيقاً سليماً، وعللت قرارها تعليلاً كافياً، وكان ما بالوسائل على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بترهة رئيس القسم الثاني بغرفة الأحوال الشخصية والميراث رئيساً، والسادة المستشارين: يوسف لمكري مقررًا ومحمد عصابة وعبد العزيز وحشي والطاهر بن دحمان أعضاء. وحاضر الخامي العام السيد عبد الفتاح الزهاوي. وبمساعدة كاتب الضبط السيدة نهاد فرح.



المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

-الملحق رقم.27: قرار محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية، ل 23-08-2011.

قضاء محكمة النقض عدد 75 ————— قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث

القرار عدد 439

الصادر بتاريخ 23 غشت 2011

في الملف (الشرعي عدد 2011/1/2/154

تعدد الزوجات - تدليس - المطالبة بفسخ عقد زواج الضرة.

لئن ثبت تدليس الزوج بإدلائه بتصريح كاذب بخصوص وضعيته الاجتماعية تسهلا لعقده على امرأة ثانية دون احترام مسطرة التعدد، فإن القانون، وإن جرم فعله، لم يخول الزوجة الأولى طلب فسخ عقد زواج ضرتها، ويبقى للزوجة الثانية وحدها الحق في المطالبة بإبطال عقد زواجها، إذا ما ارتأت ذلك، وأثبتت أن رضاها شابه عيب من عيوب الرضى.

رفض الطلب



حيث يستفاد من الوثائق والملفات والمستندة التي تضمنها القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بخريبكة بتاريخ 2010/1/28 تحت عدد 10/72 ملف 09/99 والقاضي في الشكل بقبول الاستئناف وفي الموضوع بتأييد الحكم المستأنف، أن زهرة (ح) النائبة عن ابنتها القاصرة بشرى (ب) ومن معها تقدموا بتاريخ 2008/5/27 بواسطة محاميهم أمام المحكمة الابتدائية بواد زم بمقال عرضوا فيه أن موروثهم علال (ب) كان يرتبط بعلاقة زوجية بالسيدة زهرة (ح) - والدة العارضين - استنادا إلى رسم الزواج عدد 347 ص 231 ل 52، وأن موروثهم عمد إلى العقد على السيدة عزيزة (أ) حسب عقد الزوجية عدد 146 ص 107 بتاريخ 2001/12/14، بعدما سعى إلى التوصل بغير حق إلى تسلم وثيقة عن طريق الإدلاء ببيانات كاذبة، إخلالا بمقتضيات المواد 41 و 43 و 46 من مدونة الأسرة، وهي الجريمة التي أدين من أجلها، وتبعاً لذلك فإن العقد على السيدة عزيزة (أ)

قضاء محكمة النقض عدد 75 ————— قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث

دون إشعار والدة العارضين بذلك وفقا للمقتضيات القانونية المعمول بها آنذاك يكون فاسدا لتخلف شرط من شروط صحته، واستنادا إلى مقتضيات المادة 60 من مدونة الأسرة فإنهم يطلبون فسخ العقد المذكور والحكم بثبوت فساده، وبتاريخ 2008/2/17 أصدرت المحكمة الابتدائية بواد زم حكما برفض طلبهم. استأنفه الطاعنون بعلّة أن محكمة الدرجة الأولى باكتفائها القول بأن زواج المالك علال (ب) من السيدة عزيزة (ا) صحيح لتوافر فيه شروط انعقاده تكون قد عللت ما قضت به تعليلا باطلا لأن إذن القاضي بالتعدد ضروري في عقد الزواج، وهو الذي لم يتوفر في زواج المستأنف عليها، وأنه لم يتم إشعار الزوجة الأولى والدة المستأنفين، وبذلك فالتعليل الذي ذهبت إليه المحكمة ليس صائبا لأن النكاح يعتبر فاسدا لعدم توفر الإذن بالتعدد ولا يشترط في الفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية التصريح صراحة بالطلاق ثم أن العقد بني على تصريحات كاذبة من الزوج وما بني على باطل فهو باطل، ثم إنه ما دام الزوج أدلى ببيان كاذب مفاده أنه مطلق والحال أنه متزوج وأن العدلين ضمنا ذلك البيان بعقد الزواج وأن الزوج أدّين من أجل ذلك، فيكون العقد باطلا لمتمسين بذلك إلغاء الحكم والتصريح بفسخ عقد الزواج عدد 01/412 مع النفاذ المعجل وتسجيل هذا الحكم بملكوقة العدلين الذي اضطراه بظروته عقد الزواج، وأجابت المستأنف عليها بواسطة نائبها بمذكرة الخلف من خلالها بأن الاستئناف لم يأت بجديد، وأن الأبناء لا حق لهم في طلب فسخ عقد الزوجة وإنما والدتهم كزوجة أولى، وأنه لا يمكن مسائلة العارضة عن وثائق إدارية لم تقم بإنجازها ولم تكن تعلم شيئا عن وضعية زوجها، وأن عقد الزواج أنجز في ظل مدونة الأحوال الشخصية والتي لم تكن تشترط الوثيقة الإدارية التي تحدد وضعية الزوج، وبذلك فإنها تلتزم تأييد الحكم المستأنف، وبعد إنهاء الإجراءات أصدرت محكمة الاستئناف القرار المطعون فيه بالنقض من طرف الطاعنين بثلاث وسائل.

الوسيلة الأولى: انعدام التعليل، ذلك أن الطرف الطاعن يعيب على القرار بأنه جاء في حثياته أن الزواج المنعقد بين موروثهم والسيدة عزيزة (ا) هو زواج صحيح ما دام توفر فيه الإيجاب والقبول من عاقده والأهلية وتسمية الصداق،

قضاء محكمة التقض عدد 75 ————— قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث

في حين أن توفر الشروط المذكورة لا تجعل من النكاح صحيحا ما دام المشرع نظم مسطرة خاصة لزواج من هم متزوجون من الرجال وهو الإذن بالتعدد يصدر عن القضاء، وأن موروثهم لم يستصدر هذا الإذن وإنما فرض الأمر الواقع على زوجته الأولى وعلى القضاء الذي كان من الاحتمال أن لا يأذن له فيه، وهو ما يجعل نكاحه فاسدا موجبا للفسخ، وبذلك فإن القرار المطعون فيه باكتفائه بما ورد بالحثية المذكورة يكون قد علل ما قضى به تعليلا باطلا.

الوسيلة الثانية: نقصان التعليل، ذلك أن الطاعن يعيب على القرار تعليله أن الإذن بالتعدد في ظل مدونة الأحوال الشخصية القديمة لم يرتب عنه المشرع الفسخ، في حين أن الفسخ يترتب عن كل إخلال بمقتضيات مدونة الأحوال الشخصية، وذلك لكون قواعدها أمرة وتتعلق بالنظام العام، وأنه مما لا جدال فيه أن الأصل في القوانين التي تتعلق بالنظام العام، وجوب إتيان التصرفات وفق المقتضيات المنصوص عليها فيها، وعدم جواز مخالفتها إن اتفاقا أو بصفة فردية، وعدم لزوم تصريح القضاء ببطلانها لتقرير هذا البطلان، لأنها تحمل ببطلانها فيها متى ما تمت على غير الصورة التي ارتضاها لها القانون الذي قرر أنها تتعلق بالنظام العام، فيكون بذلك ما قضت به محكمة الممملكة المغربية المجلس الأعلى للسلطة القضائية محكمة التقض. بطلان بدون نص يجعل القرار المطعون فيه غير معلل ومعرضا للنقض.

الوسيلة الثالثة: الخرق الجوهرى للقانون، ذلك أن الفصل 41 من مدونة الأحوال الشخصية الذي أبرم العقد في ظله نص على أن " لا يتولى العدلان العقد إلى بعد التوفر على المستندات التالية: 5...- نسخة من إذن القاضي بالتعدد لمن يريده؛"، ومن الثابت من ذلك أن الإشهاد على الزواج من طرف العدلين هو شرط صحة الفصل 5 والفصل 2 من مدونة الأحوال الشخصية من حيث أن الزواج الذي لم يتم بإشهاد العدلين هو زواج غير صحيح والمشرع عندما ألزم العدلين بمعاينة الأمر بالتعدد لم يطلب التعدد، فإنه قرر أن شرط صحة الزواج في حالة التعدد لا يصح إلا بوجود أمر قضائي بالتعدد وعدم صدوره يجعل توثيق زواج موروث الطاعنين غير صحيح وباطل والحكم الذي

قضاء محكمة النقض عدد 75 _____ قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب.

الرئيس: السيد إبراهيم بجماني - المقرر: السيد محمد جواد الإدريسي
القيطوني - المحامي العام: السيد عمر الدهراوي.



المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

-الملحق رقم 28: قرار المحكمة الابتدائية بالقيروان، قسم الأحوال الشخصية، ل 01-11-

2007.

ملحوظة: تم مراجعة هذا الحكم
للمصلحة شركة
عليه

رأى
الجمهورية التونسية
وزارة العدل و حقوق الانسان
المحكمة الابتدائية بالقيروان
عدد القضية:
تاريخ الحكم: 01/11/2007
تلخيص القاضي:

حكم شخصي

الحمد لله،
أصدرت المحكمة الابتدائية بالقيروان عند انتصابها للقضاء في مادة الاحوال الشخصية بجلستها العمومية المنعقدة يوم الخميس 01/11/2007 برئاسة وكيل رئيس المحكمة و عضوية القاضيين السيدين الممضيين اسفله و بمساعدة كاتبة الجلسة

****الحكم الآتي بيانه بين ****

المدعية: محل مخابراتها مكتب نائبها الاستاذة
المدعى عليه: قاطن بحي معتمدية
من ولاية القيروان

****الإجراءات****
بمقتضى عريضة الدعوى المقدمة الى كتابة المحكمة و المبلغة للمدعى عليه بواسطة عدل التنفيذ السيد ... حسب محضره عدد ... المؤرخ في والمتضمنة التنبيه عليه بالحضور بالجلسة الصلحية المنعقدة يوم الجمعة ... للنظر في الدعوى الآتي بيانها:

****موضوع الدعوى****
تعرض المدعية انها متزوجة بالمدعى عليه بموجب عقد صداق شرعي محرر بواسطة عدلين في ... دون ان يتم البناء بينهما لكن العلاقة الزوجية ساءت بينهما واصبح استمرارها متعذرا لذا فهي تطلب الحكم بايقاع الطلاق بينهما للمرة الاولى قبل البناء بموجب الضرر من الزوج عملا باحكام الفصل 31 من مجلة الاحوال الشخصية في فقرته الثانية.

****الإجراءات****
و بموجب ذلك رسمت القضية بالدفتر المعد لممثليتها تحت عدد ونشرت بالجلسة الصلحية المبين تاريخها بعريضة الدعوى و بها حضرت المدعية لدى السيد قاضي الاسرة وتصادقا على قيام العلاقة الزوجية بينهما و على اتمام البناء.

1 E 1

و صرحت المدعية انها تطلب ايقاع الطلاق للمرة الاولى قبل البناء بموجب الضرر من الزوج المتمثل في مغالطتها بعد ان اوهمها بانه يعمل مهندس و يتبين انه تزوجها طمعا في مالها و لم يحضر المطلوب و تم استدعاؤه طبق القانون. و ازاء ذلك سجل السيد قاضي الاسرة فشل المحاولة الصلحية و احال ملف القضية على الجلسة الحكمية المعينة ليوم 25 / 11 / 2011 فيها حضرت الاسرة المدعية و اعلنت نيابتها عن المدعية و حضر الاستاذ / و اعلن نيابته عن المدعى عليه و ادلى بتقرير و تعهد بالادلاء ببطاقة الاعلام بالبلوغ و طلب كلاهما التاخير للاطلاع.

ثم تتالى نشر القضية بعدة جلسات آخرها جلسة يوم 25 / 11 / 2011 فيها لم يحضر الطرفان و حضرت الاستاذة / و قدمت تقريرا / و تمسك / و حضر الاستاذ / نيابة عن زميلها الاستاذ / و تمسك / و اثار عند ذلك قررت المحكمة تاخير القضية لجلسة يوم 25 / 11 / 2011 حكما و بها لم تحضر الزوجة المدعية و لم يقع احضار الزوج من سجن الايقاف.

****المستندات****

حيث كانت الدعوى تهدف بعد تحويلها الى طلب الحكم بايقاع الطلاق بين الطرفين للمرة الاولى بعد البناء برغبة خاصة من الزوجة. و حيث ادلت المدعية بتأييد لدعواها برسم ولادتها و رسم ولادة المدعى عليه و عقد الزواج.

و حيث و جوابا عن الدعوى لاحظ نائب المطلوب ان الضرر المدعى في شأنه غير ثابت و مجردا واقعا و قانونا و لا يمكن ان يكون سندا لتأسيس دعوى الطلاق بموجب الضرر و احجم عن تقدير طلبات منوبه المالية بعد تحويل الدعوى الى طلب الطلاق برغبة خاصة من الزوجة.

****محكمة****

و حيث ان العلاقة الزوجية ثابتة بين الطرفين بموجب عقد الصداق الشرعي المشار اليه.

و حيث اجريت محاولة صلحية انتهت بالفشل رغم بذل قصارى الجهد فيها لاصرار المدعية على موقفها.

و حيث استست المدعية طلب الطلاق على معنى الفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الاحوال الشخصية برغبة خاصة و لا يسع المحكمة الا الاستجابة للطلب.

و حيث ان طلب الطلاق يطلب من الزوجة يخول للزوج المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن الطلاق تطبيقا لاحكام الفصل 31 من م ا ش و رغم ذلك حضر الزوج المطلوب بواسطة نائبه و لم يدل بطلباته المالية.

حمل المصاريف القانونية عليهما انصافا بينهما عملا باحكام الفصل 128 من م م م ت.

****ولهذه الأسباب****

قضت المحكمة ابتدائيا بايقاع الطلاق بين الزوجين المتداعيين للمرة الاولى قبل البناء برغبة خاصة من الزوجة و الاذن بالتنصيص على ذلك بدفاتر حالتها

E2

2

المدنية و بطرة رسم زواجهما و حمل المصاريف القانونية على المدعية .
و حرر في تاريخه

- الملحق رقم 29: قرار المحكمة الابتدائية بتونس، قسم الأحوال الشخصية، ل 21-11-2017.



حكم شخصي:

الحمد لله،

أصدرت الدائرة السادسة والعشرون بالمحكمة الابتدائية بتونس حال انتصابها للقضاء في مادة الأحوال الشخصية بجلستها العمومية المنعقدة يوم 2017/11/21 برئاسة وكيل رئيس المحكمة السيدة نبيلة السبعي و عضوية القاضيين السيدتين

أنس ديبش و حير الدين الزكراوي

الممضيين عقبه و بمساعدة كاتبة المحكمة السيدة بثينة الطرابلسي.

الحكم الآتي بيانه بين:

المدعى:

السيد [REDACTED] سوسة نائبه الأستاذ فهمي بالاح محمد الكائن مكتبه بشارع الرائد البجاوي سوسة.

من جهة:

والمدعى عليها:

1994 المضمن ببلدية المنزه .
القاطنة [REDACTED] تونس.
محاميتها الأستاذة نادية كريمة الكائن مكتبها بشارع الاستقلال زغوان.

من جهة أخرى:

بمقتضى عريضة الدعوى المقدمة من طرف نائب المدعى للمدعى عليها بتاريخ 2017/05/10 بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ بشير بوكريبة و المتضمنة استدعاءها للحضور بالجلسة الصلحية المنعقدة يوم 2017/06/06 للنظر في الدعوى المرفوعة ضدها والآتي ببيان موضوعها:

موضوع الدعوى

يعرض المدعي أنه متزوج بالمدعى عليها بتاريخ 2016/07/26 وتم البناء بينهما ولم ينجبا أبناء. و أمام تعذر مواصلة الحياة الزوجية بينهما فإنه يطلب إجراء المحاولة الصلحية بينهما فإن فشلت فالتقضاء بإيقاع الطلاق بين الطرفين المتداعيين طلبة أولى بعد البناء إنشاء من الزوج و الإذن بالتنصيص على حكم الطلاق بطرة زواجهما و بدفاتر الحالة المدنية لهما.

الإجراءات

و بموجب ذلك قيدت القضية بدفتر القضايا المعد لنوعها تحت عدد 10501 ونشرت بالجلسة الصلحية المبينة بالاستدعاء و بها حضر الزوج المدعي و طلب إيقاع الطلاق انشاء لانعدام التفاهم ولم تحضر المدعى عليها فتعذر إجراء الصلح. ثم احيلت القضية بجلسة صلحية ثانية بتاريخ 2017/07/14 و التي حضرت بها المدعية و عارضت في إيقاع الطلاق و تمسكت بمواصلة الحياة الزوجية ولم يحضر المدعي و حضر نائبه و أدلى بعلامة البلوغ و بذلك تعذر الصلح و تقرر إحالة القضية للطور الحكمي بحلسته المحددة ليوم 2017/10/03 و بها، حضرت الأستاذة كريمة و أعلنت نيابتها عن المطلوبة و طلبت التأخير للاطلاع و الجواب و حضر الأستاذ بالحاج محمد بالنيابة و تمسك.

و تتالي نشر القضية بعدة جلسات اخرها جلسة يوم 2017/11/07 و التي بها حضر الأستاذ بالحاج محمد بالنيابة و تمسك و حضرت الأستاذة كريمة بالنيابة و تمسكت. و قررت المحكمة إحالة القضية للمفاوضة و التصريح بالحكم بجلسة الطالع و بها وبعد المفاوضة القانونية، صرح علنا بالحكم الآتي بيانه سندا ونصا:

المستندات

حيث تهدف الدعوى إلى الحكم بإيقاع الطلاق إنشاء من الزوج وحيث استند المدعي لتأييد دعواه إلى:

- مضمون زواج

- مضامين ولادة المتداعيان
و حيث حضرت المدعى عليها و عارضت في إيقاع الطلاق و تمسكت بمواصلة الحياة الزوجية و طلبت بواسطة محاميها بالزام المدعي بان يؤدي لها ألفي دينار لقاء ضررها المادي في شكل جناية عمريتم أربعين ألف دينار بعنوان ضرر معنوي و ألف دينار لقاء اتعاب تقاضي و اجرة محاماة.

المحكمة

1. في الطلاق:

حيث تهدف الدعوى إلى الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين المتداعيين للمرة الأولى بعد البناء إنشاء من الزوج عملا بأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية.
وحيث إن العلاقة الزوجية ثابتة بين الزوجين بالرجوع لنسخة عقد الزواج المضروف بالملف.

وحيث اقتضت الفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الاحوال الشخصية أنه يحكم بالطلاق بناء على طلب الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

وحيث لم تأت المساعي الصلحية المبذولة من طرف القاضي الصلحي بأية نتيجة وباءت بالفشل.

وحيث إن الزواج يبنى على حسن المعاشرة ومتى تبين للمحكمة عدم توفر ذلك بين الزوجين فإنه لا يسعها إلا القضاء بالطلاق بينهما.

و حيث يتجه و الحالة تلك الإذن لضابط الحالة المدنية بالتنصيص على حكم الطلاق بطرة عقد زواج الطرفين وبرسمي ولادتهما عملا بأحكام الفصل 40 من القانون عدد 3 دد المؤرخ في 1 أوت 1957 المتعلق بالحالة المدنية.

2. في الدعوى المعارضة:

أ. من حيث الشكل:

حيث استكملت الدعوى المعارضة جميع شروطها الشكلية بما يجعل المحكمة تقضي بقبولها من هذه الناحية.

ب. من حيث الأصل:

حيث أنه لكل من الزوجين الحق في إيقاع الطلاق إلا أنه يبقى خاضعا للغرامات المتولدة عن تعسفه في استعماله لذلك الحق. وحيث إذا أنشأ أحد الزوجين الطلاق وجب الحكم عليه بالغرامات المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من الفصل 31 م أ ش ولو كان الباعث على إنشاء الطلاق دوافع تنسب للطرف الآخر أعمل المنشأ اعتمادا في طلب الطلاق. وحيث تقدر غرامة الطلاق التعسفي على أساس النتائج الناجمة عنه للطرف الآخر كالمساس من أدبياته وإلحاق الأذى والألم به وحرمانه من الحياة الزوجية ومن حظوظه في الزواج من جديد مع اعتبار الظروف الخاصة بكل من الطرفين كالسن ومدة الحياة الزوجية وما توفر للمحكمة من عناصر التقدير.

- في الضرر المادي:

حيث أن الطلاق يلحق ضررا ماديا بالمدعى عليها خاصة وأنها اعتادت على نمط عيش معين كان يوفره لها زوجها المدعى بوصفه رئيس العائلة وله دخل ستحرم منه بموجب الطلاق. وحيث مكن الفصل 31 م أ ش المرأة من الخيار بين التعويض لها عن الضرر المادي في قالب جناية تدفع لها مشاركة وباللؤل أو في شكل رأس مال يسند لها دفعة واحدة. وحيث خيرت الزوجة الحكم لها في شكل جناية عمرية بمبلغ قدره ألفي دينار. وحيث ترى المحكمة أن المبلغ المطلوب به شطط وترى تعديله والنزول به إعتبارا إلى ما يتماشى ومدة المعاشرة وعمل القرين ودخله الحقيقي وما اعتادته الزوجة من العيش في ظل الحياة الزوجية وما توفر للمحكمة من عناصر التقدير. وحيث ترى المحكمة تبعا لكل ذلك تعديل المبلغ المطلوب والنزول به إلى مائتي دينار.

- في الضرر المعنوي:

حيث أن الطلاق بارادة منفردة وبدون ميرر يلحق ضررا أدبيا بالطرف الآخر يتمثل في النيل من كرامته ومن مركزه الاجتماعي وكذلك حرمانه من الحياة الزوجية ويولد لديه إحساسا بالحسرة وبخيبة الأمل وهي أضرار تجعله محقا في طلب التعويض عن الضرر المعنوي. وحيث طلبت المدعى عليها تغريم المدعى لفانديتها بما قدره أربعمائة ألف دينار.

تعويضاً عن تلك المضرة إلا أن المحكمة ترى أن المبلغ المطلوب به شطط واتجه تعديله والنزول به إلى حدود اثني عشر ألف ديناراً.

بالرجوع لمدة الزواج وحال الزوجة وسنها والوضعية المادية للعائلة.

- في أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة:

حيث أن طلب أجرة المحاماة وجبه إلا أن المبلغ المطلوب به شطط وترى المحكمة تعديله و الحط منه إلى حدود ثلاثمائة و خمسون ديناراً (350د).

3. في المصاريف القانونية:

وحيث تحمل المصاريف القانونية على المدعي عملاً بأحكام الفصل 128 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

لذا ولهذه الأسباب

قضت المحكمة ابتدائياً بإيقاع الطلاق بين الزوجين أيمن بن الهادي بن حسن بن السامي إبراهيم و نسرين بنت المنصف بن محمد الهادي بن ابراهيم كرينه لئلا يترك الزوج والإذن لضابط الحالة المدنية بالتخصيص على ذلك بطرة رسم صداقهما و برسمي ولادتهما و قبول الدعوى المعارضة شكلاً و في الأصل بالزام المدعي بان يؤدي للمدعي عليها مبلغ مائتي ديناراً (200.000د) لقاء ضررها المعنوي كالتزامه بان يؤدي لها ثلاثمائة و خمسون ديناراً (350د) لقاء أتعاب ألف ديناراً (12.000د) لقاء ضررها المعنوي كالتزامه بان يؤدي لها ثلاثمائة و خمسون ديناراً (350د) لقاء أتعاب تقاضي و اجرة محاماة و حمل المصاريف القانونية على المدعي./

و حرر بتاريخه.

كاتب المحكمة



2018 05 23

أطلع هاتهما في
المصروفين
المحكمة
المرافعة

Handwritten signature and a large circular stamp.

-الملاحق رقم.30: محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، ل 07-06-2007.

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 12678 والمقدم بتاريخ 2007/2/15 من طرف الأستاذ محمد الصالح بن يونس المحامي لدى التعقيب.

في حق : المنجي،

ضد : حياة.

طعنا في الحكم الشخصي عدد 2094 والصادر بتاريخ 2007/1/17 عن محكمة الاستئناف بمدنين والقاضي بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بتقضي الحكم الابتدائي والقضاء مجددا برفض الدعوى وإبقاء مصاريفها محمولة على القائم بها وإغناء المستأنفة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها وحمل المصاريف التقانونية على السنّاف عليه وتغريمه لفائدة المستأنفة بـ 300 دينار لقاء ثلث لتقاضي وأجرة المحاماة.

وبعد الإطلاع على مذكرة مستندات الطعن.

وبعد الإطلاع على الوثائق التي أوجب الفصل 185 من م.م.ت تقديمها.

وبعد الإطلاع على ملحوظات النيابة العمومية الكتابية والإستماع إلى شرح ممثلها بالجلسة.

وبعد الإطلاع على الحكم المنتقد وعلى كافة أوراق القضية طبق لقانون صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضاعه وصيغه القانونية لذلك فهو حريّ بالقبول شكلا.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردتها الحكم المنتقد والأوراق التي إبنى عليها قيام المعقب لدى محكمة الدرجة الأولى عارضا أنه تزوج من المدعى عليها خلال سنة 1985 وأنجب منها ثلاث بنات وأن الحياة الزوجية سيئة بينهما بسبب مرض الزوجة وطلب إيقاع

قرار تعقيبي مدني عدد 12678

مؤرخ في 07 جوان 2007

صدر برئاسة السيد بلقاسم كريد

المادة : شخصي.

المراجع : لتصلان 3 و31 من مجلة الأحوال الشخصية.

المفاتيح : مرض القرين، عقد زواج، شروط جوهرية، طلاق للضرر.

المبدأ :

"لا خلاف حسب كل الفقهاء وأن القدرة الجنسية تعدّ من الشروط الجوهرية لعقد الزواج وهي من الشروط الفيزيولوجية الجوهرية التي تتأسس عليها العلاقة الجنسية باعتبارها أمرا طبيعيا وحتما ولازما لقيام العلاقة الزوجية.

"إن العشرع التونسي ولئن لم يعرف الزواج ضمن مجلة الأحوال الشخصية إلا أنه يمكن القول عامة أن الزواج هو عقد يتعايش بمقتضاه رجل وامرأة تحت سقف واحد ليلتقيا عاطفيا وجنسيا للمحافظة على الجنس ويمكن القول أن هذا التعريف يتماشى مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

* لا خلاف وأن عقد الزواج ميناه المكارمة وذات الشخص مقصودة فيه بالذات وأنه متى فقدت فيه الشروط المطلوبة يتعين فسخ هذا العقد بالطرق القانونية ولا التنفيذ على ذات الشخص.

* طالما أقرت الزوجة باتعدام العلاقة الجنسية بينها وبين معاقدها على مر العديد من السنين فإن صبر الزوج وتمهله عن طلب الطلاق لا يعدّ منه تنازلا عن ضرره ورضاه باستمرار الحياة الزوجية على هذا النحو.

* إن المرض الجنسي الذي تعنيه المرأة يعدّ علقا عن ممارسة الحياة الجنسية وبالتالي يمثل ضررا مباشرا.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

علاقة جنسية طبيعية مع زوجها باعتبارها غاية من غايات الزواج وأن إمتناع الزوجة عن تلبية رغبة زوجها يعدّ نشوزاً.

وقد جاء بالتقرير الطبي المجرى من طرف الحكيم محمد رضا جرمود أنه كان يتابع حالة الزوجة منذ سنوات بعد الزواج لصعوبات في العلاقة الزوجية ووجدتها لا زالت عذراء وقد أجري عليها عملية جراحية لإقتضاض بكارتها وأن هناك تشنجا في عضلات لمهبل أدى إلى إعتاقه واستحالة الإيلاج وأن حالتها تحسنت وحالتها قليلة للتحسن مع إنتظام العلاقة الجنسية وتلقيها وقته من خلال ما ذكر فإن المسؤولية في إعدام العلاقة الزوجية (الجنسية) محسولة على الزوجة لتي تخاف من العملية الجنسية وتنتهي إلى إعتاق الحالة قليلة للتحسن مع إنتظام العلاقة الجنسية وتلقيها.

ومن ثابث أيضاً من لورق الملف ومن تصريحات الزوجة أنه لا يوجد إنتظام في العلاقة الجنسية وأن عملية ممارسة الجنس تكاد تكون مستحيلة على المستوى النفسي والنيورولوجي والعضوي وأن التقرير الطبي هو أكبر دليل على ذلك كما أن تحمل الزوج العديد من السنين حالة زوجته الصحية لا يعني أنه غير متضرر وأن الفقهاء اتفقوا على اعتبار رفض الزوجة وطئها من زوجها ثم كبير وهو من الأسباب التي تجيز للزوج طلب الطلاق بموجب الضرر بما يكون معه الحكم المنتقد أناء تطبيق أحكام الفصل 23 من م.أ.ش وطلب النقض.

المحكمة

عن العطفين معا لوحدة وجه القول فيهما :

حيث تمحور النزاع حول وجود الضرر من عدمه في جانب الزوج لانعدام وجود لعلاقة الجنسية الطبيعية بينه وبين زوجته باعتبار أن السيد القاضي الصلحي.

الطلاق بينهما بموجب الإلتفاق ثم حوره إلى إيقاعه بموجب المضرة من الزوجة.

وبعد إستيفاء الإجراءات القانونية قضت المحكمة الابتدائية بموجب حكمها الصادر بتاريخ 2005/6/6 بإيقاع الطلاق بين الزوجين المتداعيين للمرة الأولى بعد البناء بموجب الضرر من الزوجة والإذن بالتنصيص على ذلك بفتر حالة التنية للطرفين وبطورة رسم صدقيها وإجراء العمل بالوسائل الوقتية المتخذة بالطور الصلحي وحمل المصارييف القانونية على المحكوم ضدها.

فاستأنفته الزوجة المقضي ضدها في الأصل بناء على الخطأ في تقدير الوقائع وتطبيق القانون.

وبعد إستيفاء الإجراءات القانونية قضت محكمة الحكم المنتقد بالحكم السالف الإلماح إليه ألفا سندا ونصا. فتعيقه الطاعن ناسبا له :

المطعن الأول : ضعف التعليل وتحريف الوقائع

قولا بأنه إستنادا إلى أحكام الفصل 123 من م.م.م.ت في فقرته الخامسة فإنه بقراءة الحكم لمطعون فيه يتضح وأن محكمة الحكم المنتقد قد حرّكت الوقائع في خصوص ما جاء على لسان المعقب ضدها بالجلسة الصلحية والتي أقرت أنها بسبب المرض غير فائرة على جماع زوجها وهو بخلاف ما جاء بتقرير الإختبار الذي إعتنته المحكمة والذي جاء به وأن حالة المعقب ضدها تحسنت وأصبحت فائرة على جماع زوجها بانتظام وبصفة تدريجية وأن هذا يعد مخالفا لما جاء بتصريح المعقب ضدها نفسها بما يكون معه الحكم المنتقد قد حرّك الوقائع وطلب النقض.

المطعن الثاني : مخالفة القانون

قولا أنه إستنادا إلى أحكام الفصل 23 من م.أ.ش فإن من أوكذ الواجبات الزوجية هو مباشرة المرأة

وحيث طالما فُرت للزوجة بلغدهم العلاقة الجنسية بينها وبين معاندها على مر العديد من السنين فإن صبر الزوج وتمسكه عن طلب الطلاق لا يعد منه تنزلاً عن ضرره ورضاه باستمرار الحياة الزوجية على هذا النحو.

وحيث ولئن كان عامة المرض هو مقتر على الإنسان إلا أنه دأب الأمر على اعتبار البعض من الأمراض ومنها خاصة الأمراض الجنسية التي تحول دون المباشرة العادية بين الزوجين ومما لها تأثيرات سلبية على الزواج باعتبار أن هاته المؤسسة ترمي إلى النسل وفي هذا المجال قبل أن الزواج جنة أي حماية من المفاسد واختلاف النسب وطالما أن محكمة الحكم المنتقد لم تراخ هذا الجانب لكون المرض الجنسي الذي تعانيه المرأة يعد عائقاً عن ممارسة الحياة الجنسية وبالتالي يمثل ضرراً مباشراً وطالما أن محكمة الحكم المنتقد لم تأخذ هذا الجانب بعين الاعتبار فإن قضاءها يكون مخالفاً للواقع ولقانون وتعتن لذلك نقضه.

ولهاته الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلاً وأصلاً ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بمدين لإعادة النظر فيه مجدداً بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطبة وإرجاع المال المؤمن إليه. وصنر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 7 جوان 2007 برئاسة السيد بلقاسم كريد وعضوية المستشارين السيدتين سهام السويسي ونجبية الشريف وبحضور المدعي العام السيد محمد لكامل سعادة وبمساعدة كثرية لجلسة السيدة كريمة الغزواني.

وحرر في تاريخه

وحيث لا خلاف حسب كل الفقهاء وأن الفترة الجنسية تعد من الشروط الجوهرية لعقد الزواج وهي من الشروط الفيزيولوجية الجوهرية التي تتأسس عليها العلاقة الجنسية باعتبارها أمراً طبيعياً وحتمياً ولازماً لقيام العلاقة الزوجية.

وحيث أن المشرع التونسي ولئن لم يعرف الزواج ضمن مجلة الأحوال لشخصية إلا أنه يمكن القول عامة أن الزواج هو عقد بتعايش بمقتضاه رجل وامرأة تحت سقف واحد ليلتقا عاطفياً وجنسياً للمحافظة على الجنس ويمكن القول أن هذا التعريف يتماشى مع مبادئ الشريعة الإسلامية حيث قال تعالى في سورة النحل : "والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة".

وحيث يتحصص من مظروفات الملف سواء مما تحزر على طرفي النزاع أو من الشهادة الطبية المظروفة بالملف وأن العلاقة الزوجية بين طرفي النزاع غير عادية وذلك لرفض الزوجة للعلاقة الجنسية فضلاً عن العيب الفيزيولوجي المتصق بالزوجة وأن الزوج رغم وجود هذا العيب فإنه لم يلجأ إلى الطلاق كحل أول بل حاول معالجة زوجته وإعانتها على تحطيم حالتها الصحية إلا أنها رغم ذلك قد فُرت بالجلسة لصلحية الأولى أن لعلاقة الجنسية متعنة بينها وبين زوجها فضلاً عن أنها أنجبت بنتها بطريقة غير عادية وأن تمسكها بالحياة الزوجية راجع إلى رغبتها في إيقاد حياة عائلية عادية حفاظاً على بناتها.

وحيث لا خلاف وأن عقد الزواج ميناه المكارمة وذلك للشخص مقصودة فيه بالذات وأنه متى فقدت فيه الشروط المطلوبة يتعين فسخ هذا العقد بالطرق القانونية ولا التنفيذ على ذات الشخص.

-الملحق رقم.31: محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، ل 21-06-2017.

الحمد لله

أ/س
الجمهورية التونسية
وزارة العدل
محكمة التعقيب

*ع 46537.2017 عدد القضية

تاريخه : 2017/6/21

أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :
بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المرفوع في
2017/11/11
من الاستاذ "ا.ب."
نيابة عن: "ف.ج."
تقطن ... والتي اختارت محل مخابراتها بمكتب
الاستاذ "ا.ب." الكائن ...
ضد: "ك.ب."
صاحب خدمات اعلامية
قاطن ...
محاميه الاستاذ "ر.ط."
طعنا في القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة
الاستئناف بقابس في 2016/12/20 تحت عدد 3245
والقاضي: " نهانيا بقبول الاستئناف الاصيلي
والعرضي شكلا ورفضهما موضوعا وقرار الحكم
الابتدائي واجراء العمل به وتخطية الطاعنة بالمال المؤمن
وحمل المصاريف القانونية عليها.
وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب وعلى نسخة
الحكم المطعون فيه .
وعلى بقية الوثائق التي اوجبها الفصل 185 م م م ت

والمقدمة لكتابة المحكمة في 2017/2/8.
وبعد الاطلاع على تقرير في الرد على مستندات
التعقيب المقدم من نائب المعقب ضده الاستاذ "ر. الط."
والرامي الى طلب رفض التعقيب اصلا.
وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية
والرامية الى رفض التعقيب اصلا.
وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي:

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع شروطه ومقوماته
الشكلية واتجه قبوله شكلا.

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم
المطعون فيه والوثائق التي انبنى عليها ان المدعى عليه في
الاصل المعقب ضده الان تقدم بقضية لدى المحكمة
الابتدائية بقابس عارضا انه متزوج بالمدعى عليها في
الاصل المعقبة الان بمقتضى عقد صداق مؤرخ في
2014/8/5 وتم البناء بينهما ولم ينجبا ابناء وقد طرأ ما
عكس صفر الحياة الزوجية التي ساءت بينهما الى حد
استحالة استمرارها الامر الذي جعله يطلب الطلاق انشاء
منه.

وباستيفاء القضية لإجراءاتها القضية اصدرت
المحكمة الابتدائية بقابس حكما عدد 43255 بتاريخ
2015/7/2 القاضي ابتدائيا بايقاع الطلاق بين الزوجين
المتداعيين للمرة الاولى بعد البناء للضرر والاذن
بالتنصيب على ذلك برسم ولادة كل منهما وبطرة عقد
زواجهما وحمل المصاريف القانونية عليها وتخريمها لفائدة
المدعى بثلاثة الاف دينار لقاء ضرره المعنوي وبثلاثمائة
دينار لقاء اتعاب التقاضي واجرة المحاماة وقرار العمل

بالوسيلة الوقتية المتخذة بالطور الصلحي.
وحيث استأنفت المطلوبة ذلك الحكم فأصدرت محكمة
الاستئناف بقايس قرارها عدد 3245 المذكور نصه بالطالع
فتعقبته الطاعنة بواسطة محاميتها طالبة النقض
والاحالة بناء على ما يلي :

المطعن الاول المستمد من تحريف الوقائع:

قولا بان المعقبة لم تكن مفتضة البكارة ليلة زواجها
وان اقتضاض بكارتها كان بفعل زوجها في اليوم الثالث من
زواجها وقدمت شهادة طبية مسلمة من طبيب مختص
بالمستشفى الجهوي بقايس بتاريخ 2016/8/21 يتأكد من
خلالها ان اقتضاض بكارتها كان حديثا ولم يكن قديما على
عكس ما دفع به المعقب ضده فضلا على ما اكده الطبيب
وانها ليست متعودة على الاتصال الجنسي.
الا ان هذه الشهادة الطبية لم يلتفت اليها الحكم
المطعون فيه ولا من قبله الحكم الابتدائي والحال انها هي
الفصل في قضية الحال اذ انها مسلمة من طبيب مختص في
امراض النساء بالمستشفى الجهوي بقايس التابع لوزارة
الصحة العمومية في حين ان الشهادتين اللتين استند عليهما
القرار المطعون فيه المحررة الاولى من طرف الحكيم
صابر العربي بتاريخ 2014/8/18 تتوافق تماما مع ما
صرحت المعقبة من ان اقتضاض بكارتها كان في اليوم
الثالث من زواجها فقد جاء بتلك الشهادة بان "ف. ج." ليست
عذراء حسب الفحص الذي اجري اليوم.
كما ان الشهادة الطبية المقدمة من المعقبة هي اكثر
جدية ودقة علمية في مجابهة الشهادة المسلمة من الطبيب "ر.
الف." بتاريخ 2014/8/19.

كما اضاف بان المعقبة ما كانت لتعرض نفسها على
الطبيب "س. م." الطبيب الشرعي بصفاقس تنفيذا للحكم

التحضيرى الصادر عن المحكمة الابتدائية بقابس لو كانت تشك ولو بنسبة ضئيلة جدا في عذريتها قبل الزواج وان الاختبار الطبي المأذون به من طرف محكمة البداية كانت نتيجته سلبية ولم يثبت شيئا خلافا لما جاء في القرار المطعون فيه فلقد انجز في 2014/12/26 اي بعد الزواج بأكثر من اربعة اشهر و ان تاريخ حدوث افتضاض البكارة يفوق العشرين يوما قبل تاريخ الفحص لذا لا يمكن معرفة زمن حدوث هذا الافتضاض بصفة علمية ويتجه هل هو قبل الزواج اي 7 اوت 2014 ام اثناءه ام بعده.

وبالتالي فان استناد القرار المطعون فيه على الشهادتين الطبيين المذكورتين اعلاه بتاريخ 2014/8/18 و 2014/8/19 وعلى تقرير الاختبار القول بأن حدوث افتضاض بكارة المعقبة الان قبل زواجها يعد اسما مظاهر تحريف الوقائع يتجه معه طلب النقض .

كما ان المعقبة لم تطلب شيئا للواقعة على الاطلاق سوى عرضها على طبيب مختص للتحقق من انها كانت عذراء ليلة زفافها وان جميع تصريحاتها المسجلة عليها بالقرص المضغوط كانت تحت التهديد والوعيد والاعتداء بالعنف الشديد والحرمان من تخطي عتبة البيت او زيارة اهلها كما اشترط عليها زوجها يوم 2014/8/20 التصريح لدى عدل اشهاد لإخلاء سبيلها وهو ما يؤكد انه وبعد الافراج عنها توجهت من الغد اي يوم 2014/8/21 وعرضت نفسها على طبيب مختص بالصحة العامة وبالتالي فان جميع التصريحات الموجودة بالقرص قد انتزعت منها تحت التهديد والاحتجار الغير القانوني

المطعن الثاني المستمد من خرق القانون:

قولا بان امعقب ضده قد استند على احكام الفصل 31 من م ا ت لتطبيق المعقبة للضرر لأنها فاقدة لعذريتها قبل الزواج وقد اشترطت المعقبة بالجلسة الصلحية عرضها على

الفحص الطبي للمرافقة على الطلاق بالاتفاق والحال ان فقدان العذرية من عدمه لا تأثير له قانونا ولا يمكن ان يكون سببا للطلاق للضرر الا اذا اشترط بعقد الزواج وان الفقه وفقه القضاء اجمعا على ان الثبوت لا تعتبر عيبا يمكن ان يشكل ضررا على معنى احكام الفقرة 2 من الفصل 31 م 1 ت الا اذا اشترط ذلك بعقد الزواج. ولذلك فان محكمة القرار المنتقد قد جانب القانون لما قضت بالطلاق للضرر مما يتعين نقض قضائها .

المطعن الثالث المستمد من هضم حقوق الدفاع:

قولا بان القرار المطعون فيه لم يلتفت الى الشهادة الطبية المسلمة من طبيب مختص بالصحة العامة ولم يناقشها كما ان المعقبة قد طلبت منذ الطور الابتدائي الاذن بالتحريير على طبيب الصحة العامة الذي سلمها الشهادة الطبية المؤرخة في 2014/8/21 لكن المحكمة لم تعر ذلك الطلب أي اهتمام.

كما اضافت بان المعقب ضده ومنذ الوهلة الاولى قدم بنفسه شهادة طبية ووصفه للأدوية يتأكد من خلالها انه مريض بمرض نفسي وعصبي وقد طلبت من المحكمة منذ الطور الابتدائي عرضه على الفحص الطبي لبيان تاريخ ذلك المرض ضرورة انه قد تولى احتجازها وسلط عليها انواعا من العنف وارغمها على الادلاء بتصريحات غير حقيقة الا ان المحكمة لم تتطرق ولم تجب على هذا الدفع لا سلبا ولا ايجابا الامر الذي يتجه معه نقض القرار المطعون فيه.

المحكمة

- عن المطعن الثاني:

حيث ان طبيعة الزواج كمؤسسة باعترابه نظاما اجتماعيا شرع لتكوين اسرة على وجه الدوام والاستمرار لا ينزع عنه طابعه العقدي وهو ما يتيح المجال للزوجين من تضمين عقد زواجهما الشروط التي يرتضيانها ويمكن ان

تتعلق الشروط بذات المتعاقدين على غرار اشتراط صفات او تصرفات في الطرف الاخر كما يمكن ان يتعلق الشرط بأموالهما وهو المنحى الذي كرسه المشرع صراحة صلب احكام الفصل 11 من م ا ش الذي جاء ناصا على ما يلي : "يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده او على مخالفته امكان طلب الفسخ بطلاق من غير ان يترتب على الفسخ اي غرم اذا كان الطلاق قبل البناء."

وترتبيا عليه فان اخلال احد الطرفين بالشرط الوارد بالعقد الذي قبل به باقدامه على الزواج وباعتباره شرطا سابقا للزواج يتيح طلب فسخ عقد الزواج بالطلاق وفيما عدا ذلك فان الضرر المؤسس لطلب الطلاق لا بد ان يكون ناتجا عن اخلال بالواجبات الزوجية اي ان يكون ناتجا عن خطأ ينسب للزوج او للزوجة اللذين لا يكتسبان تلك الصفة الا بعد ابرام عقد الزواج وهو المنحى الذي نجاه المشرع صلب الفصل 23 من م ا ع الذي جاء مكرسا للواجبات الزوجية ولل فلسفة العامة التي بنيت عليها جميع النصوص الخاصة التي لها علاقة بالزوجية والاسرة واما فيما يتعلق بالسلوك السابق للزواج فهو لا يمثل اي خرق لواجبات الزوجية التي تنطلق من ابرام عقد الزواج لا قبله وهو ما لا يجيز قانونا الحديث عن امكانية الطلاق للضرر الا في صورة توفر سلوك مخطئ طرأ بعد الزواج .

وحيث وترتبيا بما سبق فان عذرية الزوجة لا بدا ان تكون موثقة بشرط قبل اتمام الزواج وفقا لاحكام الفصل 11 من م ا ش حتى تشكل في صورة فقدانها ضررا يتيح الطلاق وفيما عدا ذلك فانه لا يمكن اعتبارها من قبيل السلوك المخطئ الذي طرأ بعد الزواج والذي قد تحاسب عليه الزوجة لان العبرة هي بسلوك القرين نحو قرينة منذ تاريخ الزواج.

وحيث ان تبرير المحكمة لفقدان المعقبة لعذريتها قبل الزواج على انه اخلال بواجب المصارحة فهو تبرير لا يمكن

ان ينطبق على الوقائع الماثلة لتعلق الامر بمسالة تختلف باختلاف البيئة والوسط الاجتماعي والاقتصادي والثقافي وهي من الامور النسبية المتصلة بحياة البشر اذ ان ما يراه المعقب اخلاقا واخفاء لأمر خطير قد يعتبره الطرف الاخر امرا غير ذا بال لذلك يمكن القول انه كلما تعلقت المسالة بحياة البشر فإنها تكون نسبية وذلك على خلاف اخفاء حقيقة مرض معدي على القرين او مرض يحول دون الاتصال الجنسي او عيب من شأنه ان يؤثر على رضا القرين لو علم به والتي تكون المصارحة واجبة بخصوصه .

وحيث وتأسيسا بما سبق فان اعتبار محكمة الحكم المطعون فيه فقدان العذرية ضررا يؤسس للحكم بالطلاق على معنى الفقرة 2 من الفصل 31 من م ا ش يعد مخالفا للقانون طالما ان ما نسب للطاعنة لم يكن مرده افعالا لعقد الزواج الذي لا ينتج اثاره الا من تاريخ ابرامه وهو ما حاد عنه الحكم المطعون فيه الذي بنى قضاءه على استنتاجات ذاتية لا ترتقي الى مستوى التعليل القانوني وتعين لذلك نقضه من هذه الناحية.

عن المطعنين الاول والثالث لوحدة القول فيهما:

حيث ان تقدير الادلة والبراهين ولنن يعد من المسائل الراجعة لاجتهاد محكمة الموضوع الا ان ذلك مشروط بالتعليل السليم ولا يكون التعليل سليما الا اذا تعرضت المحكمة لأدلة الطرفين وبيان سبب اخذها بدليل واستبعاد الاخر

وحيث رجوعا الى الحكم المطعون فيه فقد تبين منه ان الطاعنة كانت تمسكت امامها بالشهادة الطبية الصادرة في 2014/8/21 عن طبيب مختص بالصحة العامة اكد من خلالها ان افتضاض البكارة كان حديثا وان الطاعنة ليست متعودة على الاتصال الجنسي ولم تبين المحكمة سبب استبعادها لتلك الشهادة في مقابل الاعتماد على شهادة طبية

صادرة عن الحكيم "ر. الف." والحال انه مختص بالطب العام كما ان المحكمة اعتمدت على الشهادة الطبية للحكيم "ص. الع." التي تضمنت ان الطاعنة ليست عذراء وهي شهادة لا يمكن لها ان تؤثر على النزاع الحالي طالما ان الطاعنة صرحت ان ذلك كان في اطار زواجها واما فيما يتعلق بالاختبار الطبي المأذون به من المحكمة للحكيم "س. م." فقد اجرى بتاريخ 2014/12/26 اي بتاريخ لاحق للزواج بما يناهز الاربعة اشهر وحدد تاريخ اقتضااض البكارة بما يفوق العشرين يوما قبل تاريخ الفحص وانتهى الى تعذر معرفة التاريخ على وجه الدقة اذا كان قبل او اثناء او بعد الزواج بما يجعل من نتيجة ذلك الاختبار ايضا غير ناجزة وغير حاسمة في الوقائع الماثلة كل ذلك اورث الحكم المطعون فيه تحريفا للوقائع وهضما لحق الدفاع بالالتفات عن الشهادة الطبية الصادرة عن طبيب مختص بالصحة العامة ودون اجراء موازنة بينهما وبين بقية الادلة وحيث ان التحريف الذي طال الحكم المطعون فيه قد تعلق ايضا بالحجة العادلة الصادرة عن عدلي اشهاد واعتبارها من قبيل الاقرار الحكمي وترتيب اثار ذلك عليه بعدم جواز الرجوع فيه والحال ان الحجة المستند عليها من المعقب ضده يجوز الطعن فيها بالقرائن القوية المنضبطة والمتلائمة

وحيث وترتبا على ما سبق فان ما انتهى اليه الحكم المطعون فيه من نتيجة قد انبنى على مخالفة للقانون وتحريف للوقائع وهضم لحق الدفاع واتجه لذلك نقضه .

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة

الاستئناف بقابس للنظر فيها من جديد بهيئة اخرى واعفاء
الطاعنة من الخطية وارجاع المال المؤمن اليها .
وصدر هذا القرار بحجرة الشورى المنعقدة يوم 21
جوان 2017 عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة مفيدة الشوالي
وعضوية المستشارتين السيدتين بسمة بودن وكلثوم كنو
بمحضر المدعي العام السيد مصدق مصدق وبمساعدة كاتب
الجلسة السيدة نجوى المناعي.
وحرر في تاريخه -

- الملحق رقم 32: قرار محكمة النقض المغربية، الغرفة الشرعية، ل 27-10-2010.

الغرفة الشرعية

القرار عدد 39

الصادر بتاريخ 27 يناير 2010

في الملف عدد 2008/1/2/305

نسب

- في الزواج الفاسد يثبت النسب.

لما اعتبرت المحكمة في إطار سلطتها التقديرية لوسائل الإثبات أن ما تم بين الطرفين هو زواج وليس مجرد خطبة، لكنه زواج فاسد لتخلف ركن الإشهاد وتسمية الصداق، وقضت تبعا لذلك بلحوق نسب الولد للأب تكون قد طبقت صحيح القانون، لأن الزواج الفاسد لعقده وإن كان معرضا للفسخ فإنه يثبت به النسب.

رفض الطلب

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
باسم جلالة الملك
محكمة النقض

حيث يستفاد من أوراق الملف، ومن القرار المطعون فيه رقم 255 الصادر عن محكمة الاستئناف بالجديدة بتاريخ 2008/4/29 في الملف رقم 2007/232/1، أن المدعية إلهام تقدمت بواسطة دفاعها بمقال، مؤدى عنه بتاريخ 3 غشت 2005 أمام المحكمة الابتدائية بنفس المدينة في مواجهة المدعى عليه حسن، تعرض فيه أنه تقدم لخطبتها من أهلها الذين وافقوا على زواجها منه فأصبح بذلك يقيم معها ببيت أهلها، ثم أسكنها بالشقة الكائنة بتجزئة الفردوس الشطر الثاني رقم 10 الجديدة وهي بيت الزوجية، وأن الخطبة فيما بينهما تم إعلانها بين الناس واشتهرت فيما بينهم وفشا بين الناس أمر مساكنتهما لبعضهما المساكنة الشرعية، وأثرت هذه الخطبة عن إنجابها ولدين توأمين نوفل وهيثم بتاريخ

غرفة الأحوال الشخصية والميراث

2005/7/14 دون إبرام عقد الزواج، وأنه على الرغم من كون المدعى عليه قام بخطبتها من أهلها وتحقيق الخطبة ووقوع الحمل أثناء الخطبة فإنه لم يتخذ موقفاً إيجابياً رغم كافة المحاولات الحبية المبذولة معه، لذلك تلتزم المحكمة بثبوت نسب الولدين التوأمن نوفل وهيثم المزدادان بتاريخ 2005/7/14 لوالدهما حسن، والحكم عليه بأدائه لها نفقة الحمل محددة في مبلغ 20.000 درهم ومصاريف الوضع والنفاس والعقيقة محددة في مبلغ 30.000 درهم، وبأدائه لها نفقة الولدين المذكورين بحسب 1500 درهم شهرياً لكل واحد منهما ابتداءً من 2005/7/14، وكذلك مصاريف إرضاعهما بحسب ألف درهم شهرياً ومبلغ 1500 درهم عن كل عيد ديني عن نفس المدة إلى حين سقوط الفرض شرعاً، وبأدائه لها تكاليف سكنهما بحسب 2000 درهم شهرياً، وتسجيلهما في السجلات العامة للحالة المدنية، وذلك تحت طائلة غرامة تمديدية قدرها ألف درهم عن كل يوم امتناع عن تنفيذ الحكم القاضي عليه بتسجيلهما، مع النفاذ المعجل مع جميع ما يترتب عن ذلك قانوناً، وأدلت بوثائق. وأجاب المدعى عليه بواسطة دفاعه بأنه لم يسبق أن خطب المدعية أو ارتبط بها بأي رباط شرعي وأنه ينفي نسب الطفلين إليه، وأنه متزوج حنان حسب رسم الزواج عدد 402 بتاريخ 2004/8/19، وأنه يعيش مع زوجته التي رزق منها الأطفال السليمة الزوجية، وأنه يتبرأ من المدعية ومن طفلها، ملتصاً برفض الطلب، وأرفق جوابه برسم الزواج أعلاه. وبعد إجراء بحث، تقدمت المدعية بواسطة دفاعها بتاريخ 21 دجنبر 2005 بمقال إضافي التمسست فيه الأمر بإجراء خبرة قضائية لإثبات حقوق نسب الولدين نوفل وهيثم بوالدهما، وتحمله الصائر، وأرفقت مقالها الإضافي بوثائق. وفي 22 مارس 2006، أمرت المحكمة تمهيداً بإجراء خبرة طبية عن طريق البصمة الوراثية أنجزها البرفسور عبد العزيز السفياني انتهى فيها إلى ثبوت علاقة قرابة بين الطفلين التوأمن هيثم ونوفل وإلهام كأم وحسن كأب بيولوجي، وبعد التعقيب عليها من الطرفين، تقدم المدعى عليه بواسطة دفاعه بمذكرة مع الطعن بالزور الفرعي طبق مقتضيات الفصول من 89 إلى 102 من قانون المسطرة المدنية ضد الشهود المستمع إليهم من طرف المحكمة مع طلب إيقاف النظر في النازلة إلى حين البت

النهائي في الدعوى الأصلية بالزور، كما تقدمت المدعية بواسطة دفاعها بتاريخ 2006/11/22 بمقال إضافي التمسست فيه الحكم على المدعى عليه بأدائه لها نفقتها بحسب 2500 درهم شهريا ومقابل أعيادها بحسب 3000 درهم عن كل عيد ديني من 2003/1/1 إلى سقوط الفرض شرعا، مع النفاذ المعجل. وبعد الردود، وإدلاء دفاع المدعية بقرار عدم إدانة المشتكي بهم وانتهاء الإجراءات، قضت المحكمة بتاريخ 2007/3/7 في الملف رقم 2005/804 بثبوت نسب الولدين التوأمن نوفل وهيثم المزدادين بتاريخ 2005/7/14 لوالدهما حسن، والحكم على المدعى عليه لفائدة المدعية بمبلغ 2000 درهم عن واجبات النفاس والعقيقة، وبأدائه لها نفقة الولدين التوأمن بحسب 600 درهم شهريا لكل واحد منهما، ومبلغ 300 درهم شهريا عن تكاليف السكنى لكل واحد منهما، ومبلغ 500 درهم عن توسعة كل عيد فطر، ومبلغ 1000 درهم عن توسعة كل عيد أضحى، وبأدائه لها مبلغ 300 درهم عن أجره إرضاعها للطفلين، الكل ابتداء من 2005/7/14 إلى حين سقوط الفرض شرعا، والحكم بتسجيل الولدين التوأمن هيثم ونوفل بدفاتر الحالة المدنية، مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحميل المدعى عليه الصائر، وبرد باقي الطلبات. فاستأنفه المدعى عليه بواسطة دفاعه، وبعد الجواب وانتهاء الإجراءات، قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف. وهذا هو القرار المطلوب نقضه من طرف الطاعن بواسطة دفاعه بمقال يتضمن أربع وسائل، أجاب عنه دفاع المطلوبة في النقض بمذكرة ترمي إلى رفض الطلب.

وحيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بأربع وسائل مضمومة، متخذة من خرق قاعدة مسطرية وعدم ارتكاز القرار المطعون فيه على أساس قانوني وانعدام وفساد التعليل، من خلال تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة على وقائع النازلة التي يعود تاريخها إلى عام 2002، وخرق القانون الداخلي، وخرق مقتضيات الفصل 255 من قانون الالتزامات والعقود، وخرق مقتضيات المادتين 148 و156 من مدونة الأسرة، ذلك أن الطاعن دفع بأنه لا يمكن أن تطبق على قضية الحال مقتضيات مدونة الأسرة على أساس أن الواقعة المعتمدة تمت سنة 2002 استنادا إلى مبدأ عدم رجعية القوانين، كما دفع بعدم ثبوت الظرف القاهر

غرفة الأحوال الشخصية والميراث

الذي حال دون توثيق عقد الزواج وأن الحكم لم يبين ذلك، كما تمسك بأن بنوة التوأمين المطلوب الحكم بشيوت نسبهما له لا تخرج عن دائرة البنوة غير الشرعية التي لا يترتب عليها بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية، وأن المدعية لم تثبت قيام سبب من أسباب حقوق ولديها هيتم ونوفل بالطاعن، كما أنه قبل الأمر تمهيداً بإجراء خبرة طبية للتأكد من نسب الولدين المذكورين يجب البت والفصل في مسألة ثبوت شروط المادة 156 من مدونة الأسرة بالرغم من أن الوقائع مناط النازلة تعود إلى سنة 2002، وأنه في إطار هذه المادة فإن المشرع لم يرتب عن الخطبة إثبات النسب الذي هو أثر خالص من آثار عقد الزواج، وأن الخطبة وحدها غير كافية لإثبات النسب بل لا بد من تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين، وأن المدعية لم تثبت قيام الخطبة ولا الظرف القاهر المزعوم الذي حال دون توثيق الزواج، مما يجعل القرار المطعون فيه معرضاً للنقض.

لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت ما تم بين الطرفين زواجا إلا أنه تم أثناء تطبيق مدونة الأحوال الشخصية، ولما لم يشهد عليه ولم يسم فيه الصداق فإنه يبقى زواجا فاستند طبق المدونة المذكورة، وأنه بمقتضى الفصل 37 من مدونة الأحوال الشخصية فإن الزواج الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده، ومن آثاره بلوغ الحقوق القسرية، ومن ثم فإن المحكمة لما قضت بلحوق نسب الابنين للطاعن فإنها تكون بذلك قد طبقت صحيح القانون، وعليه وبمذه العلة الصحيحة المستمدة من وقائع الملف المعروضة على قضاة الموضوع والمناقشة أمامهم يعرض المجلس الأعلى باقي العلل المنتقدة، ولذلك يتعين رفض الطلب.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب.

السيد إبراهيم بحماني رئيسا، والسادة المستشارون : عبد الكبير فريد مقرر، وأحمد الحضري ومحمد تراي وحسن منصف أعضاء، ومحمض الحامي العام السيد عمر الدهراوي، وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة بشرى السكوني.

- الملحق رقم 33: قرار محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية، ل 21-06-

2011.

قضاء محكمة النقض عدد 75 _____ قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث

القرار عدد 362

الصادر بتاريخ 21 يونيو 2011

في الملف (الشرعي عدد 2010/1/2/185

الصداق - استحقاق - ادعاء إبرام الزواج تحت الإكراه.

إن منازعة الزوج في استحقاق زوجته مؤخر صداقها، بزعم إبرامه عقد الزواج تحت الإكراه، واستكثار قيمته لعدم مراعاة صداق المثل، لا يلتفت إليها مادام قد ثبت أن إبرام عقد الزواج حال كونه بالسجن تم بناء على طلبه.

رفض الطلب



حيث يؤخذ من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه عدد 652 الصادر بتاريخ 2009/7/6 في الملف رقم 11/2009/160 عن محكمة الاستئناف بالرباط أنه بتاريخ 2008/11/10 تقدمت المطلوبة بمقال لدى المحكمة الابتدائية بالخميسات عرضت فيه أنها تزوجت الطاعن على صداق قدره 70000 درهم لا تزال بذمته والتمست الحكم عليه بأدائه لها صداقها بقدره أعلاه وأرفقت المقال بنسخة من رسم زواج عدد 297 ص 211، وبعد إجراء المسطرة وعدم جواب الطاعن قضت المحكمة الابتدائية وفق الطلب واستأنفه الطاعن مثيرا خرق حقوق الدفاع لعدم تمكنه من الدفاع لعدم إدلاء المطلوبة بنسخ المقال، وأن عقد الزواج حرر بالسجن على إثر الشكاية التي قدمتها المطلوبة ضده، وأن عقد الزواج أبرم تحت الإكراه وبذلك يقع باطلا والتمس رفض الطلب. وبعد استنفاد أوجه الدفع والدفاع قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وهو القرار المطعون فيه

قضاء محكمة النقص عدد 75 ————— قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث

بالنقض بمقال تضمن وسيلة وحيدة، بلغت نسخة منه للمطلوبة فأجابت عنه بواسطة نائبها الأستاذ أحمد الحريري والتمس رفض الطلب.

في شأن الوسيلة الأولى:

حيث يعيب الطاعن القرار بخرق قاعدة مسطرية أضر بحقوقه والخرق الجوهري للقانون وتحريف الوقائع، وعدم الارتكاز على أساس وانعدام التعليل، ذلك أنه اكتفى بوصف الوضع الذي تم فيه إبرام عقد الزواج، وانتهى إلى القول بأنه لا يتصور وجود إكراه، كما أنه أغفل ذكر مبلغ الصداق، وهل مبلغه يتماشى مع صداق المثل وأن المحكمة لم تعلق قرارها لأن إنجاز الزواج كان في وقت معرض فيه إلى الحكم عليه بعقوبة قد تصل إلى 4 سنوات سجنا، وبذلك تكون إرادته معيبة بالإكراه لعدم إدلاء المطلوبة بالتنازل إلا بعد إنجاز عقد الزواج بكالئ الصداق المطلوب مما يعرض القرار للنقض.

لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي على الطاعن بأدائه للمطلوبة صداقها المحدد في 70.000 درهم والثابت بعقد صداقها عدد 297 ^{المملكة المغربية} _{المجلس الأعلى للسلطة القضائية} والحال الأداء، وردت دعواه بعقده تحت الإكراه لإنجازه رسم الزواج بالمطلوبة لخالق ضكونه بالسجن لعدم إثبات الإكراه المدعى به لأن عقد الزواج بالسجن كان بناء على طلب تقدم به دفاعه تكون قد طبقت صحيح القانون وما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب.

الرئيس: السيد إبراهيم بحماني — المقرر: السيد حسن منصف — المحامي العام: السيد عمر الدهراوي.

-الملحق رقم 34: قرار محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية، ل20-04-2021.

القرار عدد 211

الصادر بتاريخ 20 أبريل 2021

في الملف (الشرعي عدد 2020/1/2/249

تطبيق للشقاق - سلطة المحكمة في تقدير المستحقات.

بمقتضى المادة 84 من مدونة الأسرة، فإن من بين ما تشمله مستحقات الزوجة، الصداق المؤخر إن وجد، كما تحدد المحكمة تكاليف سكن عدة المطلقة إذا تعذر سكنها في بيت الزوجية. وإذا المحكمة تبين لها أن مؤخر الصداق ما يزال بذمة الطاعن، وأن هذا الأخير لم يدل بما يثبت براءة ذمته منه، وراعت عند تحديد تكاليف سكن العدة مقتضيات المادة 84 أعلاه، فإنها أسست لقرارها، وعللته تعليلا كافيا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على عريضة النقض المودعة بتاريخ 2020/01/23 من طرف الطالب المذكور حوله بواسطة نائبه الأستاذ الحالي (ب) والرامية إلى نقض القرار رقم 2019/171 الصادر بتاريخ 2019/03/19 في الملف عدد 2018/1622/715 عن محكمة الاستئناف بخريبكة.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974

ومحكمة النقض
وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر بتاريخ 2021/03/23.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 20 أبريل 2021

وبناء على المناذاة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد نورالدين الحضري والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد محمد الفلاحي الرامية إلى رفض الطلب.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يؤخذ من أوراق الملف والقرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه، أن المدعية خديجة (س) تقدمت بتاريخ 2017/09/06 بمقال إلى المحكمة الابتدائية بخريبكة -قسم قضاء الأسرة-، عرضت فيه أن المدعى عليه عبد المجيد (غ) زوجها بمقتضى عقد الزواج المضمن بعدد 572 بتاريخ 2003/03/10، وأنه لا ينفق عليها، وأن المشاكل كثرت وأدت إلى تعذر استمرار

العلاقة الزوجية بينهما، والتمست الحكم بتطليقها منه للشقاق، وتمكينها من مستحقاتها وكالئ صداقها المحدد في 60000 درهم. وبعد تعذر الصلح لعدم حضور المدعى عليه رغم سابق توصله، صدر الحكم رقم 17/1296 بتاريخ 2017/11/07 قضى بتطليق المدعية خديجة (س) بنت محمد من عصمة زوجها المدعى عليه عبد المجيد (غ) بن محمد للشقاق، وبأدائه لها واجب سكن العدة في مبلغ 2000 درهم وكالئ الصداق وقدره 60000 درهم. فاستأنف المدعى عليه على أساس أن المبالغ المحكوم بها لا تتلاءم ووضعيته المادية، وأن كالئ الصداق كان قد أداه للمستأنف عليها وذمته خالية من أي دين. وبعد جواب المستأنف عليها، وانتهاء الإجراءات، قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف، بقرارها المطعون فيه بالنقض من الطالب بواسطة نائبه بمقال تضمن وسيلة فريدة. لم تجب عنه المطلوبة، وقد وجه الإعلام إليها.

حيث ينعي الطالب على القرار أنه ناقص التعليل ومجانب للصواب ومجحف في حقه، لأن المبالغ المحكوم بها جد مبالغ فيها ولا تتلاءم ووضعيته المادية، بالإضافة إلى أن كالئ الصداق كان قد أداه للمطلوبة، وأنه ليس لها نصف المنزل وبقعة أرضية (كذا)، وبالتالي فإن ذمته إزاءها خالية من أي دين. وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تجب على الدفع لا سلبا ولا إيجابا. والتمس نقض القرار.

لكن حيث إنه بمقتضى المادة 84 من مبدوءة الأسرة، فإن من بين ما تشمله مستحقات الزوجة، الصداق المؤخر إن وجد، كما تحدد المحكمة تكاليف سكن عدة المطلقة إذا تعذر سكنها في بيت الزوجية. وإذ المحكمة تبين لها أن مؤخر الصداق وقدره ستون ألف درهم حسبما بعقد الزواج المضمن تحت عدد 572 صحيفة بتاريخ 2003/03/10، ما يزال بذمة الطاعن وأن هذا الأخير لم يدل بما يثبت براءة ذمته من الزواج، والتمس نقض القرار عند تحديد تكاليف سكن العدة مقتضيات المادة 84 أعلاه، فإنها أسست لقرارها، وعللته تعليلا كافيا، وتبقى الوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وعلى الطالب المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرياض. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بنزهة رئيسا. والسادة المستشارين: نورالدين الحضري مقررا وعمر لين وعبد الغني العيدر ولطيفة أرجدال أعضاء. وبمحضر الخامي العام السيد محمد الفلاحي. وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة أوهوش.

الملاحق رقم 35: قرار محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية، ل 28-05-2019.

نشرة قرارات محكمة النقض - غرفة الأحوال الشخصية والمراث - العدد 46 _____ قضايا الأحوال الشخصية

القرار عدد 367**الصادر بتاريخ 28 ماي 2019****في الملف (الشرعي عدد 2017/1/2/575****صداق مؤجل - تضمينه بعقد الزواج - دين بذمة الزوج.**

من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق الصداق كله بالبناء أو الموت قبله، وأن المطلقة تستحق الصداق المؤجل إن وجد. ولما ثبت أن عقد الزواج تضمن الإشارة إلى أن مؤخر الصداق ما يزال بذمة المطلوب حلولا لوقت الطلب، فإن المحكمة حينما قضت بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به وقضت من جديد برفض الطلب، بعلة أن الطاعنة لم تتمسك بشأن المؤخر من الصداق بتطبيق قاعدة الإسناد أمام القضاء الكندي، والحال أن ذلك ليس مبررا لحرماتها من مستحقاتها التي لم يحكم بها، فجاء قرارها مشوبا بخرق القانون وغير مرتكز على أساس.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه المشار إلى مراجعته أعلاه، أن الطاعنة (م.ح) تقدمت بتاريخ 2016/01/12، بمقال إلى المحكمة الابتدائية الاجتماعية بالدار البيضاء، عرضت فيه أنها كانت متزوجة بالمدعى عليه (ط.ب) على صداق قدره 220.000 درهم حازت منه 20.000 درهم، وبقي بذمته 200.000 درهم، وأن الحكم الأجنبي الصادر بتاريخ 2014/06/10 عن محكمة مونتريال بكندا أغفل الحكم لها بمؤجل الصداق 200.000 درهم، والتمست طبقا للمادة 33 من مدونة الأسرة الحكم لها على المدعى عليه بأدائه لها ذلك. وأجاب المدعى عليه بأن الحكم الصادر عن محكمة مونتريال بكندا الذي قضى بالتطبيق تطرق إلى جميع مستحققات المدعية المترتبة عن الطلاق، ولم يترك أي شيء، وأن سكوته عن كالي الصداق لا يمكن تفسيره إلا أنه صرف النظر عنه بما جاء فيه: "يأمر كلا الطرفين بأن يتحمل وحده الديون التي تعاقدها عليها شخصيا ابتداء من 10 فبراير 2013 تاريخ توقف الطرفين عن العيش شراكة بينهما"، والتمس رفض الطلب. فأصدرت المحكمة الابتدائية المذكورة بتاريخ 29 فبراير 2016 حكما بأداء المدعى عليه لفائدة المدعية كالي صداقها قدره 200.000 درهم مع النفاذ المعجل. فاستأنفته المدعية، وقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به، والحكم من جديد برفض الطلب. وهو القرار المطعون فيه بالنقض

من طرف الطاعنة بواسطة نائبها بمقال تضمن وسيلة وحيدة. لم يجب عنه المطلوب، وقد وجه الإعلام إليه.

وحيث تعيب الطاعنة القرار في الوسيلة الفريدة بسوء التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن المحكمة مصدرة القرار اعتبرتها أي الطاعنة غير متمسكة بتطبيق قاعدة الإسناد أمام القضاء الكندي للمطالبة بكالئ الصداق، مما لا حق لها في الرجوع مرة أخرى للمنازعة في توابع الطلاق أمام القضاء المغربي، مع أن في هذا حرقاً لعقد الزواج الذي به أن مؤخر الصداق بذمة الزوج لوقت الطلب وكذا بمدونة الأسرة في المواد 31 و30 و32 و33 التي تنص على إمكانية الاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كلاً أو بعضاً، دون تحديد هذا الأجل بالطلاق، وإنما يجب الصداق بالبناء، وتستحقه الزوجة متى طالبت به، ولا يسقط بالتقادم، خاصة وأن قاعدة الإسناد إما أن تكون وطنية ينفرد المشرع الوطني بتحديدتها طبقاً لتوجهاته في معالجة ظاهرة الهجرة، وإما أن تكون موضوع اتفاق بين دولتين يجمع بينهما لتنظيم مسألة تنازع القوانين، وأنه في نازلة الحال لا يمكن لها أي الطاعنة التمسك بتطبيق مدونة الأسرة المغربية أمام القضاء الكندي، لعدم وجود اتفاقية بين البلدين يخولها هذا الحق، حسبما بالرسالة الموجهة إليها من محاميها يؤكد فيها عدم إمكانية تطبيق مدونة الأسرة أمام القضاء الكندي، لعدم وجود اتفاقية بين الدولتين، إضافة إلى أن القنصلية المغربية بمونتريال نبهت المغاربة على صفحتها الرسمية إلى أن الطلاق المغربي غير معترف به أمام المحاكم الكندية وإنما ينبغي مباشرة مسطرته أمام القضاء الكندي، والتمست نقض القرار.

حيث صح ما عابته الطاعنة، ذلك أنه طبقاً للمادة 32 من مدونة الأسرة تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله بموجب مقتضى المادة 84 من القنصلية المدونة، فإنه من ضمن ما تستحقه المطلقة الصداق المؤخر إن وجد. والبين من عقد الزواج المضمن بعدد (...) صحيفة (...) كناش (...) بتاريخ 3 نونبر 2006 أن مؤخر الصداق الذي قدره 200.000 درهم، ما يزال بذمة المطلوب حلولاً لوقت الطلب. والمحكمة مصدرة القرار لما قضت بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به وقضت من جديد برفض الطلب، بعلّة أن الطاعنة لم تلتزم بشأن المؤخر من الصداق بتطبيق قاعدة الإسناد أمام القضاء الكندي، والحال أن ذلك ليس مبرراً لحرماتها من مستحقاتها التي لم يحكم بها، وأن الطاعنة، أدلت بعقد الزواج المذكور الذي به مؤخر الصداق الموماً إليه، وأن من القواعد المقررة فقهاً أن "من أدلى بحجة فهو قائل بما فيها"، وأن الحكم الأجنبي المذكور الذي فيه الإشارة إلى الوثائق المدلى بها ليس فيه أي إشارة إلى هذا المؤخر، وإنما ضمن ما فيه رقم 10 "يحتفظ للمدعية بحقوقها"، وأن ما أثير في الحكم رقم 16 "يأمر كلا الطرفين بأن يتحمل وحده الديون التي تعاقد عليها شخصياً ابتداء من 10 فبراير 2013 تاريخ توقف الطرفين عن العيش شراكة بينهما، لا علاقة له بمؤخر الصداق الذي ترتب في ذمة المطلوب، منذ البناء بالطاعنة، مما لا يوجد معه لا في الحكم الأجنبي، ولا في وثائق الملف، ما يفيد براءة ذمته منه، طبقاً للمادة 33 من مدونة الأسرة، فإنها لم تجعل لما قضت به أساساً وعرضت قرارها للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة مترتبة من السيد محمد بترهة رئيسا والسادة المستشارين: عمر لمين مقررًا ومحمد عصبه والمصطفى بوسلامة وعبد العزيز وحشي أعضاء. ومحضر المحامي العام السيد محمد الفلاحي وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة أوهوش.



المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

- الملحق رقم 36: محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، ل 07-07-2005.

برئاسة السيد ميمون علي العدل المنفذ بصفاقس حسب محضره عند 22587.

وبعد الاطلاع على جميع الوثائق التي بموجب الفصل 185 من م.م.م.ت. تقديمها وعلى ملحوظات النيابة العمومية والامتناع إلى شرح معطلها بالجلسة.

وبعد الاطلاع على الحكم المنفذ وعلى كافة أوراق الملف والمداولة طبق للقانون صرح بما يلي :
من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضاعه وصيغه القانونية فهو مقبول شكلا.

من حيث الأصل :

حيث تقيّد وقائع القضية كيما أوردتها الحكم المنفذ والأوراق التي انبثقت عليها قيام المدعي في الأصل لدى المحكمة الابتدائية بصفاقس بتاريخ 2003/8/22 عارضا أنه متزوج بالمدعي عليها بموجب مدق شرعي محور في 2003/5/11 لكن العلاقة الزوجية سادت بينهما وأصبح استعرازا معتبرا.

لذا يطلب إجراء المحاولات السلمية طبق للقانون ثم الحكم بإيقاع الطلاق بينهما بموجب الإنشاء للمرة الأولى قبل البناء.

وردت المعلومة على ذلك وإن المدعي عليه نحل بها وهي تعارض ذلك العكس.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكما عند 50523 بتاريخ 2004/3/5 والخاص ابتدائيا بإيقاع الطلاق بين الزوجين المتناحرين وذلك أولى بعد البناء إنشاء من الزوج والآن لضابط الحالة المثبتة بالتصريح على ذلك بدلائل حالتها المثبتة وبطرة رسم صدائهما وبترسيم

قرار تعقيبي مدني عدد 1258

مؤرخ في 07 جويلية 2005

صدر برئاسة السيد بلقاسم كريد

المادة : أحوال شخصية.

المراجع : الفصل 31 من م.م.م.ت.

المفاتيح : الدخول الفعلي، إسناد الستائر، إتصال جنسي.

المبدأ :

إن العبارة بالدخول تتمثل في الخلوة بين الزوجين وإسناد الستائر دون اشتراط حصول الإتصال الجنسي أو غيره.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت الع 1258دد والمقدم من الاستلا مراد الجمل بتاريخ 2005/2/3.

كاظم بصفاقس.

ضد : كاتلنة بصفاقس.

طعنا في الحكم الاستدائي الشخصي الصادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس تحت عدد 9853 بتاريخ 2005/1/5 والخاص بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي وإجراء العمل به وتخطية كل واحد من المستأنفين بالعمل المؤمن وحمل المساريف القانونية على المستأنف.

وبعد الاطلاع على منكرة مستندات الطعن المبلغة نسخة منها للمعقب ضدها بتاريخ 1 مارس 2003

(1) تحريف الوقائع :

بمقولة أن الخلاف المحصر حول مسألة حصول الدخول من عنده ففي حين يتسكك الزوج بان البناء لم يتم تتسكك الزوجة المعقب ضدها بأنه قد تم وقد استنتجت محكمة الحكم المنتقد من إقامة الاحتفالات اللازمة واستدعاء المحققين واتمام الاشهار أن البناء قد تم إلا أنها لم تعط موقفا امام انكار الطاعن لحصول البناء كما أن الصور الفوتوغرافية لا تشكل وسيلة اثبات على معنى الفصل 427 من م.أ.ع. حتى يمكن اعتمادها كقرينة والقيمة وكان على محكمة الحكم المنتقد التحريز على الاثراف وتلقي ما لديهما من بيّنة في خصوص حصول البناء من عنده لكنها توصلت إلى النتيجة على اساس وقائع غير ثابتة بملف القضية.

(2) ضعف التعليل :

بمقولة أن محكمة الحكم المنتقد علقت حصول الدخول الفعلي بتقديم المعقب ضدها شهادة طبية تبيّن أنها حامل غير أن هذا التعليل لا يستقيم إذ أن الشهادة المذكورة قد أكدت بان الأوجة حامل في شهرها الأول وقد اجهضت يوم 2003/11/22 والحدال أن المعقب ضدها صرحت بانها تقيم مع والدتها كما أنها لم تقيم سوى ليلة واحدة مع الطاعن في المنزل وهي الليلة الفاصلة بين 2003/7/25 و 2003/7/26 وبالتالي فإن العمل الذي حصل لها يستحيل ان يكون نتيجة لتصال جنسي حصل بينها وبين الطاعن في تلك الليلة إذ لو كان الامر كذلك لكافت المعقب ضدها حاملا في شهرها الرابع على الأقل عند عرض نفسها على التحكيم بتاريخ 2003/11/10 وبالتالي فإن اعتماد مسألة الحمل لاعتبار ان الدخول قد حصل لم يكن في طريقه وهو ما يجعل الحكم المطعون فيه قاصر التبرير مستوجبا النقض والاحالة.

المدعى لفائدة المدعى عليها بألف دينار (1000.000) لقاء ضررها المعنوي الناتج من الطلاق وبخمسین ديناراً (50.000) تصرف لها في شكل جزية عصرية شهرية بداية من تاريخ انتهاء عدتها إلى زوال الموجب لقاء ضررها المادي للطلاق وبمائتين وخمسين ديناراً (250.000) بعنوان ألعاب تقاضي وأجرة حمامة وحمل المصاريف القانونية عليه.

فاستأنفه المحكوم عليه استنادا إلى أن الحكم الابتدائي لم يكن في طريقه لما اعتبر وان الدخول قد تم ضرورة أن الصور الفوتوغرافية لا تشكل وسائل اثبات كما أن الإلزامه بالنزول لا تعني بالضرورة وقوع الدخول ذلك ان اجراءات الاشهار لم تحصل طابقا لنقض الحكم الابتدائي في خصوص الغرامات والقضاء في شأنها بعدم سماع الدعوى في حين لاحظت الزوجة ان الضرر فادح وطلبت الترفيع في الغرامات المحكوم بها.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية استدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها عند 9853 بتاريخ 2005/1/5 كلفما يتضح من نصه المضمن اعلاه استنادا إلى أن فقه القضاء عرف الدخول الفعلي بأنه ادخال السائر والخلوّة الواقعة بين الطرفين وقد ثبت من منطوقات الملف ان الزوجان أقاما الاحتفالات اللازمة لرفاههما واستدعيا المحققين نهياً بالفعل للزواج وتم الاشهار وحصل البناء واصبحت الزوجة حاملا بما يجعل الدفع في غير طريقه كما أن الغرامات المحكوم بها اثبتت على معايير موضوعية واتجه لقرار الحكم الابتدائي في شأنها.

فتعقبه للطاعن ناسيا له ما يلي :

المحكمة

عن المطعنين معا لتداخلهما :

حيث يتبين من أسانيد الحكم المطعون فيه ان المحكمة التي أصدرته بعد استعراضها بأسباب لوقائع القضية وأدلتها ومقالات الطرفين واستنتجت من كل ذلك في نطاق سلطاتها التقديرية وحدود اجتهادها لما يعرض عليها أن تدخل بين الطرفين قد تم بينهما ضرورة أن مقومات الدخول الواقعية والقانونية متوفرة ذلك أن الدخول الفعلي حسبما هو متفق عليه لهما يمثل في ادخال الستائر والخلوة الواقعة بين الطرفين فيالرجوع لمظروفات الملف يتضح وان الزوجين قد أقما الاحتفالات اللازمة لهما واستدعيا المحققين ونهياً بالفعل لتزواج فتم بذلك الاشتهار للعلمي وقد أكد الطاعن نفسه عند التحرير عليه مكتبيا بتاريخ 2004/1/14 ومجابهته بغاتورة النزل الذي بات فيه صحبة المعقب ضدها انه فعلا كان قد أقام ليلة كاملة بنزل دينا لكنه لم يلمس زوجية بل تحدثا ثم ناما.

وحيث أن العبرة بالدخول بتمش في الخلوة بين الزوجين وادخال الستائر دون اشتراط حصول الاتصال الجنسي أو غيره مما يجعل الدخول الفعلي قد تم بينهما طبقا للتعريف الفقهي وهو استتاج قانوني سليم يتفق مع أوراق القضية وما انتهت إليه المحكمة في قضائها بما جعل المطعنين يشكلان جدلا موضوعيا يرمي إلى مناقشة المحكمة في مدى فهمها للوقائع وتقييمها للأدلة المعروضة عليها وهو أمر من اطلاقها دون رقابة عليها طالما علت رايها كما يجب ضرورة انه طالما عند الطاعن على زوجته وثبت دخوله بها فلا غرابة حينئذ من كونها حامل لاحقا ولو كان بسبب اتصال جنسي واحد وعلى كل فعالما كانت المعقب ضدها في عصمة الطاعن فليس هناك ما يمنعه من مضاجعتها

وجماعتها وكل انكار في عدم وقوع ذلك مردود عليه لفقدانه التأييد وحتى يأتي ما يخالف ذلك.

وحيث ان ما ذهب إليه الحكم المتأخذ كان صائبا وسليما مسللا تعليلا مستساغا ومعتمدا على قواعد قانونية واقعية صحيحة دون تحريف للوقائع أو ضعف في التعليل واتجه لذلك رد المطعنين.

ولهذه الأسباب

أمرت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا وحجز معلوم الخطبة المؤمن.

وصدر هذا القرار بحجرة تنويري بجلسة يوم 2005/7/7 عن الدائرة المدنية الثالثة المتألفة من رئيسها السيد بلقاسم كريد وعضوية المستشارين السيدين عبد القادر عريال وعبد السلام بن عسارة وبمحضر المدعي العام السيد محمد الكامل سعادة وبمساعدة كاتب الجلسة السيد محمد الحبيب التومودي.

وحرر في تاريخه

- الملحق رقم 37: قرار محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية، ل 05-01-

2021.

القرار عدد 07

الصاوير بتاريخ 05 يناير 2021

في الملف (الشرعي) عدد 2018/1/2/1069

طلاق قبل البناء - تمسك الزوج بعدم البناء بزوجته - أثره.

إذا وقع الطلاق قبل البناء فلا تستحق المطلقة إلا نصف الصداق، الفصل 22 من مدونة الأحوال الشخصية والمادة 32 من مدونة الأسرة. المحكمة لما قضت للمطلقة بكامل الصداق رغم تمسك الزوج بعدم البناء بزوجته، وقد أقرت بذلك من خلال حكمها باستحقاق المطلقة لنفقتها من تاريخ المقال الذي هو بمثابة دعوة للدخول، فإنها حرقت المقتضيات أعلاه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، والقرار المطعون فيه المشار إليه أعلاه، أن المطلوبة في النقض (خ.ف) تقدمت بمقال سجل بتاريخ 2003/04/02 بالمحكمة الابتدائية بـ ف.ص، عرضت فيه أنها متزوجة بالمدعى عليه (س.ح) الذي عقد عليها على أساس عملها بالخارج وكونها ستساعده للالتحاق بها للعمل هناك، إلا أنها اكتشفت أن هدفه هو الاستحواذ على مالها، كما تفاجأت بغيابه لوجهة غير معلومة، وأنه لم ينفق عليها منذ أكتوبر سنة 2000 إلى الآن، كما أن ذمته لازالت عامرة بمبلغ 30.000,00 درهم كالكلي الصداق، والتمست الحكم عليه بأدائه لها نفقتها ابتداء من 2000/10/05 إلى غاية التنفيذ، وواجب الأعياد والمناسبات عن نفس المدة، ومبلغ 30.000,00 درهم كالكلي الصداق. وبعد عدم جواب المدعى عليه وتنصيب قيم في حقه قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2003/07/01 بأداء المدعى عليه للمدعية نفقتها بحسب 260,00 درهما شهريا وتوسعة أعيادها بحسب 700,00 درهم سنويا ابتداء من 2000/10/05 إلى تاريخ الحكم، مع يمين المدعية بأن المدعى عليه لم ينفق ولم يوسع عليها خلال المدة المذكورة على قاعدة النكول، وبأدائه لها كالكلي صداقها ومبلغه 30.000,00 درهم. فاستأنفه المدعى عليه بعللة أنه لم يدخل بعد بالمستأنف عليها، وأن سبب الزواج بها هو الرغبة في تهجيرها إلى الديار منذ سنة 2000، وأنه ظل ينتظرها بالمغرب وحين عزم التقدم بشكاية في مواجعتها من أجل النصب لجأت إلى المطالبة بمبالغ النفقة وكالكلي الصداق لإرغامه على تطليقها، بل تقدمت بسوء نية بدعوى رامية إلى تطليقها منه للغبية رغم أنه حاضر بالمغرب، وأن تاريخ تقديم مقالها 2003/04/02 هو الذي يجب اعتماده باعتباره تاريخ الدعوة إلى الدخول، ملتتمسا إلغاء الحكم الابتدائي والحكم تصديا برفض الطلب،

واحتياطيا اعتبار تاريخ استحقاق النفقة هو 2003/04/02، واحتياطيا جدا إجراء بحث. وبعد إجراء بحث ألقته محكمة الاستئناف جزئيا فيما قضى به من نفقة المدعية وتوسعة أعيادها عما قبل 2003/04/02 وقضت تصديا بعدم قبول الطلب فيما ذكر، وأيدته في الباقي بقرارها المطعون فيه بالنقض من طرف الطالب بمقال تضمن وسيلة فريدة. وجه للمطلوبة في النقض طبقا للقانون.

حيث يعيب الطالب القرار في الوسيلة الفريدة بسوء التعليل الناتج عن خرق القانون، ذلك أن المحكمة مصدرته قضت للمطلوبة بكالئ الصداق مع أنها لم تزف إليه ولم يتم الدخول بها بعد، وهو ما كرسه قرارها نفسه من خلال اقتصاره على الحكم بالنفقة من تاريخ تقديم المقال، وأن المطلوبة لا تستحق إلا نصف الصداق على اعتبار أن الخلوة لم تتم بعد وأنه سدده لها بحضور مجموعة من الشهود، والتمس لما ذكر نقض القرار المطعون فيه.

حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه بمقتضى الفصل 22 من مدونة الأحوال الشخصية السارية المفعول زمن النازلة "يجب للزوجة نصف الصداق إن طلقها زوجها قبل البناء..."، وهو ما أكدته المادة 32 من مدونة الأسرة. والمحكمة مصدرته القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من كالتى للمطلوبة في النقض، رغم تمسك الطالب بنفي دخوله بالمطلوبة في النقض، ورغم إشارة المحكمة في تعليلها إلى أن المطلوبة لم تثبت بناء الطالب بها، ولأن ما اعتمده من اعتبار تاريخ المطالبة بالنفقة هو دعوة للبناء ينصرف إلى استحقاق النفقة وليس إلى استحقاق الصداق كاملا، فإنها خرفت التفضيحات القانونية أعلاه، وعرضت قرارها للنقض.

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
هذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة مترتبة من السيد محمد بترهه رئيسا والسادة المستشارين: عبد الغني العيدر، مقررا وعمر ملين ونور الدين الحضري ولطيفة أرجدال أعضاء. وبمحضر المحامي العام السيد محمد الفلاحي. وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة أوهوش.

- الملحق رقم 38: قرار محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية، ل 22-04-2009.

غرفة الأحوال الشخصية والميراث ————— تذييل بالصيغة التنفيذية

رقم : 5

تذييل بالصيغة التنفيذية

- عقد زواج - شرطا الإشهاد والإقامة بالخارج.

المحكمة كانت على صواب لما ردت دفع الطاعن بخصوص عقد الزواج المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية والذي ينعى عليه افتقاره إلى شرط إقامة المتعاقدين بالخارج قبل إبرامه، ولشروط حضوره من شاهدين مسلمين، في حين أن شهادة القنصلية المسلمة من السفارة الألمانية بالمغرب تثبت أن الطرفين مسجلان لديها كزوجين، ومن جهة ثانية فإن عقد الزواج موقع عليه من طرف قنصل المملكة المغربية بألمانيا في إطار اختصاصاته المخولة له قانونا، مما يفني بالشرطين المذكورين.

رفض الطلب

الأساس القانوني :

"يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية ببلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان، مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده" (المادة 14 من مدونة الأسرة)

القرار عدد 181

المجلس الأعلى للسلطة القضائية
الصادور بتاريخ 22 أبريل 2009

محكمة النقض
في الملف عدد: 2008/1/2/378

باسم جلالة الملك

حيث يستفاد من أوراق الملف ومن القرار المطعون فيه رقم 08/444 الصادر عن محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 2008/4/17 في الملف رقم 7/07/1183 أن المدعية إلهام بنت أحمد تقدمت بواسطة دفاعها بمقال مؤدى عنه بتاريخ 3 ماي 2007 أمام المحكمة الابتدائية بنفس المدينة في مواجهة المدعى عليه حبيب هشام تلتمس فيه الحكم بتذييل عقد زواجها به بالصيغة التنفيذية، وأدلت بالوثائق المشار إليها ضمن المرفقات. وبعد استدعاء المدعى عليه وعدم حضوره قضت المحكمة بتاريخ 2007/6/21 في الملف رقم 07/1/1268 بتذييل العقد المحرر بقسم الحالة المدنية بمدينة كارلسرو بألمانيا تحت عدد 06/846 وتاريخ 2006/12/22 بالصيغة التنفيذية وتحميل المدعية الصائر. فاستأنفه المدعى عليه بواسطة دفاعه موضحا أنه لم يستدع بصفة قانونية وأن العقد غير مصادق عليه من

غرفة الأحوال الشخصية والميراث ————— تذييل بالصيغة التنفيذية

طرف وزارة الخارجية للمملكة المغربية وأن الترجمة ليست بتامة وأن الترجمة للعقد ليست محلقة كما أن العقد المستدل به يفتقر إلى شرط إقامة الطرفين بألمانيا مما يجعله يتنافى مع المادة 14 من مدونة الأسرة ملتصقا: إلغاء الحكم المستأنف والحكم تصديا من جديد برفض الدعوى وبعد الجواب والتعقيب وانتهاء الإجراءات قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف. وهذا هو القرار المطلوب نقضه من طرف الطاعن بواسطة دفاعه بمقال يتضمن أربع وسائل أجاب عنه دفاع المطلوب في النقض بمذكرة ترمي إلى رفض الطلب.

الوسيلة الأولى المتخذة من خرق قاعدة مسطرية أضر بحقوق الطاعن خرق قاعدة تعدد درجات التقاضي وخرق الفصل 35 وما يليه من قانون المسطرة المدنية ذلك أنه عاب على الحكم المستأنف صدوره في غيابه ودون أن يستدعى بصفة قانونية ولا أن يتوصل بأي استدعاء وأنه لم تتح له فرصة الدفاع عن حقوقه وقد فوتت عليه درجة من درجات التقاضي ومن ثم فإن القرار المطعون فيه مشوب بخرق مسطري يتعين نقضه.

لكن حيث إنه خلافا لما أثاره الطاعن فإن البين من أوراق الملف أنه بلغ بالاستدعاء بصفة قانونية بتاريخ 15 ماي 2007 حسبها هو ثابت من شهادة التسليم المرفقة بالمذكرة الجوابية المدلى بها جوابا على مقال الاستئناف بتاريخ 31 يناير 2008 فتبقى الوسيلة خلاف الواقع.

الوسيلة الثانية المتخذة من عدم ارتكاز القرار المطعون فيه على أساس قانوني وعدم الرد على مستنتجاته الموازي لانعدام التعليل وخرق الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية وخرق القانون، وخرق الفصل 431 من نفس القانون ذلك أن الترجمة المدلى بها ليست بتامة يشهد لذلك أن هناك عدة كلمات باللغة الألمانية غير مترجمة إلى اللغة العربية وذلك عند إجراء مقارنة بسيطة بين العقد وترجمته، كما دفع بأن الترجمة حنان بوكيلي ليس في الوثيقة التي أعدتها بأنها ترجمة محلقة وأن ما علل به القرار المطعون فيه بخصوص ذلك مخالف للفصل 431 المحتج به.

لكن حيث إن المحكمة عللت قرارها بأن ترجمة العقد تمت من طرف الأستاذة حنان بوكيلي وهي إحدى المترجمات المحلفات ضمن قائمة الترجمة المسجلين لدى القنصلية الألمانية بالمغرب المؤهلين لهذه المهمة وهو ما لا تعارض بشأنه مع مقتضيات الفصل 431 من قانون المسطرة المدنية، ثم إن الطاعن لم يبين الكلمات الألمانية غير مترجمة إلى اللغة العربية فتبقى الوسيلة غير جديرة بالاعتبار.

الوسيلة الثالثة والرابعة مضمومة والمتخذتين من عدم ارتكاز القرار المطعون فيه على أساس قانوني، وتحريف مستند مضاف للملف النازلة الموازي لانعدام التعليل وخرق الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية وخرق قواعد الإثبات وخرق قاعدة الحجة على المدعي وخرق الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود خرق المادة 14 من مدونة الأسرة ذلك أن الطاعن دفع بأن العقد المستدل به يفتقر إلى شرط إقامة الطرفين بألمانيا وبالتالي فهو يتنافى مع المادة 14 المحتج بها، وأنه لا يوجد في تلك

غرفة الأحوال الشخصية والميراث ————— تذييل بالصيغة التنفيذية

الشهادة ما يثبت أن الطرفين معا يقريان قبل إبرام العقد المستدل به بألمانيا مما يكون معه القرار المطعون فيه قد خرق ما ورد في تلك الشهادة، كما دفع بأن المادة 14 تشترط أن يحضر العقد شاهدان مسلمان وهو شرط غير متوفر في العقد المستدل به وأن المحكمة استجابت لطلب المطلوبة في النقض دون أن تتأكد من توافر هذا الشرط الجوهرى مما يتعين معه نقض قرارها.

لكن ردا على ما ورد في الوسيلتين أعلاه فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عللته بأن ما أثاره المستأنف بخصوص عدم إثبات إقامة طرفي العقد بألمانيا تفنده شهادة القنصلية المسلمة من سفارة الجمهورية الفدرالية التي تثبت أن المستأنف والمستأنف عليها سجلا كزوجين وما أثاره بخصوص عدم إحضار شاهدين مسلمين طبقا لمقتضيات المادة 14 فإن عقد الزواج قد وقعه نائب القنصل بالقنصلية العامة للمملكة المغربية وذلك في إطار الاختصاصات المخولة له بمقتضى الفصولين 38 و39 من المرسوم المؤرخ في 29 يناير 1970 المطبق لظهير 1969/10/20 وبذلك يكون ما أثاره الطاعن في هذا الوجه أيضا غير مؤسس.



مقاربة الاجتهادات :

"لكن حيث إن المادة 2 من مدونة الأسرة تنص على أن أحكام هذه المدونة تسري على العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا، كما أن المادة 14 منها تنص على أن المغاربة المقيمين في الخارج يمكن أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق وحضره شاهدان مسلمان، ثم إن المادة 128 من نفس المدونة تنص على أن العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين تكون قابلة للتنفيذ بالمغرب بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية. والمطلوبان عززا طلبهما بصورة مصدقة من عقد زواج تم أمام المأذون الشرعي بحضور شاهدين مسلمين وولي الأمر وعلى صداق مسمى وبمؤسسة الفتحة الدينية لمسلمي سانت بترسبورغ بروسيا، والمحكمة لما عللت قرارها بأن العقد المراد تذييله بالصيغة التنفيذية لا يتعلق بزواج تم ابتداء بالمغرب بل هو عقد أبرم بالخارج ووفق الشكل المقرر في البلد الذي أبرم فيه كما أنه غير مخالف للنظام العام المغربي تكون قد طبقت المواد المذكورة تطبيقا سليما. أما فيما يتعلق بما أثير حول المنشور

غرفة الأحوال الشخصية والميراث ————— تذييل بالصيغة التنفيذية

الوزير عدد 49 س 2 وتاريخ 2003/6/20 فإنه يتعلق بإبرام الزواج ابتداء إضافة إلى أن خرقه لا يدخل ضمن أسباب النقض". (قرار المجلس الأعلى عدد 460 الصادر بتاريخ 2007/9/12 ملف عدد 2007/1/2/35).

"لكن حيث إنه طبقا للمادة 14 يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية، وانتفت الموانع وحضره شاهدان مسلمان، والمحكمة لما ثبت لها أن عقد الزواج المحتج به أبرم بين الطرفين بالهند وفق الإجراءات الشكلية المقررة في هذا البلد حسب ما شهدت به القنصلية المغربية بالعاصمة الهندية وأن العقد يستجيب للمقتضيات المذكورة في الفصل المذكور واعتبرت تبعا لذلك موجب إثبات الزوجية المستدل به صحيحا تكون قد قدرت وثائق الملف تقديرا سائغا يبرر ما انتهت إليه". (قرار المجلس الأعلى عدد 619 الصادر بتاريخ 2009/12/9 في الملف عدد 2007/1/2/435 غير منشور).



الملاحق رقم 39: قرار محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية، ل 18-04-2017.

نشرة قرارات محكمة النقض - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - العدد 34

القرار عدد 236
الصاوير بتاريخ 18 أبريل 2017
في الملف الشرعي عدد 2016/1/2/111

بطلان زواج - مانع مؤقت - أثره.

من المقرر قانونا أن الجمع بين المرأة وخالتها من نسب أو رضاع يعتبر من موانع الزواج المؤقتة، والمحكمة لما ثبت لها قرابة المستأنفة والمستأنف عليها إذ أن الأخيرة حالة الأولى، وذلك بإقرارها بجلسة البحث المنعقدة وتؤكد ذلك من خلال النسخة الكاملة للزوجين معا وكذا من خلال تصريح شقيق المستأنف عليها وخال المستأنفة، وأن الزوجية لا زالت قائمة، وقضت تبعا لذلك ببطلان الزواج، تكون قد عللت قرارها تعليلا سليما.

رفض الطلب

باسم جلاله الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه رقم 371 الصادر بتاريخ 2015/05/26 عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة في الملف عدد 2014/1620/368، أن المدعية فاطمة تقدمت بتاريخ 2012/07/03 بمقال افتتاحي وبتاريخ 2013/04/15 بمقال إصلاحية أمام المحكمة الابتدائية بسوق الأربعاء الغرب - قسم قضاء الأسرة - عرضت فيهما بالمدعى عليه الأول محمد زوجها وأنجبت معه ثلاثة أبناء وأنه تزوج بالمدعى عليها الثانية فاطمة، التي تعتبر بنت أختها، ملتزمة بالحكم ببطلان عقد الزواج المضمن بعدد 258 صحيفة 169 بتاريخ 2010/06/21، وأجاب المدعى عليهما بأن المدعية لا صفة لها في الدعوى. وبعد إجراء بحث مع الطرفين والشهود، وتسجيل إقرار المدعى عليها بأنها بنت أخت المدعية، وهو ما أكده الشهود المستمع إليهم، وبعد انتهاء الردود، أصدرت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2013/12/09 في الملف عدد 2012/660 حكما ببطلان عقد الزواج الرابط بين محمد (أ) وفاطمة المضمن بعدد 258 صحيفة 169 بتاريخ 2010/06/21 وتطبيق مقتضيات المادة 141 من مدونة الأسرة. فاستأنفه المدعى عليهما. وبعد إجراء بحث وإجماع الطرفين على أن المستأنف عليها فاطمة (ب) هي خالة المستأنفة فاطمة (ب)، وانتهت الإجراءات، أصدرت المحكمة قرارا بتأييد الحكم المستأنف، وهذا هو القرار المطعون فيه بالنقض. بمقال أجابت عنه المطلوبة بواسطة محامها الذي التمس في الموضوع رفض الطلب.

حيث يعيب الطالبان القرار في الوسيلة الأولى بخرق القانون المتخذ من خرق مقتضيات المادة 39 من مدونة الأسرة والفصل 1 و32 من ق.م.م، والفصل 399 من ق.ل.ع، ذلك أن المادة 39 المشار إليها أعلاه حددت الموانع المؤقتة وليس بالملف ما يفيد ذلك لأن الوثائق المدلى بها غير مقبولة

ومجهولة المصدر. وبالتالي فهي عديمة الأثر القانوني، كما أن الشهود المستمع إليهم لا يرقون إلى درجة الليف العدلي ولا يتوفرون على النصاب القانوني لإثبات واقعة القرابة وأنه لم يتم الإدلاء بما يفيد استمرار العلاقة الزوجية وأن المحكمة اكتفت بشهادة شاهدين صغيري السن وليس من أبناء الدوار وشهادتهما سماعية، وأن المحكمة أجرت بحثا في غيبة الأطراف دون القيام باستدعائهم وأن الاستماع بجلسة البحث للطرف المدعي في غيبة بقية الأطراف يعد خرقا جوهريا لقواعد المسطرة يعرض القرار للنقض.

لكن، حيث إنه طبقا للمادة 39 من مدونة الأسرة، من موانع الزواج المؤقتة: الجمع بين المرأة وخالتها من نسب أو رضاع. والمحكمة لما ثبت لها قرابة المستأنفة فاطمة والمستأنف عليها فاطمة (ب) إذ أن الأخيرة خالة الأولى، وذلك بإقرارها بجلسة البحث المنعقدة بتاريخ 2015/04/21 وتؤكد ذلك من خلال النسخة الكاملة للزوجين معا وكذا من خلال تصريح شقيق المستأنف عليها وخال المستأنفة، وأن الزوجية لا زالت قائمة وقضت ببطلان الزواج، فإنها طبقت المادة 39 من مدونة الأسرة وعللت قرارها تعليلا سليما. أما ما أثاره الطاعن من كونه لم يحضر البحث، فيبقى دون أساس لأن الطاعنة حضرت أصالة عن نفسها ونباة عنه بمقتضى وكالة مؤرخة في 2011/09/29، فالوسيلة لذلك على غير أساس.

ويعيب الطالبان القرار في الوسيلة الثانية بنقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أنه قضى بتأييد الحكم المستأنف دون تعليل ودون جواب على الدفع المثارة. مما يعد نقصانا في التعليل يعرض القرار للنقض.

لكن، حيث إن الطالبين لم يبيئا الدفع المثارة التي لم تجب عنها المحكمة، مما تبقى معه الوسيلة غامضة وغير مقبولة.

هذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بترزة رئيسا والسادة المستشارين: محمد عصبه مقررًا وعمر لمين والمصطفى بوسلامة وعبد الغني العيدر أعضاء. وبمحضر الخامي العام السيد محمد الفلاحي وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة أوهوش.

- الملاحق رقم 40: المنشور الوزاري، لـ 08-09-2017، الصادر عن رئيس لحكومة التونسية، المتضمن إلغاء المنشور الوزاري ع.606، لـ 19-10-1973، بشأن استصدار شهادة اعتناق الدين الإسلامي لغير المسلمين في حالة الزواج بالمرأة التونسية المسلمة.

الجمهورية التونسية
وزارة العدل
عدد: 164

تونس في 08 سبتمبر 2017

إلى السادة

الرؤساء الأول لمحاكم الاستئناف والوكلاء العامين بها
ورؤساء المحاكم الابتدائية ووكلاء الجمهورية بها وقضاة التواحي
وضباط الحالة المدنية

الموضوع : المنشور عدد 216 المؤرخ في 5 نوفمبر 1973.

المراجع : مراسلة السيد رئيس الحكومة بتاريخ 08 سبتمبر 2017.

حيث أصدر الوزير الأول بتاريخ 19 أكتوبر 1973 قرارا تحت عدد 606 يتضمن تعليمات موجهة إلى وزراء الداخلية والعدل والخارجية تقضي بعدم جواز إبرام عقود الزواج بين التونسية المسلمة وغير المسلم، إلا في صورة الإدلاء بما يثبت اعتناق الزوج للدين الإسلامي.

وحيث تبعا للقرار المذكور صدرت المناشير التطبيقية عن الوزراء المعنيين ومن بينها منشور وزير العدل عدد 216 المؤرخ في 5 نوفمبر 1973.

وحيث قرّر رئيس الحكومة بمقتضى مکتوبه المؤرخ في 08 سبتمبر 2017 إلغاء العمل بالقرار عدد 606 المؤرخ في 19 أكتوبر 1973 لتعارضه مع الفصلين 21 و46 من الدستور ومخالفته للاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة التونسية والتي لها مرتبة أعلى من القوانين طبقا للفصل 20 من الدستور، وطلب بناء على ذلك "إلغاء المنشور عدد 216 المؤرخ في 5 نوفمبر 1973 الصادر عن وزير العدل".

-الملحق رقم.41: قرار محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية، ل 16-06-2021.

القرار عدد 1006

(لصاوير بتاريخ 16 يونيو 2021

في الملف الجنائي عدد 2019/3/6/20823

جريمة هتك عرض قاصر - علاقة غير شرعية لزوجة قاصر مع شخص راشد - تمتيعها بعذر صغر السن انسجاما مع اتفاقية 1989 حول حقوق الطفل.
تعتبر الزوجة القاصر التي ارتبطت مع شخص راشد بعلاقة غير شرعية، ضحية جريمة هتك عرض قاصر طبقاً للفصل 484 من القانون الجنائي، وتتمتع بعذر صغر السن وبمحاوية جنائية تناسب حالة الطفل القاصر، تنسجم مع التزامات المغرب الدولية بمقتضى اتفاقية 1989 حول حقوق الطفل.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على طلب النقض المقدم من وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالصويرة بمقتضى تصريح أفضى به بتاريخ 2019/06/03 لدى كتابة الصيغ بالمحكمة المذكورة، الرامي إلى نقض القرار الصادر عن غرفة الاستئناف بما في القضية عدد 2019/2806/01 بتاريخ 2019/05/23، والقاضي بتأييد الحكم المستأنف في ما قضى به من براءة الحدث المطلوب من جنحة الخيانة الزوجية وإعطاء القدوة السيئة للأبناء وتحميل الحزينة العامة الصائرا لمجلس الأعلى لمنسلة القضائية المغربية
إن محكمة النقض؛

بعد أن تلا المستشار السيد رشيد وظيفي التقرير المكلف به في القضية.

وبعد الإنصات إلى السيد إبراهيم الرزيوي المحامي العام في مستنجاته.

وبعد المداولة طبقا للقانون؛

ونظرا للمذكرة المدلى بها من طرف وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالصويرة والمستوفية

للشروط المتطلبة بالمادتين 528 و530 من قانون المسطرة الجنائية.

في شأن الوسيلة المستدل بها على النقض المتخذة من خرق مقتضيات المادة 534 من قانون

المسطرة الجنائية؛

ذلك أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه قد جانبت الصواب لما قضت ببراءة المطلوبة في النقض مما نسب إليها، معتبرة أن المتهمة الحدث ضحية لا تسري عليها مقتضيات الفصل 491 من القانون الجنائي، ذلك أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 22 من مدونة الأسرة نجد أنها تنص على أنه يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 أعلاه الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات والمقصود بهذه الآثار جميع ما يترتب عن عقد الزواج من آثار سواء منها المنصوص عليها في مدونة الأسرة أو تلك الواردة في قوانين أخرى بما فيها الآثار

الجنائية، وبذلك يكون القرار المطعون فيه بقضائه على نحو المذكور أعلاه قد خرق مقتضيات الفصل 491 المذكور أعلاه وهو ما يعرضه للنقض والإبطال.

حيث إنه لما كانت تصريحات الأطراف والشهود وأقوالهم في سائر مراحل البحث والمحكمة، وما يعرضونه من أدلة الإثبات تخضع في مجموعها من حيث تقييمها وتقديرها لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية في هذا المجال.

وحيث يتجلى من تنصيبات القرار المطعون فيه أن المحكمة المصدرة له لما قضت بتأييد الحكم المستأنف القاضي ببراءة المطلوبة في النقض من جنحة الخيانة الزوجية وإعطاء القدوة السيئة، استندت في قضائها على أن هذه الأخيرة لا زالت قاصر غير مكتملة التمييز، وبالتالي تكون ضحية في العلاقة المذكورة (في وقائع النازلة) ومحمية قانونا وفق مقتضيات الفصل 484 من القانون الجنائي ومن ثمة لا يمكن اعتبارها فاعلة أصلية في جنحة الخيانة الزوجية وإنما ضحية ما دام أنها لم تتجاوز سن 18 سنة من عمرها.

ومن جهة ثانية، فإن نشر صورة لبنت المطالب بالحق المدني لم يترتب عنه أي ضرر لكون هذه الأخيرة ما زالت صغيرة جدا حتى تدرك السلوكيات المحيطة بها، مما تكون معه العناصر التكوينية لجنحة إعطاء القدوة السيئة غير قائمة. تكون، أي المحكمة، قد أبرزت وجه قناعتها فيما انتهت إليه بعد أن استعملت سلطتها في تقدير ما تعرضت له من وقائع وأدلة، وطبقت القانون تطبيقا سليما عندما اعتبرت أن القاصر لا يعقد بإرادته في العلاقات الجنسية مع الغير، ما دام أن المشرع اعتبره ضحية غير مكتمل التمييز وأضفى عليه حماية قانونية، واعتبر كل عبث بجسده ولو بإرادته يشكل جريمة هتك عرض قاصر، وهو ما لا يمكن استبعاده بالتوسع في تفسير مقتضيات المادة 22 من مدونة الأسرة، والتي لئن منحت المتزوجين الأهلية في ممارسة الحقوق المدنية الناتجة عن الزواج، فإن الأمر لا يمتد إلى تلغص جميع المقتضيات القانونية التي تحمي القاصرين من جرائم العرض بمجرد زواجه، والتي تهدف إلى ضمان حماية المصلحة الفضلى للطفل القاصر. وهو ما ينسجم والتزامات المغرب الدولية. بمقتضى الاتفاقية الأممية لسنة 1989 المتعلقة بحماية حقوق الطفل، المصادق عليها من طرفه. والمحكمة بقضائها على النحو المذكور أعلاه تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا وطبقت القانون تطبيقا سليما دون أن تخرق أي مقتضى قانوني، الأمر الذي كانت معه الوسيلة فيما اشتملت عليه على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت برفض الطلب المرفوع من طرف وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالصويرة وتحميل الخزينة العامة الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائنة بشارع النخيل حي الرياض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة مترتبة من السادة: محمد بن حمو رئيسا والمستشارين: رشيد وظيفي مقررا مصطفى نجيد ومحمد زحلول وأحمد مومن، وبحضور اخامي العام السيد إبراهيم الرزيوي الذي كان يمثل النيابة العامة، وبمساعدة كاتب الضبط السيد عزيز ايوبوك.

- الملحق رقم 42: قرار محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية، ل 29-03-2016.

(القرار عدد 292

الصاوير بتاريخ 29 مارس 2016

في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/628

طلب الإذن بالتعدد - تطبيق مسطرة الشقاق تلقائيا.

بمقتضى المادة 45 من مدونة الأسرة إذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق. والمحكمة المطعون في قرارها لما تبين لها أن البت في الملف يتوقف على مقتضيات المادة المذكورة التي هي من صلاحية المحكمة الابتدائية لما يتطلب الأمر من حضور الطرفين شخصا أمامها ومحاوله إجراء صلح بينهما للسهر على استمرار العلاقة الزوجية، تكون قد طبقت مقتضيات المادة المذكورة تطبيقا سليما.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق الملف، والقرار المطعون فيه رقم 478 الصادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 2015/6/30 في الملف عدد 2015/4618/420، أن المدعى عليه (س) قدم إلى المحكمة الابتدائية بوزان مقالا بتاريخ 2014/10/2 جاء فيه أنه متزوج بالمدعى عليها (أ) منذ أكثر من عشر سنوات ولم يرزق منها بأي خلف ولا يوجد أي شرط يمنعه من التعدد لكونه يزاول مهنة الخمامة وله دخل محترم ويمتلك الموارد الكافية لإعالة أسرته وقادر على ضمان كافة الحقوق والمساواة بين زوجتين، ملتتمسا الإذن له بالزواج بالمسماة (ب). وأجابت المدعى عليها (أ) بأنها لا تعاني من العقم وسبق لها أن حملت من المدعى ثلاث مرات، غير أنها أجهضت وبعدها لم يتسن لها الحمل مرة أخرى لمقاطعتها وهجرها من المدعى ولم يعد ينفق عليها وأصبح يهددها بالطرده من المنزل وعاد إلى طليقتة المراد التزوج بها، وأن عدم إنفاقه عليها سمح له بشراء منزل (بمارتيل) ومنزل آخر (بالمضيق) وبناء منزل مكون من طابقين، ومنذ زواجه بها لم تر منه سوى العنف النفسي والجسدي، ملتتمسة الحكم برفض الطلب، واحتياطيا الحكم لها بمسحقاها وبنصف العقار الذي في اسمه الكائن بتجزئة النهضة رقم (...) حي (...) وزان أو منزل من منزله الكائنين (بمارتيل أو المضيق)، وإلزامه بتمكينها من الأثاث المتواجد بالمنزل لكونه ملك لها وتعويض عن الضرر الذي لحقها من جراء العنف الجسدي والنفسي، وأجرت المحكمة بحثا في الموضوع استمعت خلاله لطرفي

الدعوى، وبعد إدلاء النيابة العامة بمستنتاجاتها وانتهاء الإجراءات أصدرت المحكمة الحكم رقم 14/21 بتاريخ 2014/11/26 في الملف عدد 2014/24 قضى في الموضوع برفض الطلب، فاستأنفه المدعي المطلوب، وبعد جواب المستأنف عليهما وانتهاء الإجراءات، أصدرت محكمة الاستئناف القرار رقم 478 بتاريخ 2015/6/30 في الملف عدد 2015/1618/120 قضى في الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي إرجاع الملف الابتدائي ووثائقه إلى ابتدائية وزان لتطبيق الفقرة الأخيرة من المادة 45 من مدونة الأسرة، وهو القرار المطعون فيه بالنقض من المستأنف عليها الطالبة بمقال تضمن وسيلتين. أجاب عنه نائب المطلوب بمذكرة التمس فيها التصريح بعدم قبول الطلب شكلا ورفضه موضوعا.

وحيث تعيب الطالبة القرار المطعون فيه في الوسيلة الأولى بمخالفته مقتضيات الفصلين 1 و32 من قانون المسطرة المدنية وعدم الجواب على دفع أثر بصفة نظامية، ذلك أنها تقدمت بدفع شكلي مفاده أن المطلوب قدم استئنافه بعد أن سحب جميع الوثائق المتعلقة بملاءة الذمة المالية ملتزمة عدم قبول الاستئناف غير أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه تجاهلت الدفع المذكور.

وتعييه في الوسيلة الثانية بمخالفته مقتضيات المادة 40 من مدونة الأسرة وبانعدام التعليل، ذلك أن المحكمة مصدرته علته بوجود إعمال مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 45 من مدونة الأسرة، والحال أنه لا مجال لإعمال المادة المذكورة إلا بعد التثبت من عدم مخالفة مقتضيات المادة 40 من نفس المدونة المذكورة، ملتزمة لذلك نقض وإبطال القرار المطعون فيه.

لكن، حيث إنه ردا على ما جاء في الوسيلتين بمجمعتين، فإنه بمقتضى المادة 45 من مدونة الأسرة إذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها ولم تطلب التطلق طبقت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق. والمحكمة المطعون في قرارها لما تبين لها أن البت في الملف يتوقف على مقتضيات المادة المذكورة التي هي من صلاحية المحكمة الابتدائية لما يتطلب الأمر من حضور الطرفين شخصيا أمامها ومحاولة إجراء صلح بينهما للسهر على استمرار العلاقة الزوجية وقضت على النحو الوارد في منطوق قرارها، تكون قد طبقت مقتضيات المادة المذكورة تطبيقا سليما، مما يجعل ما جاء في الوسيلتين على غير أساس ويتعين رفض الطلب.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وإعفاء الطالبة من المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بترهة رئيسا والسادة المستشارين : احمد لفتح مقررا ومحمد دغير ومحمد زحلول وعبدالغني العيدر أعضاء، وبحضر الخامي العام السيد عمر الدهراوي، وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة أوبهوش.

قائمة المراجع

القرآن الكريم، رواية ورش عن نافع

أولاً- المراجع العامة:

أ. باللغة العربية:

1. إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله دراز، دار الفكر، بيروت، ج.4، د.س.ن.
2. إبراهيم محمد أبو حذيفة، دار الصحابة للتراث، طنطا، مصر، ط.1، 1413هـ، 1993م.
3. ابن أبي عمر، الشرح الكبير، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، ج.13، ط.1، 1415هـ، 1995م.
4. ابن حبان، صحيح بن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.1، 1408هـ، 1988م.
5. ابن منظور، لسان العرب، دار الحديث، القاهرة، 1423هـ، 2002م.
6. أبو إبراهيم المزني، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت، ط.1، 1410هـ، 1990م.
7. أبو إبراهيم عز الدين الصنعاني، سبل السلام، دار المنار، القاهرة، ج.2، ط.1، 2002.
8. أبو إسحاق إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ج.4، ط.1، 1417هـ، 1996م.
9. أبو إسحاق برهان الدين بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.6: كتاب النكاح، ط.1، 1418هـ، 1997م.
10. أبو إسحاق بن علي الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، تحقيق: محي الدين مستور ويوسف علي بدوي، دار ابن كثير، دمشق، ط.1، 1416هـ، 1995.

11. أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، ج.2، د.ط، د.س.ن.
12. أبو البقاء الكفوي، الكليات، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.1، د.س.ن.
13. أبو الحسن علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، ج.4، ط.1، 1414هـ، 1994م.
14. أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ج.2، ط.1، 1414هـ، 1994م.
15. أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدري، النتف في الفتاوى، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.2، ط.2، 1404هـ، 1984م.
16. أبو الحسن علي بن خلف بن بطلال، شرح صحيح البخاري، تحقيق: تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، السعودية، ط.2، 1423هـ، 2003م.
17. أبو الحسن علي بن محمد اللخمي، التبصرة، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ج.4، د.ط، د.س.ن.
18. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.8، ط.1، 1419هـ، 1999م.
19. أبو الحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.1، 1991.
20. أبو الحسين يحيى بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ج.6، ط.1، 1421هـ، 2000م.
21. أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د.ط، د.س.ن.

22. أبو العباس نجم الدين بن الرفعة، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.13، ط.1، 2009م.
23. أبو الفتح محمد الحنبلي، المطلع على أبواب الفقه، تحقيق: بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، لبنان، ط.1، 1421هـ، 2000م.
24. أبو الفتح ناصر الدين المطرزي، المعرّب في ترتيب المعرّب، تحقيق: محمود فاخوري، عبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، سوريا، ط.1، 1399هـ، 1979م.
25. أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.1، ط.1، 1419هـ.
26. أبو القاسم الحسين الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، بيروت، ط.1، 1412هـ.
27. أبو القاسم عمر بن الحسين الخرقى، متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل، تحقيق: إبراهيم محمد أبو حذيفة، دار الصحابة للتراث، طنطا، مصر، ط.1، 1413هـ، 1993م.
28. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، المختصر النافع في فقه الإمامية، قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة، طهران، ط.3، 1410هـ.
29. أبو المعالي الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المناهج، عمان، ج.13، ط.1، 1428هـ، 2007م.
30. أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد سن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.5، د.ط، د.س.ن.
31. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات والممهّدات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط.1، ج.1، 1988.

32. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-الحفيد-، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت، ج.3، ط.1، 1416هـ، 1995م.
33. أبو بكر البكري الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر، دمشق، ج.3، ط.1، 1418هـ، 1997م.
34. أبو بكر بن العربي المعافري، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.2، ط.3، 2003.
35. أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، ج.1، ط.1، 1987.
36. أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.8، ط.1، 1420هـ، 2000م.
37. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، ج.4: كتاب النية والإخلاص والصدق، ط.1، د.س.ن.
38. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: حمزة بن زهير حافظ، شركة المدينة المنورة للطباعة، ج.2، د.ط، د.س.ن.
39. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط.2، 1392هـ.
40. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ج.7، ط.3، 1412هـ، 1991م.
41. أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم، معالم السنن، المطبعة العلمية، سوريا، ج.3: كتاب الطلاق، ط.1، 1351هـ، 1932م.
42. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، السنن الكبرى، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.1، 1421هـ-2001م.

43. أبو عبد الرحمن الخليل الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، مصر، ج.8، د.ط، د.س.ن.
44. أبو عبد الرحمن عبد الله البسام التميمي، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، مكتبة الأسد، ج.5، ط.1، 1423هـ، 2003م.
45. أبو عبد الله أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط.1، 1421هـ، 2001م.
46. أبو عبد الله شمس الدين بن مفلح، الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ج.9: كتاب الطلاق، ط.1، 1424هـ، 2003م.
47. أبو عبد الله ضياء الدين المقدسي، المستخرج من الأحاديث المختارة مما لم يخرج البخاري ومسلم في صحيحيهما، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، دار خضر للطباعة، بيروت، ط.3، 1420هـ، 2000م.
48. أبو عبد الله محمد الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط.1، 1984.
49. أبو عبد الله محمد بن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج.4، ط.1، 1999.
50. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبو بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ج.4، ط.1، 2006.
51. أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، الحجة على أهل المدينة، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري، دار عالم الكتب، بيروت، ج.3، ط.3، 1403هـ.
52. أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد المري الإلبيري، تفسير القرآن العزيز، تحقيق: أبو عبد الله حسين بن عكاشة، محمد بن مصطفى الكنز، دار الفاروق الحديثة، القاهرة، ج.1، ط.1، 1423هـ، 2002م.

53. أبو عبد الله محمد بن ماجة، سنن بن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.س.ن.
54. أبو عبد الله ولي الدين التبريزي، مشكاة المصابيح، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ج.2: كتاب الحدود، ط.3، 1985.
55. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، الاستذكار، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي، القاهرة، ج.17، ط.1، 1414هـ، 1993م.
56. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق، مصطفى بن أحمد العلوي، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ج.4، د.ط، 1387هـ.
57. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحميد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض، السعودية، ج.2، ط.2، 1400هـ، 1980م.
58. أبو محمد الحسين بن الفراء البغوي، معالم التنزيل في تفسير القرآن، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.1، ط.1، 1420هـ.
59. أبو محمد علي بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.9، ط.1، 1425هـ، 2003م.
60. أبو منصور بن أحمد بن الأزهر الهروي، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.7، ط.1، 2000.
61. أبو هلال الحسن بن عبد الله العسكري، معجم الفروق اللغوية، تحقيق: بيت الله بيات، مؤسسة النشر الإسلامي، مصر، ط.1، 1412هـ.
62. أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، مطبعة المعارف الجديدة، المغرب، ج.1، ط.1، 1994.

63. أحمد الخليلشي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، ج.1، ط.1، 2012.
64. أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.5، د.ط، 1415هـ، 1995م.
65. أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القراني، الفروق، وزارة الأوقاف، السعودية، ج.2، ط.خ، 1431هـ، 2010م.
66. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.3، 1424هـ، 2003م.
67. أحمد بن زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، دمشق، ج.2، ط.1، 1414هـ، 1994م.
68. أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلبي، الروض الندي شرح كافي المبتدي، تحقيق: عبد الرحمن حسن مسعود، المؤسسة السعيدية، الرياض، د.ط، د.س.ن.
69. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، ج.2، ط.1، د.س.ن.
70. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.3، ط.1، 1419هـ، 1989م.
71. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تحقيق: محمد بن اسماعيل الأمير الصنعائي، تعليق الألباني، ج.3، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض، 2006.
72. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة السلفية، ج.9، د.ط، د.س.ن.

73. أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، باب: غير، دار الفكر، ج.4، ط.1، 1979.
74. أحمد بن مصطفى المراغي، تفسير المراغي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ج.4، ط.1، 1365هـ، 1946م.
75. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2010.
76. أحمد علي طه ريان، فقه الأسرة، د.د.ن، د.ط، د.س.ن.
77. أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، دار المسيرة، الأردن، ط.1، د.س.ن.
78. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ج.2، ط.1، 1429هـ، 2008م.
79. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
80. إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، دار الآفاق المغربية، الرباط، ج.1: الزواج وانحلال ميثاق الزوجية، ط.1، 2009.
81. إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، مطبعة الجسور، وجدة، المغرب، ط. منقحة، 2020.
82. إدريس الفاخوري، قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي، دار الآفاق المغربية، المغرب، 2013.
83. بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.4، ط.1، 1420هـ، 2000م.
84. بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، القاهرة، ج.2، ط.1، 1414هـ، 1994م.

85. بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، المنشور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، شركة دار الكويت للصحافة، الكويت، ج.3، ط.2، 1405هـ، 1985م.
86. بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، مصر، ط.1، 1998.
87. بهرام أبو البقاء تاج الدين السلمي الدميري الدمياطي المالكي، الشامل في فقه الإمام مالك، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات، ج.1، ط.1، 1429هـ، 2008م.
88. تقي الدين أبو العباس بن تيمية، الاستقامة، تحقيق: محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد سعود، المدينة المنورة، السعودية، ج.1، ط.1، 1403هـ.
89. تقي الدين أبو العباس بن تيمية، الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج.5: كتاب النكاح، ط.1، 1408هـ، 1987م.
90. تقي الدين أبو العباس بن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، دار الوفاء، مصر، ج.32: كتاب الفقه، ط.3، 1426هـ، 2005م.
91. تقي الدين الحصني الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي، دار الخير، دمشق، ط.1، 1994.
92. تقي الدين بن النجار، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي، مكتبة العبيكان، الرياض، ج.4، ط.2، 1418هـ، 1997م.
93. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، د.ط، 1992.
94. جمال الدين أبو محمد الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة، بيروت، ج.3: كتاب الطلاق، ط.1، 1418هـ، 1997م.
95. جمال الدين عبد الرحمن بن الجوزي، الموضوعات من الأحاديث المرفوعات، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، السعودية، ج.3، ط.1، 1386هـ، 1966م.

96. الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، مدونة الأسرة بين النص والتطبيق من خلال العمل القضائي لمحكمة النقض، المغرب، 2019.
97. الحافظ علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، تحقيق: أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، دار المعرفة، بيروت، ط.1، 1422هـ، 2001م.
98. حامد الجندي، قانون الأحوال الشخصية التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط.1، 2011.
99. الحسن بن الحاج العمارتي، مجموعة الأحكام الشرعية، تحقيق: عبد العالي العبودي، المركز الثقافي العربي، المغرب، ط.1، 1991.
100. حسن موسى الصفار، الثابت والمتغير في الأحكام الشرعية، دار أطياف للنشر والتوزيع، ط.1، 1437هـ، 2017م.
101. حسين طاهري، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، دار الخلدونية، الجزائر، ط.1، 2012.
102. حسين طاهري، الأوساط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط.1، 2009.
103. حفيظ كريني، دليل التقاضي أمام قضاء الأسرة، مكتبة الرشاد، ط.1، المغرب، 2007.
104. خليل بن إسحاق الجندي، مختصر خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط.1، 1426هـ، 2005م.
105. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط.1، 2008.
106. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط.2، 2011.

107. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج.3، ط.1، د.س.ن.
108. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، ط.5، 1420هـ، 1999م.
109. زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1، 1419هـ، 1999م.
110. زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج.3، ط.2، د.س.ن.
111. زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، شرح: أحمد بن محمد الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.1، ط.1، 1405هـ، 1985م.
112. ساسي بن حليلة، قانون الأحوال الشخصية، جامعة المنار، تونس، د.ط، د.س.ن.
113. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة بن تيمية، القاهرة، ج.10، ط.2، 1415هـ، 1994م.
114. سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، سنن أبو داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، الرياض، د.س.ن.
115. سليمان بوقندورة، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، دار الأملية، الجزائر، ط.1، 2015.
116. سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، ج.2، ط.3، 1397هـ، 1977م.
117. الشريف الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1، 1403هـ، 1983م.
118. شمس الدين أبو عبد الله الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ج.3، ط.3، 1412هـ، 1992م.

119. شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج.4، د.ط، 1409هـ، 1989م.
120. شمس الدين بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير البلاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.5، ط.27، 1415هـ، 1994م.
121. شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.5، ط.2، 1424هـ، 2003م.
122. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: سيدي الشيخ محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ج.2، د.ط، د.س.ن.
123. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج.4، ط.1، 1994.
124. الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، الرياض، ج.2، ط.1، 1423هـ، 2002م.
125. صالح بن إبراهيم بن محمد الحصين، الاستدلال المقنع لمسائل زاد المستقنع، دار كنوز للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط.2، 2018.
126. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، د.ط، 2009.
127. عبد الرحمن أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، ج.11، ط.1، 1424هـ، 2003م.
128. عبد الرحمن الدوري قحطان، صفوة الأحكام من نيل الأوطار وسبل السلام، دار الفرقان، الأردن، ط.1، 1419هـ، 1998م.
129. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، جامعة دمشق، سوريا، ج.1، الزواج وآثاره، د.ط، د.س.ن.

130. عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1، 1403هـ، 1983م.
131. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان شيخي زادة، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.2، د.ط، د.س.ن.
132. عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.1، 1420هـ، 2000م.
133. عبد الرحمن شرف الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبو داود، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.6، ط.2، 1415هـ.
134. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.1: نظرية الالتزام، د.ط، د.س.ن.
135. عبد العزيز أمين الفيلاي، الزواج في التشريع المغربي طبقاً لمدونة الأحوال الشخصية، دار الطباعة الحديثة، الدار البيضاء، المغرب، ط.2، د.س.ن.
136. عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، فتاوى نور على الدرب، مراجعة: عبد العزيز بن عبد الله بن محمد آل الشيخ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ج.21، ط.1، 1432هـ، 2011م.
137. عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، مجموع فتاوى، جمع وإشراف: محمد بن سعيد الشويعر، دار القاسم للنشر، الرياض، ج.4، ط.1، 1420هـ.
138. عبد العزيز بن محمد علاء الدين البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزودي، دار الكتاب الإسلامي، ج.4، د.ط، د.س.ن.
139. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ط.1، 1984.

140. عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، مصر، ط.1، 1425هـ، 2004م.
141. عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، مطبعة الكرامة، الرباط، المغرب، ج.1، ط.2، 2005.
142. عبد القادر بن أبي تغلب، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، تحقيق: محمد سليمان عبد الله الأشقر، مكتبة الفلاح، الكويت، ج.2، ط.1، 1403هـ، 1983م.
143. عبد الكريم الرفاعي القزويني، العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية بيروت، ج.13، ط.1، 1417هـ، 1997م.
144. عبد الكريم بن علي محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، ج.5، ط.1، 1420هـ، 1999م.
145. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.1، 1422هـ، 2001م.
146. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مكتبة الرشد، المغرب، ج.1، ط.1، 1427هـ، 2006م.
147. عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية، دار الأمان، المغرب، ط.1، 2011.
148. عبد الله السنوسي التناي، مدونة الأسرة المغربية في إطار المذهب المالكي وأدلته، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط.1، 2005.
149. عبد الله بن أبي زيد القيرواني، رسالة بن أبي زيد القيرواني، تحقيق: أحمد مصطفى قاسم الطنطاوي، دار الفضيلة، القاهرة، د.ط، 2005.

150. عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام الدارمي، المسند الجامع، دار البشائر الإسلامية، تحقيق: نبيل بن هاشم بن عبد الله الغمري، بيروت، ج.17: كتاب النكاح، ط.1، 1424هـ، 2013م.
151. عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني، المملكة العربية السعودية، ط.1، 1412هـ-2000م.
152. عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.3: كتاب الخنثى، د.ط، د.س.ن.
153. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1، 1971.
154. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط.1، 2004.
155. عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ج.1، ط.1، 2012.
156. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.4، 2013.
157. العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.
158. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج.1، ط.3، 2004.
159. العربي بلحاج، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

160. عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، ج.1: مراحل تكوين الأسرة، ط.2، 1427هـ، 2006م.
161. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.6: كتاب الدعوى، ط.2، 1403هـ، 1986م.
162. علال الفاسي، التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة الرسالة، الرباط، المغرب، ط.2، 2000.
163. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط.3، 1429هـ، 2008م.
164. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، تحقيق: عبد الحي اللكنوي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ج.3، ط.1، 1417هـ.
165. علي بن سعيد الرجرجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، دار ابن حزم، مصر، ج.3، ط.1، 1428هـ، 2007م.
166. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، الرياض، ج.1، ط.خ، 1423هـ، 2003م.
167. عمر السيد أحمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط.1، 1995.
168. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط.1، 1418هـ، 1997م.
169. عيسى بن علي العلمي، النوازل الصغرى، تحقيق: المجلس العلمي بفاس، مطبعة فضالة الحمديّة، المغرب، ج.1، ط.1، 1993.

170. الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.3، 2015.
171. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، جامعة السيلمانية، د.ط، 2004.
172. فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، قراءة في فقه القضاء، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط.1، 2015.
173. فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، ط.2، 1417هـ، 1997م.
174. فخر الدين الرازي الشافعي، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.6، ط.3، 1420هـ.
175. فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ج.2، ط.2، د.س.ن.
176. كمال الدين أبو البقاء الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، جدة، ج.7، ط.1، 1425هـ، 2004م.
177. كمال بن الهمام، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.3، د.ط، د.س.ن.
178. كنزة لمراي العلوي، الأسرة المغربية: ثوابت ومتغيرات، دار التجديد للنشر والتوزيع، الرباط، ط.1، 1986.
179. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، تحقيق: سحنون بن سعيد التنوخي، دار الكتب العلمية، ج.2، ط.1، 1415هـ، 1994م.
180. مالك بن أنس، موطأ مالك، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج.2، ط.1، 1406هـ، 1985م

181. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ج.1، د.ط، 2020.
182. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، ج.4، ط.1، د.س.ن.
183. مجمع اللغة العربية، مجموعة المؤلفين: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط.4، 1425هـ، 2004م.
184. مجموعة المؤلفين: عبد الله بن محمد الطيار، عبد الله بن محمد المطلق، محمد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر، دار مدار الوطن، السعودية، ج.11، ط.1، 2012.
185. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ط.1، د.س.ن.
186. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط.3، 1957.
187. محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ط.7، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2015.
188. محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، سلسلة الميزان التشريعي، دار الميزان للنشر والتوزيع، تونس، د.ط، 2004.
189. محمد الدسوقي، الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، قطر، ط.1، 1987.
190. محمد الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير، دمشق، ج.1، ط.2، 1427هـ، 2006م.
191. محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، د.ط، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005.
192. محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، دار السلام للطباعة، الرباط، ط.1، 2004.

193. محمد الشرفاني، النظرية العامة للالتزامات، مطبعة سجل ماسة، المغرب، ج.1، ط.1، 2011.
194. محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح، ج.1: الزواج، ط.3، 2015.
195. محمد اللجمي، قانون الأسرة، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، ط.1، 2008.
196. محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ج.4، ط.2، 1412هـ-1992م.
197. محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، المغرب، ج.1، ط.3، 2014.
198. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ج.4، ط.1، 1994.
199. محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية، مكتبة الملك فهد، الرياض، ج.2، ط.1، 1416هـ، 1996م.
200. محمد بن أحمد عlish، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، جمع: علي نايف الشحود، دار المعرفة، بيروت، ج.1، د.ط، د.س.ن.
201. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للنشر والطباعة والتوزيع، ج.5، ط.1، 2001.
202. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، ط.3، 1423هـ، 2002م.
203. محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، القاهرة، ج.12، ط.1، 1422هـ، 1428م.

204. محمد بن صالح بن محمد العثيمين، شرح صحيح البخاري، تخرّيج وتعليق: محمد ناصر الدين الألباني، عبد العزيز بن الباز، المكتبة الإسلامية، القاهرة، ج.6، ط.1، 1428هـ، 2008م.
205. محمد بن صالح بن محمد العثيمين، كتاب فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، المكتبة الإسلامية، القاهرة، ج.4، ط.1، 1427هـ، 2006م.
206. محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج.3، ط.2، 1317.
207. محمد بن عبد الله النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية للنشر، ط.1، بيروت، 1990.
208. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، دار ابن كثير، دمشق، ج.5، ط.1، 1414هـ.
209. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ج.6: كتاب النكاح، ط.1، 1413هـ، 1993م.
210. محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط.2، 1395هـ، 1975.
211. محمد بن محمد المختار الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، د.د.ن، ج.2، د.ط، د.س.ن.
212. محمد رشيد بن علي رضا، مجلة المنار، مطبعة المنار، مصر، ج.25، د.ط، 1342هـ.
213. محمد سكحال المجاجي، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، دار الوعي، الجزائر، ج.2، ط.1، 1431هـ، 2010م.
214. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة، الأردن، ط.1، 2010.
215. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ج.1، ط.2، 2004.
216. محمد صدقي آل بورنو أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.1، 1424هـ، 2003م.

217. محمد عبد اللطيف قنديل، فقه النكاح والفرائض، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر، د.د.ن، د.ط، د.س.ن.
218. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج.2، د.ط، 2001.
219. محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ج.1، ط.1، 1996.
220. محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، دار شهاب، الجزائر، ج.1: الخطبة والزواج، ط.2، 2000.
221. محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، تونس، د.ط، 2004.
222. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط.4، 1983.
223. محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، ط.1، 1985.
224. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط.2، 1405هـ، 1985م.
225. محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، مكتبة المعارف، الرياض، ج.3، ط.1، 1415هـ، 1995م.
226. محمود الطحان، تيسير مصطلح الحديث، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ط.8، د.س.ن.
227. محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري، الفائق في غريب الحديث، تحقيق علي محمد البجاوي، محمد أبو الفضل، دار المعرفة، لبنان، ج.4، ط.2، د.س.ن.
228. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط.3، 1431هـ، 2010م.

229. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية شرحها ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1، 1426هـ، 2005م.
230. مصطفى إبراهيم الزلي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، نشر إحسان للنشر والتوزيع، العراق، ط.1، 2014.
231. مصطفى أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط.2، 1409هـ، 1989م.
232. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، دار الفكر، دمشق، ط.6، د.س.ن.
233. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، الرياض، د.ط، د.س.ن.
234. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب، بيروت، ج.5، د.ط، 1403هـ، 1983م.
235. موفق الدين بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.3، ط.1، 1414هـ، 1994م.
236. موفق الدين بن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، ج.7، د.ط، 1388هـ، 1968م.
237. موفق الدين بن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، م.2، ج.1، ط.2، 1984.
238. نور الدين بولحية، فقه الأسرة برؤية مقاصدية، دار الأنوار، د.ب.ن، ج.2: عقد الزواج وشروطه، ط.2، 1436هـ، 2015م.
239. وزارة العدل، دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، مطبعة فضال، المغرب، ع.1، 2004.

240. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ج.9: الأحوال الشخصية، ط.4، 1997.

241. ياسين بن علي، نقض مجلة الأحوال الشخصية، مجلة الزيتونة، تونس، ط.1، 2011.

242. يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، ج.17، د.ط، د.س.ن.

243. يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2007.

ب. باللغة الفرنسية:

1. Djilali Tchouar, droit de la famille quels principe d'égalité, Etudes de droit, Mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, Konouz édition, Tlemcen, 2013.

2. Larousse, dictionnaire de français, Larousse, première éd, France, 1997.

3. Philipe Malaurie, la famille, Defrénois Lextenso Edition, France, 2008.

ج. باللغة الإنجليزية:

1. William Morris, The Heritage Illustrated Dictionary of the English Language, Houghton Mifflin Company, Vol. II, Boston, 1979

ثانيا- المراجع المتخصصة:

(1) الكتب:

1. إبراهيم الأدغم، الجهاز التناسلي الذكري، عيوبه وإصاباته، الدار الشامية للطباعة، دمشق، ط.1، 1999.
2. إبراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، مكتبة دار السلام، الرباط، ج.1، ط.2، 2009.
3. أحمد سعيد أبو راس، أحكام الزواج في الإسلام، نظرة تقييمية للكفاءة في عقد الزواج، الدار الجماهيرية للنشر، ليبيا، ط.1، 1425هـ.
4. أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين، مروان علي القدومي، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، د.ط، 2008.
5. أحمد محمود السعيد، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، دار النهضة العربية، بيروت، ط.1، 1993.
6. إسحاق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام والعقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.2، 1991.
7. أسعد أحمد هلددير، نظرية الغش في العقد، دار الثقافة، الأردن، ط.1، 2012.
8. أعمار يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة، تيزي وزو، الجزائر، ط.1، 2010.
9. أمير فرج يوسف، العنف الأسري ضد النساء والأطفال ومكافحة التمييز العنصري، المكتب العربي الحديث، عمان، ط.1، 2011.
10. بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، دار الفكر الجامعي، مصر، ط.1، 2011.

11. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ج.1، ط.1، 2013.
12. جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط.1، 2009.
13. جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، د.ط، دار الحامد، الأردن، 2008.
14. جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، 2001.
15. الحسن بن دالي، المرشد العلمي والقانوني لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، مطابع الرباط، المغرب، 2013.
16. خالد بن عبد الله المصلح، تحديد سنّ ابتداء الزواج رؤية شرعية، المجمع الفقهي الإسلامي، الرياض، ط.1، د.س.ن.
17. خالد بن مومن، المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، ط.1، 2015.
18. خالد بنيس، مدونة الأحوال الشخصية، الولادة ونتاجها، شركة بابل للطباعة، ط.2، 1998.
19. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسئولية الطبيب الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، مصر، ط.1، 2015.
20. رشيد حبابي، اثبات النسب للشبهة، قراءة في مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، مستجدات مدونة الأسرة وتطبيقاتها العملية، سلسلة الموائل المستديرة بمحكمة الاستئناف بالرباط، مطبعة الأمنية، الرباط، ط.1، 2010.

21. رمضان بوعبد الله، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط.2، 2008.
22. زهير أحمد السباعي، محمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم والدار الشامية، دمشق، ط.1، 1993.
23. ساسي بن حليلة، مجموعة تعاليق على قرارات في مادة الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012.
24. سعيد عبد العظيم، وعاشروهن بالمعروف، دار الإيمان، الإسكندرية، ط.3، 2002.
25. شمس الدين أبو عبد الله بن قيم الجوزية، الداء والدواء، تحقيق: محمد أجمل الإصلاحي، زائد بن أحمد النشيري، دار عالم الفوائد، جدة، د.ط، 1429هـ.
26. الشهابي إبراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس وآثاره، دار الكتب القانونية، د.ط، 2003.
27. شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الخطر والمشروعية، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، د.ط، 2011.
28. صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة، القاهرة، ط.1، 1976.
29. صلاح رزق عبد الغفار، الشذوذ الجنسي، دار الفكر والقانون، مصر، د.ط، 2010.
30. عباس محمود عوض، علم النفس الفسيولوجي، دار المعرفة الجامعية، مصر، ط.1، 1999.
31. عبد الرحمن سيد سليمان، سيكولوجية ذو الاحتياجات الخاصة، مكتبة زهراء الشرق، القاهرة، ج.1، ط.1، د.س.ن.
32. عبد السلام عبد الغفار، يوسف محمود الشيخ، سيكولوجية الطفل غير العادي والتربية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1، 1985.
33. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط.2، 2014.

34. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.6، ط.1، 1413هـ، 1993م.
35. عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، ط.1، دار النفائس، الأردن، 2011.
36. عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1، 2002.
37. عبد الله ناصح علوان، آداب الخطبة والزفاف وحقوق الزوجين، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط.3، 1403هـ، 1983م.
38. عبد الناصر توفيق العطار، أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين ومدى تطبيقها بالمحاكم، دار الشباب للطباعة، القاهرة، مصر، ط.4، 1984.
39. عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، الشركة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، ط.1، 1972.
40. عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة، القاهرة، د.ط، 1976.
41. عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، 2007.
42. عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط.1، 2007.
43. عزيز البقالي، مسؤولية الدولة في حماية حقوق الطفل انطلاقاً من التعديلات الواردة في مدونة الأسرة، أشغال اليوم الدراسي الذي نظّمته الجمعية الوطنية "الحصن" تحت عنوان من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة أي جديد؟ بالرباط، مطبعة دار المعرفة، ط.1، 2005.

44. علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني "التلقيح الصناعي وتغيير الجنس"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1، 1991.
45. عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين، مركز النشر الجامعي، تونس، ط.1، 2007.
46. عيسى خيرى الجعبري، قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، سلسلة أبحاث فقهية، فلسطين، ط.1، 2020.
47. فرحان بن هسمادي، حقوق المتحولين جنسيًا في ماليزيا، مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، ط.1، 2020.
48. فريد بن جحا، ترشيد القاصر، معهد الدراسات العليا للنشر، تونس، ط.1، 2015.
49. فهد بن عبد الرحمن بن سليمان الرومي، اتجاهات التفسير في القرن الرابع عشر، رئاسة إدارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد في المملكة العربية السعودية، ج.3، ط.1، 1407هـ، 1986م.
50. مجيد الصائغ، الزواج المثلي مفسدة إنسانية وأخلاقية، دار سلووني، لبنان، د.ط، 2010.
51. محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط.1، 1998.
52. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.
53. محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط.1، 1998.
54. محمد الحبيب الشريف، الإذن القضائي بالزواج، مجلة القضاء والتشريع، تونس، ط.1، 1998.
55. محمد الحبيب الشريف، التعليق على قرار مدني حول تأثير العجز الجنسي للزوج على قيام العلاقة الزوجية وانفصالها، الشركة التونسية لفنون الرسم، تونس، 1988.

56. محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي، مركز النشر الجامعي، تونس، ط.1، د.س.ن.
57. محمد الشتوي، الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط.1، 2004.
58. محمد الكشبور، البنية والنسب في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط.1، 2007.
59. محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، ط.2، 1415هـ، 1994م.
60. محمد المنصف بوقرة، خواطر حول الطبيعة القانونية للخطبة، المجلة القانوني التونسية، تونس، 1983.
61. محمد أمين الجلاصي، المحقرون في القانون التونسي، الجمعية التونسية للدفاع عن الحقوق والحريات، تونس، 2018.
62. محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، د.ط، 2010.
63. محمد رأفت عثمان، عقد الزواج: أركان وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ط.1، د.س.ن.
64. محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1، 2007.
65. محمد سعد الشهراني، سؤلات في تعدد الزوجات، مؤسسة الريان، بيروت، ط.1، 2008.
66. محمد عقلة الإبراهيم، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، دار الضياء، الأردن، ط.1، 1406هـ، 1986م.

67. محمد علي البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر، جدة، ج.4، ط.10، 1995.
68. محمود محمد غريب، تعدد الزوجات بين حقائق التنزيل وافتراءات التضليل، دار القلم، القاهرة، ط.2، 1423هـ، 2004م.
69. مستجدات مدونة الأسرة وتطبيقاتها العملية، سلسلة الموائل المستديرة بمحكمة الاستئناف بالرباط، مطبعة الأمنية، الرباط، ط.1، 2010.
70. مسعود بن موسى فلوسي، الثابت والمتغير من أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، م.5، 2004، ع.9.
71. مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق، السعودية، ط.7، 1420هـ، 1999م.
72. المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة "المشاوره البلدانية حول تشريعات الصحة النفسية في مختلف الشرائع بما في ذلك الشريعة الإسلامية، سلسلة مطبوعات، الكويت، ج.2، د.ط، 1422هـ، 2001م.
73. المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة، من 05-13 سبتمبر 1994، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 1994.
74. نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، الأردن، ط.1، 1429هـ، 2009م.
75. نجية البودالي، مشاكل المرأة المغربية مع القانون، الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، المغرب، 2001.
76. نزار كرمي، مجلة الأحوال الشخصية مثارة بقرارات تعقيبية، الشركة التونسية للنشر، تونس، ط.1، 2018.
77. نها عدنان القاطرجي، الغزو الناعم، دار إي الكتب، لندن، 2018.

78. هشام عبد الحميد فرج، الجريمة الجنسية، مطابع الولاء، القاهرة، ط.1، 2005.
79. ياسين العمراني، قضاء النيابة العامة ومدونه الأسرة، دراسة ميدانية بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، 2007.
80. يوسف عبد الوهاب أبو حميدان، العلاج السلوكي لمشاكل الاسرة والمجتمع، دار الكتاب الجامعي، الإمارات، ط.1، 2001.

(2) الأطروحات والمذكرات:

أولاً. الأطروحات:

أ. باللغة العربية:

1. ربيحة إلمات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، الجزائر، 2011.
2. سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014.
3. سناء زعيمي، الوضع القانوني للمرأة المغربية بين الكونية والخصوصية، دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، المغرب، 2005-2006.
4. عادل لموشي، الرضائية في عقد الزواج في الفقہ الإسلامي والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2018-2019.
5. عبد الحكيم أهوش، وضعية البنوة غير الشرعية في القانون المغربي، دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة طنجة، المغرب، 2005-2006.

6. عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقہ في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق أكڤال، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 1999-2000.
7. علي بن عوالي، ضمانات حماية الاسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2017-2018.
8. كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2014-2015.
9. كمال بلمحجوب، أسس بناء عقد الزواج في ضوء الفقه ومدونة الأحوال الشخصية المغربية، دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الشريعة، فاس، المغرب، السنة الجامعية 1999-2000.
10. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009-2010.
11. هجيرة خدام، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2017-2018.
12. وهيبية مكرلوف، الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015-2016.

ب. باللغة الفرنسية:

1. Ahmed El Ayoubi, Le traitement juridique spécial du chirurgien esthétique, Thèse du doctorat en droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, France, 2018.

2. Avital Weitzman-Bismuth. Le courtage matrimonial et la promesse de mariage en droit rabbinique, français et israélien : aspects historiques et comparatistes. Droit. Université Paris-Est, 2011.

ثانيا. المذكرات:

1. إبراهيم بن منصور بين إبراهيم الهقاص، حكم تقنين سن الزواج في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2012.
2. إسماعيل لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001.
3. موسى السماتي، زواج القاصر في القانون التونسي، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية الأساسية، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، جامعة 7 نوفمبر، قرطاج، تونس، 2003-2004.
4. نعيمة أمان، أحكام التعدد بن مدونة الأسرة والعمل القضائي، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء، وزارة العدل، المغرب، 2017.

3) المقالات:

أ. باللغة العربية:

1. إبراهيم عطية الحبوشي، كيفية استجواب وتفتيش التوائم الملتصق والخنثى المشكل في الشريعة الإسلامية والنظام، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة دمياط، مصر، 2020، ع.2.
2. أحمد الخمليشي، أحكام الخطبة، ماهي قوته الإلزامية؟ وآثار العدول عنها؟، مجلة الأمن الوطني، المغرب، 1990، ع.161.

3. أحمد خرطة، آثار العدول عن الخطبة وفق مدونة الأسرة المغربية، سلسلة الندوات، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات الحصيلا والمعوقات، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة، كلية الحقوق، وجدة، المغرب، 2007، ع.2.
4. أحمد زوكاغي، نسب الحمل الناشئ أثناء الخطبة، مجلة الملحق القضائي، المغرب، 2011، ع.44.
5. إدريس الفاخوري، بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الجديدة، مداخلة في مؤتمر بعنوان مدونة الأسرة، المعهد العالي للقضاء، المغرب، 2004.
6. إدريس الفاخوري، ترجيح الاتجاهات الأخلاقية في مجال العقود والالتزامات، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، 2000، ع.1.
7. إسماعيل أبا بكر علي، المعالجة التشريعية لمسألة تعدد الزوجات في ضوء تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية، مجلة جامعة دهوك، كلية القانون والسياسة، جامعة دهوك، العراق، 2019، ع.2.
8. اسمهان عفيف، الترخيص القضائي بالزواج كآلية لحماية القاصر، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2019، ع.04.
9. آسية بوخاتم، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج "دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالح أحمد، النعامة، الجزائر، 2017، ع.2.
10. البشير عدي، تعدد الزوجات بين مدونة الأسرة والعمل القضائي، مجلة المنبر القانوني، المغرب، 2013، ع.4.
11. تومي العربي، النقص التشريعي في أحكام زواج وطلاق المحجور عليهم في قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2020، ع.02.

12. جيلالي تشوار، الثغرات التشريعية الأسرية، أية عدالة قانونية أم قضائية، الملتقى الدولي بعنوان: "القانون والعدالة في الدول المغاربية"، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 17 و18 نوفمبر 2009.
13. جيلالي تشوار، حق الشخص في التصرف في جسمه-الرتق، العذي والتغيير الجنسي-، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2008، ع.6.
14. حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، 2012، ع.04.
15. حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة من غير زواج، مجلة محكمة، دار أبي رقاق، المغرب، 2008، ع.04.
16. حسن تيسير شموط، أحكام الخنثى بين العلم والأحوال الشخصية، مجلة الدراسات الإسلامية والدينية، جامعة هاربير، باكستان، 2018، ع.02.
17. الحسين بلحساني، أثر اللبس المرجعي على وضعية المرأة في النظام القانوني المغربي، سلسلة الندوات، الرباط، أعمال الندوة الدولية، 19 و20-04-2002، ع.01.
18. حميد مسرار، تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي، مجلة الفقه والقانون، المغرب، 2013، ع.3.
19. حنان بن عزيزة، إشكالية تجاوز الولي حدود سلطاته على أموال القاصر في ظل قصور الجزاءات القانونية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، المجلد.4، 2019، ع.01.
20. حنان صالح المعيني، منال مروان منجد، عمليات تحويل الجنس في دولة الامارات العربية المتحدة، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2020، ع.2.
21. خديجة الركابي، مدونة الأسرة والمنظومة الكونية لحقوق الإنسان، منشورات الزمان، المغرب، 2004، ع.04.

22. رائف محمد النعيم، التنظير الفقهي والقانوني لضرر العدول عن الخطبة، مجلة معارف، البويرة، الجزائر، ع.6، 2009، ع.06.
23. الرشيد بن شويخ، أحكام الخطبة في الزواج، أشغال الندوة الدولية: مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحصيلة والمعوقات، كلية الحقوق، وجدة، المغرب، 2008.
24. رشيد جمالي، قراءة للمادة 23 من مدونة الأسرة المنظمة لزواج ذوي الإعاقة الذهنية، مجلة المنارة للدراسات القانونية، الرباط، المغرب، 2019، ع.27.
25. رشيد عمري، استثمار السياسة الشرعية في الإصلاح الأسري، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، 2012، ع.1.
26. رشيدة الجلاصي، تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية، مجلة القضاء التونسي، تونس، 1995.
27. زازون أكلي، الإشهاد على الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة حوليات الجزائر، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018، ع.1.
28. زغودي عمر، الإشكالات القانونية المتعلقة بقيود تعدد الزوجات، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمر الثليجي، الأغواط، الجزائر، 2015، ع.1.
29. زكية حميدو تشوار، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، الجزائر، 2011، ع.12.
30. سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004، ع.09.
31. طارق حسن كسار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ذي قار، كلية التربية للعلوم الإنسانية، العراق، 2015، ع.01.

32. عادل الصاوي محمود الصاوي، جريمة التعدي بالتسبب في المرض بالممارسات الجنسية الشاذة في ضوء الطب والدين، مجلة حوليات، كلية الدراسات الإسلامية والغربية، الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ع.33.
33. عادل ناصر حسين، أثر تغيير الجنس على مسائل الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، 2020، ع.خ.
34. عامر بورورو، الترشيد بالزواج، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1995، ع. فيفري.
35. عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، المجلد.1، 2015، ع.23.
36. عبد الرحمن اللمتوني، اثبات النسب بشبهة من خلال مرحلة الخطوبة، قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة المغربية، مجلة القضاء والقانون، 2006، ع.152.
37. عبد الرزاق نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديد، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، س.25، 2018، ع.01.
38. عبد السلام بلاجي، المرأة المغربية مقاربات في الإصلاح، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دراسات، المغرب، 2001، ع.38-39.
39. عبد الله بن سليمان بن منيع، الوعد وحكم الالتزام به ديان وقضاء، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والافتاء، الرياض، 1413هـ، ع.36.
40. العراقي المتقي، زواج القاصر بين القاعدة والاستثناء، برنامج الحلقة الدراسية الجهوية المنظمة لفائدة قضاة الأسرة بتطوان، المعهد العالي للقضاء، المغرب، أيام 5 و6 و7 و8 شتنبر 2005.
41. العربي بلحاج، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، 2007، ع.01.

42. العربي بلحاج، الطبيعة القانونية للخطبة على ضوء قانون الأسرة الجديد واجتهادات المحكمة العليا الحديثة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2007، ع.3.
43. عماد بنعلال، الاكراه على الزواج في التشريع المغربي، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، المغرب، 2021، ع.07.
44. عماد فرحات، مجلة الأحوال الشخصية وحماية المعوقين، مجلة القضاء التشريع، وزارة العدل، تونس، 2008، ع. أبريل.
45. عمر سدي، الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنغست، الجزائر، 2019، ع.02.
46. فاتح كمال، دراسة أولية لأهم الإشكالات المثارة بخصوص مسطرة الإذن بتزويج من لم يبلغ سن الزواج، مجلة الملف، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2008، ع.12.
47. فاروق خلف، أحكام الخطبة بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر، 1437هـ، 2016م، ع.2.
48. فتيحة زعنون، الزواج بالفاتحة وعلاقته بالزواج الرسمي، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، الجزائر، المجلد.3، 2012، ع.2.
49. فطيمة الزهراء سعدي، الرعاية القانونية لحقوق الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، 2020، ع.3.
50. فهد سعد الرشيد، أثر اضطراب الهوية الجنسية في مشروعية عملية التحول الجنسي وبيان ما أخذ به القضاء الكويتي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، مصر، 1429هـ، 2008م، ع.23.
51. فهيم عبد الاله الشايع، حكم تغيير الجنس وأثره في عقد الزواج وفقاً للنظام السعودي والقانون الكويتي، مجلة الباحث العربي، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، 2019، ع.1.

52. فؤاد بن عبيد، إشكالية الثابت والمتغير في الأحكام الفقهية، مجلة الإحياء، م.1، 2008، ع.12.
53. فؤاد عبد اللطيف أحمد، الزواج المبكر بين الشريعة والقانون، مجلة الحجاز العالمية المحكمة للدراسات الإسلامية والعربية، عمان، الأردن، 2015، ع.12.
54. فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، سوريا، 2003، ع.02.
55. كريم متقي، محاضرات في قانون الأسرة المغربي، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، فاس، المغرب، 2018-2019.
56. ماجدة بن جعفر، تطور وسائل الإثبات ف مادة النسب، مجلة القضاء والتشريع، 2002، ع.01.
57. مازن مصباح صباح، أحكام الشهادة على عقد النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر، غزة، 2009، ع.01.
58. مجد الدين محبوب الزبير، الخطبة في الإسلام مقاصد وأحكام، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1431هـ، 2011م، ع.17.
59. مجمع الفقه الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة ر.11، مكة المكرمة، ط.2، 2004.
60. مجمع الفقه الإسلامي، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورات من 2-24، القرارات من 1-238، ط.4، 1442هـ، 2020م.
61. محسن عبد فرحان الجميلي، الولاية على السفية في النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة مداد الآداب، الجامعة العراقية، العراق، 2013، ع.5.

62. محمد إبراهيم الحفناوي، عوارض الاهلية عند الأصوليين، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، 2003، ع.18.
63. محمد الزحيلي، الثواب والمتغيرات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر مكة المكرمة الثالث عشر، المجتمع المسلم بين الثواب والمتغيرات، رابطة العالم الإسلامي، 2012.
64. محمد الشافعي، الشهادة الطبية قبل الزواج في القانون المقارن، مجلة المحامي، كلية الحقوق، جامعة مراكش، المغرب، 2008.
65. محمد الصالح بن عومر، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، 2012، ع.2.
66. محمد الصقلي الحسيني، حقوق الطفل في القانون المغربي، مجلة الملحق القضائي، 1986، ع.16.
67. محمد المهدي، النظام القانوني لتعدد الزوجات في ضوء مستجدات مدونه الأسرة، مجله القانون المغربي، 2009، ع.14.
68. محمد رشيد بوغزالة، طبيعة الخطبة وحكم العدول عنها وأثره، مجلة البحوث والدراسات، الوادي، الجزائر، 2009، ع.08.
69. محمد سعيد أحمد العلجوني، الثابت والمتغير في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة اليرموك، العراق، م.20، 2018، ع.2.
70. محمود النايلي، أهلية القيام لدى المحاكم، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1962، ع. فيفري.
71. المصطفى الطايل، حكم تصرفات فاقد العقل وفق مدونة الأسرة المغربية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2016، ع.01.
72. مفيدة ميدون، أثر الزواج المثلي على الاستقرار الأسري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور-الجللفة-، الجزائر، 2019، ع.4.

73. المكي إقلانية، من مدونة الأحوال الشخصية المغربية إلى مدونة الأسرة، مجلة الحق، جمعية الإمارات للمحاميين والقانونيين، الإمارات، 2008، ع.13.
74. المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، مطبعة إليت، المغرب، ج.1، 2009، ع.10.
75. نشوان زكي سليمان الحلیم، محمد خليل عبد الكريم العباسي، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد الهدايا والمهر، مجلة كلية القانون للعلوم السياسية والقانونية، جامعة كركوك، العراق، 2018، ع.2.
76. هادي عبد قحطان، الكفاءة في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العراق، 2007، 06.
77. وردة دلال، زواج مثلي الجنس، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات التعليمية، دار الخلدونية، الجزائر، 1434هـ، 2013م، ع.16.
78. ياسين علال، منازعات الصداق في ظل المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2020، ع.3.
79. يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مجلة المنتدى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005، ع.05.

ب. باللغة الفرنسية:

1. Carbonnier, droit civil, la famille, les incapacités, presse universitaire de France, Tome.2, 1983.
2. Mohammed Kamel Charfeddine, Codes civils ou code civil ? Réflexions sur une éventuelle recodification, in : L'apport du XXème siècle au droit privé tunisien, Actes du colloque tenu mes 23-24 et 25 avril 1998, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2000, n° 7.

3. Muhammad Roy Purwanto مقارنة قوانين الأسرة في تونس وإندونيسيا والمملكة العربية International Journal of Business, Economics and Law, Islamic University of Indonesia, Vol. 9, Issue.5, Apr.2016، السعودية حول تعدد الزوجات،

ج. باللغة الإنجليزية:

1. Janet Halley, Behind the law of marriage, Harvard Journal of the Legal Left, Harvard Law School, V.06, N.01, England, 2010.

(4) القوانين والمراسيم:

أ. الجزائرية:

1. قانون حقوق العائلة العثمانية الصادر في 25-10-1917.

2. قانون رقم 302-30 الصادر في 02-05-1930، المتعلق بتحديد سن الزواج.

3. قانون رقم 224-63 المؤرخ في 29-06-1963، المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج.

4. الأمر 156-66 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق لـ 08 يونيو 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون 14-21 الصادر بتاريخ 24 جمادى الأولى 1443هـ، الموافق لـ 29 ديسمبر 2021، ج.ر، ع.99.

5. الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 26-09-1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 10-05 المؤرخ في 12 جمادى الأولى الموافق لـ 20 يونيو 2005، ج.ر، ع.44، لـ 26 يوليو 2005.

6. أمر رقم 76-79 المؤرخ في 29 شوال 1396هـ، الموافق لـ 23-10-1976، يتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر، ع.101، المؤرخة في 27 ذو الحجة 1396هـ، الموافق لـ 19-12-1976.

7. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، ع.44، 2005.
8. القانون رقم 85_05 ل 26 جمادى الأولى 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، ع.8.
9. مرسوم رئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 24 جمادى الثاني 1413، الموافق ل 19-12-1992، يتضمن المصادقة، مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20-11-1989، ج.ر، ع.91، ل 28 جمادى الثانية 1413هـ، الموافق ل 23-12-1992م.
10. المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ في 02 رمضان 1416، الموافق ل 22-01-1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر، ع.6، ل 04 رمضان 1416، الموافق ل 24-01-1996.
11. المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427هـ، الموافق ل 11-05-2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، ج.ر، ع.31، ل 16 ربيع الثاني 1427هـ، الموافق ل 14-05-2006.
12. قانون رقم 08_13، المؤرخ في 17 رجب 1429، الموافق ل 20 يوليو 2008، يعدل ويتمم القانون رقم 85_05 ل 26 جمادى الأولى 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، ع.44.
13. المرسوم التنفيذي 14-204، المؤرخ في 15 يوليو 2014، المتعلق بتحديد الإعاقات حسب طبيعتها ودرجتها، ج.ر، ع.45، ل 30 يوليو 2014.
14. المغربية:

1. الظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331هـ، الموافق ل 12-08-1913 المتضمن قانون الالتزامات والعقود، المعدل بالقانون رقم 43.20 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-20-100،

- ل 16 جمادى الأولى 1442هـ، الموافق ل 31-12-2020، ج.ر، ع.6951، ل 27 جمادى الأولى 1442هـ، الموافق ل 11 يناير 2021.
- 2.** ظهير شريف رقم 1-57-343، لسنة 1957، بتاريخ 6-12-1957، بشأن مدونة الأحوال الشخصية، ج.ر، ع.2354، ل 13 جمادى الأولى 1377هـ، الموافق ل 07 دجنبر 1957م.
- 3.** ظهير شريف رقم 1.59.413، الصادر في 28 جمادى الثانية 1382هـ، الموافق ل 26-11-1962، بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي.
- 4.** ظهير شريف رقم 1-92-30، الصادر في 22 ربيع الأول 1414هـ، الموافق ل 10-09-1993م، بتنفيذ القانون رقم 07-92 المتعلق بالرعاية الاجتماعية للأشخاص المعاقين، ج.ر، ع.4225، ل 20-10-1993.
- 5.** ظهير شريف رقم 1.93.363 صادر في 9 رجب 1417، الموافق ل 21 نوفمبر 1996، يتعلق بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، ج.ر: 4440، ل 19-12-1996.
- 6.** ظهير شريف رقم 1.93.361 الصادر في 29 رمضان 1421هـ، الموافق ل 26-12-2000م، بنشر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18-12-1979 ولاسيما التصريحات (أ) والتحفظات (ب) المنصوص عليها في وثائق انضمام المملكة المغربية المودعة بنيويورك في 21-06-1993، ج.ر، ع.4866، ل 23 شوال 1421هـ، الموافق ل 18-01-2001.
- 7.** المرسوم الوزاري المغربي، الصادر في 2 شعبان 1423 الموافق ل 9-10-2002، رقم: 1643.01.2، المتعلق بتطبيق القانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وزرعها. ج.ر، ع.5068، ل 12 شوال 1423هـ، الموافق ل 26 ديسمبر 2002.
- 8.** المنشور الوزاري المغربي، ع.780، ل 02-09-2003، المتعلق بالإذن بالزواج، وزارة العدل، 2003.

- 9.** القرار الوزاري المشترك لوزير العدل المغربي والصحة رقم 04-347 الصادر في 02-03-2004 الذي يحدد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية التي تمنح للخاطب والمخطوبة، ج.ر، ر. 5192، ل 04-03-2004.
- 10.** ظهير شريف رقم 1.04.22، ل 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004، المتضمن تنفيذ القانون 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، ج.ر، ع. 5184، ل 05-02-2004.
- 11.** ظهير شريف رقم 1.06.56، الصادر في 15 محرم 1427 هـ، الموافق ل 14-02-2006 م، بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، ج.ر، ع. 5400، بتاريخ 01 صفر 1427 هـ، الموافق ل 02-03-2006.
- 12.** قانون رقم 08-14 المؤرخ في 13 شوال 1435، الموافق 9 غشت 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389، الموافق ل 19-02-1970 والمتعلق بالحالة المدنية، ج.ر، ع. 49، ل 24 شوال 1435، 20 غشت 2014.
- 13.** الظهير شريف رقم 14.14.1 بتاريخ 06 مارس 2014، المعدل لظهير شريف بمثابة قانون رقم 447.74.1، والمتضمن قانون المسطرة المدنية، ج.ر، ع. 6240، الصادرة بتاريخ 20-03-2014.
- 14.** القانون 15.14 القاضي بتغيير وتتميم الفصل 475 من مجموعة القانون الجنائي، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.14.06، بتاريخ 20 ربيع الثاني 1435 هـ، الموافق ل 20-02-2014، ج.ر، ع. 6238، ل 11 جمادى الأولى 1435 هـ، الموافق ل 13-03-2014.
- 15.** ظهير شريف، ع. 1-18-19، ل 05 جمادى الثانية 1439 هـ، الموافق ل 22-02-2018، بتنفيذ القانون رقم 103-13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، ج.ر، ع. 6655، ل 12-03-2018.

16. ظهير شريف رقم 1.21.81 الصادر في 03 ذو الحجة 1442، الموافق لـ 14-06-2021، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 36.21 المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر، ع.7006، لـ 11 ذو الحجة 1442هـ، الموافق لـ 22-06-2021.

ج. التونسية:

1. الأمر المؤرخ في 15-12-1906 المتضمن مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ر.ر.ج.ت، ع.100، المنقحة بالأمر المؤرخ في 25 ذي الحجة 1375هـ، الموافق لـ 03-08-1956، المنقحة بالقانون ع.87، المؤرخ في 15-08-2005، يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ر.ر.ج.ت، ع.68، 2005.

2. أمر علي، بتاريخ 9-11-1913 يتعلق بإصدار المجلة الجنائية، ر.ر.ج.ت، ع.79، المؤرخ في 1-10-1913، نقح بالقانون ع.23، المؤرخ في 27 فيفري 1989.

3. الأمر المؤرخ في 6 محرم 1376هـ، الموافق لـ 13-08-1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، ر.ر.ج.ت، ع.66، لـ 17-08-1956.

4. المذكرة الصادرة عن وزارة العدل التونسية بمناسبة إصدار مجلة الأحوال الشخصية في 03-10-1956، وزارة العدل، الجمهورية التونسية، 1972.

5. الأمر المؤرخ في 18-07-1957، المتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم، ر.ر.ج.ت، ع.58، لـ 19-07-1957.

6. القانون عدد 3 لسنة 1957، المؤرخ في أول أوت 1957، والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية، ر.ر.ج.ت، ع.02-08-1957.

7. قانون عدد 130 لسنة 1959 مؤرخ في 2 ربيع الثاني 1379، الموافق لـ 5 أكتوبر 1959، يتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية، المنقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963، ر.ر.ج.ت، ع.26.

8. القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 3 نوفمبر 1964 المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، ر.ر.ج.ت، ع.53، ل 03-11-1964.
9. المرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 والمصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أبريل 1964، المتعلق بتنقيح بعض فصول مجلة الأحوال الشخصية، ر.ر.ج.ت، ع.21، ل 24-28 أبريل 1964.
10. قانون عدد 92 لسنة 1991 مؤرخ في 29-11-1991، يتعلق بالمصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، ر.ر.ج.ت، ل 3 ديسمبر 1991، عدد 82.
11. القانون عدد 74 لسنة 1993، المؤرخ في 12-07-1993، المتعلق بتنقيح بعض فصول مجلة الأحوال الشخصية، ر.ر.ج.ت، ع.53، ل 20-07-1993.
12. القانون عدد 92 لسنة 1995، المؤرخ في 09-11-1995 المتضمن مجلة حماية الطفل، المتمم بالقانون عدد 41 لسنة 2002 المؤرخ في 17-04-2002، ر.ر.ج.ت، ع.32، ل 19-04-2002.
13. قرار وزير الداخلية والصحة العمومية المؤرخ في 28-07-1995 يتعلق بتعميم الشهادة الطبية السابقة للزواج على كامل تراب الجمهورية التونسية، ر.ر.ج.ت، ل 08-08-1995.
14. قرار وزير الصحة العمومية المؤرخ في 16-12-1995، يتعلق بضبط أتموزج الشهادة الطبية السابقة للزواج والبيانات التي يجب أن تتضمنها، ر.ر.ج.ت، ل 26-12-1995.
15. القانون عدد 51 المؤرخ في 7 جويلية 2003، المتعلق بتنقيح القانون عدد 75 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 الذي يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، ر.ر.ج.ت، ع.54، ل 8 جويلية 2003.
16. القانون ع.46، ل 06-06-2005، المتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة الجنائية وصياغتها، ر.ر.ج.ت، ع.17، ل 17-06-2005.

17. القانون ع.32، لسنة 2007، المؤرخ في 14-05-2007، يتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية، ر.ر.ج.ت، ع.42، ل 08 جمادى الأولى 1428هـ، الموافق ل 25-05-2007.

18. أمر ع.568، ل 4 مارس 2008، يتعلق بالمصادقة على اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وعلى البروتوكول الاختياري المتعلق بهذه الاتفاقية. أمر ع.1754، ل 22 أبريل 2008، يتعلق بنشر اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والبروتوكول الاختياري المتعلق بهذه الاتفاقية، ر.ر.ج.ت، ع.38، ل 09-05-2008.

19. القانون عدد 39 لسنة 2010، المؤرخ في 26-07-2010، المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني، ر.ر.ج.ت، ع.61، ل 30-07-2010.

20. قانون أساسي عدد 61 لسنة 2016 مؤرخ في 3 أوت 2016 يتعلق بمنع الإتجار بالأشخاص ومكافحته، ر.ر.ج.ت، ع.66، ل 12-08-2016، ص.2852.

د. الأردنية:

1. القانون رقم 25، لسنة 2018، بشأن المسؤولية الطبية والصحية، ج.ر. الأردنية، ع.5517، ل 31-05-2018.

هـ. الإماراتية:

1. المرسوم بقانون اتحادي، ر.04، لسنة 2016، بشأن المسؤولية الطبية، ج.ر. الإماراتية، ع.601، ل 15-08-2016.

و. 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, texte n° 3.

(8) مواقع الأنترنت:

أ. باللغة العربية:

1. إعلان حقوق الطفل لعام 1924 - جنيف - مكتبة حقوق الإنسان بجامعة منيسوتا (umn.edu)، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، تاريخ الاطلاع: 11-02-2023، على الساعة: 14:04.
2. بدرية عبد الله العوضي، مظاهر التحديث في قوانين الأسرة العربية، الموقع الإلكتروني: https://www.difi.org.qa/wpcontent/uploads/2017/11/Badria_AlAwa-di-Arabic.pdf، د.س.ن، تاريخ الاطلاع: 26-02-2022، على الساعة: 11:36.
3. الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10-12-1948، المتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الموقع الإلكتروني: https://www.oiciphrc.org/ar/data/docs/legal_instruments/Basic_IHRI/775283.pdf تاريخ الاطلاع: 07-02-2022، على الساعة: 10:27.
4. الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار رقم: 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16-12-1966، المتضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الموقع الإلكتروني: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية - جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان (umn.edu)، تاريخ الاطلاع: 07-02-2022، على الساعة: 10:32.
5. حاتم الرواتي، أحكام الاسم، مدونة الأستاذ حاتم الرواتي، الموقع الإلكتروني: <https://hatemrouatbi.blogspot.com/?m=0>، تاريخ الاطلاع: 04-02-2022، على الساعة: 14:48.
6. حسن عجمي، التعدد والشقاق على ضوء أحكام المادة 45 من مدونة الأسرة، الموقع الإلكتروني: <https://www.bibliotdroit.com/2017/10/45.html>، تاريخ النشر 11-10-2017، تاريخ الاطلاع: 26-02-2022، على الساعة: 14:04.

7. حقوق المثليين في الأمم المتحدة، الموقع الإلكتروني: حقوق المثليين في الأمم المتحدة - ويكيبيديا (wikipedia.org)، تاريخ النشر: يوم 23-01-2022، الساعة 06:21، تاريخ الاطلاع: 11-02-2022، على الساعة: 12:18.
8. خالد التومي، ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية؟، الموقع الإلكتروني: استشارات قانونية مجانية (mohamah.net)، تاريخ النشر: 15-08-2018، تاريخ الاطلاع: 08-02-2022، على الساعة: 19:28.
9. خالد المؤدب، الدخول في القانون التونسي وفقه القضاء، الموقع الإلكتروني: دروس في القانون التونسي | Facebook، تاريخ النشر: 05-12-2019، على الساعة: 04:39، تاريخ الاطلاع: 02-01-2022، على الساعة: 17:12.
10. رشيدة الجلاصي، مجلة الأحوال الشخصية: مراكمة وتأسيس، الموقع الإلكتروني: (linkedin.com)، تاريخ النشر: 02-05-2020، تاريخ الإطلاع: 06-02-2022، على الساعة: 19:59.
11. سناء السبوعي، قراءة في الفصل 230: تجريم المثلية الجنسية خرق للدستور، الموقع الإلكتروني: إنكفاضة (inkyfada.com)، تاريخ النشر: 01-11-2015، تاريخ الاطلاع: 05-02-2022، على الساعة: 15:05.
12. سهام الرويحي، الإجراءات المسطرية والوسائل المعتمدة لمنح الإذن بزواج القاصر، الموقع الإلكتروني: (ecoledroitmarocaine.blogspot.com)، تاريخ النشر: 01-10-2017، تاريخ الاطلاع: 25-02-2022، على الساعة: 13:44.
13. طارق السيد، تقنين زواج الشواذ "المثليين" في أمريكا، وتأثيراته على العالم والإسلامي، الموقع الإلكتروني: موقع المرأة العربية (lahaonline.com)، تاريخ النشر: 30-06-2015، تاريخ الاطلاع: 05-02-2022، على الساعة: 00:07.

14. عزيزة الغرفاوي، نهاية افلات المغتصب من العقاب، الموقع الإلكتروني: وطنية: (assahraa.ma)، تاريخ النشر: 27-01-2014، على الساعة: 08:47، تاريخ الاطلاع: 25-02-2022، على الساعة: 14:55.
15. فرانس 24، تونس: المثليون يكسرون حاجز الصمت ويرفضون تهميشهم، الموقع الرسمي لقناة فرانس 24: <https://www.france24.com>، تاريخ النشر: 17-05-2016، تاريخ الاطلاع: 04-02-2022، على الساعة: 23:50.
16. محمد العفيف الجعيدي، هل يقبل القانون التونسي بالزواج عند اختلاف الدين؟، الموقع الإلكتروني: <https://legal-agenda.com>، تاريخ النشر: 26-09-2014، تاريخ الاطلاع: 17-02-2023، الساعة: 15:25.
17. مغرب القانون، <https://www.maroclaw.com>، تاريخ النشر: 03-11-2017، الساعة: 07:05، تاريخ الاطلاع: 27-02-2023، الساعة: 12:45.
18. ندا رضوان، بالأسماء دول تقنن زواج المثليين، الموقع الإلكتروني: الوفد (alwafd.news)، تاريخ النشر: 03-05-2015، تاريخ الإطلاع: 05-02-2022، على الساعة: 00:02.
19. هيفاء زعيتر، كيف تتعاطى القوانين العربية مع المثلية الجنسية؟، الموقع الإلكتروني: رصيف 22 (raseef22.net)، تاريخ النشر: 13-06-2018، تاريخ الاطلاع: 05-02-2022، على الساعة: 00:00.

ب. باللغة الفرنسية:

1. Benjamin moron-puech, L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes Transsexuées, la revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, URL : <https://journals.openedition.org/revdh/pdf/3049>, mis en ligne le 03-05-2017, consulté le 04-02-2022, 15 :45.

الفهرس

1	مقدمة
17	الباب الأول: مقدمة الزواج وركنيه
18	الفصل الأول: مقدمة الزواج
18	المبحث الأول: ماهية الخطبة
19	المطلب الأول: مفهوم الخطبة
19	الفرع الأول: تعريف الخطبة
19	أولاً- المعنى اللغوي للخطبة:
20	ثانياً- المعنى الاصطلاحي للخطبة:
19	1. في الاصطلاح الفقهي:
20	2. في الاصطلاح القانوني:
22	ثالثاً- مصدر الحكم الشرعي للخطبة:
25	الفرع الثاني: شروط الخطبة
25	أولاً- الشروط المستحسنة
26	ثانياً- الشروط الإلزامية:
25	1. انتفاء موانع الخطبة:
25	2. ألا تكون المرأة مخطوبة للغير:
27	3. موقف التشريعات المغاربية:
30	المطلب الثاني: طبيعة الخطبة
30	الفرع الأول: التكيف الفقهي للخطبة

30.....	أولا- طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي:
31.....	1. القائلون بإلزامية تنفيذ الوعد:
32.....	2. القائلون بعدم إلزامية الوعد:
32.....	3. القول الراجع:
34.....	ثانيا- طبيعة الخطبة في الفقه القانوني:
34.....	1. النظرية العقدية:
35.....	2. النظرية التقصيرية:
36.....	الفرع الثاني: طبيعة الخطبة من الناحية القانونية
41.....	الفرع الثالث: اقتران الفاتحة بالخطبة
45.....	المبحث الثاني: آثار الخطبة
47.....	المطلب الأول: الحق في العدول عن الخطبة
47.....	الفرع الأول: مفهوم العدول عن الخطبة
48.....	الفرع الثاني: الأصل الشرعي للحق في العدول عن الخطبة
52.....	الفرع الثالث: موقف التشريعات المغاربية
54.....	المطلب الثاني: أثر استعمال الحق في العدول عن الخطبة
55.....	الفرع الأول: مآل المهر في حالة العدول عن الخطبة
60.....	الفرع الثاني: مصير الهدايا في حالة العدول عن الخطبة
69.....	الفرع الثالث: التعويض في حالة العدول عن الخطبة
86.....	الفرع الرابع: نسب الطفل الناتج في مرحلة الخطبة

87	أولاً- التكييف الشرعي للطفل الناتج في مرحلة الخطبة:
88	ثانياً- نسب الطفل الناتج في مرحلة الخطبة:
94	ثالثاً- موقف التشريعات المغاربية:
111	الفصل الثاني: ركني عقد الزواج.
111	المبحث الأول: الركن البيولوجي لعقد الزواج
112	المطلب الأول: الاختلاف في الجنس
118	المطلب الثاني: زواج الخنثى
119	الفرع الأول: مفهوم الخنثى
120	الفرع الثاني: أقسام الخنثى
122	الفرع الثالث: تحديد جنس الخنثى
126	الفرع الرابع: مدى صحة زواج الخنثى
137	المطلب الثالث: التغيير الجنسي والزواج المثلي
137	الفرع الأول: التغيير الجنسي
152	الفرع الثاني: الزواج المثلي
164	المبحث الثاني: الركن المعنوي لعقد الزواج
164	المطلب الأول: وجود الرضا
164	الفرع الأول: مفهوم الرضا
172	الفرع الثاني: الصيغة في عقد الزواج
177	أولاً- شروط صيغة الزواج من حيث عباراته:
181	ثانياً- شروط صيغة الزواج من حيث ألفاظه:

184	ثالثا- عقد الصيغة بالكتابة وبالإشارة:
185	رابعا- الصيغة المؤبدة والمنجزة:
190	خامسا- التوكيل في الصيغة:
192	سادسا- موقف التشريعات المغاربية:
204	المطلب الثاني: صحة الرضا في عقد الزواج
204	الفرع الأول: الأهلية والكفاءة في عقد الزواج
204	أولا- الأهلية في عقد الزواج:
210	1. أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية:
215	2. تقنين سن الزواج:
222	3. موقف التشريعات المغاربية:
229	ثانيا- الكفاءة في عقد الزواج:
230	1. الاختيارات الفقهية في تحديد معايير الكفاءة في عقد الزواج:
230	أ. طبيعة الكفاء في عقد الزواج:
233	ب. أنواع الكفاءة:
237	2. الاختيارات القانونية في تحديد معايير الكفاءة في عقد الزواج:
244	الفرع الثاني: عيوب الرضا في عقد الزواج
245	أولا- التدليس:
264	ثانيا- الإكراه:
276	الباب الثاني: شروط صحة عقد الزواج
278	الفصل الأول: الشروط الموضوعية لعقد الزواج

278	المبحث الأول: الولاية والصداق في عقد الزواج
278	المطلب الأول: الولاية في عقد الزواج
279	الفرع الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج
279	أولا- مفهوم الولاية:
281	ثانيا- شروط الولي:
281	1. الأهلية الكاملة:
282	2. اتحاد الدين:
283	3. الذكورة:
283	4. العدالة:
284	5. موقف التشريعات المغاربية:
286	ثالثا- مراتب الأولياء:
289	الفرع الثاني: مركز الولي في الزواج
289	أولا- القائلون بركنية الولي في عقد الزواج:
292	ثانيا- القائلون بشرطية الولي في عقد الزواج:
295	ثالثا- موقف التشريعات المغاربية:
300	الفرع الثالث: سلطات الولي في عقد الزواج
301	أولا- ولاية الإيجابار:
304	ثانيا- سلطة العضل:
307	المطلب الثاني: الصداق -المهر- في عقد الزواج
308	الفرع الأول: طبيعة الصداق في عقد الزواج

308	أولاً- مفهوم الصداق:
314	ثانياً- دليل مشروعية الصداق:
316	ثالثاً- مركز الصداق في عقد الزواج:
323	الفرع الثاني: شروط الصداق (المهر)
323	أولاً- مقدار المهر:
326	ثانياً- ما يصلح أن يكون مهراً:
326	1. أن يكون مما يجوز تملكه وبيعه:
328	2. أن يكون معلوماً:
329	3. أن يسلم من الغرر:
329	4. موقف التشريعات المغاربية:
332	الفرع الثالث: أنواع الصداق
332	أولاً- من حيث تسميته:
332	1. الصداق المسمى:
333	2. صداق المثل:
336	3. موقف التشريعات المغاربية:
338	ثانياً- الصداق المعجل والمؤجل:
342	الفرع الرابع: أحكام الصداق
342	أولاً- موجبات الصداق:
350	ثانياً- مسقطات الصداق
350	1. فسخ الزواج من غير طلاق:

350	2. الخلع:
351	3. الابرء والهبة:
352	4. موقف التشريعات المغاربية:
354	ثالثا- التنازع حول الصداق:
354	1. التنازع في تسمية الصداق:
355	2. التنازع في مقدار المسمى:
356	3. التنازع في قبض المهر:
357	4. موقف التشريعات المغاربية:
360	المبحث الثاني: شرط الإشهاد والموانع الشرعية.
361	المطلب الأول: الإشهاد على الزواج.
361	الفرع الأول: مفهوم الإشهاد على عقد الزواج ودليل مشروعيته.
363	الفرع الثاني: مركز الشاهدين في عقد الزواج.
371	الفرع الثالث: شروط الشهادة في عقد الزواج.
371	أولا- الأهلية:
372	ثانيا- الإسلام:
375	ثالثا- التعدد:
375	رابعا- الذكورة:
378	خامسا- العدالة ولو ظاهرة:
381	سادسا- السمع:
381	سابعا- البصر:

383	المطلب الثاني: الموانع الشرعية لعقد الزواج
385	الفرع الأول: الموانع المؤبدة
385	أولا- المانع النسبي:
385	1. أصول الرجل من النساء وإن علوا:
386	2. فروع الرجل من النساء وإن نزلن:
387	3. فروع الأبوين أو أحدهما وإن بعدت الدرجة:
388	4. موقف التشريعات المغاربية:
389	ثانيا- المانع السببي:
389	1. المحرمات بسبب المصاهرة:
389	أ. أصول الزوجة:
390	ب. فروع الزوجة:
391	ج. زوجات الأصول:
392	د. حلائل الأبناء:
394	هـ. موقف التشريعات المغاربية:
396	2. المحرمات بسبب الرضاع:
400	الفرع الثاني: المحرمات المؤقتة
400	أولا- المحرمات بسبب الجمع:
400	1. الجمع بين المحارم:
402	2. الجمع بين أكثر من أربع نساء:

404	ثانيا- المحرمات بسبب تعلق حق الغير:
404	1. المحصنات من النساء:
407	2. المطلقة ثلاثا:
412	3. المرأة الحامل:
415	ثالثا- المحرمات بسبب اختلاف الدين:
415	1. أهل الكتاب:
418	2. من لهم شبهة الكتاب:
420	3. من لا كتاب لهم:
421	4. الردة عن الإسلام:
422	5. موقف التشريعات المغاربية:
429	الفصل الثاني: الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج
429	المبحث الأول: الإجراءات الخاصة بزواج القصر
430	المطلب الأول: التكييف الشرعي لزواج القاصر
430	الفرع الأول: المفاهيم العامة للقاصر ومن في حكمه
434	الفرع الثاني: الحكم الشرعي لزواج القاصر
438	الفرع الثالث: زواج المعاق ذهنيا
447	المطلب الثاني: التكييف القانوني لزواج القاصر
449	الفرع الأول: تقديم طلب الإذن بالزواج
458	الفرع الثاني: المصلحة والضرورة لزواج القاصر

460	أولاً- الاستماع إلى أبوي القاصر أو نائبه الشرعي:
461	ثانياً- إجراء خبرة طبية:
463	ثالثاً- إجراء بحث اجتماعي:
467	الفرع الثالث: السن الأدنى لمنح الإذن بالزواج
469	الفرع الرابع: الآثار المترتبة على الزواج دون السن القانونية
469	أولاً- أهلية القاصر المرشد:
474	ثانياً- الجزاء المترتب على مخالفة الإذن بالزواج:
477	المبحث الثاني: الإجراءات الخاصة بتعدد الزوجات
478	المطلب الأول: مشروعية التعدد
485	المطلب الثاني: شروط التعدد
486	الفرع الأول: العدل بين الزوجات
487	الفرع الثاني: القدرة على الإنفاق
488	الفرع الثالث: عدم اشتراط الزوجة الأولى عدم التعدد
490	الفرع الرابع: موقف التشريعات المغربية
498	أولاً- المبرر الشرعي:
505	ثانياً- اخبار الزوجة السابقة واللاحقة:
512	ثالثاً- تقديم طلب الترخيص:
515	الخاتمة
523	قائمة الملاحق
656	قائمة المراجع

709.....الفهرس

الملخص:

كانت الأسرة ولا زالت مهد الحضارات والمجتمعات، ويعتبر الزواج الرابطة الأساسي الذي تقوم عليه الأسرة، ولما كان كذلك، فقد أولته الشريعة الإسلامية القدر الكبير من الاهتمام. والمشرعين (الجزائري، المغربي والتونسي) لم يحدوا عن تأصيل أحكام الشريعة الإسلامية في نصوص تشريعية مقننة، متمسكا من جهة بالأحكام التي تتميز بطابع سيادي ثابت. ومن جهة أخرى، اتسمت العديد من النصوص الأخرى بالتغير على حسب الوقائع الاجتماعية المستحدثة في زمان ومكان معينين. والأكثر من ذلك، فإن التشريعات المغربية ألزمت القاضي من خلال المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، 400 من مدونة الأسرة المغربية، بالإضافة إلى ما هو معمول به في القضاء التونسي، بالرجوع إلى الاجتهاد الفقهي الإسلامي في حالة غياب النص التشريعي.

غير أن التطورات الاجتماعية المضطربة، ومع تغير البنية الأسرية، نتيجة تغير أدوار ووظائف أطراف العلاقة الزوجية، وتغلب النزعة الفردية على التكافل الاجتماعي الأسري، وانفتاح المجتمع المغربي على العالم باختلاف اطيافه وتوجهاته. ولدت لديه رغبة شديدة في الانفتاح على مستجدات العصر. مما نتج عنه صراع فكري بين الهوية والأصالة من جهة. والعولمة والمعاصرة، من جهة أخرى. وقد بينت التعديلات القانونية التي أجرتها التشريعات المغربية على القوانين الأسرية، تبنيه العديد من الأحكام المخالفة للشريعة الإسلامية، باعتبارها المرجع الأساسي للمجتمع المغربي.

الكلمات المفتاحية: الشريعة الإسلامية؛ الزواج؛ الثابت؛ المتغير؛ الفقه الإسلامي؛ القوانين المغربية للأسرة.

Abstract :

The family was and still the cradle of the civilizations, and the Marriage is considered which the family's fundamental bond. Accordingly, it has a great deal attention with special emphasis by the Islamic Sharia. And The Maghrebian legislator predicate on Islamic Sharia during codified rulings. He has grabbed the fundamental, constants value. These laws were also adopted Many variable rules imposed by the development of societies in the course of time and place, on the other hand. more than that, in cases the absence of the legal provisions, the judge adhere to invoking to the provisions of Islamic Sharia in according the article 222 from the Algerian Family Law, and the article 400 from The Moroccan Family code, and what to be executed at the Tunisian judiciary.

However, the social unrest developments, in addition to the changing in the family structure, and spouses functional role, as a result of the openness of the Maghreb communities to the Globalization. Consequently, the conflict ambivalent, between the identity and authenticity, against the globalization and modernity. which led to adopted law that violates Sharia, As a reference for the Maghreb community.

Key words: Islamic sharia; marriage; Constant; variable; Islamic fiqh; Maghreb family laws.

Résumé :

La famille était et reste le berceau des civilisations, et le Mariage est considéré comme le lien fondamental de la famille. Par conséquent, la charia Islamique, lui accorde une grande importance et de la considération. La législation maghrébine en droit de la famille (Algérie, Maroc, Tunisie) a adopté la loi musulmane dans ses textes législatifs codifiés, en adhérant aux dispositions qui ont un caractère souverain constant, d'une part, et d'autre part, l'évolution de nombreux autres textes en fonction des réalités sociales développées à un moment et à un lieu donné. De plus, le législateur maghrébin a obligé le juge, à travers l'article 222 du code de la famille algérien, et l'article 400 du code de la famille marocain, et de ce qui est appliqué par la magistrature tunisienne, de se référer à la jurisprudence islamique en l'absence d'un texte législatif. Toutefois, l'évolution sociale bouleversée, ainsi que le changement de la structure familiale, sont le résultat de l'inversement dans les rôles et les fonctions des parties de la relation conjugale et la primauté de l'individualisme sur la solidarité sociale familiale. De même, que l'ouverture de la société familiale maghrébine sur le monde avec ses différents spectres et orientations, s'est vue maître en lui le désir de s'ouvrir et de s'adapter à l'ère du temps.

Ce qui a abouti à une lutte intellectuelle entre l'identité et l'authenticité d'une part, et la mondialisation, d'autre part. Les modifications réglementaires apportées par le législateur maghrébin aux lois familiales, sont contraires à la loi islamique dont cette dernière constitue la référence de base pour la société maghrébine.

Les mots clés: La loi islamique; mariage; Constant; variable; fikh (doctrine), islamique; Lois maghrébines de la famille.