

جامعة أوبكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية



مظاهر المساواة بين الزوجين في مسائل الزواج في ضوء الاتفاقيات الدولية وقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

تحت إشراف:

أ. د. تشوار جيلالي

إعداد الطالب:

برياع زكرياء

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. حميدو زكية
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. تشوار جيلالي
ممتحنا	المركز الجامعي مغنية	أستاذ	أ.د. نعوم مراد
ممتحنا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. علال آمال
ممتحنا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضر "أ"	د. بوخاتم أسية

السنة الجامعية : 2022-2023

جامعة أوبكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية



مظاهر المساواة بين الزوجين في مسائل الزواج في ضوء الاتفاقيات الدولية وقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

تحت إشراف:

أ. د. تشوار جيلالي

إعداد الطالب:

برياع زكرياء

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. حميدو زكية
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. تشوار جيلالي
ممتحنا	المركز الجامعي مغنية	أستاذ	أ.د. نعوم مراد
ممتحنا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. علال آمال
ممتحنا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضر "أ"	د. بوخاتم أسية

السنة الجامعية : 2022-2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتَى
إِنَّ رَبَّهُ لَسَدِيدٌ
إِلَىٰ عَرْشِهِ الرَّحِيمُ
الَّذِي يُرْسِلُ الرِّيَّاحَ
تُحْمَلُهُ السَّحَابُ
وَيُنزِلُ مِنْ سَحَابِهِ
مَاءً يَسْرُبُ
وَالَّذِي يُنزِّلُ الْمَطَرَ
إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ
لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ
بَلْ لَعَنَ اللَّهُ الْكَاذِبِينَ
الَّذِينَ يُضِلُّونَ النَّاسَ
بِحَقِّهِمْ لِيُحْسِنُوا
صُورَةَ الْبَشَرِ
لِيُكْفَرُوا بِهِمْ
إِنَّ رَبَّهُمُ بِهِمْ
كَافٍ عَزِيزٌ
ذُو قُوَّةٍ
بَلْ لَعَنَ اللَّهُ الْفٰسِقِينَ
الَّذِينَ يُبْذَرُونَ
بَيْنَ يَدَيْهِ
الْحَبَّ وَالَّذِينَ
يُحْسِنُونَ صُورَةَ
الْبَشَرِ
لِيُكْفَرُوا بِهِمْ
إِنَّ رَبَّهُمُ بِهِمْ
كَافٍ عَزِيزٌ
ذُو قُوَّةٍ
بَلْ لَعَنَ اللَّهُ الْفٰسِقِينَ
الَّذِينَ يُبْذَرُونَ
بَيْنَ يَدَيْهِ
الْحَبَّ وَالَّذِينَ
يُحْسِنُونَ صُورَةَ
الْبَشَرِ
لِيُكْفَرُوا بِهِمْ
إِنَّ رَبَّهُمُ بِهِمْ
كَافٍ عَزِيزٌ
ذُو قُوَّةٍ

﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ
بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ
عَلَيْهِمْ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ
حَكِيمٌ﴾

سورة البقرة، الآية 228

﴿يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا
مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ
دَرَجَاتٍ﴾

سورة المجادلة، الآية 11

شكر وتقدير

بسم الله والحمد لله، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه.

أحمد الله تبارك وتعالى حمدا كثيرا على فضله وكرمه، وعلى عظيم نعمه التي لا تحصى، وجيل منته، فله الحمد والشكر كله على واسع كرمه.

أحمده أولا وآخرأ أن وفقني لإتمام هذا العمل العلمي المتواضع، وأشكره على جليل وواسع كرمه.

وعلا بالحدیث النبوی الشریف، عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ﴿لَا يَشْكُرُ اللَّهُ مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاسَ﴾، فإنه يشرفني أن أتقدم بخالص الشكر وعظيم التقدير والعرفان، لمن تكرم عليّ بقبوله الإشراف على هذه الأطروحة ولكل ما بذله لي من نصح وتصويب وتسديد، في كل وقت وحين، أستاذي الفاضل تشوار جيلالي، وأثني بالشكر الجزيل للأستاذة الفاضلة تشوار حميدو زكية على النصح والإفادة طيلة المسار العلمي، وعلى عناية قراءة هذا العمل العلمي المتواضع.

كما لا يفوتني، أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لكل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم المشاركة في عضوية هذه اللجنة، وتكبدتهم عناء قراءة هذا العمل والمساهمة في إثرائه، فلهم مني كل التقدير والاحترام والامتنان.

كما أتوجه بالشكر والتقدير لعائلي الكريمة بداية من والديّ الكريمين، وإخوتي، والزوجة الفاضلة، وكل أقاربي ممن ساهموا في دعمي بالنصح والدعاء الخالص.

وأخيرا أتوجه بالشكر والعرفان، لكافة أساتذة وعمال كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، ولكل من أسهم برأيه وتوجيهه وتشجيعه لإتمام هذا العمل العلمي المتواضع، ولكل من سقط ذكره عن قلبي سهواً.

فجزاكم الله عني خير الجزاء.

الفقير لرحمة ربّه
برياع زكرياء

الإهداء

أهدي هذا العمل العلمي المتواضع إلى كل من صحبني في مساري العلمي، معلماً داعماً
ومشجعاً وناصحاً ومرشداً،
أهديه إلى أعلى ما لدي، والدي الكريمين أبي وأمي جزاهما الله عني كل خير، ووفقني
لبرهما فيما بقي من العمر،
كما أهديه إلى زوجتي الغالية والفاضلة،
إلى عائلتي الكريمة،
وإلى كل أساتذتي، وزملائي، وكل من كان له الفضل علي من قريب أو بعيد،
وأسال الله العظيم أن يبارك في عملي هذا وأن يبلغني به منازل العلماء إنه ولي ذلك
والقادر عليه.

برياع زكرياء

قائمة أهم مختصرات

1/ باللغة العربية:

ج.ر.ج: الجريدة الرسمية الجزائرية.

ج.ر.م: الجريدة الرسمية المغربية.

ج: الجزء.

د ذ ب ط: دون ذكر بلد الطبع.

د ذ د ط: دون ذكر دار الطبع.

د ذ س ط: دون ذكر سنة الطبع.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

غ.أ.ح.ش.م: غرفة الأحوال الشخصية والموارث بالمحكمة العليا الجزائرية.

غ.أ.ح.ش: غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية.

غ.م: الغرفة المدنية بالمحكمة العليا الجزائرية.

غ: الغرفة.

فق: فقرة.

ق.إ.ع.م: قانون الالتزامات والعقود المغربي.

ق.أس.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

م.أس.م: مدونة الأسرة المغربية.

م.ق: المجلة القضائية.

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.

م: ميلادي.

هـ: هجري.

2/ باللغة الأجنبية (الإنجليزية والفرنسية):

CEDAW : Convention on the elimination of all forms of discrimination against women.

Civ : Arrêt de la chambre civile de la cour de cassation.

J.C.P : Jurisclasseur périodique.

OPU : Office des publications universitaires.

P : Page.



مقدمة



تُعدُّ قضية المرأة داخل المجتمع من بين أكثر القضايا التي أثارت عبر مختلف العصور ردود فعل العالم، فإن أضحى بعض المفكرين اليوم يدرجون قضية مكانة المرأة داخل المجتمع ضمن إطار القضايا الإصلاحية المهمة التي لها أثر كبير على النهوض بالأمم والمجتمعات، إلا أن بعض الفلاسفة قديماً كانوا يُحَقِّرون من شأن المرأة وينسبون كل نقص إليها¹. وبالتالي قد نشب منذ القدم الجدل حول حقوق المرأة التي يجب أن تنالها داخل المجتمع، فأُنصفتها بعض المجتمعات والحضارات، في حين اعتبرتها أخرى خطيئةً أبدية وربطوا حياتها بحياة الرجل، فإن مات هذا الأخير فلا تستحق بعده الحياة².

وبشكل عام، فإن القضايا المرتبطة بالمرأة تبقى من بين أهم القضايا التي تفرض نفسها على الساحة الحقوقية عبر مرور الحقب والأزمنة، لاسيما ما تَعَلَّقُ بمكانة المرأة في مواجهة الرجل سواءً من حيث مسألة الحقوق أو الواجبات، أو بعبارة أصح من حيث مدى المساواة بينهما داخل نفس النَسَق الاجتماعي³، ذلك أن مبدأ المساواة بين البشر عامة والرجل والمرأة خاصة يبقى من بين أهم الركائز التي تقوم عليها المنظومة العالمية لحقوق الإنسان، وقد أحدث هذا المبدأ خلافاً كبيراً بين الفقهاء وعلى كافة سواء المحلية منها أو الإقليمية أو الدولية. وفي خضم كل هذا فقد ظلت حقوق المرأة من بين القضايا الشائكة التي كانت محل إهتمام للمجتمع الدولي بأسره، وهو الأمر الذي كان سبباً وراء إصدار العديد من الإتفاقيات الدولية الرامية لحماية حقوق المرأة داخل

¹ انظر، نهي القاطرجي، المرأة في منظومة الأمم المتحدة "رؤية إسلامية"، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط.01، 2006، ص.53.

² انظر، جبيري ياسين، حقوق الفئات الخاصة "نساء، أطفال، الأقليات"، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.01، 2017، ص.180-181.

³ انظر، بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، 2018-2019، ص.02.

المجتمع، ومساواتها بالرجل في شتى الميادين والمجالات¹، ومن أبرز هذه الاتفاقيات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW)².

ومن المعلوم، أن المرأة تُعدُّ عنصراً أساسياً في كل الأسر. وقد حظيت هذه الأخيرة بمجيء الإسلام ببالغ العناية والتكريم، فمنع وأدها واعترف لها بالشخصية الكاملة... الخ، وبالتالي أضحى لها كامل الإعتبار على خلاف ما كانت تعيشه في ظل الحُقب والعُصور الزمنية الماضية، على غرار وضع المرأة العربية في عهد الجاهلية... الخ. وثم فإن الدين الإسلامي قد أكسب المرأة مكانتها الاجتماعية التي تليق بها، والتي لم تكن تُحظى بها في كنف الشعوب أو الديانات العابرة³، فقد

¹ انظر، خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص. 02-03.

² اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "CEDAW" اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/180 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979، على أن يكون تاريخ نفاذها بداية من 03 أيلول/سبتمبر 1981. وقد صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ 02 رمضان عام 1416 الموافق لـ 22 يناير سنة 1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ على المواد: (02، 09 فق 02، 15 فق 04، 16، 29) إلى إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر.ج عدد 06 المؤرخة في 24 يناير سنة 1996. وصدر كذلك عن الجزائر المرسوم الرئاسي رقم 08-426 المؤرخ في 30 ذي الحجة عام 1429 الموافق لـ 28 ديسمبر سنة 2008، المتضمن رفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة 2.9 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر.ج عدد 05 المؤرخة في 21 يناير سنة 2009.

ومن جانب المغرب، فقد قام بإيداع أدوات التصديق في 21 يونيو 1993 حيث صادق على هذه الإتفاقية بتحفظ على المواد (02، 09 فق 02، 15 فق 04، 16، 29) بموجب الظهير الشريف رقم 4-93-2 الصادر في 14 يونيو 1993، لتدخل حيز النفاذ بعد نشرها بموجب الظهير الشريف رقم 1.93.361 الصادر في 29 من رمضان 1421 (26 ديسمبر 2000) بنشر إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979، الجريدة الرسمية عدد 4866 بتاريخ 23 شوال 1421 (18 يناير 2001)، ص. 226؛ وصدر كذلك عن المغرب الظهير الشريف رقم 1.11.51 صادر في فاتح رمضان 1432 (02 أغسطس 2011) بنشر الإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المضمنة في البندين 1 و 2 من الفقرة "ب" من وثائق الانضمام إلى إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979، الجريدة الرسمية عدد 5974 بتاريخ 02 شوال 1432 (فاتح -01- سبتمبر 2011).

³ انظر، خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017-2018، ص. 06-07؛ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص. 04.

اعترف لها بكامل انسانيته وأهليتها التامة مقارنة بالرجل، ورفع قدرها داخل المجتمع وأعلا شأنها وجعلها شقيقة للرجل في شتى مناحي الحياة الاجتماعية¹.

ومن هذا المنطلق، فقد كان للتشريع الإسلامي الدور الكبير في ترسيخ مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في شتى الأصعدة، فجعله -أي التشريع الإسلامي- حقاً من حقوقها الإنسانية والمدنية، كما أكد على ضرورة احترام حقوقها عامةً وحقوقها الزوجية خصوصاً، سواءً قبل الزواج أو أثناء إنعقاده أو حتى بعد ذلك، وقد جاءت هذه الحقوق انطلاقاً من حق المساواة في الخلق وانتفاء الاعوجاج في أصل خلقة المرأة، وكذا حقها في الاستخلاف، إضافةً للحق في المساواة في قيمتها الإنسانية مقارنةً بقيمة الرجل، وكذا بالنظر للمساواة أمام التكاليف الشرعية من المسؤولية والجزاء -الثواب أو العقاب- على حدٍ سواء مثلها مثل الرجل²، وفي هذا الشأن يرد قوله تعالى:

﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أَنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيٰوةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾³.

وعلى هذا الأساس، فقد خلق الله تعالى الرجل والمرأة، وزرع الفطرة لدى كليهما على الإحساس بالحاجة إلى الآخر والميل نحوه، وقد نظم الشارع الحكيم هذا الإحساس والميل لتحقيق غاية هامة ألا وهي بقاء النوع الإنساني وضمان استمراريته. وبحكم الأهمية التي يكتسبها عقد الزواج، وللمعاني السَّامية والجليلة التي شُرِّع لأجلها، فقد ميزه الشارع الحكيم من بين سائر العقود بأمر تدل على هذه الأهمية والحُظوة؛ ويندرج ذلك كله في مسار بناء أسرة سليمة متينة؛ وقائمة

¹ انظر، منال محمود المشني، حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.01، 2011، ص.44-45.

² انظر، وسام حسام الدين الأحمدي، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والإنفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط.01، 2009، ص.09، 11، 14.

³ سورة النحل، الآية 97.

على أسس ثابتة لتُسهم بدورها في بناء مجتمع سليم وفاضل خال من المفسد والآثام والشُرور¹، ذلك أن الزواج يَبقى الطريق الشرعي والصحيح لتحقيق غايات التناسل والتكاثر ومُواصلة الاستخلاف، وكذا نيل الحاجات الفطرية والنفسية²؛ فالزَّواج يُعدُّ الوِثاق الذي يربط بين الرجل والمرأة -الجنسين- ويجمعهما برباط المحبة والألفة، وقد وصفَ الله عز وجلَّ هذا الرِّباط في الكتاب العزيز بـ "الميثاق الغليظ"³، وفي هذا يرِدُ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنًا وَإِنَّمَا مَثَبُكُمْ كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾⁴.

وقد حظي نظام الأسرة عبر مختلف الدساتير والتشريعات الوضعية العربية الحديثة بإهتمام بالغ. ومن ذلك نذكر على سبيل المثال ما جاء في دساتير الجزائر المتعاقبة؛ على غرار دستورها لسنة 1963، حيث نصت مادته 17 على أنه: "تحمي الدولة الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع"⁵، وكذلك ما نصت عليه المادة 65 من دستور 1976 بقولها: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتحظى بحماية الدولة والمجتمع... الخ"⁶. كما تضمنت كلتا المادتين 55 من دستور 1989⁷، و58 من دستور 1996⁸ نفس الحماية المقررة للأسرة في ظل الدساتير

¹ انظر، جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج "الخطبة في الفقه والقانون"، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.01، 2009، ص.15.

² انظر، يوسف عبد الله الشريفين وأحمد صالح بني سلامة، المضامين التربوية في الخطبة وأحكامها، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، العدد 33، المجلد 01، د ذ س ط، ص.992.

³ انظر، دار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، د ذ س ط، ص.11.

⁴ سورة النساء، الآيتان 20-21.

⁵ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1963.

⁶ الأمر رقم 76-97 مؤرخ في 30 ذي القعدة عام 1396 الموافق لـ 22 نوفمبر سنة 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية؛ ج.ر.ج عدد 94 مؤرخة في 24 نوفمبر سنة 1976م.

⁷ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989.

⁸ المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق لـ 07 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996؛ ج.ر.ج رقم 76 المؤرخة في 27 رجب عام 1417 هـ.

السابقة، حيث نصت كلتا المادتين على أنه: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"، وهو ما أكدته المشرع كذلك من خلال التعديل الدستوري لسنة 2016، حيث نصت المادة 72 منه على أنه: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"¹، كما أكد المشرع على الحماية المقررة لفائدة الأسرة في ظل ظل التعديل الدستوري لسنة 2020 في حدود المادة 71 منه بقوله: "تحظى الأسرة بحماية الدولة... الخ"².

كما أن المشرع المغربي هو الآخر، قد أكد من خلال دستور 2011 على أن الأسرة تحظى بالحماية، وفي هذا الشأن نص الفصل 32 منه على أن: "الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع. تعمل الدولة على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة، بمقتضى القانون، بما يضمن وحدتها واستقرارها والمحافظة عليها... الخ"³.

تجدر الإشارة، إلى أن العالم قد شهد تغييرات واسعة في مجال العلاقات الرابطة بين الأفراد، وهو ما انعكس بالضرورة على نظام الأسرة في شتى المجتمعات سواء الغربية أو العربية الإسلامية، حيث عرف هذا النظام فقداناً لمفهومه الطبيعي الذي شرع لأجله. وبذلك تزعزعت أدوار الأسرة في مجال تحقيق البناء الاجتماعي السليم، وكذا القيام بوظيفة التنشئة والتربية السليمة لأفرادها.

¹ القانون رقم 01-16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق لـ 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري؛ ج.ر.ج عدد 14 مؤرخ في 07 مارس سنة 2016.

² المرسوم الرئاسي رقم 442-20 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020؛ ج.ر.ج عدد 82 مؤرخة في 30 ديسمبر سنة 2020.

³ الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور.

وهذا كله في سبيل ترقية الإلتجاه الفردي على حساب الأنساق الاجتماعية المكونة من الأسرة والمجتمع¹.

وباعتبار أن الأسرة المسلمة لم تكن بمنأى عن هذه التغيّرات الحاصلة، فقد شهدت نسباً متزايدة في حالات الطلاق، وبُروز أشكال جديدة من الرّيجات التي لا ترقى لتتحقيق أهدافه السّامية في بناء الأسرة وترقية المجتمع، وهذا في كله يندرج تحت إطار تحقيق وتكريس المساواة بين الجنسين عامة والزوجين خاصة²، وأضحت الرابطة الزوجية مجرد علاقةً تشاركية محظية بين كلا طرفيها بعيدة كل البعد عن كونها علاقة للترابط والتراحم والتماسك والتآزر.

وأمام الجدل والخلاف الحاصل على كافة المستويات، فإن كلا المشرعين الجزائري والمغربي لم يكونا بمنأى عن هذه التجاذبات الضاربة في التاريخ، وهو ما كان له وقع على صياغة التعديلات التي عرفها قانون الأسرة الجزائري³ سنة 2005، وكذا استحداث مدونة الأسرة المغربية⁴ سنة 2004، وهذا أمام الإلتزام الدولي الملحق على عاتق كليهما بتكريس وتجسيد الإتفاقيات الدولية الرامية لتكريس مبدأ المساواة بين كلا الجنسين في ظل التشريعات الأسرية الوطنية.

¹ انظر، محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص.02.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.02.

³ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج عدد 24 لسنة 1984 المؤرخة في 12 يونيو 1984؛ المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005، ج.ر.ج عدد 15 لسنة 2005 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

⁴ القانون رقم 07.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 المؤرخ في 12 من ذي الحجة 1424 (03 فبراير 2004)، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (05 فبراير 2004)، ص.418؛ الذي تم تعديله بالقانون رقم 08.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.103 بتاريخ 03 شعبان 1431 (16 يوليو 2010)، الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 13 شعبان 1431 (26 يوليو 2010)، ص.3837؛ والذي تم تعديله أيضا بالقانون رقم 102.15 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.2 بتاريخ فاتح (01) ربيع الآخر 1437 (12 يناير 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6433 بتاريخ 14 ربيع الآخر 1437 (25 يناير 2016)، ص.420؛ والذي تم تعديله أيضا بالقانون رقم 65.21 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.21.73 بتاريخ 03 ذي الحجة 1442 (14 يوليو 2021)، الجريدة الرسمية عدد 7008 بتاريخ 18 ذو الحجة 1442 (29 يوليو 2021)، ص.5774.

ومن هذا المنطلق، فإنَّ إختيار هذا الموضوع، تقف وراءه العديد من الأسباب تتعلَّق أساساً بالإهتمام البحثي في مجال حقوق الإنسان عامةً، والقضايا المرتبطة بالمساواة بين الجنسين خاصَّةً، لما يكتسبه ذلك من أهمية كبيرة في الوقت الراهن، بالنظر لعلاقته الوطيدة بالمرأة التي تعد ركيزة للأسرة وللمجتمع، فبصلاح أحوالها يصلح كل ما بعده، وبفسادها تضيع الأسرة والمجتمع سيان.

كما أن هذا الموضوع أضحى من بين القضايا التي تثير جدلاً واسعاً داخل المجتمعات الإسلامية، بالنظر للاختلاف المنهجي الذي بُني عليه التشريع الإسلامي وكذا الإتفاقيات الدولية المعالجة لحقوق الإنسان عامةً وقضايا المرأة خاصةً، فكلاهما له بعد ونظرة بهذا الخصوص.

وعليه، تستهدف هذه الدراسة الوقوف على مدى تقيّد كلا المشرعين الجزائري والمغربي بإلتزاماتها الدولية إزاء المجتمع الدولي، المترتبة عن المصادقة على بعض الإتفاقيات والمواثيق الدولية الداعية لتكريس مبدأ المساواة بين كلا الجنسين، ومدى الحفاظ على مصدرية الشريعة الإسلامية للتشريعين الأسريين الجزائري والمغربي.

وعلى هذا الأساس، فإن الإشكالية المحورية التي تدور عليها هذه الدراسة تتلخص على النحو الآتي: ما مدى تكريس كلا المشرعين الجزائري والمغربي لمبدأ المساواة بين الجنسين بشأن عقد الزواج وآثاره في إطار كلا التشريعين الأسريين الجزائري والمغربي؟

هذا وتتفرع عن هذه الإشكالية المحورية، بعض الإشكاليات الفرعية أهمُّها: ما هي أبرز الفوارق بين كلا المشرعين الجزائري والمغربي في تكريس مبدأ المساواة في ظل التشريعين الأسريين؟ ما مدى حفاظ كلا المشرعين الجزائري والمغربي على التوازن بين الثوابت الشرعية ومبدأ المساواة المستقوى من الإتفاقيات الدولية؟

وسعيّاً وراء معالجة موضوع الإشكالية المطروحة، المنصبة حول مدى تكريس كلا المشرعين الجزائري والمغربي لمبدأ المساواة بين الزوجين في مختلف مسائل الزواج وآثاره سواءً الشخصية أو

المالية، على ضوء الشريعة الإسلامية والإتفاقيات الدولية الرامية لتكريس مبدأ المساواة، تم اتباع المنهج الاستدلالي لإستقراء النصوص القانونية والقرارات القضائية، وكذا الآراء الفقهية وذلك بغية تحليلها، كما تم اللجوء للمنهج المقارن في إطار إجراء مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، على ضوء الشريعة الإسلامية وبعض الإتفاقيات والمواثيق الدولية الناشئة في مجال تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين.

وفي سبيل الوصول للأهداف المتوخاة من هذه الدراسة، تم تقسيم هذا البحث إلى ثلاث فصول هي كالآتي:

- الفصل الأول: تطبيقات مبدأ المساواة على المرحلة السابقة لإبرام عقد الزواج.
- الفصل الثاني: أثر مبدأ المساواة على إنعقاد الزواج.
- الفصل الثالث: أثر مبدأ المساواة بين الزوجين على بعض الآثار الشخصية والمالية لعقد الزواج.



الفصل الأول : تطبيقات

مبدأ المساواة

على المرحلة السابقة

لإبرام عقد الزواج



الفصل الأول

تطبيقات مبدأ المساواة على المرحلة السابقة لإبرام عقد الزواج

يعدُّ عقد الزواج من أهم العقود التي يُجريها الإنسان في حياته، وأعزّها شأنًا، وأرفعها مكانةً عند الله تعالى، فقد سمّاه الشارع الحكيم بالميثاق الغليظ¹؛ ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَ بِبُهْتَانٍ أَشْهَامِيَّةٍ ﴿١٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴿١١﴾﴾²، ونظرًا لهذه الأهمية البالغة فقد درجت عادات وتقاليد الأمم الغابرة على تحديد مقدمات للزواج، وجاء الإسلام بمقاصده العظيمة ليُزيل عنها كل الشوائب، من خلال بيان حقوق وواجبات كل من الزوجين³، وكذا ليُصحح ويتجاوز كل ما كان مُتفشياً من ظواهر عنصرية في ظل الأمم والديانات السابقة، كأن يختار الأب لابنته أو ابنه شريك الحياة دون وجود رضاهما أو التأكد منه.

وعلى هذا الأساس فقد أقرَّ الإسلام مُطلق الحرية للفتى والفتاة في البحث عن شريك الزوجية، وأتاح مرحلة تسبق الزواج -هي مرحلة الخِطبة- لتحقيق هذه الأغراض من حسن اختيار للشريك⁴. بهدف تكوين المودة والرحمة بين الزوجين⁵؛ مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ

¹ انظر، الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية"، دار الخلدونية، الجزائر، ط.01، 2008، ص.26.

² سورة النساء، الآيتان 20-21.

³ انظر، أماني على المتولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية لأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، مصر، 2010، ص.23.

⁴ انظر، محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط.01، 1996، ص.38.

⁵ أماني على المتولي، المرجع السابق، ص.23.

خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿١١﴾¹، وكذا تحقيق تكامل البناء الأسري على أسس صحيحة، كل ذلك من شأنه خلق الترابط الاجتماعي والاستقرار العام في المجتمع.²

وباعتبار الخطبة من مقدمات عقد الزواج، فهي تُعدُّ بذلك من أهم المراحل التمهيدية لهذا العقد الهام؛ وعلى هذا الأساس فقد حظيت باهتمام كبير من الشرع، وهو الأمر الذي انعكس بدوره على التشريعات الوضعية للأسرة من حيث التنظيم.³

وعليه سيتم التطرق في إطار مراحل هذا الفصل لأثر مبدأ المساواة المستقى من الاتفاقيات والمواثيق الدولية على مختلف الأحكام القانونية للخطبة المضمنة في التشريعين الأسريين الجزائري والمغربي؛ بداية من استعراض أثره على مفهوم الخطبة (المبحث الأول)، ثم التعرض لتطبيقات وأثر هذا المبدأ على آثار الخطبة؛ وما قد يربّته العدول عنها (المبحث الثاني).

¹ سورة الروم، الآية 21.

² أماني على المتولى، المرجع السابق، ص. 23.

³ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 29.

المبحث الأول

أثر مبدأ المساواة على مفهوم الخطبة

لما كان عقد الزواج من أخطر العقود التي يُقَدِّم الإنسان على إجرائها في حياته، وباعتباره من أهم التصرفات ذات الشأن الكبير، لما يرتبه من آثار بالنسبة لطرفيه، والتي تشكل في مجموعها حقوقاً والتزاماتٍ تقع على عاتق طرفيه -الرجل والمرأة-، فقد خصَّه الشارع الحكيم على هذا الأساس من بين سائر العقود بمقدمات تمهِّد لإبرامه وفق الشكل الصحيح والمناسب، وهي عادة ما تسمى بالخطبة أو الوعد بالزواج. حيث درج الناس على عدم الإقدام على إنشاء هذا العقد إلا بعد التمهيد له بهذه الخطوة، ويعود ذلك بالنفع على الطرفين من خلال التروِّي والتدبُّر في إنشاء الرابطة الزوجية من عدمه، وذلك كله في سبيل إقامة أسرة على أُسسٍ ثابتةٍ ودعائمٍ قويَّةٍ، من شأنها تحقيقُ الرَّاحةِ والسَّعادةِ، وكذا الصِّفاءِ والوثامِ فتدوم العشرة ويشيع الحب والوفاق والمودة والرحمة والتعاون بين طرفي عقد الزواج¹.

ومن هذا المنطلق سنتطرق لأثر مبدأ المساواة على الأحكام القانونية للخطبة، وكذا مدى تطابقها مع الأحكام الشرعية التي تعتبر مصدراً مادياً للتشريعين الأسريين الجزائري والمغربي على حد سواء؛ ومنه سيتم الوقوف في إطار مراحل هذا المبحث على أثر هذا المبدأ ضمن تعريف الخطبة ومدى مشروعيتها وشروط صحتها (المطلب الأول)، وكذا بيان أثره -أي مبدأ المساواة- على التكييف الشرعي والقانوني للخطبة (المطلب الثاني)؛ ومن ثم استعراض مظاهر وتجليات مبدأ المساواة في الإعلان عن الخطبة (المطلب الثالث).

¹ انظر، بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد "وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا"، ج.01، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط.01، 2012، ص.95.

المطلب الأول

تعريف الخطبة ومشروعيتها وشروطها

تُعَدُّ الخِطْبَةُ المرحلة التمهدية التي تسبق عقد الزواج وتُمهِّدُ له، حيث يتاح فيها للطرفين فرصة للتعارف ولتكوين كل طرف فكرةً عن الآخر، مما يُتيح لكليهما مواصلة إبرام عقد الزواج، أو العدول عنها. وهو ما من شأنه أن يُرتَّب بعض الآثار، وبالنظر لهذه الأهمية نستعرض في إطار مراحل هذا المطلب تعريف الخطبة لغة واصطلاحاً (الفرع الأول)، وكذا مدى مشروعيتها (الفرع الثاني)، لنستعرض في الأخير شروط صحتها وجوازها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الخطبة

الخطبة لغة من خطب: الخُطِبُ: الشَّأْنُ أو الأمر، صَعُرُ أو عَظُمُ¹؛ وقيل: هو سبب الأمر. يقال: ما خَطْبُكَ؟ قلت: قال الأزهري: أي ما أمرك؟ وتقول: هذا خَطْبٌ جليل، وخَطْبٌ يسير وجمعه خُطُوب².

¹ انظر، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسى، تحقيق: عبد الحميد هندواوي، المحكم والمحيط الأعظم، ج.05، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.01، 2000، ص.122.

² انظر، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، مختار الصحاح، ج.01، المكتبة العصرية والدار النموذجية، بيروت؛ صيدا، لبنان، ط.05، 1999، ص.96.

والخطب: الأمر الذي تقع فيه المخاطبة، والشأن والحال؛ ومنه قولهم: جلَّ الخطبُ أي عظم الأمر والشأن. وفي حديث عمر، وقد أفطروا في يوم غيمٍ من رمضان، فقال: الخطبُ يسير¹.
 وفي التنزيل العزيز: قَالَ تَعَالَى: ﴿قَالَ فَمَا خَطْبُكُمْ أَيُّهَا الْمُرْسَلُونَ ﴿٥٧﴾﴾²، وَجَمَعَهُ حُطُوبٌ؛
 فَأَمَّا قَوْلُ الْأَخْطَلِ:

كَلَمَعَ أَيْدِي مَثَاكِيلٍ مُسَلَّبَةٍ **** نُدْبُنَ ضَرْسَ بَنَاتِ الدَّهْرِ وَالْحُطْبِ

إِنَّمَا أَرَادَ الْحُطُوبَ، فَحَذَفَ الْوَاوَ تَخْفِيفًا، وَقَدْ يَكُونُ مِنْ بَابِ رَهْنٍ وَرُهْنٍ. وَحَطَبَ الْمَرْأَةَ يَخْطِبُهَا حَطْبًا وَخِطْبَةً، بِالْكَسْرِ، الْأَوَّلُ عَنِ اللَّحْيَانِيِّ، وَخِطْبِيٌّ؛ وَقَالَ اللَّيْثُ: الْخِطْبِيُّ اسْمٌ؛ قَالَ عَدِيُّ بْنُ زَيْدٍ، يَذْكُرُ قَصْدَ جَذِيمَةَ الْأَبْرَشِ لَخِطْبَةِ الزَّبَاءِ:

لَخِطْبِيَّ الَّتِي عَدَّرْتُ وَخَانَتْ **** وَهَنَّ ذَوَاتُ غَائِلَةٍ لِحِينَا

قَالَ أَبُو مَنْصُورٍ: وَهَذَا خَطَأٌ مَحْضٌ، وَخِطْبِيٌّ، هَاهُنَا، مَصْدَرٌ كَالْخِطْبَةِ، هَكَذَا قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ، وَالْمَعْنَى لَخِطْبَةِ زَبَاءٍ، وَهِيَ امْرَأَةٌ عَدَّرَتْ بِجَذِيمَةَ الْأَبْرَشِ حِينَ حَطَبَهَا، فَأَجَابَتْهُ وَخَاسَتْ بِالْعَهْدِ فَفَقَّتْهُ. وَجَمَعَ الْخَاطِبُ: حُطَابٌ. الْجَوْهَرِيُّ: وَالْخِطْبِيُّ الْخَاطِبُ، وَالْخِطْبِيُّ الْخُطْبَةُ. وَأَنْشَدَ بَيْتَ عَدِيِّ بْنِ زَيْدٍ؛ وَحَطَبَهَا وَاحْتَطَبَهَا عَلَيْهِ. وَالْحِطْبُ: الَّذِي يَخْطُبُ الْمَرْأَةَ. وَهِيَ خِطْبَةُ الَّتِي يَخْطِبُهَا، وَالْجَمْعُ أَخْطَابٌ؛ وَكَذَلِكَ خِطْبَتُهُ وَحُطْبَتُهُ، الضَّمُّ عَنْ كُرَاعٍ، وَخِطْبِيَّاهُ وَخِطْبِيَّتُهُ وَهُوَ خِطْبِيَّاهُ، وَالْجَمْعُ كَالْجَمْعِ؛ وَكَذَلِكَ هُوَ خِطْبِيَّاهُ، وَالْجَمْعُ خِطْبِيَّوْنَ، وَلَا يُكْسَرُ. وَالْحِطْبُ: الْمَرْأَةُ الْمَخْطُوبَةُ، كَمَا يُقَالُ ذَبَحَ لِلْمَذْبُوحِ. وَقَدْ حَطَبَهَا حَطْبًا، كَمَا يُقَالُ: ذَبَحَ ذَبْحًا. الْفَرَّاءُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ؛ الْخِطْبَةُ مَصْدَرٌ بِمَنْزِلَةِ الْحِطْبِ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِكَ: إِنَّهُ لِحَسَنِ الْقِعْدَةِ

¹ انظر، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض الملقب بـ "مرتضى الزبيدي"، تاج العروس من جواهر القاموس، ج. 02، دار الهداية، د ذ ب ط، د ذ س ط، ص. 370.

² سورة الحجر، الآية 57.

والجُلْسَة. وَالْعَرَبُ تَقُولُ: فُلَانٌ خَطَبُ فُلَانَةَ إِذَا كَانَ يَخْطُبُهَا. وَيَقُولُ الْخَاطِبُ: خِطْبٌ فَيَقُولُ الْمِخْطُوبُ إِلَيْهِمْ: نِكَحْ وَهِيَ كَلِمَةٌ كَانَتْ الْعَرَبُ تَتَزَوَّجُ بِهَا. وَكَانَتْ امْرَأَةٌ مِنَ الْعَرَبِ يُقَالُ لَهَا: أُمٌّ خَارِجَةٌ، يُضْرَبُ بِهَا الْمَثَلُ، فَيُقَالُ: أَسْرَعُ مِنْ نِكَاحِ أُمِّ خَارِجَةٍ. وَكَانَ الْخَاطِبُ يَقُومُ عَلَى بَابِ خِبَائِهَا فَيَقُولُ: خِطْبٌ فَتَقُولُ: نِكَحْ وَخِطْبٌ فَيُقَالُ: نُكِّحْ وَرَجُلٌ خَطَّابٌ: كَثِيرُ التَّصَرُّفِ فِي الْخِطْبَةِ؛ قَالَ:

بَرَّحَ، بِالْعَيْنَيْنِ، خَطَّابُ الْكُتُبِ ***** يَقُولُ: إِنِّي خَاطِبٌ، وَقَدْ كَذَبَ

وَاخْتَطَبَ الْقَوْمَ فُلَانًا إِذَا دَعَا إِلَى تَزْوِيجِ صَاحِبَتِهِمْ. قَالَ أَبُو زَيْدٍ: إِذَا دَعَا أَهْلُ الْمَرْأَةِ الرَّجُلَ إِلَيْهَا لِيَخْطُبَهَا، فَقَدْ اخْتَطَبُوا اخْتِطَابًا؛ قَالَ: وَإِذَا أَرَادُوا تَنْفِيقَ أَيْمِهِمْ كَذَبُوا عَلَى رَجُلٍ، فَقَالُوا: قَدْ خَطَبَهُ فَرَدَدْنَاهُ، فَإِذَا رَدَّ عَنْهُ قَوْمُهُ قَالُوا: كَذَبْتُمْ لَقَدْ اخْتَطَبْتُمُوهُ، فَمَا خَطَبَ إِلَيْكُمْ¹.

أما الخطبة اصطلاحاً، فإن معناها ليس بعيداً عن معناها اللغوي سالف الذكر وهو الأمر الذي تبناه قدامى فقهاء الشريعة الإسلامية، وتختص الخطبة بطلب المرأة للزواج، أما الخطبة بضم الخاء فهي الموعظة الدينية في الجُمُع والأعياد والمناسبات².

فعلى صعيد الفقه الإسلامي القديم، فقد عُرِّفَت الْخِطْبَةُ بعدد التعريفات، وعلى سبيل المثال عرفها الخطاب وهو من فقهاء المالكية في كتابه "مواهب الجليل" بأنها: "الخطبة بكسر الخاء قال في التوضيح عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة"³. كما جاء تعريفها في كتاب "حاشية الخرشبي" أيضاً على أنها: "التماس التزويج والمحاولة عليه"؛ وعرفها فقهاء الشافعية

¹ انظر، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويعي الإفريقي، لسان العرب، ج.01، دار صادر، بيروت، لبنان، ط.03، 1414 هـ، ص.360-361.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.39.

³ انظر، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي "المعروف بالخطاب الرُعيني المالكي"، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج.03، دار الفكر، د ز ب ط، ط.03، 1992، ص.407.

بأنها: "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"¹. في حين عرّفها فقهاء الجعفرية بأنها: "طلب الزوجة من نفسها أو وليها وقد تكون بالتعريض أو التصريح"².

وعلى صعيد الفقه المعاصر، فقد عرفها الدكتور **فتحي الدريني** بأنه: "توافق أو تواعد صريح متبادل بين رجل وامرأة تحل له شرعاً في الحال، أو بين من ينوب عنها من الأولياء بإبرام عقد الزواج مستقبلاً"³. في حين يميل البعض إلى تعريف الخِطْبَة بأنها: "طلب المرأة للزواج بها"⁴. وغير بعيد عن التعريفين السابقين يعرفها البعض بأنها: "طلب الرجل الزواج بامرأة معينة، وذلك بأن يتقدم إليها أو إلى أهلها يطلب الزواج منها"⁵. كما يعرفها البعض الآخر بأنها "طلب التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية"⁶، وكما تعرف الخطبة أيضاً على أنها: "إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، وإعلام المرأة أو وليها بذلك، وقد يتم الإعلام مباشرة من الخاطب أو من أهله"⁷؛ في حين يعرفها **الشيخ محمد أبو زهرة** بأنها: "طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"⁸.

¹ جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص.20.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.39.

³ انظر، فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفقه الإسلامي، دار قتيبة، د ذ ب ط، د ذ س ط، ص.726؛ مقتبس عن: سعادي ليلي، الزواج والحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص.23.

⁴ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.39.

⁵ انظر، عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري "الزواج وآثاره"، ج.01، منشورات جامعة دمشق، سوريا، د ذ س ط، ص.30.

⁶ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.26.

⁷ أماني على المتولى، المرجع السابق، ص.24.

⁸ انظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ذ س ط، ص.26؛ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.30.

لكن مما يؤخذ على هذه التعريفات أنها تجعل الخِطبة من جانب الرجل فقط، ولعل هذا هو الشائع المعتاد لما درجت عليه المرأة من الحياء والتمنع، ولكن الشرع منح حق الخِطبة لكل من الرجل والمرأة -دون تمييز في الجنس-، فكلاهما يمكن أن يكون خاطباً بنفسه أو بوليّه أو بوكيله. ومن المعروف أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم تلتمس منه أن يتزوجها كما جاءت قصتها في صحيح البخاري¹؛ فعن مسدد، قال: حدثنا مرحوم، سمعت ثابتاً: أنه سمع أنسا رضي الله عنه، يقول: جَاءَتِ امْرَأَةٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَعْرِضُ عَلَيْهِ نَفْسَهَا، فَقَالَتْ: هَلْ لَكَ حَاجَةٌ فِيَّ؟ فَقَالَتْ ابْنَتُهُ: مَا أَقَلَّ حَيَاءَهَا، فَقَالَ: "هِيَ خَيْرٌ مِنْكَ، عَرَضَتْ عَلَيَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَفْسَهَا"²؛ كما أنه قد تُوكَل المرأة من يُخطب لها كما فعلت السيدة خديجة رضي الله عنها فأرسلت نفيسة إلى الرسول صلى الله عليه وسلم تخطبه لها³ كما روى ابن سعد في طبقاته⁴.

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 39.

² أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، رقم الحديث: 6123، كتاب الأدب "باب ما لا يستحيا من الحق للفقهاء في الدين"، ج. 08، دار طوق النجاة، د ذ ب ط، ط. 01، 1422هـ، ص. 29؛ أخرجه أيضاً بسند آخر: ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، سنن ابن ماجه، رقم الحديث: 2001، كتاب النكاح "باب التي وهبت نفسها ل النبي صلى الله عليه وسلم"، ج. 01، دار إحياء الكتب العربية، د ذ ب ط، د ذ س ط، ص. 645.

³ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 39.

⁴ وقد روى ابن سعد في كتابه الطبقات الكبرى -التراجم والطبقات- في هذا الشأن: "أخبرنا محمد بن عمر بن واقد الأسلمي، أخبرنا موسى بن شيبه، عن عميرة بنت عبيد الله بن كعب بن مالك، عن أم سعد بنت سعد بن الربيع، عن نفيسة بنت منية قالت: كانت خديجة بنت خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي امرأة حازمة جلدة شريفة مع ما أراد الله بها من الكرامة والخير، وهي يومئذ أوسط قريش نسبا وأعظمهم شرفاً وأكثرهم مالا، وكل قومها كان حريصاً على نكاحها لو قدر على ذلك قد طلبوها وبذلوا لها الأموال فأرسلتني دسيساً إلى محمد بعد أن رجعت في غيرها من الشام، فقلت: يا محمد، ما يمنعك أن تزوج؟ فقال: ما بيدي ما أتزوج به، قلت: فإن كفيبت ذلك، ودعيت إلى الجمال والمال والشرف والكفاءة ألا تجيب؟ قال: فمن هي؟ قلت: خديجة قال: وكيف لي بذلك؟ قالت: قلت: علي، قال: فأنا أفعل، فذهبت، فأخبرتها، فأرسلت إليه أن ائت لساعة كذا وكذا، وأرسلت إلى عمها عمرو بن أسد ليزوجها، فحضر ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمومته، فوجه أحدهم، فقال عمرو بن أسد: هذا البضع لا يقرع أنفه، وتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ابن خمس وعشرين سنة وخديجة يومئذ بنت أربعين سنة، ولدت قبل الفيل بخمس عشرة سنة"؛ مقتبس عن: أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء البصري البغدادي المعروف بابن سعد، تحقيق: إحسان عباس، الطبقات الكبرى، ج. 01، دار صادر، بيروت، لبنان، ط. 01، 1968، ص. 131-132.

وعلى وجه العموم الخطبة هي: "التماس الزواج من امرأة مُعينة أو رجل معين"¹، ويُعدُّ التماس الزواج من طرف واحد خطبة ناقصة، فلا تتم إلا باتفاق الطرفين، فإذا وُجد الإيجاب قبولاً فهي خطبة تامة تنتج أثرها بين طرفيها وفي مواجهة الغير. لكن بالرغم من ذلك فلا تُعدُّ الخطبة زواجاً بل هي من مقدماته ومراحلها السابقة له، وقد أشار إلى ذلك مشروع الأحوال الشخصية للمسلمين الذي أعده مُجمع البحوث الإسلامية في مادته 01 ضمن الفقرة "أ" منه بالقول: "إنَّ الخطبة ليست زواجاً، ومثلها الوعد بالزواج، وقراءة الفاتحة، وقبض المهر، وقبول الهدايا"²؛ وفي ذات السياق فقد تطرَّق مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، والذي أعدته لجنة خبراء مجلس وزراء العدل العرب لتعريف الخطبة في إطار المادة 01 منه بقوله: "الخطبة طلبُ التزوُّج والوعدُّ به"³.

وأما على الصعيد التشريعات المغاربية، فقد تطرَّق المشرع الجزائري لتعريف الخطبة في إطار قانون الأسرة⁴ في حدود المادة 05 منه بقوله: "الخطبة وعد بالزواج"⁵، ومما يشار إليه أن المشرع الجزائري حافظ حتى بعد التعديل على نفس التعريف السابق للخطبة الذي أدرجه ضمن قانون الأسرة لسنة 1984. وفي ذات السياق عرفها المشرع المغربي ضمن حدود المادة 05 من مدونة

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.39.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع نفسه، ص.40.

³ راجع أحكام المادة 01 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، المعتمد بمجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة المنعقد بجامعة الدول العربية؛ قرار الاعتماد رقم 105-06 المؤرخ في 17/08/1408 هـ-04/04/1988 م.

⁴ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج عدد 24 لسنة 1984 المؤرخة في 12 يونيو 1984؛ المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005، ج.ر.ج عدد 15 لسنة 2005 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

⁵ راجع أحكام المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

الأسرة المغربية¹ بقوله: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج"². وقد أشارت مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة³ بموجب المادة 397 من م.أ.س.م لسنة 2004- إلى تعريف الخطبة ضمن الفصل 02 منها على النحو الآتي: "الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا"⁴. وفي ذات السياق عرفها المشرع

¹ القانون رقم 07.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 المؤرخ في 12 من ذي الحجة 1424 (03 فبراير 2004)، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (05 فبراير 2004)، ص.418؛ الذي تم تعديله بالقانون رقم 08.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.103 بتاريخ 03 شعبان 1431 (16 يوليو 2010)، الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 13 شعبان 1431 (26 يوليو 2010)، ص.3837؛ والذي تم تعديله أيضا بالقانون رقم 102.15 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.2 بتاريخ فاتح (01) ربيع الآخر 1437 (12 يناير 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6433 بتاريخ 14 ربيع الآخر 1437 (25 يناير 2016)، ص.420؛ والذي تم تعديله أيضا بالقانون رقم 65.21 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.21.73 بتاريخ 03 ذي الحجة 1442 (14 يوليو 2021)، الجريدة الرسمية عدد 7008 بتاريخ 18 ذو الحجة 1442 (29 يوليو 2021)، ص.5774.

² انظر، المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

³ عرّفت المرحلة السابقة لصدور مدونة الأسرة المغربية سنة 2004 تطبيق ما يسمى بـ "مدونة الأحوال الشخصية" حيث أُصدر الظهير الشريف رقم 1.57.190 المؤرخ بـ 22 محرم 1377 الموافق 19 غشت 1957 (الجريدة الرسمية عدد 2341 بتاريخ 10 صفر 1377 الموافق لـ 06 شتنبر 1957، ص.1980)، المتعلق بإحداث لجنة لوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي، وقد أشار الفصل الأول من هذا الظهير إلى المهمة المنوطة بما هذه اللجنة بقوله: "تُحدّث تحت رعاية جنابنا الشريف لجنة مختصة تقوم بوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي تكون بمثابة قانون موحد يصبح بمقتضى ظهير يُصدره جنابنا العالي بالله معمولاُ به في سائر محاكم مملكتنا المغربية... الخ"؛ وصدر تبعاً لذلك المرسوم رقم 2.57.1040 المؤرخ بـ 24 محرم 1377 الموافق 21 غشت 1957 (الجريدة الرسمية عدد 2341 بتاريخ 10 صفر 1377 الموافق لـ 06 شتنبر 1957، ص.1980) الذي بموجبه تم تعيين اللجنة المنصوص عليها في الظهير الشريف رقم 1.57.190 المؤرخ بـ 22 محرم 1377 الموافق 19 غشت 1957؛ وبناء على مداوات هذه اللجنة وإجماعها على تقديم مشروع يتعلق بالزواج والحلال ميثاقه؛ فصدر تبعاً لذلك الظهير الشريف رقم 1.57.343 المؤرخ بـ 28 ربيع الثاني عام 1377 الموافق 22 نونبر سنة 1957، والذي تُطبّق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الأول والثاني الملحقين بهذا الظهير الشريف، المتعلق أولهما بالزواج وثانيهما بالحلال ميثاقه (الجريدة الرسمية عدد 2354 بتاريخ 13 جمادى الأولى 1377 الموافق لـ 06 دجنبر 1957، ص.2632)؛ وقد تضمن الفصل الأول من هذا الظهير الشريف التنصيص على أنه: "ستنشر سلسلة كتب في موضوع أحكام الأحوال الشخصية، ويتألف من مجموعها مدونة تحمل اسم: مدونة الأحوال الشخصية"؛ في حين أشار الفصل الثاني من ذات الظهير الشريف إلى تحديد تاريخ الفاتح (01) من يناير 1958 كتاريخ بداية تطبيق الكتاب الأول والثاني الملحقين بالظهير الشريف رقم 1.57.343 سالف الذكر.

⁴ راجع الفصل 02 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية لسنة 1957 - الملغاة بأحكام المادة 397 من م.أ.س.م -

الموريتاني بموجب المادة 03 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية بقوله: "الخطبة طلب الزواج والوعد به"¹.

وتعليقاً على ما سلف الإشارة إليه ضمن هذه التعاريف، فإنه يمكن القول أن تعريفات الخطبة لكلا المشرعين الجزائري في إطار ق.أس.ج؛ والمغربي في إطار م.أس.م تُقرُّ بإرادة كلا الجنسين في إقامة الخطبة، حيث اعتبر المشرع الجزائري الخطبة وعداً وهو الأمر الذي لا يتم بدون توافق إرادتي كلا الخاطبين -الجنسين- وذلك بغض النظر عن إلزامية هذا الوعد وطبيعته القانونية.

كما أن المشرع المغربي أشار صراحة في معرض تعريفه للخطبة إلى أنها تواعد بين رجل وامرأة، وهو الأمر الذي يتوافق مع مبدأ المساواة الذي كرسته شتى الإعلانات والمعاهدات، وكذا الاتفاقيات والمواثيق الدولية والإقليمية الناشئة في مجال إقرار حقوق الأفراد وحمايتهم، وكذا الرامية لتحقيق وإقرار مبدأ المساواة بين الجنسين -الرجل والمرأة/ الزوج والزوجة- في مختلف مراحل إنشاء الأسرة والحفاظ على ديمومتها.

فعلى الصعيد الدولي، نذكر ما تَضَمَّنَه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان² في مادته 16 التي جاء فيها: "للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق الزواج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما مُتساويان في الحقوق لدى الزواج وخلال قيام الزواج ولدى

¹ راجع أحكام المادة 03 من القانون رقم 052-2001 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 1004 المؤرخة في 15 أغسطس 2001.

² الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948، وإنضمت إليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور سنة 1963 التي جاء فيها: "توافق الجمهورية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتنضم إلى كل منظمة دولية تستجيب لمطامح الشعب الجزائري وذلك اقتناعاً منها بضرورة التعاون الدولي"؛ ج.ر.ج عدد 64 المؤرخة في 10/09/1963 (نص الآلية غير منشور بالجريدة الرسمية الجزائرية).

انحلاله... الخ"، وكذا ما أشارت إليه صراحةً اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة¹ (CEDAW) في مادتها 16 حيث جاء فيها: "1. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

أ. نفس الحق في عقد الزواج،

ب. نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل،

ج. نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه... الخ"، وإلى جانب ذلك فقد

كرس إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة² في مادته 06 هو الآخر مبدأ المساواة في مجال إنشاء عقد الزواج، وهو ما ينطبق على تعريف الخطبة كمرحلة سابقة تندرج ضمن مراحل إنشاء

¹ إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "CEDAW" اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/180 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979، على أن يكون تاريخ نفاذها بداية من 03 أيلول/سبتمبر 1981. وقد صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ 02 رمضان عام 1416 الموافق لـ 22 يناير سنة 1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ على المواد: (02، 09 فق 02، 15 فق 04، 16، 29) إلى إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر.ج عدد 06 المؤرخة في 24 يناير سنة 1996. وصدر كذلك عن الجزائر المرسوم الرئاسي رقم 08-426 المؤرخ في 30 ذي الحجة عام 1429 الموافق لـ 28 ديسمبر سنة 2008، المتضمن رفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة 2.9 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر.ج عدد 05 المؤرخة في 21 يناير سنة 2009.

ومن جانب المغرب، فقد قام بإيداع أدوات التصديق في 21 يونيو 1993 حيث صادق على هذه الإتفاقية بتحفظ على المواد (02، 09 فق 02، 15 فق 04، 16، 29) بموجب الظهير الشريف رقم 4-93-2 الصادر في 14 يونيو 1993، لتدخل حيز النفاذ بعد نشرها بموجب الظهير الشريف رقم 1.93.361 الصادر في 29 من رمضان 1421 (26 ديسمبر 2000) بنشر إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979، الجريدة الرسمية عدد 4866 بتاريخ 23 شوال 1421 (18 يناير 2001)، ص.226؛ وصدر كذلك عن المغرب الظهير الشريف رقم 1.11.51 صادر في فاتح رمضان 1432 (02 أغسطس 2011) بنشر الإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المضمنة في البندين 1 و 2 من الفقرة "ب" من وثائق الانضمام إلى إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979، الجريدة الرسمية عدد 5974 بتاريخ 02 شوال 1432 (فاتح -01- سبتمبر 2011).

² إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 2263 (د-22) المؤرخ في 07 تشرين الثاني/نوفمبر 1967، مقتبس عن: موقع جامعة منيسوتا "مكتبة حقوق الإنسان"، تاريخ الولوج: 2020/08/31، التوقيت: 22:47،

الموقع: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b021.html>

وإبرام عقد الزواج؛ حيث جاء فيه ما يلي: "تتخذ جميع التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي الزوجين في المركز، ولا سيما ما يلي:

أ. يكون للمرأة، سواء بسواء مع الرجل، حق اختيار الزوج بملء حريتها وعدم التزوج إلا بمحض رضاها الحر التام؛

ب. تتساوى المرأة مع الرجل في الحقوق وأثناء قيام الزواج وعند حلّه... الخ".

الفرع الثاني

مشروعية الخطبة

تتجلى الحكمة من وراء تشريع الخطبة كمقدمة للزواج، في كونها مرحلة تتيح إظهار وإعلان الرغبة في الزواج. كما أنها وسيلة لتحقيق مقاصد الزواج وغاياته، فهي تمكّن لكلا الطرفين فترة زمنية تتيح حسن اختيار الشريك، وتحقيق الرضا به؛ مما يديم المودة والألفة والوفاق بين الزوجين مستقبلاً. وبالتالي تبقى الخطبة مرحلة مهمة للشريكين - الخطيبين - لاسيما من حيث تسهيل وإتاحة التعارف بين الخاطب والمخطوبة - الجنسين - وهي كذلك فرصة لتكوين الاقتناع الذاتي لدى كل طرف بالآخر، والسؤال عن الطرف الآخر، بما يسمح بالوقوف على صفات وسمات كل واحد كالتدين والأخلاق والسييرة والصلاح، وهو ما يؤسس أيضا لاكتشاف الميل النفسي من عدمه. فالزواج كأصل عام رابطة نفسية تقوم على عوامل ذاتية وشعورية أكثر من كونه عقداً مالياً أو مصلحياً. ويبقى كل هذا في سبيل المضي نحو إجراء عقد النكاح وإتمامه، أو التوقف والعدول عنه¹.

¹ جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص. 23-24.

ومن منطلق مشروعية الخطبة بالكتاب والسنة والإجماع، فإنه تتجلى أيضا الحكمة وراء مشروعيتها في أنها سبيل لتحقيق إعفاف المرء لنفسه وزوجه عن الوقوع في المحرمات، وكذا حفظ النوع الإنساني من الزوال والانقراض، عن طريق التناسل والإنجاب ومنه بقاء النسل وحفظ الأنساب في إطارها المشروع¹.

وعلى وجه العموم تُعدُّ الخطبة مشروعاً بالكتاب، ومن ذلك نذكر قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ۝١﴾ وَعَاتُوا أَيْتَمَ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَبَدَّلُوا الْخَيْثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا ۝٢﴾ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ آدَنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ۝٣﴾، وقوله تعالى أيضا: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ۝٤﴾³.

وأما من السنة النبوية المطهرة، فقد ورد في سنن النسائي ما حدث به قتيبة، قال: حدثنا غندر، عن هشام، عن محمد عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَىٰ خِطْبَةِ أَخِيهِ"⁴. كما أخرج أبو داود في سننه ما حدثه به مسدد، قال: حدثنا عبد الواحد بن زياد، حدثنا محمد بن إسحاق، عن داود بن حصين، عن واقد بن عبد الرحمن يعني ابن سعد بن معاذ، عن جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِذَا خَطَبَ

¹ دار العلوم، الزواج والطلاق في...، المرجع السابق ص.11.

² سورة النساء، الآيات 01-03.

³ سورة البقرة، الآية 235.

⁴ أخرجه أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، المجتبى من السنن "السنن الصغرى للنسائي"، رقم الحديث: 3242، كتاب النكاح "النهي أن يخاطب الرجل على خطبة أخيه"، ج.06، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، 1986، ص.73.

أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ، فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ، قَالَ: فَحَطَبْتُ جَارِيَةً فَكُنْتُ أَنْجَبًا لَهَا حَتَّى رَأَيْتُ مِنْهَا مَا دَعَانِي إِلَى نِكَاحِهَا وَتَزَوُّجِهَا فَتَزَوَّجْتُهَا"¹.

إضافة لذلك فقد ورد في سنن ابن ماجة ما حدث محمد بن عبد الله بن سابور الرقي قال: حدثنا عبد الحميد بن سليمان الأنصاري، أخو فليح، عن محمد بن عجلان، عن ابن وثيمة النصرى، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِذَا أَتَاكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ خُلُقَهُ وَدِينَهُ فَزَوِّجُوهُ، إِلَّا تَفَعَّلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ"².

ومن هذا المنطلق، يمكن القول أو الخلوص إلى أن الخطبة ليست شرطاً لصحة الزواج؛ أو ركناً من أركانه، فلو تم بدونها كان صحيحاً، أما حكمها فهو الإباحة عن جمهور الفقهاء؛ وأما الرأي عند الشافعية فهو أن الخطبة حكمها الندب لا الإباحة لفعله صلى الله عليه وسلم حيث حَظَبَ عائشة بنت أبي بكر الصديق، وَحَطَبَ حفصة بنت عمر رضي الله عنهم³. وفي هذا السياق ورد في صحيح البخاري ما حدثه به عبد الله بن يوسف، قال: حدثنا الليث، عن يزيد، عن عراك، عن عروة، أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب عائشة إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر: إنما أنا أخوك، فقال: "أَنْتَ أَخِي فِي دِينِ اللَّهِ وَكِتَابِهِ، وَهِيَ لِي حَلَالٌ"⁴.

¹ أخرجه أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السنجستاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، سنن أبي داود، رقم الحديث: 2082، كتاب النكاح "باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها"، ج. 02، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، د ذ س ط، ص. 228.

² أخرجه ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، المرجع السابق، رقم الحديث: 1967، كتاب النكاح "باب الأكلفاء"، ج. 01، دار إحياء الكتب العربية، ص. 632.

³ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 41.

⁴ أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 5081، كتاب النكاح "باب تزويج الصغار من الكبار"، ج. 07، ص. 05.

ومما يشار إليه في الأخير أيضاً، أنه قد انعقد الإجماع على جواز الخطبة، وتعارف الناس على خطبة المرأة قبل الزواج بها¹.

الفرع الثالث

شروط صحة الخطبة

يشترط على وجه العموم لجواز وصحة الخطبة شرطان أساسيان؛ وهما على التوالي:

أولاً: خلو المرأة من الموانع الشرعية.

ويقصد بذلك أن تكون المرأة محل الخطبة خالية من أي مانع شرعي للزواج في الحال²، فلا تجوز الخطبة من أيٍّ أحد ولا بكل امرأة، كما أنها لا تجوز في كل وقت، والقاعدة العامة أن من يصح منه الزواج في الحال تصح الخطبة منه لإتمام الزواج في الاستقبال.

فكل موانع الزواج، سواءً كانت إلى الأبد أو إلى أمد - مؤقتة - تُعدُّ موانع للخطبة، فالمحرمات على التأييد مثل زوجة الابن والأم والأخت وزوجة الأب لا يجوز خطبتهن وهو مانع لا يزول أبداً؛ أما المحرمات على التأقيت مثل زوجة الغير، والمشركة، والمطلقة ثلاثاً بالنسبة لمطلقها، لا يجوز خطبتهن حتى يزول المانع، وهو مانع يرجى زواله³.

¹ جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص.23.

² الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.27.

³ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.41.

ولعلَّ الحكمة من ذلك تتجلى في كون الخطبة مرحلة سابقة للزواج الحلال والصَّحيح، وكل ما قد يَثُوب من حرمة يجعل ما بني على باطل باطلاً، فكل زواج بالمحرّمات حرام، وعليه فكل وسيلة تؤدي إلى الحرام تعد هي الأخرى بالتبعية حراماً¹.

وفي هذا الشأن نشير إلى أن خطبة النساء نوعان:

أ- **الخطبة بالتصريح**: وهو ما يقطع بالرغبة في النكاح²، ولا يحتمل غيره كقول الخاطب أريد أن أتزوجك أو أرغب بالزواج منك³. وبالتالي تكون بإبداء الرغبة فيها صراحة⁴، من خلال إظهار الخاطب رغبته صراحةً في الإرتباط بالمرأة والتعبير عن ذلك بما لا يحتمل سواه⁵.

ب- **الخطبة بالتعريض**: ويقصد بالتعريض ذكر لفظ يحتمل معنى الخطبة بشكل غير مباشر⁶. وبالتالي، فإنه يُفهم من كلامه أنه يريد الزواج مع أن الدلالة تحتل الزواج وغيره⁷.

وفي هذا الشأن، يعرف الشافعية الخطبة بالتعريض بأنها: "ما يحتمل الرغبة في النكاح وغيره"، كأن يقول: ربّ راغب فيك أو في نكاحك، وأيضاً: إذا حللت فأذني⁸.

وبالتالي، فالخطبة تعريضاً تقوم على مجموعة قرائن يُفهم منها ضمناً الزواج وغيره، ويكون ذلك بمخاطبة المرأة مباشرة، كالقول: إنك جديرة بالزواج، أو يسعد بك صاحب الحظ... الخ⁹؛

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 27.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 41.

³ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 28.

⁴ أماني على المتولى، المرجع السابق، ص. 24.

⁵ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 31.

⁶ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 28.

⁷ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 41.

⁸ أنظر، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري أبو العباس نجم الدين المعروف بابن الرفعة، تحقيق: مجدي محمد سرور باسليم، كفاية النبي في شرح التنبيه، ج. 13، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط. 01، 2009، ص. 151.

⁹ أماني على المتولى، المرجع السابق، ص. 24؛ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 28.

وعليه تكون الخطبة تعريضاً أو كنايةً بأن يذكر الخاطب كلاماً محتملاً لأكثر من معنى، وبتفصيل أدق هو ذكر شيء مقصود بلفظ حقيقي أو مجازي أو كنائي ليدل على شيء آخر لم يذكر في الكلام¹.

ومما يمكن الإشارة إليه أن الفقهاء قد اتفقوا على أنه عند الخلو من الموانع، فالخطبة تعد جائزة تعريضاً وتصريحاً، وقد تعرض الفقهاء في هذا السياق بالتفصيل لخطبة المعتدة بحكم أنها تكتسي بعض الأحكام الخاصة، نُوجِزه فيما يأتي²:

1. المعتدة من طلاق رجعي: يجوز للزوج في الطلاق الرجعي إعادة الزوجة إلى عصمته وقت ما شاء - في فترة العدة الرجعية - بغير عقد ولا مهر جديدين ودون رضاها، وقد أجمع العلماء على أن المعتدة من طلاق رجعي لا يُجوز خِطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً³، فهي كالزوجة، أو هي زوجة حُكماً، وعليه فخِطبتها تُعتبر تعدياً على حق من حقوق الزوج الأول، ومما يشار إليه أن حرمة خِطبة الرجعية تظل ثابتة ولو أذن الزوج بذلك، فليس التحريم حقاً خالصاً للزوج فقط، بل فيه حق لله تعالى⁴.

¹ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 31-32.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 41.

³ انظر، سيد سابق، فقه السنة، ج. 02، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط. 03، 1397هـ/1977م، ص. 25؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي "الشهير بالماوردي"، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي "شرح مختصر المزني"، ج. 09، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1999، ص. 247؛ أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج. 05، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط. 01، 1997، ص. 388؛ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج. 04، دار الكتاب الإسلامي، د ذ ب ط، ط. 02، د ذ س ط، ص. 164.

⁴ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 42؛ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 27؛ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 37.

2. المعتدة من طلاق بائن: يكون الطلاق البائن على نوعين:

أولهما بائن بينونة صغرى؛ حيث يستطيع الزوج في هذه الحالة أن يُعيد المرأة إلى عصمته مرة أخرى بعقد ومهر جديدين، دون أن تتزوج زوجاً آخر¹. وثانيهما بائن بينونة كبرى؛ وهي المطلقة ثلاثاً، فلا يجوز لزوجها الأول الزواج بها إلا بعد أن تتزوج من غيره زوجاً كاملاً بدخول حقيقي، ثم يُفارقها الزوج الثاني بوفاة أو طلاق، وتنقضي عدتها منه².

وقد أجمع العلماء على تحريم التصريح بخطبة المعتدة من طلاق بائن³، في حين اختلفوا في خطبتها بالتعريض، فقد ذهب المالكية والشافعية في الأظهر عندهم؛ وكذا الحنابلة، إلى أنه يجوز التعريض بخطبة المعتدة البائن سواء كان بائناً بينونة صغرى أو كبرى، فالطلاق البائن يقطع رابطة الزوجية، وبذلك لا يكون في خطبة المرأة تعريضاً اعتداءً على حق الزوج المطلق، لانقطاع سلطته على الزوجة⁴، ويستدلون على ذلك من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾⁵، وأما من السنة فقد جاء في صحيح مسلم ما حدثه به أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، عن أبي بكر بن أبي الجهم بن صخير العدوي، قال: سمعت فاطمة بنت قيس، تقول: إن زوجها طلقها ثلاثاً، فلم يجعل لها رسول الله صلى الله

¹ سيد سابق، المرجع السابق، ص. 277؛ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 42.

² أنظر، وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 09، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط. 04، د ذ س ط، ص. 6956؛ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 42.

³ انظر، أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي المشهور بـ "البكري"، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين "حاشية على فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين"، ج. 03، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د ذ ب ط، ط. 01، 1997، ص. 310.

⁴ انظر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج. 12، دار السلاسل، الكويت، ط. 02، د ذ س ط، ص. 249؛ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه...، المرجع السابق، ج. 09، ص. 6499.

⁵ سورة البقرة، الآية 235.

عليه وسلم سكنى، ولا نفقة، قالت: قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِذَا حَلَّتِ قَاذِنِي¹"، وهذا تعريض بخطبتها في عدتها، ولا نقطاع سلطة الزوج عليها².
 في حين ذهب الحنفية إلى عدم جواز التعريض بخطبة المعتدة البائن لما في ذلك من إفضاء لعداوة الزوج المطلق³، كما أن فقهاء الحنفية يعلقون عدم جواز ذلك بالنظر لحق الزوج المطلق الذي لم ينقطع بعد، إذ له الحق في أن يتزوج المطلقة -البائن بينونة صغرى- من جديد ولو في عدتها بعقد جديد⁴، كما يضيفون أن المطلقة -البالغة العاقلة الحرة المسلمة المعتدة من زواج صحيح- ولو كانت بائناً فإنه لا يجوز لها الخروج من بيت الزوجية⁵؛ ويستدلون في ذلك بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّفُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۗ﴾⁶؛ وبالتالي فإنه لا يمكن التعريض لها على وجه لا يخفى على الناس⁷.

¹ أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري في صحيحه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، رقم الحديث: 1480/47، كتاب الطلاق "باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها"، ج. 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ذ س ط، ص. 1119.

² انظر، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بـ "ابن قدامة"، المغني لابن قدامة، كتاب النكاح "باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك"، ج. 07، مكتبة القاهرة، د ذ ب ط، 1388هـ/1968م، ص. 147؛ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية لدولة الكويت، المرجع السابق، ج. 19، دار السلاسل، ص. 193.

³ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية لدولة الكويت، المرجع السابق، ج. 19، دار السلاسل، ص. 193؛ سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، تحقيق: أحمد عزو، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ج. 02، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط. 01، 2002، ص. 488.

⁴ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 37.

⁵ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه...، المرجع السابق، ج. 09، ص. 7198.

⁶ سورة الطلاق، الآية 01.

⁷ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 37.

3. المعتدة من وفاة: اتفق جمهور الفقهاء على جواز التعريض بخطبة المعتدة المتوفى عنها زوجها¹، سواءً جاء التعريض منها أو من الراغب في زواجها²، وبالمقابل فلا يباح خطبتها بالتصريح ما دامت معتدة من الوفاة³، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾⁴، ومما لا شك أن تحريم التصريح بخطبتها جاء مراعاةً للزوج المتوفى، وللإحداذ الضروري⁵، أما التعريض بخطبتها فقد أُبيح لأمرين:

- انقطاع سلطة الزوج بعد وفاته، مما يترتب عنه انتهاء الحياة الزوجية للأبد⁶.
- عدم الخشية من محاولة التخلص من عدة الوفاة لأنها تتحدد بوقائع مادية هي: وضع الحمل، أو مرور أربعة أشهر وعشراً؛ وهي على العموم وقائع لا يؤخذ فيها بشهادة المعتدة بل بوضع الحمل أو مرور الوقت المحدد⁷.

¹ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية لدولة الكويت، المرجع السابق، ج.19، دار السلاسل، ص.192؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي "المعروف بالخطاب الرُعيني المالكي"، مواهب الجليل...، المرجع السابق، ص.417؛ محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف بـ "بدر الدين العيني الحنفى"، تحقيق: أيمن صالح شعبان، البناية شرح الهداية، ج.05، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.01، 1420هـ/2000م، ص.624؛ عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي ركن الدين "الملقب بإمام الحرمين"، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، نخبة المطلب في دراية المذهب، ج.12، دار المنهاج، د.ب.ط.، ط.01، 2007، ص.272؛ زين الدين المَحَنِّي بن عثمان بن أسعد ابن المنجى التنوخي الحنبلي، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهب، المتمتع في شرح المقنع، ج.03، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، السعودية، ط.03، 2003، ص.542.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.43.

³ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.28.

⁴ سورة البقرة، الآية 235.

⁵ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.43.

⁶ سيد سابق، المرجع السابق، ص.25.

⁷ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.43.

ثانياً: ألا تكون مخطوبة للغير خطبة شرعية.

يشترط أيضاً في المرأة التي يجوز خطبتها ألا تكون مخطوبة للغير¹، فقد أجمع العلماء على تحريم الخطبة الثانية على الخطبة الأولى متى تم التصريح بالإجابة، ولم يأذن الخاطب الأول أو يترك هذا الأخير الخطبة²، وفي هذا الشأن ورد في صحيح مسلم ما حدث به أبو الطاهر، أخبرنا عبد الله بن وهب، عن الليث وغيره، عن يزيد بن أبي حبيب، عن عبد الرحمن بن شماس، أنه سمع عقبة بن عامر، على المنبر يقول: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "المؤمن أخو المؤمن، فلا يحل للمؤمن أن يتتاع على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يدّر"³؛ كما ورد في ذات السياق في صحيح البخاري ما حدث به مكّي بن إبراهيم، حدثنا ابن جريج، قال: سمعت نافعاً يحدث: أن ابن عمر رضي الله عنهما، كان يقول: "هَي النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، حَتَّى يَتْرَكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ"⁴، والمقصود في معنى هذه الأحاديث إنما هو الخطبة التامة وليس مجرد إبداء الرغبة من طرف دون إجابة الطرف الآخر⁵، فإذا وافقت المخطوبة على الخطبة، فلا يحق للخاطب آخر التقدم لخطبتها وهو عالم بخطبتها للغير⁶، وإلى ذلك ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة؛ واشتروا لتحريم الخطبة الثانية أن يكون الخاطب الأول قد أُجيب، ولم يترك ولم يُعرض ولم يأذن للخاطب

¹ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.32.

² أماني على المتولى، المرجع السابق، ص.25.

³ أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المرجع السابق، رقم الحديث: 1414/56، كتاب النكاح "باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه، حتى يأذن أو يترك"، ج.02، دار إحياء التراث العربي، ص.1034.

⁴ أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 5142، كتاب النكاح "باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع"، ج.07، ص.19.

⁵ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.44.

⁶ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.28.

الثاني، وعلمَ هذا الأخير بخطبة الأول وإجابته؛ ومما لا شك فيه أن اشتراط العلم ضرورة، لأن الخاطب معذور بجهله¹.

أما إذا رفضت الخطبة صراحةً فجاز لأي خاطب أن يتقدم لخطبتها لزوال المانع بالرفض، وأما إذ سكتت المخطوبة ولم يوجد صراحة ما يدل على صريح القبول، ولا صريح الرفض؛ فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فأباح الشافعية في قول لهم جواز خطبتها، لأن السكوت يُعتبر رفضاً ضمنياً، ولأنه مع تردها لم يثبت للخاطب الأول حق حتى تُعدَّ الخطبة الثانية إبداءً له؛ في حين يرى المالكية والأحناف بعدم جواز التقدم لخطبتها، ذلك أن سكوتها لا يدل على الرفض، فربما هي فترة تتحرى فيها عن الخاطب الأول، وبالتالي فتقدم الخاطب الثاني قد يمنعها من الاستمرار في التحري عن الأول، فيكون في تقدمه -الخاطب الثاني- اعتداء على الأول وتشويش على حقه²؛ وعلى وجه فالعموم السؤال المطروح هنا: ما حكم الزواج بعد الخطبة المحرمة؟

في هذا الشأن يذهب جمهور الفقهاء -الأحناف والشافعية والحنابلة- إلى صححة الزواج بعد الخطبة المحرمة لأن الخطبة ليست شرطاً في صححة الزواج، ولا ركناً من أركانه، فلا تُؤثر فيه، وإنما يقع الزواج صحيحاً على الرغم من الخطبة المحرمة. إلا أن الإثم يلحق الرجل والمرأة لمخالفتهمَا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم³.

وعليه لا يقتضي الحال هنا حسب أبي حنيفة والشافعية فسخ العقد؛ في حين يرى الإمام مالك بخلافهم؛ وذلك بأن يُفسخ العقد قبل الدخول، ولا يُفسخ بعده، وقال ابن القاسم: إنما معني النهي إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح، وأما إذا كان الأول غير صالح والثاني

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.44.

² الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.28-29.

³ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.45.

صالحاً جازت الخطبة الثانية¹. وكل ذلك مقرون بتمام الخطبة الأولى، حيث متى كانت المسألة محل مشاورة أو تردد، فالأصح عدم التحريم².

وفي هذا الشأن فقد أباح الجمهور الخطبة الثانية استناداً لقصة فاطمة بنت قيس؛ فقد ورد في صحيح مسلم عن فاطمة بنت قيس، أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة، وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير، فسخطته، فقال: والله ما لك علينا من شيء، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فذكرت ذلك له، فقال: "لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ"، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك، ثم قال: "بِئْسَ امْرَأَةٌ يَغْشَاهَا أَصْحَابِي، اعْتَدِي عِنْدَ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ، فَإِنَّهُ رَجُلٌ أَعْمَى تَضَعِينَ ثِيَابَكَ، فَإِذَا حَلَلْتَ فَأَذِنِي"، قالت: فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان، وأبا جهم خطباني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أَمَّا أَبُو جَهْمٍ، فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ، أَنْكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ"³.

ومن هذا المنطلق يستدل على جواز تقدم أكثر من خطيب واحد، إذا لم تقبل المرأة الخطبة، وعلى كل حال فإن الآداب الإسلامية تقتضي التريث والمشاورة إلى غاية نهاية فترة التردد، وذلك حتى يُحَافَظَ على صلة الود بين الناس، والابتعاد عن زرع العداوة والأحقاد في النفوس⁴.

ويبقى الرأي الرَّاجح في هذه المسألة هو رأي جمهور الفقهاء، وهو ما أخذت به أغلب التشريعات العربية حتى ولو خالفت المذهب الفقهي السائد في الدولة⁵؛ وفي ذات السياق

¹ أنظر، أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.03، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، ط.01، 1415هـ/1994م، ص.09.

² أماني على المتولى، المرجع السابق، ص.26.

³ أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المرجع السابق، رقم الحديث: 1480/36، كتاب الطلاق "باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها"، ج.02، دار إحياء التراث العربي، ص.1114.

⁴ أماني على المتولى، المرجع السابق، ص.26.

⁵ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.45.

وبالرّجوع لموقف كلا المشرّعين الجزائري والمغربي بشأن هذه المسألة، فإن الأمر يستدعي اللجوء لإحالة المادتين 222 ق.أس.ج¹، و400 م.أس.م² على أحكام الشريعة الإسلامية؛ وأمام الاختلاف الذي تعرفه شتى المذاهب الفقهية، يبقى رأي جمهور الفقهاء وهو الأقرب والأنسب، والذي يتوافق مع الفلسفة التي تبناها كلا المشرعين الجزائري والمغربي في صياغة نصوص تشريعاتهما الأسرية، وكذا بالنظر لتكريس هذا الرأي لمبادئ المساواة والعدالة بين الجنسين. وهو الأمر الذي يتماشى كذلك ومبدأ المساواة بين الجنسين المكرّس ضمن الاتفاقيات والمواثيق الدولية السّاهرة على تجسيده ضمن التّشريعات الأسرية للدّول وفي شتى مناحي الحياة الأخرى، على غرار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW)، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان... الخ.

وبعد الوقوف على مدى تأثير مبدأ المساواة المستقى من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية على تعريف الخطبة، ومشروعيتها وكذا شروط صحتها، فإنه سيتم التعرض لأثر هذا المبدأ على التكييف الشرعي والقانوني للخطبة كمرحلة تمهيدية لإبرام عقد الزواج.

المطلب الثاني

أثر مبدأ المساواة على التكييف الشرعي والقانوني للخطبة

اختلف فقهاء القانون في تكييف الخطبة، وكذا تحديد طبيعتها الشرعية والقانونية؛ فذهب البعض منهم إلى اعتبارها عقداً ملزماً لطرفيها؛ في حين اتجه البعض الآخر إلى اعتبارها مجرد وعد

¹ تنص أحكام المادة 222 ق.أس.ج المعدلة والمنتممة على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

² تنص المادة 400 م.أس.م المعدلة والمنتممة على أنه: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يُراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف".

بالزواج، وبذلك فهي لا ترقى لمرتبة العقد، ولا تكتسي طابعه الإلزامي. وعلى هذا الأساس نتطرق في إطار هذا المطلب للرأي القائل بالطبيعة العقدية للخطبة (الفرع الأول)، وكذا الرأي الذي يعتبر الخطبة مجرد وعد غير ملزم (الفرع الثاني)؛ وبين الرأيين السابقين نستظهر الموقف الذي تبناه كلا المشرعين الجزائري والمغربي بشأن هذه المسألة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تكييف الخطبة على أساس العقد

يرى هذا الاتجاه الفقهي أن الخطبة ترقى إلى كونها عقداً، ويُسقطن أحكام العقد على ما يدور بين الخطيبين من إيجاب وقبول¹؛ فيرون أن تطابق إرادة الطرفين يعدُّ من قبيل العقد، لدرجة أن بعضهم يعرف الخطبة بأنها: "عقد علني ذو صبغة دينية يتبادل فيه رجل وامرأة الوعد بالزواج الآجل"².

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.53؛ عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص.26.

² انظر، مقننة مبروكة، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص.23.

وفي ذات السياق يَصِفُ بعض الفقه الآخِر الخُطبة بأنّها عقد تمهيدي¹، هذا الأخير -العقد التمهيدي- يهدف لتمهيد عقد الزواج الذي قد يتم إبرامه أو لا يتم ذلك، فهو يبقى أمراً راجعاً لإرادة الطرفين².

ويستند هذا الاتجاه الفقهي في تكييفه للخُطبة على أنّها عقد على أساسين هما:

أولاً: الأساس التاريخي.

يتلخص مضمون هذا الأساس في كون الخُطبة تقليداً قديماً، تعود أصوله وجذوره ضاربة في التاريخ إلى ما قبل ظهور النظام القانوني الروماني³؛ وكذا القانون الكنسي، حيث كان يتم الزواج على مرحلتين؛ يتم في مرحلة الخُطبة -المرحلة الأولى- تبادل الرضا بشأن الزواج وما فيه من

¹ يرى بعض الفقه (على غرار الأستاذ عبد الرزاق الشيخ) أنه: "على الرغم من وجود نقط إلتقاء مشتركة بين الوعد بالتعاقد والعقد التمهيدي، وهي أن كليهما يشكل إحدى المراحل السابقة على إبرام العقد النهائي، فإن هناك إختلافاً واضحاً بينهما.

فالوعد هو قبل كل شيء عقد تام وكامل ولا ينقصه سوى موافقة المستفيد. إنه عقد حددت فيه جميع العناصر اللازمة لإتفاقه، واستوفى الشرائط الشكلية المطلوبة. وحسب الموعد له إبداء رغبته ليصبح المتعاقدان أمام إتفاق نهائي ملزم.

أما العقد التمهيدي فليس من شروطه الإتفاق على المسائل الجوهرية. حتى وإن إتفق الأطراف على هذه المسائل، فإن إتفاقهم ليس نهائياً، ويحتفظ كل منهما بإمكانية المساومة والأخذ والرد إلى أن يتم إبرام العقد النهائي، من هنا فإن جوهر الخلاف بينهما يتركز في نقطة أساسية وهي أن الوعد هو عقد كامل وملزم، في حين أن العقد التمهيدي هو عقد غير كامل وغير ملزم بإبرام العقد النهائي. فإذا تخلف الواعد على تنفيذ العقد الموعد به، جاز للموعد له أن يطلب من القضاء تنفيذ الموعد به. أما لو تخلف المتعاقد في العقد التمهيدي عن إحترام ما أبدى رغبته واستعداده لإبرامه أو التفاوض حوله، فإن المتعاقد لا يستطيع إلزام الآخر بتنفيذ عقده؛ مقتبس عن: محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، ط.04، 2010، ص.60-61.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.53.

³ كانت الخُطبة في العهد الروماني تخضع لبعض القيود الشكلية والموضوعية، فإذا تمّت الخطوبة ولو شكلياً فإنه يصحُّ لكل من الخاطبين المطالبة بتنفيذ الزواج، فضلاً عما عن أنه كان لكل منهما الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل نتيجة العدول عن الزواج بغير دواعٍ صحيحة؛ مقتبس عن: أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط.02، 2005، ص.50.

شروط، وهي بذلك تحدد شكل العقد الذي يلتزم بمقتضاه المتعاقدان بتنفيذ ما اتفقا عليه؛ في حين يتم في المرحلة الثانية زفُّ المرأة إلى زوجها¹.

ثانيا: الأساس القانوني.

يؤسس هذا الاتجاه رأيه بإسقاط أحكام العقد على الخطبة باعتبارها واقعة قانونية²، بحيث يُضيفون صفة العقد على الوعد بالزواج³، فيقولون بأن العقد يُعرّف حسب ما جاء في المادة 54 من القانون المدني الجزائري⁴ بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص آخر أو عدة أشخاص آخرين بالقيام بمنح أو فعل أو عدم شيء ما"⁵، وهو ما يتوافق مع التعريف الذي جاء ضمن أحكام المادة 1101 المعدلة من القانون المدني الفرنسي⁶، ويضاف إلى ذلك أن أحكام المادة 1103 من ذات القانون⁷ تشير إلى أن الاتفاقات التي تتم على وجه شرعي تقوم مقام القائون لمن عقدها⁸.

وما يشار إليه أنه بحكم أن الخطبة مستوفية لكل شروط العقد ومتطلباته؛ فإنه يترتب تبعاً لتكييفها على أساس أنها عقد جملة من النتائج نذكر منها:

¹ مقنّانة مبروكة، المرجع السابق، ص.23؛ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.54.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.54.

³ مقنّانة مبروكة، المرجع السابق، ص.24.

⁴ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، ج.ر.ج عدد 78 المؤرخة في 30/09/1975؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق لـ 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج عدد 44 المؤرخة في 26 يونيو سنة 2005، المعدل والمتمم.

⁵ راجع أحكام المادة 54 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁶ Art 1101 du Code Civil Français : " Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ".

⁷ Art 1103 du Code Civil Français : " Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits".

⁸ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.54.

- تترتب المسؤولية العقدية جراء فسخ الخطبة - باعتبارها عقداً - وليس المسؤولية التقصيرية.

- يعتبر الفسخ المقرر بشأن الخطبة مشابهاً للفسخ في العقود الملزمة لجانبين.
 - يترتب على قيام المسؤولية العقدية بشأن العقود التبادلية المطالبة بالتنفيذ العيني، فإن تعذر هذا الأخير جاز الحكم بالتعويض¹.

ومن خلال ما سبق، فإن البعض يذهب للقول بأن رأي هذا الاتجاه الفقهي قد جانب الصواب، ذلك أن الأصح أن الخطبة لا تعدو عن كونها وعداً بالزواج؛ وبذلك فهي لا ترقى لكونها عقداً، فهي لا تُنشئ التزامات في ذمة الطرفين²، لاسيما فيما تعلق بإتمام وإبرام عقد الزواج، ذلك أن رضائية الخطبة تجعل من العدول حقاً مُتبادلاً بين طرفيها³، وهو بالتالي أمر طبيعي متى رفض أحد الطرفين - الخطيبين - أو كلاهما إتمام عقد الزواج⁴.

¹ مقننة مبروكة، المرجع السابق، ص.24.

² نص المشرع المغربي ضمن الفصل 14 من الفرع الثاني الموسوم بـ "التعبير عن الإرادة" من الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول لقانون الالتزامات والعقود المغربي؛ الصادر بموجب ظهير 09 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود المغربي، المعدل والمتمم بعدة تعديلات؛ أهمها: تم بموجب القانون رقم 24.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.140 الصادر في 16 رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 (22 سبتمبر 2011)، ص.4678؛ وآخرها: تم بموجب القانون رقم 31.18 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.114 بتاريخ 7 ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019)، ج.ر.م عدد 6807 بتاريخ 24 ذو الحجة 1440 (26 أغسطس 2019)، ص.5885.

حيث جاء في الفصل 14 سالف الذكر على أنه: "مجرد الوعد لا ينشئ إلتزاماً"؛ وقصد بمفهوم الوعد في هذا السياق كل وعد مجرد من شروطه.

³ وفي هذا السياق نص المشرع الجزائري صراحة على جواز العدول عن الخطبة ضمن المادة 05 فق 02 ق.أس.ج بقوله: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"؛ كما نص المشرع المغربي هو الآخر على ذات المبدأ ضمن المادة 06 م.أس.م بقوله: "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها".

⁴ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.54.

الفرع الثاني

تكييف الخطبة على أساس الوعد

وعلى النقيض من الاتجاه الأول، يذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الخطبة مُجَرَّد وعد بالزواج؛ وبالتالي فهي لا ترقى لكونها عقداً، كما أنها لا تتمتع بالصيغة الإلزامية ولا القيمة القانونية، وما هي إلا مقدمة من مقدمات الزواج¹، فحتى وإن كانت إرادة الطرفين -الخطيبين- متطابقة، إلا أنها تبقى غير نهائية. وإنما تنصبُّ على مجرد إبداء الرغبة المتبادلة في إعلان الرغبة المستقبلية في الزواج، فجعل هذا الاتفاق المبدئي وعداً أو مقدمة من مقدمات عقد الزواج، بالنظر لافتقاره لمقومات العقد -الركن وشروط الصحة- وكذا خصائصه.

ويستند هذا الاتجاه الغربي في تكييفه للخطبة على أنها وعد على أساس قانوني، مفاده أن القانون المدني الفرنسي لم يُنظم مسألة الخطبة بالبيان والتوضيح، وقد قرّر في هذا الشأن أغلب فقهاء القانون المدني في فرنسا على أن أسس الزواج هي الرضا والاختيار والحرية، وأن الخطبة لا تعدُّ كونها مقدمة من مقدماته، إذ ليس لها قوة العقد؛ وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 30 ماي 1838² حينما قضت بأن: "الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به، وقبول وتبادل الهدايا. أما حكم الأخلاق فلا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده، ويرجع في عزمه إلا إذا كانت ثمة ضرورة مُلِحَّة تبرر نقض وعده"³. وهو الأمر الذي دفع بعض

¹ مقننة مبروكة، المرجع السابق، ص. 26؛ محمد رشيد بوغزالة، طبيعة الخطبة وحكم العدول عنها وأثره "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، جوان 2009، العدد 08، ص. 43.

² Somme toute, Pour préserver le droit au non-mariage, la doctrine a très tôt décidé que les fiançailles ou promesses de mariage n'engendrent pas l'obligation de se marier. La Cour de cassation a consacré cette analyse dans deux arrêts des 30 mai et 11 juin 1838 selon lesquels : " toute promesse de mariage est nulle, en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans les mariages "; Cass. 1^{re} civ, 30 mai 1838 et 11 juin 1838, S. 1838, 1, 492.

³ انظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -أحكام الزواج- "وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا"، ج. 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط. 06، 2010، ص. 86.

الفقهاء للقول بأن الخطبة ليس لها أي أثر كون الشخص - كالا الجنسين الخاطب والمخطوبة - حُرّاً في اختيار شريك حياته دون أي ضغط أو إكراه¹. وبالتالي، فإن كل قول بإلزامية الوعد يعدّ باطلاً لمنافاته حرية الزواج التي تعد من النظام العام².

وبالنظر لموقف هذا الاتجاه الفقهي الذي يُكَيّف الخطبة على أنّها وعد بالزواج؛ هو الأمر عينه الذي يدفعنا للبحث في ماهية الوعد بالتعاقد، حيث نجد في الشأن اختلافاً بين الفقهاء في تفسير مدلول الوعد وتحديد قيمته القانونية؛ فمنهم من رأى بأنه غير ملزم؛ ويبقى هو الرأي الراجح فقهاً، وذلك استناداً لكون الزواج قائماً على ركن الرضا. وما دام الخاطب أو المخطوبة قد عدلا عنها، فلا يمكن تبعاً لذلك إجبارهما على إتمام عقد الزواج³.

ومن منطلق رأي هذا الاتجاه الفقهي، فإن الوعد بالتعاقد يعرف على أنه: "عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بقبول إبرام عقد آخر في المستقبل، مع شخص آخر يسمى الموعود له، إذا ما أظهر هذا الأخير إرادته في التعاقد خلال فترة معينة"⁴. وقد تطرق المشرع الجزائري لأحكام الوعد بالتعاقد في إطار أحكام المادة 71 ق.م.ج والتي عرفته على أنه: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد"⁵. وبالتالي، فإن المشرع الجزائري عالج الوعد بالتعاقد في إطار أحكامه

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.55.

² محمد رشيد بوغزالة، المرجع السابق، ص.43.

³ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.29.

⁴ انظر، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني "النظرية العامة للإلتزامات"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط.04، د د س ط، ص.126.

⁵ راجع أحكام المادة 71 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

المنظمة ضمن القانون المدني باعتباره عقداً كاملاً يتم برضاء - إيجاب وقبول - كلا طرفيه، وإن كان هذا الأخير ما هو إلا تمهيد لعقد آخر يراد إبرامه مُستقبلاً. وعليه فإن الوعد بالتعاقد يعد من العقود التمهيديّة كالوعد بالتمهيد والعقود الابتدائية¹.

وعلى وجه العموم يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد توافر الشروط التالية:

- يجب أن تتوافر في الوعد شروط الانعقاد والصحة اللازمة في كل عقد بصفة عامة، لاسيما الرضا والمحل والسبب، وكذا سلامة الرضا من أي عيب، إلى جانب تمتع الواعد بالأهلية اللازمة للتعاقد²؛ وذلك وفقاً لما تقتضيه أحكام المادة 40 ق.م.ج³، وأما بشأن الموعد له ولاسيما بشكل خاص في الوعد الملزم لجانب واحد فيكفي أن يتمتع بأهلية التمييز وقت الوعد، والتي حددها المادة 42 ق.م.ج⁴ بـ 13 سنة كاملة، مادام أن الوعد بالتعاقد يتضمن تصرُّفاً يَنْفَعُهُ نَفْعاً مُخْصِئاً⁵.

- يجب أن يتضمن الوعد بالتعاقد طبيعة العقد المراد إبرامه مستقبلاً، كأن يكون عقد بيع أو هبة... الخ.

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.56.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.128.

³ نصت في هذا الشأن المادة 40 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. ومن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

⁴ نصت في هذا الشأن المادة 42 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم على أنه: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

⁵ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.56.

- أن يتضمن الاتفاق -الوعد بالتعاقد- الإشارة لكل المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه في المستقبل¹، وهو الأمر الذي أشارت إليه صراحة المادة 71 ق.م.ج في فقرتها الأولى².
- تعيين المدة التي يجب أن يتم خلالها إظهار الرغبة في التعاقد.
- استيفاء الوعد بالتعاقد للشروط الشكلية التي قد يتطلبها القانون بشأن العقد الموعود به أو المراد إبرامه في المستقبل، فقد يكون هذا الأخير من العقود الشكلية³، ومثاله: عقد نقل ملكية عقار... الخ⁴.

ومتى نشأ الوعد بالتعاقد صحيحاً وفقاً للشروط السابقة التي وضعها المشرع الجزائري، فإنه ينتج آثاره بالنسبة لطرفيه والغير؛ وعليه فمتى أبدى الموعود له رغبته في إبرام العقد خلال المدة المحددة سابقاً، واتصل رضاه بعلم الواعد انعقد العقد الموعود به صحيحاً وبأثر فوري، وذلك من دون أن يكون للانعقاد أثر رجعي -أي من تاريخ إبرام الوعد بالتعاقد- وبالتبعية لهذا يظل الواعد ملزماً بالبقاء على وعده طيلة المدة المحددة في الوعد⁵، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها المبدئي الصادر بتاريخ 18 يناير 2006 بما يلي: "من المقرر قانوناً أنه متى كان عقد الوعد بالبيع قد حرر بالشكل الرسمي توفر على جميع أركانه ومسجل بإدارة التسجيل، فإن أي تصرف من الواعد في الشيء محل الوعد يُعدُّ تصرفاً في ملك الغير وباطل بطلائناً مطلقاً"⁶.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.128.

² راجع أحكام المادة 71 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.56.

⁴ نصت في هذا الشأن المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم على أنه: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد... الخ".

⁵ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.56.

⁶ قرار المحكمة العليا، غ.م، 18/01/2006، ملف رقم 318607، نشرة القضاة، ج.02، العدد 61، 2006، ص.284.

أما إذا انقضت المدة المحددة دون إعلان الموعد له عن رغبته في إبرام العقد الموعد به، فإن الوعد بالتعاقد يُعدُّ كأنه لم يكن، ولا يكون للموعد له أي حق شخصي في مواجهة الواعد، في حين أنه إذا قام الموعد له بإبداء رغبته في التعاقد خلال المدة المحددة في الوعد، فإنه يترتب عن ذلك إبرام العقد الموعد به.

وبالمقابل فإذا نكل الواعد قبل انقضاء المدة المحددة في الوعد، وأبدى في ذات الوقت الموعد له رغبته في التعاقد، فإنه يُسوَّغ لهذا الأخير -الموعد له- أن يطالب الواعد بالتنفيذ العيني للوعد بالتعاقد متى توافرت شروطه سالفة الذكر، وبشكل خاص شرط الشكل إذا كان من متطلبات العقد قانوناً¹.

وفي هذا السياق أجاز المشرع الجزائري للموعد له طبقاً لما نصت عليه المادة 72 ق.م.ج² أن يطالب أمام القضاء بإلزام الواعد بتنفيذ وعده، متى تأكدت المحكمة من توافر الشروط القانونية سواءً الموضوعية أو الشكلية، ويحل حكم المحكمة محل العقد متى اكتسب القرار الصادر عن الجهات القضائية قوة الشيء المقضي به³.

وأمام القيمة القانونية التي يكتسبها الوعد بالتعاقد؛ فإنه يثور تساؤل مهم بهذا الصدد يتجلى فحواه في الآتي: ما مدى تطابق مفهوم الخطبة كوعد بالزواج مع أحكام الوعد بالتعاقد الواردة ضمن القانون المدني؟ أو بصيغة أخرى أدق: هل تكتسي الخطبة كوعد بالزواج نفس المحتوى والقيمة القانونية -الطابع الإلزامي- للوعد بالتعاقد المدني؟

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.134.

² نصت في هذا الشأن المادة 72 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم على أنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوفرة، قام الحكم مقام العقد".

³ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.57.

وللإجابة على هذا التساؤل، فإنه يمكن الاستدلال بدايةً برأي الفقه الإسلامي، حيث سلك جمهور أهل العلم - عدا قلة منهم كالحسن البصري والبخاري - الرأي القائل بأن الخطبة وعد بالزواج وليست عقداً¹، وقد ورد في ذات الشأن في كتاب "الحاوي للفتاوي" حول الطبيعة الشرعية للخطبة ما يلي: "والظاهر أن الخطبة ليست بعقدٍ شرعيٍّ، وإن تُحِيلَ كونها عقداً فليس يلزم بل جائز من الجانبين قطعاً"². كما جاء في كتاب "تنوير الأبصار" ما يلي: "إن الخطبة وعد بالعقد وليست بعقد". وأشار أيضاً كتاب "المدونة" في تكييف الخطبة إلى اعتبارها وعداً لا عقداً، حيث جاء فيه: "إن الخطبة هي اتفاق رضائي يتم بإيجاب وقبول ويصدر عن أهل له يتعلق هذا الاتفاق بوعده بعقد الزواج، إنها ليست عقداً يلتزم فيه الطرفان بالتزامات لها قوة الإلزام... والخطبة وعد غير ملزم بعقد الزواج"³. وبهذا يستشف صراحةً أن الخطبة تبقى مجرد وعد بالزواج ولا يترتب عليها أي أمر آخر من أمور الشرع⁴.

وعلى هذا الأساس، فبالرغم من تمام الخطبة باتفاق طرفيها - الخطيبين - إلا أن هذا التصرف المتفق عليه، والذي هو إتمام عقد الزواج مستقبلاً يبقى تصرفاً بالطابع الرضائي⁵. وفي هذا يقول بعض المعاصرين⁶، على غرار الدكتور مصطفى شلبي ما يلي: "لا تخرج الخطبة عن كونها

¹ انظر، عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، عمان، الأردن، ط. 01، 1997، ص. 68.

² انظر، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الحاوي للفتاوي، ج. 01، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2004، ص. 219.

³ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص. 59-60.

⁴ انظر، عبد الله محمد بن الطيار وآخرون، الفقه الميسر، ج. 11، مدار الوطن، المملكة العربية السعودية، ط. 01، 2011، ص. 13.

⁵ مقنانة مبروكة، المرجع السابق، ص. 26.

⁶ في هذا السياق يرى أيضاً الشيخ محمد أبو زهرة أن: "الخطبة ليست عقداً قد التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعداً بعقد وليس للوعد بعقد عند جمهور الفقهاء خلافاً لما لك في بعض أقوله، وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين، فلعل منهما أن يرجع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه وليس لأحد عليه من سبيل... ولو أزم الخاطب بخطبته كان في ذلك حمل له على العقد، قبل أن تتوافر له كل أسباب الدرس أحياناً، وهذا ما تقرره كتب الفقه بالإجماع من غير خلاف... فإنه لا يلزم الوفاء بالوعد في الخطبة لأن الوفاء بهذا الوعد يفضي إلى أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راضٍ به، وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد الخطير... الخ"؛ مقتبس عن: محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص. 34-35.

وعداً بالزواج، والوعد ليس عقداً فلا يكون ملزماً كالعقد، فيصح لكلا الطرفين أن يعدل عنها بفسخها، لأننا لو قلنا بإلزاميتها لحملنا الخطيبين على ما لا يريدانه وفي هذا من الضرر ما لا يخفى¹.

ومن هذا المنطلق، يبقى الوفاء بالوعد مستحباً لدى أغلب أهل العلم، فالرجوع والعدول عن الخطبة من غير سبب جائز مكروه عند جمهور الفقهاء متى كان من غير سبب، أما إذا كان السبب واضحاً فإنه جائز؛ وتبقى الخطبة وعداً بالزواج ولا تكتسي الطبيعة الإلزامية للعقد، فلا يترتب عليها حقوق أو التزامات. كما أن الشرع لم يفرض عقوبة مادية تلحق الإخلاف بالوعد والمخلف به، إلا أن ذلك يبقى من الأخلاق الذميمة التي حذر منها الإسلام ونهى عنه المصطفى صلى الله عليه وسلم². فقد ورد بالصحيحين-صحيح البخاري ومسلم- ما حدث به سليمان أبو الربيع، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، قال: حدثنا نافع بن مالك بن أبي عامر أبو سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "آيَةُ الْمَنَافِقِ ثَلَاثٌ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا أُؤْتِمِنَ حَانَ"³.

ومن خلال ما سبق يتضح أن الخطبة وعد بالزواج لا يكتسي الطابع الإلزامي كما هو الحال مع الوعد بالتعاقد بمفهوم القانون المدني، حيث تبقى إرادة الطرفين-الخطيبين- هي السبيل الوحيد لإعطاء هذا الوعد القيمة القانونية العقدية، وذلك من خلال الإقدام على إتمام عقد الزواج. أما إذا قرر الخطيبان أو أحدهما العدول والتراجع عن هذا الوعد، فإنه يبقى ضمن حدود

¹ انظر، محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام "دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط.04، 1983، ص.82.

² عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.69.

³ أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 33، كتاب الإيمان "باب علامة المنافق"، ص.16.

حرية وإرادة الطرفين في اختيار الشريك والرضا به؛ وهو ما يتوافق تماماً مع مبادئ المساواة والحرية على غرار ما جاء ضمن المادة 01 من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج¹، حيث نصت على ما يأتي: "لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضا الطرفين رضاً كاملاً لا إكراه فيه، وبإعراجهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة... الخ"، وهو المبدأ نفسه الذي كرسته توصية بشأن الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج حيث أكدت في مادتها 01 على ذات المبدأ سالف الذكر²؛ وهو الأمر الذي أكدت عليه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في إطار حثها للدول ضمن مادتها 16 على اتخاذ شتى التدابير والسبل للقضاء على كل أشكال وأوجه التمييز واللامساواة بشأن الزواج والعلاقات الأسرية، ومن ضمنها ما جاء في الفقرة "ب" منها على سبيل التأكيد والحث على وجوب ضمان نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل.

¹ اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج عرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1763 ألف (د-17) المؤرخ في 07 تشرين الثاني/ نوفمبر 1964، تاريخ بدء النفاذ: 09 كانون الأول/ ديسمبر 1964؛ مقتبس عن: موقع مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان "مكتب المفوض السامي"، تاريخ الولوج: 2020/09/28، التوقيت: 08:22، [الموقع](https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx):

² توصية بشأن الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج اعتمدت بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2018 (د-20) المؤرخ في 01 تشرين الثاني/ نوفمبر 1965؛ مقتبس عن: موقع مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان "مكتب المفوض السامي"، تاريخ الولوج: 2020/09/30، التوقيت: 09:35، [الموقع](https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/RecommendationOnConsentToMarriage.aspx):

ومما تجدر الإشارة إليه في الأخير أن هذا الاتجاه يحظى بالقبول والتبني ما بين أوساط الفكر القانوني الحديث في العالم الإسلامي¹، والغربي² على حدٍ سواء³؛ ويبقى التساؤل مطروحا عن أي اتجاه تبني كلا المشرعين الجزائري والمغربي في تكيفهما للخطبة بين كونها عقداً كاملاً وملزماً، أو اعتبارها مجرد وعد بالزواج لا يكتسي الطابع الإلزامي بالمفهوم القانوني.

الفرع الثالث

موقف المشرعين الجزائري والمغربي

بالرجوع لأحكام المادة 05 ق.أس.ج في فقرتها 01 قد ذهب المشرع الجزائري إلى اعتبار الخطبة وعداً بالزواج وليست عقداً؛ كما نصت في ذات الشأن المادة 04 من الأمر رقم

¹ انتهى بالإسلام ذلك العصر الذي يُرغم الرجل المرأة على الزواج، أو يجعلها تُباع وتشتري دون رأي منها أو قبول. فالخطبة وعد بالزواج لا يتم صحيحاً إلا بإيجاب وقبول يعبر عن الرضاء الكامل باتجاه طرفي الخطبة لعقد الزواج في المستقبل، وكل عيب في الرضاء يترك أثره على سلامة الخطبة. كما أن الخطبة في الإسلام أساسها الرضاء، ولا يتطلب لقيامها شكلاً معيناً كما هو الشأن عند المسيحيين واليهود؛ ولعل الفقه الإسلامي يكاد يتفق ويُجمع على أن الخطبة تُعدُّ وعداً غير ملزم، والقول بغير ذلك يُلغي رضائية عقد الزواج، ولا يتفق مع مقاصد الخطبة باعتبارها فترة اختبار وتعارف تسبق الزواج. وبالتالي فالخطبة وعد غير ملزم كما نصت على ذلك كل التشريعات الأسرية العربية.

وأما في فرنسا فهناك قد درج كل من الفقه والقضاء على انتهاج مبدأ انعقاد عليه؛ مفادُه عدم ترتيب الخطبة لإلتزام بإبرام عقد الزواج، بل يبقى لكل من الخاطبين كامل الحرية في إتمام الزواج أو إنهاء الخطبة حسبما يراه في مصلحته.

وبالتالي فالخطبة وعد غير ملزم القضاء باتفاق فقهاء الشريعة والقانون. ويبقى الإلتزام الأخلاقي والديني يُطالب كلا طرفي الخطبة الوفاء بوعده وإتمام عقد الزواج، لأن إخلاف الوعد ونكته منهي عنه، ولذلك يرى بعض الفقهاء أن الرجوع إذا لم يكن لغرض صحيح كره منه ومنها، لما فيه من إخلاف للوعد والرجوع عن القول، لكنه ليس محروماً لأن الحق بعد لم يصبح ملزماً؛ مقتبس عن: محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.40-41.

² G.CORNU, Droit civil la famille, Montchrestien, 7e édition, Paris, 2000, p.260; " que la loi ne régleme pas les fiançailles implique que celles-ci ne sont ni obligatoires ni interdites. Les fiançailles ne sont juridiquement ni le préalable nécessaire du mariage ni une opération illicite. Cependant, sous des formes variables, les fiançailles existent à peu près partout, institution universelle. A quelques coups de foudre près, on ne se marie pas du jour au lendemain. Faut-il dire que les fiançailles appartiennent à la fete et au folklore, à l'intimité des familles ? Qu'elles constituent un pur fait sociologique ,non une institution juridique et que, relevant ainsi du non droit, elles ont une nature, mais non pas une nature juridique ? "; Cité par:

محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.55.

³ محمد الصالح بن عومر، المرجع نفسه، ص.55؛ مقنانة مبروكة، المرجع السابق، ص.27.

59-274¹ على أن: "الوعد من طرف واحد أو تبادل وعود الزواج لا يشكل زواجًا ولا يتضمن أي التزام بعقد الزواج"². وعليه، فقد اعتبر المشرع الجزائري الخطبة وعداً من حيث الصياغة القانونية، إلا أنه وبالرجوع لأحكام المادتين 71 و 72 ق.م.ج، فإنّ للوعد بالتعاقد معنى خاصاً آخر، وينطوي هذا الأخير على عنصر الإلزام الذي يتقيد به الواعد طيلة المدة المحددة في الوعد بالتعاقد؛ بخلاف الخطبة التي تُعدُّ تصرُّفاً غير ملزم للخطاب -الواعد- فيجوز له أو للمخطوبة على حد سواء العدول عنها متى شاء أحدهما أو كلاهما.

ومن هذا المنطلق، يرى البعض بوجود تضارب وعدم انسجام بين أحكام المادة 71 من القانون المدني، هذا الأخير الذي يُعدُّ الشريعة العامة للقانون الخاص؛ وبين أحكام المادة 05 ق.أ.س.ج من حيث الصياغة القانونية، وهو الأمر الذي يطرح غموضاً أثناء تفسير هذه النصوص القانونية³. ويرد على هذا الرأي بما تفيدته القاعدة القانونية "النص الخاص يُقيّد النص العام"، وهو الحال هنا حيث أن نص المادة 05 ق.أ.س.ج هو نص خاص، وبالتالي فهو يقيد حكم المادة 71 ق.م.ج التي تعد نصاً عاماً للشريعة العامة⁴، ومنه يستبعد تطبيق أحكامها على الوعد بالزواج. كما يمكن الذهاب لأبعد من ذلك، فإن نص المادة 05 ق.أ.س.ج في فقرتها 01 قد تضمنت تعريفاً للخطبة على أنها وعد بالزواج لكنه يبقى من نوع خاص، حيث استدرك ذلك بالفقرة 02 من ذات المادة والتي أشارت إلى إمكانية ممارسة العدول عن الخطبة من كلا طرفيها،

¹ Art 04 de l'ordonnance n° 59-274 du 04 février 1959 relative au mariage contracté dans les départements d'Algerie, des Oasis et de la Saoura par les personnes de statut civil local, qui stipule: "La promesse unilatérale ou l'échange de promesses de mariage ne valent pas mariage et ne créent aucune obligation de contracter mariage".

² راجع أحكام المادة 04 من الأمر 59-274 المتعلق بالزواج المبرم في عمالات الجزائر والواحة والستاوره من قبل أشخاص من الأحوال المدنية المحلية (إبان العهد الإستعماري الفرنسي للجزائر).

³ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.58.

⁴ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.31.

وهو قول مباشر وصريح بأن هذا الوعد ليس مُلزماً لطرفيه ويمكن الرجوع فيه. وهو الأمر الذي يجعل المشرع الجزائري بمنأى عن أي خلط أو تضارب كما يرى بعض الفقهاء. فالمشرع هنا قد خص الوعد بالخطبة بإمكانية العدول عنه من كلا طرفيه ودون ترتيب أي مسؤولية، مما يحمل للقول بأنه أخرج -الوعد بالزواج أو الخطبة- صراحةً من دائرة مفهوم الوعد بالتعاقد المنصوص عليه ضمن حدود المادتين 71 و72 ق.م.ج.¹

وقد سار القضاء الجزائري في عديد قراراته على نفس النهج التشريعي والفقهي في اعتبار الخطبة وعداً بالزواج لا يكتسي طابع الإلزام أو القوة العقدية؛ ومن ذلك نذكر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 1989 حيث جاء فيه: "من المقرر فقهاً وقضاً أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج، وليست عقداً، وإن تمت بإتفاق بين الطرفين، وهي لا تُبيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج، وعلى هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقداً، ولا زواجاً، ولا يترتب عليها شيء من الالتزام إلاً بإتمام العقد انطلاقاً من مبدأ الرضائية"²؛ كما جاء في قرار آخر صادر عن ذات الجهة القضائية بتاريخ 17 مارس 1992 حيث جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها... الخ"³.

وعلى صعيد المشرع المغربي، فقد أشار صراحة ضمن حدود المادة 05 م.أ.س.م إلى تعريف الخطبة بأنها: "تواعد رجل وامرأة على الزواج"⁴، في حين أكد صراحة على أن الطرفين يعتبران في

¹ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.98-99.

² قرار المحكمة العليا، غ.أ.ح.ش، 1989/12/25، ملف رقم 34089، م.ق، العدد 04، 1989، ص.102؛ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.21.

³ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ح.ش، 1992/03/17، ملف رقم 81129، م.ق، العدد 03، 1994، ص.62.

⁴ راجع أحكام المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

حكم الخطبة إلى غاية الإشهاد على عقد الزواج¹. كما نصت في هذا الشأن المادة 06 م.أس.م على أنه: "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها"². وقد أشار المشرع صراحةً إلى أن الخطبة وعد وليست بعقد زواج ضمن المدونة السابقة للأحوال الشخصية المغربية في حدود الفصل 02 منها بقوله: "الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج"³، كما جاءت مدونة الأسرة المغربية الجديدة هي الأخرى بحكم صريح وواضح لحسم الخلاف الدائر بشأن قضية تكييف الخطبة، ومنه اعتبرت الخطبة تواعداً بين رجل وامرأة على الزواج، ودون اعتبارها عقد زواج تاماً. كما لم تقتصر على اعتبار الوعد بالزواج من جانب الرجل فقط؛ بل من كليهما معاً، فقد ترسّخت في العادات المتعارف عليها خطبة للرجل للمرأة، مع أنه لا مانع من خطبة المرأة للرجل⁴.

ومن هذا المنطلق، فإن المشرع المغربي وتماشياً منه مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة المستقى من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، قد جنح عن استخدام مصطلح "وعد" الذي كان مكرساً ضمن أحكام مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة؛ وذلك لاعتبارات عديدة أهمها أن كلمة "وعد" تفيد لغة الوعد الصادر عن طرف واحد. كما أن هذه الكلمة -وعد- تنصب على الوعد بالتعاقد، ويعتبر هذا الأخير ما يفرضه المرء على نفسه بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل

¹ انظر، عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج.01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط.01، 2006، ص.27.

² راجع المادة 06 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

³ انظر، عبد الله (بن الطاهر) التناي السوسي، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته "الزواج"، ج.01، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، ط.02، 1435 هـ/2014 م، ص.49؛ راجع الفصل 02 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية لسنة 1957 (ملغاة بأحكام المادة 397 من م.أس.م لسنة 2004)

⁴ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.27.

الالتزام في الحال¹، حيث ينص في هذا الشأن الفصل 14 ق.إ.ع.م على أنه: "مجرد الوعد لا يُنشئ التزاماً"²؛ حيث يتوقف إنشاء العقد محل الوعد على إعلان الطرف الموعد له عن إرادته³. وعلى هذا الأساس، فإنه يُبرر جنوح المشرع المغربي في إطار صياغته التشريعية إلى اعتماد كلمة "تواعد" تعبيراً عن تكييف الخطبة، إذ إن هذه الكلمة تفيد لغةً تبادل الوعد⁴ وهو ما يتماشى ومبدأ المساواة وإلغاء التمييز بين الجنسين في شتى مراحل الزواج، وهو دليل واضح وصريح من المشرع لا لبس فيه لعدم اعتبار الخطبة عقداً أو وعداً ملزماً كما هو الحال مع الوعد بالتعاقد⁵، بل هي مجرد وعد غير ملزم فقهاً وقانوناً وقضاءً، يُستهدف منها التمهيد لعقد الزواج، فهي اتفاق مسبق بين طرفي عقد الزواج المستقبلي بتجسيد إرادة كل منها في اختيار الشريك المناسب، وكذا بغية التحضير والإعداد المسبق للوصول إلى تحديد العناصر الجوهرية لعقد الزواج⁶.

وعليه، يمكن الخلوص في الأخير إلى أن المشرع المغربي يتقارب لحد كبير مع توجه المشرع الجزائري في تكييف الخطبة وإعطائها الطبيعة القانونية غير الملزمة، فقد اعتبر هو الآخر الخطبة تواعداً من أجل الإشهاد على عقد الزواج فيما بعد. فالفترة الفاصلة بين التعبير عن التواعد بالزواج والإشهاد عليه، تعتبر فترة خطبة ولا تلزم الطرفين ولا تنشأ عنها أية آثار، وبمعنى آخر أن الخطبة تواعد لا يتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين معاً، ولو طال تراكنهما، فمادام عقد

¹ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص.56.

² راجع أحكام الفصل 14 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي المعدل والمتمم.

³ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص.56.

⁴ التواعد لغة: تواعد القوم: وعد بعضهم بعضاً؛ مقتبس عن: سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط.02، 1988، ص.383؛ أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج.02، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط.04، 1987، ص.552.

⁵ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص.57.

⁶ محمد الأزهر، المرجع نفسه، ص.59-60.

الزواج لم يتم بشكله القانوني، ولم يُكتب وفق إجراءاته القانونية؛ فإن كل ذلك يعتبر من قبيل الخطبة ولا يعتبر مُلزماً قانوناً¹، ولا يترتب عليها أيضاً شيء من أحكام الزواج الصحيح وآثاره².

المطلب الثالث

مظاهر المساواة بين الجنسين في الإعلان عن الخطبة

أقرت الشريعة الإسلامية كأصل عام الإعلان عن الخطبة من طرف الرجل، وهي بذلك تعتبر الصورة الشائعة، حيث يتقدم الرجل لامرأة غير محرمة عليه طالباً الزواج بها³؛ غير أنه قد يتم إعلان ذلك من طرف المرأة. وعلى وجه العموم جرت العادة بأن يكون الإعلان أو المبادرة بالخطبة من الرجل بصفته خاطباً؛ وتكون المرأة مخطوبة، غير أن الشريعة الإسلامية ساوت بين الطرفين في المبادرة بالخطبة بين الجنسين -الرجل والمرأة على حد سواء- فيجوز للمرأة أو من ينوب عنها المبادرة بالخطبة، بالرغم أن ما استقر عليه العرف منذ القدم هو المبادرة بالخطبة من طرف الرجل. ويستمد هذا العرف من مصادر التركيبة الطبيعية للخلق، حيث تكون طبيعة الرجل في شكل حاجة وطلب؛ في حين تكون طبيعة المرأة على شكل استجابة، وهو ما جُبلت عليه المرأة في استحيائها من عرض عواطفها على الرجل، وإن كانت الإرادة والرغبة متحققة لديها⁴.

وفي هذا السياق، يشير المفكر عباس محمود العقاد في مؤلفه المرأة في القرآن قائلاً: "أن حياء المرأة الذي تتلقاه من الطبيعة يجعلها تحجل من مُفاتحة الرجل بدوافعها الجنسية، وتنتظر المفاتحة من جانبه، وإن سبقت إلى الحب والرغبة، فهي تنتظر ولا تتقدم. وشأنها في ذلك كشأن

¹ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 27؛ أحمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة "الزواج"، ج. 01، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2012، ص. 86.

² عبد الله (بن الطاهر) التناي السوسي، المرجع السابق، ص. 43.

³ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص. 49.

⁴ محمد الصالح بن عمر، المرجع السابق، ص. 59-60.

جميع الإناث في جميع أنواع الحيوان، فإنها تنتظر ولا تتقدم، أو تتعرض ولا تهجم، وبمنعها أن تفعل ذلك مانع من تركيب الوظيفة لا يصدر عن وازع أخلاقي، ولا عن أدب من آداب السلوك. إذ كان مانعاً يتساوى فيه الحيوان العاقل وغير العاقل، كما يتساوى فيه النوع الذي ينقاد للغريزة وحدها، والنوع الذي يراض على سنة من سنن الحياة الاجتماعية؛ فإنما تركيب الأنثى خلق للاستجابة ولم يخلق للابتداء والإرغام، وسر هذا الخلق أن تزويد الأنثى بوظيفة الابتداء والإرغام عبث مضيع لغاية النوع، متى شغلت بالحمل والرضاع، كما تشغل بهما حسب استعدادها في معظم الأوقات¹؛ ومن هذا المنطلق فإن الأصل في إعلان الخطبة يتم من طرف الرجل، في حين قد يتم إعلانها من طرف المرأة بنفسها (الفرع الأول)، أو وليها أو غيره (الفرع الثاني)، ومن هنا نتعرض لمدى جواز ومشروعية ذلك؛ وكذا نستعرض في الأخير موقف المشرعين الجزائري والمغربي بشأن هذه المسألة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

جواز إعلان المرأة عن الخطبة بنفسها

يُستدلُّ على جواز ومشروعية إعلان المرأة للخطبة بنفسها بعدد الأدلة الشرعية؛ فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿... وَأَمْرًا مَّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ...﴾². وأما من السنة النبوية الشريفة فقد روى البخاري ومسلم في الصحيحين عن قتيبة بن سعيد الثقفي، قال: حدثنا يعقوب بن عبد الرحمن، عن أبي حازم عن أبيه، عن سهل بن سعد الساعدي، أن امرأة جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت:

¹ انظر، عباس محمود العقاد، المرأة في القرآن، ط. 03، شركة نضمة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص. 28.

² سورة الأحزاب، الآية 50.

" يَا رَسُولَ اللَّهِ جِئْتُ لِأَهَبَ لَكَ نَفْسِي، فَنَظَرْتُ إِلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَصَعَدَ النَّظَرَ إِلَيْهَا وَصَوَّبَهُ، ثُمَّ طَاطَأَ رَأْسَهُ، فَلَمَّا رَأَتْ الْمَرْأَةَ أَنَّهَا لَمْ يَفْقُضْ فِيهَا شَيْئًا جَلَسَتْ... الخ"¹. وروى كذلك النسائي في سننه، فقال: أخبرنا محمد بن المثني، قال: حدثني مرحوم بن عبد العزيز العطار أبو عبد الصمد، قال: سمعت ثابتا البناي، يقول: كنت عند أنس بن مالك، وعنده ابنة له، فقال: "جَاءَتْ امْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَعَرَضَتْ عَلَيْهِ نَفْسَهَا، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَلَيْكَ فِيَّ حَاجَةٌ؟"². كما جاء في كتب السيرة أن السيدة خديجة رضي الله عنها خطبت محمداً رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل بعثته³، وذلك بأن أرسلت إليه إحدى صديقاتها لتخبره برغبة السيدة خديجة في الزواج منه لما لمستته من أمانته وأخلاقه، وما أدركته من فضله وكرامته.

¹ أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 5030، كتاب فضائل القرآن "باب القراءة عن ظهر قلب"، ج.06، ص.192؛ وأخرجه أيضاً: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 1425، كتاب النكاح "باب الصداق، وجواز كونه تعليم قرآن، وخاتم حديد، وغير ذلك من قليل وكثير، واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يحجف به"، ج.02، دار إحياء التراث العربي، ص.1040.

² أخرجه أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي في سننه، المرجع السابق، رقم الحديث: 3249، كتاب النكاح "عرض المرأة نفسها على من ترضى"، ص.78.

³ جاء في بعض كتب السيرة ما يلي: "...نقف بعد ذلك عند العام الخامس والعشرين من عمر الرسول -صلى الله عليه وسلم- حيث يتغير به مجرى الحياة وتتهيأ له الأقدار الزوجية المباركة التي تشاركه في السراء والضراء وفي الشدة والرخاء، وهي السيدة خديجة -رضي الله عنها- فما هي الظروف التي هيأت لذلك الحادث العظيم؟

يقول ابن هشام في سيرته: فلما بلغ رسول الله -صلى الله عليه وسلم- خمساً وعشرين سنة تزوج خديجة بنت خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب. ثم يقول: وكانت خديجة بنت خويلد امرأة تاجرة ذات شرف ومال، تستأجر الرجل في مالها وتضارهم إياه بشيء تجعله لهم، فلما بلغها عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ما بلغها عن صدق حديثه وعظم أمانته وكرم أخلاقه، بعثت إليه فعرضت عليه أن يخرج في مالها إلى الشام تاجرًا وتعطيه أفضل ما كانت تعطي غيره من التجار، مع غلام لها يقال له ميسرة، وقد قبل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وخروج مع غلامها ميسرة حتى نزل الشام وربحت التجارة ربحا عظيما. وظهرت له بركات قصها ميسرة على سيدته بعد عودتهما، فأحبت السيدة خديجة محمداً -صلى الله عليه وسلم- حُباً جمًّا من أجل ما رأت منه وما سمعت عنه. ذلك بأنه كان وهو في طور الشباب ناضج العقل راشد الرجولة، وكان مع ذلك صادق الحديث أميناً إلى أعلى ما تدل عليه هذه الكلمة من سمو وجلال. أجل كان أميناً على نفسه فلم يستسلم إلى شر أو رذلة. وكان أميناً على الناس، فلم ينتهك عرضاً ولم يظلم أحداً ولم يفش سرا، ولم يخن في أمانة. ودارت مراسلات بدأت من جانب السيدة خديجة في جو من الأدب والحياء والطهر انتهت بالموافقة من الطرفين وتم عقد الزواج بإيجاب وقبول وصداق، فكان زواجها شرعياً متمشياً مع ما بقي حينئذ من دين إبراهيم -عليه السلام- وخطب أبو طالب في هذا الزواج فقال: الحمد لله الذي جعلنا من ذرية إبراهيم وزرع إسماعيل، وجعل لنا بيتاً محجوجاً وحرماً آمناً، وجعلنا الحكام على الناس. ثم إن محمداً ابن أخي لا يوزن به فتى من قريش إلا رجح عليه شرفاً

وعلى هذا الأساس، يتضح من خلال هذه الأدلة الشرعية على اختلافها، أنه يجوز للمرأة المبادرة بالإعلان عن خطبة الرجل، مع أنه يستحسن في هذا السياق الالتزام عن طريق العرض أو التعريض المقترن بالحياء وحفظ ما يتطلبه الشرع لها من كرامة وحظوة¹.

ومن هنا، يمكن القول بأن عرض المرأة نفسها على رجل صالح لا يتنافى مع حيائها، ولا يُنقص من كرامتها، ذلك أن الرجل الصالح يحفظ للمرأة حياءها، ويزيد من كرامتها وشرفها². وقد جاء في قول ابن حجر العسقلاني في سياق شرحه لخطبة المرأة لنفسها ما يلي: "...وَأَنَّ مَنْ رَغِبَتْ فِي تَزْوِيجِ مَنْ هُوَ أَعْلَى مِنْهَا لَا عَارَ عَلَيْهَا أَصْلًا وَلَا سِيِّمًا إِنْ كَانَ هُنَاكَ غَرَضٌ صَحِيحٌ أَوْ قَصْدٌ صَالِحٌ إِمَّا لِفَضْلِ دِينِي فِي الْمَحْطُوبِ أَوْ لِهَوَى فِيهِ يَخْشَى مِنَ الشُّكُوتِ عَنَّهُ الْوُقُوعُ فِي مَحْذُورٍ... الخ"³.

ونبلا، وفضلا وعقلا، وإن كان في المال قل فإن المال ظل زائل وعارية مسترجعة. وله في خديجة بنت خويلد رغبة ولها فيه مثل ذلك. وكانت خديجة حينئذ في سن الأربعين. وقد ظلت مع الرسول-صلى الله عليه وسلم- إلى أن بلغت سن الخامسة والستين ثم ماتت في العام العاشر من البعثة النبوية؛ مقتبس عن: محمد الطيب النجار، القول المبين في سيرة سيد المرسلين، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان، د ذ س ط، ص. 101-103.

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص. 61.

² بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص. 23.

³ انظر، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج. 09، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ذ س ط، ص. 215.

الفرع الثاني

جواز إعلان الخطبة من طرف ولي المرأة أو غيره

قد يتم كذلك إعلان خطبة المرأة من طرف ولي أو من يُنوب عنها أو غيره؛ فيجوز للولي أن يعرض الزواج من ابنته أو من في ولايته على رجل صالح، بل إن ذلك قد يعدُّ مُستحباً، فقد كان من أفعال السلف الصالح من الصحابة والتابعين وتابعيهم رضي الله عنهم أجمعين¹، ويُستدل في ذلك من الكتاب بقوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجَّجَ ﴿٢٧﴾﴾²، وهذا الإعلان الذي جاء من الولي كان بعد طلب إحدى اهنتين البنيتين ذلك، وهو ما جاء في قوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴿٢٦﴾﴾³؛ وقال القرطبي في تفسيره لهذه الآية: "... فيه عرض الولي ابنته على الرجل، وهذه سنة قائمة، عرض صالح مدين ابنته على صالح بني إسرائيل... الخ"⁴، وهذا دليل صريح وواضح وجلي على جواز عرض الولي ابنته على الرجل⁵.

وأما من السنة النبوية الشريفة، فقد جاء في صحيح البخاري ما حدثه به عبد العزيز بن عبد الله، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد، عن صالح بن كيسان، عن ابن شهاب، قال: "أخبرني سالم بن عبد الله، أنه سمع عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، يحدث: حين تَأَمَّمتْ حَفْصَةُ بِنْتُ عُمَرَ مِنْ حُنَيْسِ بْنِ حُدَافَةَ السَّهْمِيِّ، وَكَانَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَتُوِّفِي

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص. 61.

² سورة القصص، الآية 27.

³ سورة القصص، الآية 26.

⁴ انظر، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الجامع لأحكام القرآن، تفسير سورة القصص "الآيات 23 إلى 28"، ج. 13، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط. 02، 1384 هـ/1964م، ص. 271.

⁵ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص. 61.

بِالْمَدِينَةِ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: أَتَيْتُ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، فَعَرَضْتُ عَلَيْهِ حَفْصَةَ، فَقَالَ: سَأَنْظُرُ فِي أَمْرِي، فَلَبِثْتُ لَيْالِي ثُمَّ لَقَيْتَنِي، فَقَالَ: قَدْ بَدَأَ لِي أَنْ لَا أَتَزَوَّجَ يَوْمِي هَذَا، قَالَ عُمَرُ: فَلَقَيْتُ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ، فَقُلْتُ: إِنَّ شِئْتَ زَوَّجْتُكَ حَفْصَةَ بِنْتَ عُمَرَ، فَصَمَتَ أَبُو بَكْرٍ فَلَمْ يَرْجِعْ إِلَيَّ شَيْئًا، وَكُنْتُ أَوْجَدُ عَلَيْهِ مِنِّي عَلَى عُثْمَانَ، فَلَبِثْتُ لَيْالِي ثُمَّ حَطَبَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَأَنْكَحْتُهَا إِيَّاهُ، فَلَقَيْتَنِي أَبُو بَكْرٍ، فَقَالَ: لَعَلَّكَ وَجَدْتَ عَلَيَّ حِينَ عَرَضْتَ عَلَيَّ حَفْصَةَ فَلَمْ أَرْجِعْ إِلَيْكَ شَيْئًا؟ قَالَ عُمَرُ: قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ: فَإِنَّهُ لَمْ يَمْنَعْنِي أَنْ أَرْجِعَ إِلَيْكَ فِيمَا عَرَضْتَ عَلَيَّ، إِلَّا أَنِّي كُنْتُ عَلِمْتُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَدْ ذَكَرَهَا، فَلَمْ أَكُنْ لِأُفْشِيَ سِرَّ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَلَوْ تَرَكَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَبْلُهَا¹.

كما تروي بعض كتب التاريخ في ذات السياق عن ابن حرملة عن عبد الله بن أبي وداعة قال: "كنت أجالس سعيد بن المسيب ففقدني أياماً، فلما جئته، قال: أين كنت؟ قلت: توفيت أهلي فاشتغلت بها، قال: ألا أخبرتنا فشهدناها. قال: ثم أردت أن أقوم فقال: هل استحدثت امرأة؟ فقلت: يرحمك الله، ومن يزوجني وما أملك إلا درهين أو ثلاثة، فقال: أنا، فقلت: أو تفعل؟ نعم، ثم حمد الله وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وزوجني على درهين أو ثلاثة. قال: فقمت وما أدري ما أصنع من الفرح، فصرت إلى منزلي وجعلت أتفكر ممن آخذ؟ وممن أستدين؟ فصليت المغرب، وكنت وحدي، وقدمت عشائي أظفر خبزاً وزيتاً، فإذا الباب يقرع، فقلت: من هذا؟ قال: سعيد، قال: فأفكرت في كل إنسان اسمه سعيد إلا سعيد بن المسيب، فإنه لم ير أربعين سنة إلا بين بيته والمسجد، فقمت فخرجت، فإذا سعيد بن المسيب، فإنه قد بدا له، فقلت: يا أبا محمد ألا أرسلت إلي فأتيك، قال: لا، أنت أحق أن تؤتى، قلت: فما تأمر؟ قال: إنك كنت رجلاً عزبا تزوجت فكرهت أن أبيتك الليلة وحدك، وهذه امرأتك، فإذا

¹ أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 5122، كتاب النكاح "باب عرض الإنسان إبنته أو أخته على أهل الخير"، ج.07، ص.13.

هي قائمة من خلفه في طوله، ثم أخذ بيدها فدفعها في الباب ورد الباب، فسقطت المرأة من الحياء، فاستوثقت من الباب ثم تقدمتها إلى القصعة التي فيها الزيت والخبز، فوضعتها في ظل السراج لكيلا تراه، ثم صعدت إلى السطح فرميت الجيران، فجاءوني، فقالوا: ما شأنك؟ قلت: ويحكم، زوجني سعيد بن المسيب بنته اليوم وقد جاء بها على غفلة، فقالوا: سعيد بن المسيب زوجك؟ قلت: نعم. وهو ذا هي في الدار. قال: ونزلوا هم إليها، وبلغ أُمي فجاءت وقالت: وجهي من وجهك حرام إن مسستها قبل أن أصلحها إلى ثلاثة أيام. قال: فأقمت ثلاثاً ثم دخلت بها، فإذا هي من أجمل الناس، وإذا هي أحفظ الناس لكتاب الله عز وجل، وأعلمهم بسنة رسوله، وأعرفهم بحق زوج. قال: فمكثت شهراً لا يأتيني سعيد ولا آتيه، فلما كان قرب الشهر أتيت سعيداً وهو في حلقتة، فسلمت عليه، فرد عليّ السلام ولم يكلمني حتى تفرق أهل المجلس، فلم يبق غيري، قال: ما حال ذلك الإنسان؟ قلت: خيراً يا أبا محمد على ما يجب الصديق ويكره العدو، فقال: إن رآبك شيء فالعصا. فانصرفت إلى منزلي، فوجّه إليّ بعشرين ألف درهم... الخ¹.

وعلى هذا الأساس، فإنه تجدر الإشارة إلى أنه يجوز للمرأة أن تعرض نفسها للزواج أو يعرضها وليها أو من ينوب عنها لرجل صالح، ومنه يستشف أن إعلان الخطبة في الشريعة الإسلامية غير مقتصر على الرجل وحده²، بل يجوز ذلك أيضاً للمرأة على قدم من المساواة؛ سواءً بنفسها أو عن طريق وليها أو من ينوب عنها حفاظاً على مكانتها وحظوتها المرموقة من جانب، ومراعاةً كذلك لظروفها التي قد تحملها على ذلك من جانب آخر.

¹ انظر، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، المنتظم في تاريخ الأمم والملوك، ج. 06، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 01، 1992، ص. 324-325؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قاتماز الذهبي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، سير أعلام النبلاء، ج. 04، مؤسسة الرسالة، د. ب. ط. 03، 1985، ص. 233-234.

² بوكايس سمية، المساواة بين الحنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص. 24.

الفرع الثالث

موقف المشرعين الجزائري والمغربي من الإعلان عن الخطبة

يَتَّضِحُ على وجه العموم من خلال جُملة الأدلة الشَّرعية التي سِيَّمت في هذا الشَّان أن الشريعة الإسلامية قد أقرت مبدأ المساواة بين الخطيبين -الجنسين- في الإعلان على الخطبة وعلى قدم من المساواة¹.

وبالرجوع للتشريعين الأسريين الجزائري والمغربي على التَّوالي، فقد أقرَّ بمبدأ المساواة بين الجنسين -الرجل والمرأة- في الإعلان عن الخطبة وإن لم يكن ذلك صراحةً²؛ فمن جهة نص المشرع الجزائري ضمن ق.أس.ج في حدود المادة 05 منه على أن: "الخطبة وعد بالزواج"³، وبذلك فقد اعترف لكلا الطرفين -الخطيبين- بحق إعلانها والعدول عنها، ويستدلُّ على ذلك بأحكام المادة 222 من ق.أس.ج التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁴؛ وبالرجوع لأحكامها نستشهد بما خلصنا إليه سابقا حيث أنَّها تُقرُّ إعلان الزواج من كلا الجنسين وعلى قدم من المساواة. ومنه، يُستخلص بالتبعية أن المشرع الجزائري يُقرُّ هو الآخر ذلك؛ بحكم أن الشريعة الإسلامية مصدر مادي لأحكام ق.أس.ج ويستدلُّ بأحكامها فيما لم يرد نص بشأنه. كما أن تفحص أحكام ونصوص هذا الأخير -ق.أس.ج- يدعوا للقول بالألَّ وجود لنصٍ صريحٍ يمنع المرأة من خطبة الرجل. فقد اكتفى

¹ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.25.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.63.

³ راجع أحكام المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ راجع أحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

بتعريف الخطبة على أنها وعد بالزواج ويحتمل هذا القول الطرحين معاً؛ أي أن يكون الإعلان من الرجل أو المرأة دون وجود أي تمييز في ذلك¹.

وعلى صعيد المشرع المغربي، فقد أقرّ هو الآخر بذات المبدأ في حدود المادة 05 من م.أس.م بقوله: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج"²، ويستشف ذلك مما سبق الخلوص إليه بشأن المدلول اللغوي لكلمة "تواعد" إذ أن هذه الكلمة تفيد لغةً تبادُل الوعد وهو ما يتماشى ومبدأ المساواة وإلغاء التمييز بين الجنسين³. كما يستدل بأحكام المادة 400 من م.أس.م التي تنص هي الأخرى على أنه: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف"⁴، وهو الأمر الذي يميلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي أقرت صراحةً جواز إعلان الخطبة من كلا الجنسين، ومنه يعتبر حكماً معتبراً ومستنداً به لدى المشرع المغربي بالنظر لكون الشريعة الإسلامية تُعدُّ مصدراً مادياً لأحكام المدونة من جهة، وباعتبار أن هذا الاجتهاد يراعي أحكام العدل والمساواة بين الجنسين من جهة أخرى؛ وهو الأمر الذي يتوافق مع أحكام المادة 400 من م.أس.م سالف الذكر.

وعليه يمكن الخلوص للقول بأن كلا المشرعين الجزائري والمغربي قد تبنّيا مبدأ المساواة بين الجنسين في الإعلان عن الخطبة سواءً بالمفهوم الذي تكرسه الشريعة الإسلامية؛ أو بالمفهوم المستقى من المعاهدات والمواثيق والاتفاقيات الدولية الناشئة في هذا المجال⁵. إذ يجوز لأيٍّ منهما

¹ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.25.

² راجع أحكام المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

³ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص.57.

⁴ راجع أحكام المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

⁵ على غرار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة... الخ.

المبادرة بطلب الآخر للزواج؛ غير أنه بالنظر لطابع الحياء والفطرة الأنثوية، فإن ذلك يُحول دُون إقبال المرأة على إبداء طلبها بخطبة الرجل، وهو الأمر الذي تفرضه الأعراف والتقاليد السائدة في المجتمعين الجزائري والمغربي على حدٍ سواء، ولكن هذا لا يُحول دُون بقاء هذا الحق بالنسبة لوليّ الفتاة في اختيار الرجل الصالح لموليتته حِفاظاً على كرامة المرأة ورفعيتها والحظوة التي خصتها بها الشريعة الإسلامية¹.

وبعد التطرق خلال مختلف مراحل المبحث الأول لأثر مبدأ المساواة على مفهوم الخطبة، فإنه ستم التعرض هذا المبدأ على آثار الخطبة باعتبارها مرحلة أساسية سابقة لعقد الزواج، وكذا مدى تكريس هذا المبدأ ضمن طرق وأشكال انتهائها، على غرار العدول على الخطبة، وعدم الرغبة في مواصلة إبرام عقد الزواج سواء من أحد الطرفين أو من كليهما معاً.

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.63؛ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.26.

المبحث الثاني

أثر مبدأ المساواة على آثار الخطبة والعدول عنها

تُعدُّ الخطبة كما تقدّم مُجرّد وعد بالزواج، وليست زواجاً¹، هذا الأخير الذي لا يتم إلاّ بانعقاد العقد المعروف، وبالتالي فطيلة هذه المرحلة يظل كل من الخاطبين أجنبياً عن الآخر². لكن بالرغم من ذلك، فإنه متى أجهت نيّة الإنسان للزواج، أو أعلن رغبتّه في الزواج، فإن ذلك يُرتب آثاراً شرعية³؛ على غرار مدى جواز تبادل كلا الخطيبين للنظر في فترة الخطبة وأثر مبدأ المساواة عليه (المطلب الأول)، وكذا بيان أثر هذا المبدأ في إطار مختلف طرق انتهاء الخطبة (المطلب الثاني)؛ لنستعرض أثره وتطبيقاته كذلك على آثار العدول عن الخطبة -مسألة الهدايا والتعويض عن الضرر- كأبرز طريقة لانتهاء الخطبة (المطلب الثالث).

¹ انظر، عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق "مجلة فصلية محكمة تعنى بنشر الدراسات القانونية والشرعية"، جامعة الكويت، مارس 2001، المجلد 25، العدد 01، ص.339.

² أماني على المتولى، المرجع السابق، ص.25.

³ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.43.

المطلب الأول

أثر مبدأ المساواة على حرية النظر لكلا الخطيبين

مما لا شك فيه أن الزوج والزوجة هما أركان الأسرة وعمادها، فهما أساس التناسل والتكاثر بما يخدم الأسرة والمجتمع على حدٍ سواء، فالأبناء هم نتاج الأسرة وذخر للمجتمع، يرثون عن أسرهم الكثير من الصفات والمزايا والعادات والتقاليد، ولهذا يرشدنا ديننا الحنيف إلى الاهتمام باختيار الزوجة ذات المنبت الصالح والخلق القويم¹. ومن هذا المنطلق، فقد حرص الإسلام على ترسيخ حسن الاختيار، وقوة الأساس الذي يحقق الصفاء والوثام والسعادة والاطمئنان داخل الوسط الأسري، وذلك بوجود القيم الدينية والخلقية، هذه الأخيرة التي تقوى مع تقدم العمر، وما عدا ذلك من غايات كالجمال والحسب فإنها تُعدُّ وقتية الأثر². وبالتالي، فإنه يتوجب عدم الاعتماد في مرحلة الاختيار على مجرد الجمال والمال والنسب، وليس معنى ذلك أيضا إهمال جانب الجمال؛ فهو من بواعث الألفة والمودة والاستلطاف، لكن يبقى أهم شيء يجب على الخاطب مراعاته هو الخلق والدين قبل أي شيء آخر³. وفي هذا الشأن جاء حديث زهير بن حرب، ومحمد بن المثني، وعبيد الله بن سعيد، قالوا: حدثنا يحيى بن سعيد، عن عبيد الله، أخبرني سعيد بن أبي سعيد، عن أبيه، عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: "تُنكحُ المرأةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَاهِهَا، وَلِحَسَبِهَا، وَلِجَمَاهَا، وَلِدِينِهَا، فَاطْفَرُ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَدَاكَ"⁴، فالغالب عادةً أن

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.25.

² أماني على المتولى، المرجع السابق، ص.26.

³ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.25.

⁴ أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 1466، كتاب الرضاع "باب استحباب نكاح ذات الدين"، ج.02، دار إحياء التراث العربي، ص.1086؛ وأخرجه أيضا: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: ماهر ياسين الفحل، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، رقم الحديث: 971، كتاب النكاح، ج.01، دار القبس للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط.01، 2014، ص.375؛ وأخرجه أيضا: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُوْجَرْدِي الحِرَاسَانِي

ما يُرغَّب الرجال في الزواج هو أحد هذه الحِصَال الأربع؛ وآخرها عندهم هو ذات الدين، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم إلى تفضيل المرأة ذات الدين، وحذر من زواج المرأة لغير دينها، فذلك مدعاة للإصابة بالفقر والإفلاس¹. ويستدل في ذلك بما جاء في الحديث الذي أخرجه ابن ماجه والبخاري والبيهقي من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لَا تَنْكِحُوا النِّسَاءَ لِحُسْنِهِنَّ فَلَعَلَّهُ يُزِدِيهِنَّ، وَلَا لِمَاهِرُنَّ فَلَعَلَّهُ يُطْعِيهِنَّ، وَأَنْكِحُوهُنَّ لِلدِّينِ، وَلَا أُمَّةٍ سَوْدَاءَ حَرْقَاءَ دَاتٍ دِينَ أَفْضَلُ"². كما وأنه قد ورد في صفة خير النساء ما أخرجه الإمام النسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: "قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَيُّ النِّسَاءِ خَيْرٌ قَالَ الَّتِي تَسُرُّهُ إِنْ نَظَرَ، وَتُطِيعُهُ إِنْ أَمَرَ، وَلَا تُخَالِفُهُ فِي نَفْسِهَا وَمَالِهَا بِمَا يَكْرَهُ"³.

وسعيًا وراء الوقوف عند الأهمية التي أولاها الشرع لتبادل النظر بين كلا الخطيبين وتأثيره العام على عقد الزواج، سنتعرض في طيات هذا المطلب بداية إلى آراء الفقه الإسلامي بشأن جواز تبادل النظر (الفرع الأول)، ثم نحاول توضيح موقف كل من المشرعين الجزائري والمغربي في هذا الشأن (الفرع الثاني).

أبو بكر البيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعي، السنن الصغير للبيهقي، رقم الحديث: 2349، كتاب النكاح "باب الترغيب في النكاح"، ج.03، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط.01، 1410هـ/1989م، ص.09.

¹ أماني على المتولى، المرجع السابق، ص.27.

² أخرجه أبو عبد الرحمن عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح بن حمد بن محمد بن حمد بن إبراهيم البسام التميمي، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، كتاب النكاح، ج.05، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، السعودية، ط.01، 2003، ص.236؛ وأخرجه أيضا: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، التلخيص الحبير في تخریج أحاديث الرافعي الكبير، رقم الحديث: 1582، كتاب النكاح "باب ما جاء في استحباب النكاح وصفة المخطوبة"، ج.03، مؤسسة قرطبة، مصر، ط.01، 1995، ص.305.

³ أخرجه محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني ثم الصنعاني أبو إبراهيم عز الدين، سبل السلام، رقم الحديث: 914، كتاب النكاح "الدعاء للمتزوج"، ج.02، دار الحديث، د ذ ب ط، د ذ س ط، ص.163؛ وجاء على ذكره أيضا: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع "كتاب النكاح وخصائص النبي صلى الله عليه وسلم"، ج.05، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403هـ/1983م، ص.09.

الفرع الأول

آراء الفقه الإسلامي بشأن جواز تبادل النظر بين الخطيبين

بهذا الشأن، فإن الأصل حسب الشريعة الإسلامية أنه يحرم أن ينظر كل من الرجل والمرأة إلى الآخر، ما لم تربطه به رابطة أبوة أو بنوة أو أخوة أو زوج، ذلك أنه من شأن النظر إلى غير المباح أن يؤدي إلى زرع الشهوة في القلب وخلق الفتنة¹. وبهذا الخصوص قال تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُوبْنَ مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَ لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾² وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوَاتِ النِّسَاءِ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهُ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾³.

وأما بشأن النظر للمرأة المراد خطبتها فقد رغب الإسلام في ذلك؛ ومنه جعل النظر إليها قبل الخطبة من المستحبات، متى قصد الخاطب نكاحها، ولو لم تأذن له أو لم تعلم بطلبه، مكتفياً -الخاطب- في ذلك بإذن الشرع³. فقد أخرج أبي داود في سننه ما حدثه به مسدد، قال: حدثنا عبد الواحد بن زياد، حدثنا محمد بن إسحاق، عن داود بن حصين، عن واقد بن عبد

¹ جميل فخري محمد جاني، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص. 104.

² سورة النور، الآيات 30-31.

³ أماني على المتولى، المرجع السابق، ص. 28-29.

الرحمن يعني ابن سعد بن معاذ، عن جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِذَا حُطِبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ، فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ، قَالَ: فَحُطِبْتُ جَارِيَةً فَكُنْتُ أَتَّخِبُ لَهَا حَتَّى رَأَيْتُ مِنْهَا مَا دَعَانِي إِلَى نِكَاحِهَا وَتَزَوَّجْتُهَا"¹.

وفي هذا السياق، يرى الأحناف والمالكية² والشافعية وبعض الحنابلة أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم لجابر رضي الله عنه جاء هنا للندب³، وعليه قد ذهب جمهور الفقهاء -الشافعية والحنابلة⁴- إلى أنه لا يشترط علم المخطوبة أو إذنها أو إذن وليها بنظر الخاطب إليها اكتفاء بإذن الشارع ولإطلاق الأخبار، بل قال بعضهم: إن عدم ذلك أولى لأنها قد تتزين له بما يعرُّه؛ ولحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه السابق وفيه إطلاق الإذن، وقد تحبباً جابر للمرأة التي خطبها حتى رأى منها ما دعاه إلى الزواج بها⁵.

ومن هذا المنطلق، فإنه يجوز النظر قبل الخطبة وبعدها متى توافرت نية الزواج، وكان القبول متوقعاً⁶، فقد جاء في هذا الشأن في كتاب "المغني" قول ابن قدامة وهو من فقهاء الحنابلة: "لا

¹ أخرجه أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المرجع السابق، رقم الحديث: 2082، كتاب النكاح "باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها"، ج.02، المكتبة العصرية، ص.228.

² أجاز الإمام مالك النظر إلى الوجه والكفين فقط؛ مقتبس عن: أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج.03، ص.10.

³ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.43.

⁴ انظر، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.04، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط.01، 1994، ص.208؛ عبد الله بن محمد الطَّبَّار وآخرون، الفقه الميسر، ج.05، مدار الوطن للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط.02، 2012، ص.37.

⁵ انظر، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج.07، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1983، ص.191؛ أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، ج.03، المكتبة التوفيقية، مصر، 2003، ص.120؛ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية لدولة الكويت، المرجع السابق، ج.19، دار السلاسل، ص.198.

⁶ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.43.

نعلم بين أهل العلم خلافًا في إباحة النَّظَرِ إلى المخطوبة لمن أراد نِكَاحَهَا¹. ومما يستدل به في ذلك من السنة النبوية المطهرة ما حدَّث به أحمد بن منيع قال: حدثنا ابن أبي زائدة، قال: حدثني عاصم بن سليمان هو الأحول، عن بكر بن عبد الله المزني، عن المغيرة بن شعبة، أنه خطب امرأة -أي عزم على خطبتها- فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "أَنْظُرْ إِلَيْهَا، فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤَدَمَ بَيْنَكُمَا"². وَرُوِيَ فِي ذَاتِ السِّيَاقِ مَا أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ فِي مَسْنَدِهِ، قَالَ: حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ حَدَّثَنِي أَبِي، حَدَّثَنَا أَبُو كَامِلٍ، حَدَّثَنَا زَهِيرٌ، حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَيْسَى حَدَّثَنِي مُوسَى بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَزِيدَ عَنِ أَبِي حُمَيْدٍ - أَوْ أَبِي حُمَيْدَةَ - قَالَ وَقَدْ رَأَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِذَا خَطَبَ امْرَأَةً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا إِذَا كَانَ إِنَّمَا يَنْظُرُ إِلَيْهَا لِحَطْبَتِهَا، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَعْلَمُ"³.

ومن جانب الفقه وإن أجاز النظر إلى المخطوبة، إلا أن الفقهاء اختلفوا في مواضع النظر؛ فيرى الحنابلة في هذا الشأن أنه يباح لمن أراد خِطْبَةَ امرأةٍ وغلب على ظنِّه إيجابته، النَّظْرُ إلى ما

¹ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بـ "ابن قدامة"، المرجع السابق، كتاب الزواج "تزوجها وشرط لها ألا يخرجها من دارها أو بلدها"، ج.07، مكتبة القاهرة، ص.96.

² أخرجه محمد بن عيسى بن سَوْرَةَ بن موسى بن الضحاك الترمذي أبو عيسى، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، سنن الترمذي، رقم الحديث: 1087، أبواب النكاح "باب ما جاء في النظر للمخطوبة"، ج.03، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط.02، 1395هـ/1975م، ص.389؛ وأخرجه أيضا بسند آخر: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بـ "الطحاوي"، تحقيق: محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، شرح معاني الآثار، رقم الحديث: 4282، كتاب النكاح "باب الرجل يريد تزوج المرأة هل يحل له النظر إليها أم لا؟"، ج.03، دار عالم الكتب، د ذ ب ط، ط.01، 1994، ص.14.

³ أخرجه أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مسند الإمام أحمد بن حنبل، رقم الحديث: 23603، أحاديث رجال من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم "حديث أبي حميد الساعدي"، ج.39، مؤسسة الرسالة، د ذ ب ط، ط.01، 2001، ص.16؛ وأخرجه أيضا: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بـ "الطحاوي"، المرجع السابق، رقم الحديث: 4279، كتاب النكاح "باب الرجل يريد تزوج المرأة هل يحل له النظر إليها أم لا؟"، ج.03، ص.14.

يظهر غالباً كالوجه والرقبة واليدين والقدمين... الخ¹. في حين توسّع الظاهرية وعلى رأسهم ابن حزم²، فأجازوا النظر إلى جميع البدن عدا السّوأتين³، وقريب من ذلك مذهب الأوزاعي الذي أجاز النظر للمخطوبة فيما عدا العورة⁴. وفي مقابل هذا التوسّع، اتفق المالكية والشافعية وبعض الأحناف على أن ما يباح نظره من المخطوبة هو الوجه والكفان⁵، ولعل الحكمة من الاختصار على الوجه والكفين، أن الوجه يُستدلُّ به على الجمال، في حين يستدل باليدين على خصب البدن ولينه⁶. كما أجاز أبو حنيفة النظر إلى القدمين، زيادةً على الوجه والكفين⁷.

ولعل مرجع السبب في الاختلاف؛ أنه ورد الأمر بالنظر إليهن مُطلقاً⁸، وورد بالمنع مُطلقاً وإن كان ذلك في غير مسألة جواز النظر للمخطوبة حال الخطبة، كما ورد مقيداً -بمعنى مقتصرًا

¹ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج.05، دار الكتب العلمية، ص.10؛ تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بـ "ابن النجار"، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، منتهى الإرادات "كتاب النكاح"، ج.04، مؤسسة الرسالة، د ذ ب ط، ط.01، 1419هـ/1999م، ص.51.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.44.

³ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج.03، ص.10؛ محمد طاهر الجواي، المجتمع والأسرة في الإسلام، دار عالم الكتب، د ذ ب ط، ط.03، 2000، ص.101.

⁴ محمد طاهر الجواي، المرجع نفسه، ص.101؛ جميل فخري محمد جائم، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص.115.

⁵ انظر، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.06، دار الفكر بيروت، لبنان، 1984، ص.186؛ عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناي، ج.03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.01، 2002، ص.289؛ أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاني الحنفي بدر الدين العيني، تحقيق: أحمد عبد الرزاق الكبيسي، منحة السلوك في شرح تحفة الملوك، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط.01، 2007، ص.409.

⁶ انظر، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.04، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط.01، 1994، ص.208؛ صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، د ذ س ط، ص.661؛ أماني على المتولى، المرجع السابق، ص.29.

⁷ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج.03، ص.10؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.05، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.02، 1986، ص.122.

⁸ فقد ورد في إجازة النظر عند الخطبة مطلقاً ما أخرجه مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة فقال: حدثنا ابن أبي عمر، حدثنا سفيان، عن يزيد بن كيسان، عن أبي حازم، عن أبي هريرة، قال: كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم، فأثاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أَنْظَرْتَ إِلَيْهَا؟"، قال: لا، قال: "فَأَذْهَبَ فَأَنْظَرْتُ إِلَيْهَا، فَإِنَّ فِي أَعْيُنِ الْأَنْصَارِ شَيْئًا"؛ أخرجه مسلم

على الوجه والكفين- على قول كثير من العلماء¹ في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾²، إنه الوجه والكفان، وقياساً على جواز كشفهما في الحج عند الأكثر، ومن منع فقد تمسك بالأصل وهو تحريم النظر إلى النساء³.

فأما إذا لم يتيسر للخاطب النظر لمخطوبته، فإنه جاز له أن يرسل إليها امرأة ثقة تتأملها، وتصفها له⁴، وذلك استدلالاً بقيام المصطفى صلى الله عليه وسلم بإرسال أم سليم إلى امرأة، فقد أخرج أحمد في مسنده وغيره ما حدثه به إسحاق بن منصور، قال: حدثنا عمارة، عن ثابت، عن أنس، أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل أم سليم تنظر إلى جارية، فقال صلى الله عليه وسلم: "شئني عوارضها، وأنظري إلى عرقوبيها"⁵.

ومما لا شك فيه أن طبيعة الحياة المعاصرة، قد أوجدت وسائل للتعارف تختلف عما ألفه القدماء، وهذا لا يُغيّر الحكم الشرعي. فكل تعارف لا يخرج عن هذه الحدود الشرعية فهو محمود،

بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 1424/74، كتاب النكاح "باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها"، ج.02، دار إحياء التراث العربي، ص.1040؛ نقلاً عن: أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج.03، ص.10.

¹ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع نفسه، ج.03، ص.10.

² سورة النور، الآية 31.

³ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج.03، ص.11.

⁴ أحمد بن محمد بن علي الأنصاري أبو العباس نجم الدين المعروف بـ "ابن الرفعة"، المرجع السابق، ص.13؛ أماني على المتولى، المرجع السابق، ص.29.

⁵ أخرجه أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، المرجع السابق، رقم الحديث: 13424، مسند المكثرين من الصحابة "مسند أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه"، ج.21، ص.105-106؛ وأخرجه أيضاً بسند آخر: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بـ "ابن البيع"، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، المستدرک على الصحيحين، رقم الحديث: 2699، كتاب النكاح، ج.02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.01، 1990، ص.180؛ فقال في روايته: حدثنا علي بن حمشاذ العدل، ثنا هشام بن علي، ثنا موسى بن إسماعيل، ثنا حماد بن سلمة، عن ثابت، عن أنس رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم أراد أن يتزوج امرأة، فبعث امرأة للنظر إليها، فقال: "شئني عوارضها، وأنظري إلى عرقوبيها" قال: فجاءت إليهم فقالوا: ألا نغديك يا أم فلان؟ فقالت: لا أكل إلا من طعام جاءت به فلانة قال: فصعدت في رف لهم فنظرت إلى عرقوبيها، ثم قالت: أفليني يا بنية، قال: فجعلت تغليها وهي تشم عوارضها، قال: فجاءت فأخبرت. {هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه}

وما يُخالفها فهو ممنوع مردود، وبهذا فلا يجوز الإسلام خلوة الرجل بالمرأة أثناء الخطبة، كما لا يُجيز التردد إليها أو الخروج معها إلا في وجود محرم لها مثل أبيها وأخيها، وخالها وعمها. وإذا كان الإسلام لا يُبيح الخلوة بالمنخطوبة فهو من باب أولى لا يبيح مُعاشرتها على النحو الذي تعرفه الحضارة الغربية، فالخطبة هي مجرد التماس ووعد بالزواج غير ملزم. ويبقى الدين الإسلامي لا يبيح هذه المعاشرة إلا عبر إتمام عقد الزواج. وعليه فالعادات والتقاليد التي تعرفها مراسم الخطبة في هذا الزمان لا اعتبار لها متى خالفت أحكام الشريعة قرآناً وسنة¹.

ومما يشار إليه أنه يندب للمخطوبة أيضاً النظر للخاطب، فالعلة واحدة مشتركة تتعلق بالرجل والمرأة في الآن ذاته، وهي ما ورد في قوله صلى الله عليه وسلم: "فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"، ذلك أن مصلحة دوام الود والألفة تعني كلا الطرفين معاً. ويبقى تفسير عدم توجيه الشارع الأمر للمرأة بالنظر إلى الرجل حال الخطبة مرتبطاً بالحال الغالب لدى الرجال في ظهورهم وبروز أحوالهم في المجتمع الإسلامي، بمعنى أن النظر إليهم متاح للمرأة، بخلاف المرأة التي تقضي أكثر الأوقات في البيت فرؤيتها تبقى مقترنة بأحكام شرعية واضحة ومضبوطة².

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.44.

² عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.42.

وعلى هذا الأساس، فإنه بالنظر لشتى الآراء الفقهية يمكن الخلوص للقول بأنه يتساوى كلا الجنسين في حُكم النَّظَر للآخر¹، فللخاطب والمخطوبة معاً أن يجلسا في مكان وينظر كل منهما إلى الآخر بحضور أحد محارمها². وعليه، فالنظر الذي يجوز للرجل يباح للمرأة أيضاً³؛ ذلك أنه للمخطوبة أيضاً كامل الحق في أن تنظر إلى خَاطِبِهَا، بل هي أولى منه بالنَّظَر كما يقول ابن عابدين في كتابه رد المحتار: "... ويظهر من كلامهم أنه إذا لم يمكنه النظر يجوز إرسال نحو امرأة تصف له حلاها بالطريق الأولى، ولو غير الوجه والكفين وهل يحل لها أن تنظر للخاطب مع خوف الشهوة لم أره والظاهر: نعم للاشتراك في العلة المذكورة في الحديث السابق، بل هي أولى منه في ذلك لأنه يمكنه مفارقة من لا يرضاها بخلافها... الخ"⁴. وبالتالي، فإنه تأكيداً على حُكم نظر المرأة المخطوبة إلى خَاطِبِهَا كحكم نظره إليها لأنه يُعجِبُهَا منه ما يُعجِبُهَا منها، بل هي كما قال ابن عابدين أولى منه في ذلك لأنه يمكنه مُفَارَقَةَ من لا يرضاها بخلافها⁵.

الفرع الثاني

رأي المشرعين الجزائري والمغربي بشأن جواز النظر

بالرجوع للتشريعات الأسرية المغاربية؛ نجد أن المشرع الجزائري لم يتعرض صراحةً أو ضمناً لجواز النظر بين الخاطبين ضمن المادة 05 من ق.أس.ج التي تنظم المرحلة السابقة للزواج

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.43.

² انظر، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج.04، بيت الأفكار الدولية، د ذ ب ط، ط.01، 2009، ص.49.

³ انظر، العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، ط.01، 2013، ص.168.

⁴ انظر، ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج.06، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط.02، 1412هـ/1992م، ص.370؛ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.43.

⁵ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، المرجع السابق، ج.19، دار السلاسل، ص.198؛ جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص.122-123.

-الخطبة- وآثارها، وكذا مدى أحقية الطرفين المقبلين على الزواج في ذلك. ومن هنا، فإن معرفة رأي المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة والوقوف عليه يستدعي الرجوع لآراء الفقه الإسلامي عبر أحكام المادة 222 من ق.أس.ج والتي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"¹. وبالرجوع لهذه الأخيرة، فإن جُلَّ الآراء الفقهية سالفة الذكر وبالرغم من تباينها في مواضع النظر وحدوده كما سبق الإشارة إليه، إلا أنّها تُجيز لكلا الخاطبين النَّظر لبعضهما البعض، استدلالاً بما جاء في الأحاديث النبوية. وعلى هذا الأساس، فإنه يمكن القول على سبيل الاستنباط والاستخلاص بأن المشرع الجزائري يجيز على قدم من المساواة تبادل الخاطبين للنظر في مرحلة الخطبة، لكن مع ذلك يبقى هذا الجواز مقترناً بالموروث الحضاري للمجتمع الجزائري، ومحصوراً في إطار الضوابط والحدود الشرعية والأخلاقية.

وفي ذات الشأن وعلى صعيد المشرع المغربي؛ ورجوعاً لأحكام المواد من 05 إلى غاية 09 من مدونة الأسرة المغربية، فإنه هو الآخر لم يتطرق إلى مسألة النظر فيما بين الخاطبين صراحةً أو ضمناً؛ لكن ومن خلال قراءة نصوص مدونة الأسرة المغربية؛ لاسيما أحكام المادة 400 منها والتي تنص على أنه: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف"².

وبالتالي، فإنه يُستشفُّ أن رأي المشرع المغربي بشأن جواز النظر بين الخاطبين يُرجع فيه إلى آراء المذهب المالكي، وكذا الاجتهادات الفقهيّة التي يُراعى فيها تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف.

¹ راجع المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

² راجع المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية المحيطة.

وباستقراء رأي المذهب المالكي في هذه المسألة، فإنه يتوافق مع سائر المذاهب السنية الأخرى - الأحناف والشافعية والحنابلة - بشأن مشروعية جواز النظر بين الخاطبين، ويختلف معهم في مواضع وحدود النظر، فيقتصر الرجل في النظر على وجهها وكفيها، فإنَّ حُسْنُهما دالٌّ على بقية الجسم؛ ويجوز للمرأة هي الأخرى أن تنظر من الرجل ذلك أيضاً¹.

والجدير بالإشارة إليه في هذا المقام أن جمهور الفقهاء² اشترطوا لمشروعية النظر أن يكون الناظر إلى المرأة المخطوبة مريدًا لنكاحها، وأن يرجو الإجابة رجاءً ظاهراً، أو يعلم أنه يجاب إلى نكاحها، أو يغلب على ظنه الإجابة، في حين يكتفى الحنفية باشتراط إرادة نكاحها فقط³.

ومن هذا المنطلق، فإنه يتجلى الموقف الإيجابي للمشرع المغربي هو الآخر بشأن جواز النظر بين الخاطبين في مرحلة الخطبة، ويستند هذا الموقف في مشروعيته على أحكام المادة 400 م.أس.م والتي تحيل لآراء الفقه المالكي، وكذا للاجتهادات الفقهية التي يُراعى فيها تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف.

وحرِيُّ بنا الإشارة في هذا السياق إلى أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي يُسند مشروعية جواز النظر بين الخاطبين على أساس المادتين 222 ق.أس.ج و400 م.أس.م، واللتين تحيلان على آراء الفقه الإسلامي، هذه الأخيرة التي بالرغم من اختلافها في تحديد مواضع النظر وحدوده،

¹ انظر، أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك "شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك"، ج.02، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط.02، د ذ س ط، ص.67؛ محمد عبد اللطيف قنديل، فقه النكاح والفرائض، د ذ ط، د ذ ب ط، د ذ س ط، ص.36؛ أبو ذر القلموني عبد المنعم بن حسين بن حنفي بن حسن بن الشاهد، ففروا إلى الله، ج.01، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر، ط.04، 1424 هـ، ص.241-242.

² وهم: المالكية والشافعية والحنابلة.

³ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية لدولة الكويت، المرجع السابق، ج.19، دار السلاسل، ص.198.

إلا أنها من جانب آخر تتفق بشكل عام على جواز وأحقية كلا الخاطبين في النظر للطرف الآخر وعلى قدم المساواة.

وعلى هذا الأساس، فإنه يمكن الخلوص إلى التوافق بين موقف المشرعين الجزائري والمغربي بشأن جواز النظر بين الخاطبين حال الخطبة استناداً لأحكام المادتين سالفتي الذكر¹؛ وهو الأمر الذي يُعدُّ تطبيقاً لمبدأ المساواة الذي جاءت به مختلف الإعلانات والمعاهدات والاتفاقيات والمواثيق الدولية الناشئة في مجال حماية حقوق الإنسان بشكل عام وحقوق المرأة بشكل خاص، ومنه يعتبر بذلك نقطة التقاء مع هذه النصوص الدولية. ومن أبرز ما جاء في هذه الأخيرة ما تَضَمَّنَه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 16 التي جاء فيها: "للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما مُتساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله... الخ"، وكذا ما أشارت إليه صراحةً أيضاً اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW) هي الأخرى في مادتها 16 سالفه الذكر.

وغير بعيد عن المواثيق والاتفاقيات الدولية السابقة، فقد تطرق إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة هو الآخر ضمن مادته 06 في حدود الفقرتين "أ-ب" من البند 02 منها إلى ما يلي:

"تتخذ جميع التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي الزوجين في المركز، ولا سيما ما يلي:

أ. يكون للمرأة، سواء بسواء مع الرجل، حق اختيار الزوج بملء حُرِّيَّتِها وعدم التزوُّج إلاَّ بمحض رضاها الحُرِّ التَّام؛

ب. تساوى المرأة مع الرجل في الحقوق وأثناء قيام الزواج وعند حلِّه... الخ".

¹ راجع المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم؛ راجع أيضاً المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية المحيطة.

وبناءً على ما سبق، فإنه يمكن الوقوف الأخير على التوافق الحاصل بين التشريعين الجزائري والمغربي، وكذا بعض النصوص والمواثيق الدولية -على غرار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وكذا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بالإضافة لإعلان القضاء على التمييز ضد المرأة- التي نادى بوجوب إقرار مبدأ المساواة بين كلا الجنسين لدى الاعتزام على مباشرة عقد الزواج، هذا الأخير تُعدُّ مرحلة الخطبة -المرحلة التمهيدية- من أهم مراحلها حيث يجري اختيار كل شريك للآخر، ومنه يعتبر تبادل النظر بين الخطيبين من أبرز وأهم الخطوات التي من شأنها تكوين صورة نمطية عن كل طرف بالنسبة للطرف الآخر، كما تُساعده وتتيح له ممارسة حقه في اختيار الشريك المناسب له بكل حُرِّيَّة.

المطلب الثاني

تطبيقات مبدأ المساواة على طرق انتهاء الخطبة

تُعدُّ النِّهاية الطبيعية للخطبة هي إتمام مراسيم عقد الزواج، وكذا تأسيس الأسرة المسلمة على قواعد مَتيِّنة من التقارب النفسي. والتفاهم العقلي، بما يحقق المقاصد والغايات من تشريع الزواج ومقدماته، ويهيئ لها إمكانات الديمومة والاستمرار.

لكن ومع ذلك، فالخطبة ليست عقد زواج حتى لو تأيَّدت بالإتفاق على المهر أو بدفعه كلياً أو جزئياً أو بتقديم الهدايا أو بقراءة الفاتحة... الخ، ذلك أنه لكل من الطرفين العدول عنها، وهو محل اتِّفاق جميع المذاهب الفقهية السنية¹؛ وعلى وجه العموم فإذا لم يتم إبرام عقد الزواج، فإن الخطبة تنتهي إمَّا بالعدول عنها من أحد طرفيها أو من كليهما معاً (الفرع الأول)؛ أو

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 45-46؛ جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص. 225.

يأخذى الصورتين الآخريين وهما: وفاة أحد الخطيبين (الفرع الثاني)، أو زواج أحد الخطيبين من محارم الطرف الآخر (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أثر المساواة على ممارسة حق العدول عن الخطبة

يُتَّسَم عقد الزواج بصِغَةً خاصة تُمَيِّزُه عن سائر العقود الأخرى، وذلك بالنظر لتعلقه بشخص الإنسان وذاته، وعلى هذا الأساس فقد خصَّه الشَّارِع الحكيم بمرحلة تمهيدية تسبِّهه، لتُتَّيْح هذه الأخيرة الوقوف عمَّا إذا كان هناك وفاق وائتلاف بين الطرفين -الخطيبين- ليؤدِّي ذلك في النهاية إلى إتمام عقد الزواج. لكن وبالمقابل إذا حصل تنافر واختلاف بين الطرفين، فإن الخطبة تبقى مُجَرَّد وعد بالزواج، وليست لها القوة الملزمة للعقد كما وسبق الإشارة في الطبيعة القانونية للخطبة¹؛ وبهذا يثبت لكل من الخاطبين الحق العدول عن الخطبة، وإن كان مقتضى الوفاء بالوعد يقضي بعدم العدول إلا لضرورةٍ أو لسببٍ شرعي². فحَاصِصَةً رضائية الخطبة ورضائية عقد الزواج، تجعل من العدول أمراً طبيعياً إذا رفض كلا الطرفين أو أحدهما إتمام عقد الزواج، ولعل القول بغير ذلك يجعل الخطبة عقداً أو وعداً مُلْزِماً، ويُكسِّي عقد الزواج نوعاً من الإكراه، وكلاهما -الإلزام والإكراه- لا يَصْحُحُ بِاتِّفَاقِ جميع المذاهب الإسلامية على اختلاف التَّفْصِيل بينها في بعض المواضع³. وعلى هذا الأساس، تبقى الخطبة وعداً غير ملزم بالزواج، فلو اعتُبرت عقداً أو وعداً ملزماً لإجراء عقد الزواج مستقبلاً لفقدت وظيفتها والغاية من تشريعها، فهي شرعت إلا للحفاظ على حرية الأزواج في تحقيق الاختيار والاعتناع بالشريك الآخر⁴.

لكن ومع ذلك يبقى من النَّاحِيَةِ الأخلاقية والأدبية، وكذا من باب الحفاظ على مكارم الأخلاق الإنسانية، فإنه يتعين على المرء الوفاء بوعدده قدر المستطاع وأن يراعي في ذلك شعور

1 محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.63.

2 أماني على المتولى، المرجع السابق، ص.29.

3 محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.47.

4 جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص.224.

الآخرين، وأن يضع اعتباراً لكرامة الطرف الآخر الذي يطمئن إليه، ذلك أنه في غالب الأحيان تكون المرأة -المخطوبة- هي الضحية في حال العدول عن الخطبة؛ ومن ثم فإنه من المستحسن ألا يتراجع أحدهما عن وعده للآخر إلاً لضرورة ملجأة أو لحاجة شديدة.

ومما يشار إليه في هذا السياق بأنه بالرغم من إباحة فقهاء الشريعة الإسلامية للعدول عن الخطبة¹، إلا أنه قد يعتريه حكم التحريم شرعاً إذا كان من غير سبب جدي ومعقول، فهو في هذه الحال يعتبر من قبيل إخلاف الوعد ونكته²، هذا الأخير -إخلاف الوعد- الذي يعتبر علامة من علامات النفاق³.

وعلى هذا الأساس، فقد حثت الشريعة الإسلامية -قرآناً وسنة- على ضرورة الوفاء بالوعد⁴؛ وفي هذا الشأن فإنه يستدل من القرآن الكريم على أمر الشارع الحكيم بالوفاء بالعهود، وكذا وجوب الحفاظ على الوعد⁵ بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾⁶. كما يستدل على ذلك من السنة النبوية الشريفة بعدد الأحاديث، أبرزها حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي ورد في الصحيحين - صحيح البخاري ومسلم رضي الله عنهما- فعن سليمان أبو الربيع، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، قال: حدثنا نافع بن مالك بن أبي عامر أبو سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "آيَةُ الْمِنَافِقِ ثَلَاثٌ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبًا، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا أُؤْتِمِنَ

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.64.

² انظر، محمود على السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط.03، 2010، ص.22.

³ انظر، محمود السرطاوي، فقه أحوال شخصية، مقرر دراسي بكلية التربية "جامعة القدس المفتوحة"، منشورات جامعة القدس المفتوحة، عمان، الأردن، ط.02، 2012، ص.37.

⁴ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.47.

⁵ محمود على السرطاوي، شرح قانون...، المرجع السابق، ص.22.

⁶ سورة الإسراء، الآية 34.

حَانَ"1، كما ورد أيضا عن النبي صلى الله عليه وسلم ما حدث به أبو محمد عبد الله بن يوسف إملاء، عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اضْمَنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَضْمَنْ لَكُمْ الْجَنَّةَ: اصْدُقُوا إِذَا حَدَّثْتُمْ، وَأَوْفُوا إِذَا وَعَدْتُمْ، وَأَدُّوا إِذَا أَوْثَمْتُمْ، وَاحْفَظُوا فُرُوجَكُمْ، وَعُضُّوا أَبْصَارَكُمْ، وَكُفُّوا أَيْدِيَكُمْ"2. كما تطرق في ذات السياق تفسير الطبري - جامع البيان في تأويل القرآن - في معرض تفسيره لسورة التوبة³ ما حدث به القاسم قال، حدثنا الحسين، قال، حدثنا مبشر، عن الأوزاعي عن هارون بن رباب، عن عبد الله بن عمرو بن وائل:

1 أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 33، كتاب الإيمان "باب علامة المنافق"، ج. 01، ص. 16؛ وأخرجه أيضا الإمام مسلم في صحيحه بسند آخر: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 59/107، كتاب الإيمان "باب بيان خصال المنافق"، ج. 01، دار إحياء التراث العربي، ص. 78؛ فقال في روايته: حدثنا يحيى بن أيوب، وقتيبة بن سعيد، واللفظ ليحيى، قالوا: حدثنا إسماعيل بن جعفر، قال: أخبرني أبو سهيل نافع بن مالك بن أبي عامر، عن أبيه، عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا أُوْتِيَ حَانَ".

2 أخرجه أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُو جردى الخراساني أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، السنن الكبرى، رقم الحديث: 12691، كتاب الودعة "باب ما جاء في الترهيب في أداء الأمانات"، ج. 06، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 03، 2003، ص. 471؛ وأخرجه أيضا أحمد في مسنده بسند آخر: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، المرجع السابق، رقم الحديث: 22757، تنمة مسند الأنصار "حديث عبادة بن الصامت"، ج. 37، ص. 417؛ فقال في روايته: حدثنا سليمان بن داود الهاشمي، أخبرنا إسماعيل، أخبرنا عمرو، عن المطلب، عن عبادة بن الصامت، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "اضْمَنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَضْمَنْ لَكُمْ الْجَنَّةَ: اصْدُقُوا إِذَا حَدَّثْتُمْ، وَأَوْفُوا إِذَا وَعَدْتُمْ، وَأَدُّوا إِذَا أَوْثَمْتُمْ، وَاحْفَظُوا فُرُوجَكُمْ، وَعُضُّوا أَبْصَارَكُمْ، وَكُفُّوا أَيْدِيَكُمْ"؛ وأخرجه أيضا الحاكم في مستدرکه بسند آخر: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بـ "ابن البيع"، المرجع السابق، رقم الحديث: 8066، كتاب الحدود، ج. 04، ص. 399؛ فقال في روايته: حدثنا علي بن عيسى الحيري، حدثنا المسيب بن زهير البغدادي، حدثنا عاصم بن علي، حدثنا إسماعيل بن جعفر، حدثنا عمرو بن أبي عمرو، عن المطلب بن عبد الله، عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه، أن نبي الله صلى الله عليه وسلم قال: "اضْمَنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَضْمَنْ لَكُمْ الْجَنَّةَ: اصْدُقُوا إِذَا حَدَّثْتُمْ، وَأَوْفُوا إِذَا وَعَدْتُمْ، وَأَدُّوا إِذَا أَوْثَمْتُمْ، وَاحْفَظُوا فُرُوجَكُمْ، وَعُضُّوا أَبْصَارَكُمْ، وَكُفُّوا أَيْدِيَكُمْ" {هذا حديث صحيح الإسناد ولم يُجْرَها}.

3 قوله تعالى في سورة التوبة: ﴿وَمِنْهُمْ مَن عَاهَدَ اللَّهُ لَئِنِ آتَيْنَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ ﴿٥٥﴾ فَلَمَّا آتَاهُمْ مِنْ فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوْا وَهُمْ مُعْرِضُونَ ﴿٥٦﴾ فَأَعَقَبَهُمُ نِقَاحًا فِي قُلُوبِهِمْ إِلَى يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ ﴿٥٧﴾﴾؛ سورة التوبة، الآيات 75-77.

أنه لما حضرته الوفاة قال: "إِنَّ فُلَانًا خَطَبَ إِلَيَّ ابْنَتِي، وَإِنِّي كُنْتُ قُلْتُ لَهُ فِيهَا قَوْلًا شَبِيهًا بِالْعِدَّةِ، وَاللَّهِ لَا أَلْقَى اللَّهَ بِثُلُثِ النِّفَاقِ، وَأَشْهَدُكُمْ أَنِّي قَدْ زَوَّجْتَهُ"¹.

وبالتالي فإنه من هذا المنطلق يُعدُّ مُستهجنًا العدول عن الخطبة من كلا الطرفين وإلغاؤها في غياب سبب جدِّي، لأنه أمر يخالف المروءة، وقد يكون من المصالح المعتبرة عدم الخوض والبحث في أسباب ودواعي العدول عن الخطبة، ذلك أن كشفها من شأنه الإضرار بالطرف الآخر²، وفي هذا الصدد يقول الدكتور فتحي الدريني مايلي: "لا بد من الإشارة إلى أن الوفاء بالوعد واجب ديانةً وحُلقاً ومروءةً إلا إذا كان ثمة مسوّغ قوي يقتضي هذا العدول، والوفاء بالوعد التزام حُلُقِي وديني، لا قضائي، حفظاً للكرامة أن تُهدر والمشاعر أن تُمسَّ، وللشُبُهات أن تُثور وللشُّمعة أن تنال منها الأقاويل"³.

لكن وبالرغم من ذلك، فإنه يبقى الأصل شرعاً هو جواز مباشرة كلا الخطيبين -الرجل والمرأة- لحقه في العدول عن الخطبة⁴، وهو الحق الذي تبنته وأقرته جل التشريعات العربية، وقننته ضمن تشريعاتها الأسرية؛ وقوانينها للأحوال الشخصية⁵، وبهذا الخصوص ذهب المشرع الجزائري

¹ انظر، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي أبو جعفر الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، جامع البيان في تأويل القرآن، سورة التوبة "الآية 75"، ج.14، مؤسسة الرسالة، د ذ ب ط، ط.01، 2000، ص.378.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.65.

³ فتحي الدريني، دراسات وبحوث...، المرجع السابق، ص.730؛ مقتبس عن: محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.65.

⁴ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.47؛ عبد الرزاق الشيخ نجيب، المرجع السابق، ص.340.

⁵ راجع في هذا الخصوص ما نص عليه المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية (المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 1953/09/07) في مادته 03 على أنه: "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة؛ وضمن المشرع الأردني مبدأ جواز العدول عن الخطبة في إطار قانون الأحوال الشخصية (القانون رقم 36 لعام 2010) حيث جاء بالمادة 04 منه في البند "أ" ما يلي: "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة؛ كما تضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي (القانون رقم 51 لسنة 1984 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 1570 المؤرخة في 24 شوال 1404 الموافق لـ 1984/07/23 - السنة الثلاثون (30) - المعدل بآخر تعديل بموجب القانون رقم 66 لسنة 2007 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 852 السنة الرابعة والخمسون (54) في المادة 03 منه في فقرتها 01 ذات المبدأ، حيث نصت على ما يلي: "لكل من طرقي الخطبة أن يعدل عنها... الخ"؛ كما أشار المشرع الليبي لذات المبدأ في المادة 01 الفقرة "ب" من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم، المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 2015 على أنه: "يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة؛ وهو المبدأ ذاته الذي

إلى إقرار أحقية كلا الخاطبين في العدول عن الخطبة، حيث نصت المادة 05 فقرة 02 ق.أس.ج¹ على أنه: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"²؛ وبالتالي فالخطبة باعتبارها وعداً بالزواج، فإنه يحق لكلا الطرفين العدول عنها، فهما ليسا ملزمين بإتمام مشروع البناء.

ومن جانبه أيضا فقد أكد القضاء الجزائري هو الآخر على عدم إلزامية الخطبة؛ ومنه مُعتبراً أن العدول عن الخطبة حقاً مقررراً لفائدة كلا الطرفين -الخطيبين- حيث أشارت لذلك المحكمة العليا الجزائرية في عديد القرارات الصادرة عنها؛ ومن أبرزها القرار الصادر عن ذات الجهة القضائية بتاريخ 17 مارس 1992 حيث جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الخطبة وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها... الخ"³.

وعلى صعيد المشرع المغربي، فقد كرس هو الآخر ذات الحق ضمن المادة 06 م.أس.م⁴ بقوله: "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق

أقره المشرع الإماراتي ضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة (القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 منشور بالجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة في العدد رقم 439 الصادرة بتاريخ 30 نوفمبر 2005)، وذلك في حدود المادة 18 منه، التي جاء فيها ما يلي: "لكل من الطرفين العدول عن الخطبة"؛ وإلى جانب التشريعات السابقة، نجد أيضا ذات المبدأ قد أقره المشرع الموريتاني ضمن حدود نص المادة 04 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية (القانون رقم 2001-052 بتاريخ 19 يوليو 2001 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية في العدد 1004 المؤرخ في 15 أغسطس 2001) التي تنص على أنه: "لا يترتب على الخطبة أثر قانوني، ولكل من الخاطب والمخطوبة الرجوع فيها".

¹ أشارت المادة 05 فقرة 01 من القانون رقم 84-11 (قبل تعديل سنة 2005) المتضمن قانون الأسرة؛ إلى جواز مباشرة كلا الطرفين لهذا الحق على النحو الآتي: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها".

² راجع أحكام المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

³ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، قرار صادر بتاريخ 17/03/1992، ملف رقم 81129، قضية (ب.ع.م) ضد (م.ه)، عدد خاص، ص.30؛ مقتبس عن: باديس ديايي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص.11؛ محمد لمن لوعيل، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والإجتهااد القضائي، دار هومة، الجزائر، ط.02، 2012، ص.40.

⁴ أقر المشرع المغربي ذات الحق ضمن الفصل 03 من الظهير الشريف رقم 1.57.343 المؤرخ بـ 28 ربيع الثاني عام 1377 موافق 22 نونبر سنة 1957، والذي يُطبَّق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الأول والثاني المتعلق أولهما بالزواج وثانيهما بالتحلال ميثاقه (وقد صدر هذا الظهير الشريف بناء على الأحكام السابقة للظهير الشريف رقم 1.57.190 المؤرخ بـ 22 محرم 1377 موافق لـ 19 غشت

العدول عنها"¹. وتعليقاً على هذه المادة، فإن الخطبة من الناحية القانونية لا تعدو كونها وسيلة لتحقيق التعارف بين الخطيبين، وكذا للاتفاق على الشروط الشكلية والموضوعية لإبرام عقد الزواج². كما أن الإيجاب والقبول اللذين تتم بهما الخطبة لا يُكوّنان اتفاقاً قانونياً ملزماً، بل هو مجرد تمهيد مسبق لعقد الزواج. ومنه يمكن القول، بأن التكييف القانوني للخطبة يتيح لكلا الطرفين حق التراجع عنها ورفض إبرام عقد الزواج؛ ولعل طبيعة الخطبة هي التي تفرض هذا الحكم، فهي تبقى فترة تعارف واختبار تمهيداً لارتباط طرفيها بالزواج، فمي البديهي أن يُسمح لكل من الخطيبين بالعدول عنها³.

وبالتالي يمكن الخلوص للقول بأن الخطبة تبقى تأكيداً لما سبق الإشارة إليه مجرد وعد بالزواج يمكن تحقُّقه مستقبلاً، فهي تعد المرحلة الأولية للتعرف، فإذا رضي كلا الطرفين-الخطيبين- ببعضهما انعقد الزواج بعد توافر ركنه وشروط صحته مجتمعةً، وإذا غاب بينهما التفاهم والوثام فجاز لكليهما أو لأحدهما العدول عن الخطبة والتحلُّل من وعده للطرف الآخر⁴.

وصفوة القول، أن لكلا الجنسين سواءً الرجل أو المرأة نفس الحقوق والمركز في مجال المطالبة بالعدول عن الخطبة؛ ذلك أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي لم يقيدا هذا الحق بأي شرط أو بأي قيد خاص، ومن ثم يمكن لأي طرف ممارسة حقه في العدول بإرادته المنفردة دون الرجوع للطرف الآخر وطلب موافقته، باعتبار أن الأمر جائز شرعاً وقانوناً⁵.

1957 المتعلق بإحداث لجنة لوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي؛ وقد جاء التنصيص على حق العدول عن الخطبة في مدونة الأحوال الشخصية على النحو الآتي: "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة؛... الخ".

¹ راجع أحكام المادة 06 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

² عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.33.

³ أحمد الخليلشي، المرجع السابق، ص.86-87.

⁴ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.64.

⁵ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.27 و29.

ومما سبق، يُستشفُّ أن تقرير المشرعين الجزائري والمغربي لحق العدول بالنسبة لكلا الطرفين -الجنسين- هو نقطة التقاء بين المساواة بمفهوم الشريعة الإسلامية من جهة أولى، بوصف هذه الأخيرة مصدراً مادياً لهذه التشريعات الأسرية الوضعية، وهو كذلك إقرار صريح وجلي من هذين التشريعيين بمبدأ المساواة بين الجنسين المستقى من مختلف المعاهدات والمواثيق والاتفاقيات الدولية من جهة ثانية؛ على غرار ما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذا إعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري؛ والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، وكذا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والبروتوكول الاختياري الملحق بها... الخ.

الفرع الثاني

وفاة أحد الخطيبين

تُعَدُّ الوفاة مانعاً طبيعياً يُحوّل دون إتمام عقد الزواج، وتنتهي بذلك مرحلة الخطبة وتنقطع أحكامها فور تحقق وفاة أحد الخطيبين؛ وعليه فإذا توفي الخاطب أصبحت المخطوبة خالية، ويحقُّ تبعاً لذلك لورثته المطالبة بما دفع من المهر للمخطوبة وما هو ملحقاته عرفاً أو اتفاقاً.

غير أنه ليس لورثته استرداد الهدايا وما هو في حكمها، لأنها -الهدايا- تعتبر من قبيل الهبة¹، ذلك أن الموت يعدُّ أحد موانع الرجوع فيها²، وتجدر الإشارة إلى أن الأحناف اختصروها -موانع الرجوع في الهبة- في البيت التالي:

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 46.

² تنص المادة 872 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية الصادرة عام 1286 م (التي سهر على تأليفها لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالأستانة ورئاسة ناظر الديوان) على أنه: "وفاة كل من الواهب والموهوب له مانعة من الرجوع فعليه ليس للواهب الرجوع عن الهبة إذا توفي الموهوب له كذلك ليس للورثة استرداد الموهوب إذا توفي الواهب".

وما منع عن الرجوع في الهبة * * * * *

يا صاحبي حروف دمع خزقه

وتفصيلاً لذلك، فإنه لكل من هذه الحروف دلالة معينة؛ فالدال الزيادة، والميم موهماً أو أحدهما، والعين العوض، والخاء الخروج من ملك الموهوب له، والزاي الزوجية، والقاف القرابة، والهاء هلاك الموهوب¹.

وبالتالي، واستناداً لرأي الأحناف فإنه إذا توفي الخاطب فقد سقط حقه في الرجوع عن الهبة - الهدايا - بموته؛ فلا ينتقل هذا الحق بذلك لورثته²، لأن الشريعة الإسلامية تثبت حق الرجوع في الهبة للواهب فقط، فلا ينتقل إلى التركة ولا يثبت للورثة.

وبالمقابل، فإذا توفيت المخطوبة فللخاطب استرداد المهر لأنه ركن أو شرط لاستكمال عقد الزواج، وقد استحال إتمامه بوفاة المخطوبة. وأما الهدايا فلا تُرد لأن موت الموهوب له مانع من الرجوع في الهبة، ذلك أنه قد انتقلت الهدايا إلى ملكية الورثة من مورثهم وهو الموهوب له - المخطوبة - وليس الواهب - الخاطب - ضمن جملة أموال التركة³.

ورود في هذا الشأن في كتاب درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ما يلي: "وفاة كل من الواهب والموهوب له بعد التسليم مانعة من الرجوع فعليه إذا توفي الموهوب له فليس للواهب الرجوع عن الهبة واسترداد الموهوب من ورثته كذلك إذا توفي الواهب فليس لورثته الرجوع عن الهبة واسترداد الموهوب أي أن وفاة الواهب مانعة من الرجوع في الهبة أي يبطل بوفاة الواهب خيار فسخه؛ لأنه لما كان الخيار المذكور عبارة عن الوصف فلا يورث كخيار الرؤية والشرط. كما أنه قد شرع الشارع الرجوع عن الهبة للواهب ولما كان وارثه ليس بواهب كانت وفاة الموهوب له مانعة للرجوع؛ لأنه بوفاة الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته ولا ينتقل إليهم من الواهب ولما كان ليس للواهب الرجوع عن الهبة في حالة انتقال ملكية الموهوب لآخر في حياة الموهوب له فكذلك ليس له ذلك في حالة انتقال الملك إلى الورثة بوفاة الموهوب له ولأن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل العين فيصير الموهوب عيناً أخرى بانتقاله إلى الورثة"؛ مقتبس عن: علي حيدر خواجه أمين أفندي، ترجمة: فهمي الحسيني، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج.02، دار الجيل، د ز ب ط، ط.01، 1991، ص.477.

¹ انظر، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيديّ اليمني الحنفي، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، ج.01، المطبعة الخيرية، ط.01، 1322 هـ، ص.330.

² جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد... المرجع السابق، ص.271.

³ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص.46.

كما يرى شيخ الإسلام ابن تيمية في هذا السياق بأنه: "إن اتفقوا -أي الخاطب والمخطوبة ووليها- على النكاح من غير عقد وأعطى -الخاطب- إياها لأجل ذلك شيئاً غير الصداق فماتت قبل العقد؛ فإذا كانوا قد وفوا بما اتفقوا عليه ولم يمنعه من نكاحها حتى ماتت فلا شيء عليهم؛ وليس له أن يسترجع ما أعطاهم كما أنه لو كان قد تزوجها استحقت جميع الصداق وذلك لأنه إنما بذل لهم ذلك ليتمكنوا من نكاحها وقد فعلوا ذلك وهذا غاية الممكن"¹.

وعلى الصعيد التشريعي، فإن كلا المشرعين الجزائري والمغربي لم يتعرضا بالتنصيص لحالة انتهاء الخطبة بوفاة أحد الخطيبين، وكذا الآثار المترتبة عنها، وهو الأمر الذي يحيلنا إلى الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي عبر المادة 222 ق.أس.ج، والمادة 400 م.أس.م أين نقف على مختلف الآراء الفقهية سالفه الذكر.

وفي هذا الشأن يرى بعض الفقه القانوني أنه رغم غياب تنصيص قانوني صريح ضمن أحكام المادتين 05 ق.أس.ج، و08 م.أس.م، إلا أنه لا يجوز الجمع بين المين؛ ألم فقدان أحد الخطيبين للآخر، وألم إفقار الورثة أو الموهوب له المتبقى على قيد الحياة، ذلك أن الوفاة قدر محتوم لا يد لأحد فيه وهو مانع من حق الرجوع في الهدية باعتبارها تأخذ حكم الهبة، ومن لا يجوز لورثة الهالك سواء كان الخاطب أو المخطوبة المطالبة بها عيناً أو قيمة².

وخلاصة القول، أنه يمكن الوقوف على توافق وانسجام مبدأ المساواة بين الجنسين المستقى من المواثيق والاتفاقيات الدولية مع الرأي الشرعي -رأي الجمهور؛ الأحناف والمالكية والحنابلة-

¹ انظر، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجموع الفتاوى، ج.32، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ/1995م، ص.198؛ تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ج.03، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط.01، 1987، ص.139.

² انظر، فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية بوجدة، جامعة محمد الأول، 2009-2010، ص.30.

المتعلق بآثار انتهاء الخطبة بوفاة أحد الخطيبين؛ إذ لا يحق لكلا الخطيبين -الجنسين- سواءً الخاطب أوالمخطوبة- استرجاع الهدايا بعد وفاة الواهب.

الفرع الثالث

الزواج بأحد محارم الخطيبين

تنتهي الخطبة أيضا إذا تزوج الخاطب من أحد محارم المخطوبة، ذلك أن موانع الزواج هي نفسها موانع الخطبة، فمن لا يجوز الزواج بها قطعاً، لايجوز أصلاً خطبتها، فلو تزوج الخاطب من أم خطيبته وهي من المحرمات على التأييد انتهت الخطبة فوراً، لأن البنت أضحت محرمة عليه في الحال والاستقبال.

وكذلك الحال إذا ما تزوجت المخطوبة بأحد محارم خطيبها، ذلك أن القاعدة التي سلف ذكرها بأنه "لا يجوز للرجل أو المرأة خطبة من يحرم زواجها تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً؛ فإذا ثبت التحريم بعد الخطبة انتهت بذلك وجوباً الخطبة وانقطعت آثارها. والواقع أن الحرمة المؤبدة تحرم الخطبة ابتداءً وتمنع من استمرارها انتهاءً، لأن سبب التحريم وصف لازم غير قابل للزوال¹.

وخلاصة القول، أنه يمكن الوقوف على مبدأ المساواة بين الجنسين المقرر شرعاً في مجال مختلف طرق انتهاء الخطبة، وهو الأمر الذي يتوافق لحد كبير مع مبدأ المساواة المستقى من الاتفاقيات والمواثيق الدولية الناشئة في هذا المجال والمشار إليها سابقاً؛ والمكرّسة ضمن التشريعات الأسرية الوضعية المعاصرة، على غرار قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية... الخ.

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.47؛ جميل فخري محمد جاني، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص.276.

المطلب الثالث

أثر مبدأ المساواة على آثار العدول عن الخطبة

لقد عدَّت الشريعة الإسلامية الخطبة كما تقدم، وعداً بالزواج وليست عقداً قائماً بذاته، وهذا الوعد لا يلزم أياً من الطرفين، فكلا الطرفين لهما الحق في العدول عن الخطبة والرجوع عن إتمام عقد الزواج، ودون أن يترتب ذلك أي مساءلة قانونية للطرف العادل أو مطالبته ببيان الدوافع والمبررات التي دفعته للعدول¹.

لكن بالرغم من كون العدول حقاً مقررّاً لفائدة كلا الطرفين -الخطيبين- ودون أن يترتب أي مسؤولية أو يثير إشكالاً لأنه حق طبيعي، إلا أن العدول قد ينتج آثاراً تكتسي من الأهمية بمكان؛ لاسيما من حيث مصير الهدايا المقدمة من كل طرف للآخر، وكذا قد يترتب عن العدول ضرر يصيب أحد الطرفين وهو ما يقتضي جبر هذا الضرر وتعويضه.

وعلى هذا الأساس نتعرض ضمن مراحل هذا المطلب أثر مبدأ المساواة على استرجاع الهدايا المقدمة من كلا الخطيبين للآخر (الفرع الأول)؛ ثم أثره على التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي الذي قد يصيب أحد الطرفين نتيجة لهذا العدول أو بناء على أفعال مُستقلّة عنه (الفرع الثاني).

¹ جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص.254.

الفرع الأول

تطبيقات مبدأ المساواة على مصير الهدايا

تُعدُّ الخطبة فترةً للتعرف بين الخطيبين وأسرتهما وتمهيداً لإتمام عقد الزواج، وبذلك ترتب الخطبة في صورتها الاجتماعية تواصلًا بين طرفيها، ومنه تقديم هدايا¹ قد تكون ثمينة وقيمة بمجرد إعلان الخطبة، وكذا تبادل هذه الهدايا بين الطرفين في كثير من المناسبات التي تعارف عليها الناس². فقد يُقدم الخاطب على تقديم هدايا وهبات لخطيبته تقويةً للصلات وتأكيداً للعلاقة الناشئة بينهما. كما قد تقوم المخطوبة أيضاً من جهتها بنفس الشيء مع خطيبها لأجل التعبير عن محبتها واحترامها له. لكن بالرغم من ذلك قد يحصل عدول من أحد الطرفين أو من كليهما معاً عن الخطبة وهو ما سيُطرح إشكالية استرجاع واسترداد هذه الهدايا، وكذا من تثبت له الأحقية في ذلك لاسيما وإن كانت هذه الأخيرة - الهدايا - ثمينة³.

ومن هذا المنطلق يمكن التساؤل ما هو مصير الهدايا المقدمة من الخطيبين في مرحلة الخطبة

حال العدول عن الخطبة؟

فعلى صعيد الفقه الإسلامي، يرى الأحناف في هذا الشأن بأن الهدايا المقدمة في هذه المرحلة تأخذ حكم الهبة، وعلقوا ردها إلى الواهب على عدم وجود مانع من موانع الرجوع عنها⁴،

¹ الهدية اصطلاحاً: هي نوع من أنواع الهبة، وهي ما يقدمه الواهب للموهوب له على وجه الإكرام والتودد والمكافأة؛ مقتبس عن: جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص.211.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.50.

³ بوكايس سمية، المساواة بين الحسنين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.35.

⁴ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص.73؛ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.41.

كأن تكون مثلاً قد هلكت أو استهلكت، أو لخروجها عن ملك الموهوب له - الخاطب أو المخطوبة - كالتصرف فيها ببيع أو هبة، أو لوجود زيادة متصلة بها لا يمكن فصلها عنها... الخ¹.

وأما إذا كانت الهدايا تقبل الاستعمال طويل المدى، كالأقمشة مثلاً التي لم تحوّل لأثواب، وأدوات الزينة بالنسبة للمرأة، وكذا أدوات المكتب بالنسبة للرجل، وغير ذلك مما يكون باقياً بعينه، فهذه الهدايا يجب أن ترد لمن أهداها. فإذا انتهت الخطبة بالعدول وطالب طرفها بالهدايا، فإنها تأخذ في هذه الحال نفس حكم الرجوع عن الهبة حسب آراء الأحناف، وبالتالي يجوز للواهب الرجوع في هبته ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع عنها².

في حين يذهب الشافعية لوجوب الرد مطلقاً سواءً كانت الهدايا باقيةً أو غير باقية، فإن كانت قائمةً استردّت بعينها، وإن هلكت أو استهلكت استردّت بمثلها (ببدلها) أو بقيمتها؛ ولا فرق عندهم بين أن يكون العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة أو منهما معاً³.

وخلافاً لما سبق يرى الحنابلة بأنه لا يحلُّ للواهب الرجوع في هبته، وليس لصاحب الهدية الرجوع في هديته⁴، وهو ما أورده صراحةً ابن قدامة في كتابه المغني بقوله أنه: "لا يحل لواهب أن يرجع في هبته، ولا لمُهدٍ أن يرجع في هديته، وإن لم يُثب عليها... الخ"⁵؛ ومنه يتضح أن

¹ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 83؛ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 50.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 50.

³ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 83؛ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه...، المرجع السابق، ج. 09، ص. 6510؛ عبد الله (بن الطاهر) التناي السوسي، المرجع السابق، ص. 55.

⁴ أماني على المتولى، المرجع السابق، ص. 30.

⁵ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بـ "ابن قدامة"، المرجع السابق، كتاب الهبة والعطية "مسألة لا يحل لواهب أن يرجع في هبته ولا لمهد أن يرجع في هديته"، ج. 06، مكتبة القاهرة، ص. 65.

الحنابلة يرون بعدم أحقية الخاطب في استرداد هداياه، في حال العدول عن الخطبة، لأنها تأخذ حكم الهبة، والتي لا يجوز الرجوع فيها لغير الأب¹.

وأما المالكية، فقد انقسموا على رأيين، يرى الرأي الأول وهو الأصل عندهم بأنه لا يرجع الخاطب بشيء مما أهداه أو أنفقه على المخطوبة، ولو كان الرجوع من جهتها².

في حين يرى الرأي الثاني وهو الأوفق والأوجه عند المالكية بأنه متى كان هناك عرف أو شرط بالرد أو عدمه فيعمل به، وإن لم يكن شرط أو عرف؛ فالرأي عندهم إن كان العدول من جهة الخاطب فلا يجوز له الرجوع في شيء مما أهداه أو قدمه على سبيل الهدية، ذلك أنه ألم المخطوبة بعدوله عن خطبتها ورافقها، ومنه لا يجوز أن يجتمع عليها مع هذا الإيلام - ألم العدول عن خطبتها - ألم آخر.

وأما إن كان العدول من جهة المخطوبة، فوجب عليها رد ما أخذته من الخاطب بعينه إن كان قائماً، وأن ترد مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً متى كان الشيء المقدم هالكاً أو مستهلكاً، ذلك أنه لا وجه لها في أخذ هداياه بعد أن أتمته بفسخ خطبته³.

وتعليقاً على هذا، فإن الرأي الثاني للمالكية يبدو عادلاً وأكثر عقلانية، ذلك أنه ليس من المعقول أو اللائق مضاعفة ألم المخطوبة بعدول الخاطب عن خطبتها، وذلك بالجمع بين ألم العدول وألم رد الهدايا في نفس الوقت، ولعل ترك الهدايا بعض التخفيف من الألم الذي أصابها.

¹ أماني على المتولى، المرجع السابق، ص.30.

² محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.83؛ أماني على المتولى، المرجع السابق، ص.30.

³ محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص.83؛ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.51.

أما إذا كان العدول عن الخطبة من جانبها، فليس من العدالة أيضاً حرمان الخاطب مما قدمه من هدايا وهو لم يقترف ذنباً أو يرتكب أي خطأ كان سبباً في إنهاء الخطبة¹.

وعلى هذا الأساس، فقد تبنت التشريعات الوضعية المعاصرة الرأي الأوفق والأوجه لفقهاء المالكية -الرأي الثاني- وكرسته ضمن تشريعاتها الأسرية لما رأت فيه من تحقيق للعدالة، فلم تجمع بين ألم العدول ورد الهدايا في الآن ذاته. ومن قبيل ذلك ما نص عليه مشروع الأحوال الشخصية للمسلمين المصريين والذي أقره مجمع البحوث الإسلامية في مادته الثالثة، حيث جاء فيها ما يلي:

- أ. إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتضى فلا حق له في استرداد شيء مما أهداه للآخر إذا لم يُعتبر مهراً طبقاً للفقرة ب من المادة السابقة.
- ب. إذا كان العدول بمقتضى، فله أن يسترد ما أهداه إن كان قائماً أو قيمته وقت القبض إن كان هالِكاً أو مُستهلكاً.
- ج. وذلك كله ما لم يكن هناك شرط أو عرف².

كما نص في ذات السياق قانون حقوق العائلة اللبناني في مادته 02 على أنه: "بعد تمام الوعد إذا امتنع أحد الطرفين عن النكاح أو توفي فللخاطب أن يسترد الأشياء التي أعطاهها حساباً من المهر عيناً، إن كانت قائمة وبدلاً إن تلفت، أما الأشياء التي أعطاهها الطرفان لبعضهما بعضاً هدية فتجري أحكام الهبة بحمّها"³. وغير بعيد عن التشريعات السابقة فقد تضمن القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية حكماً مشابهاً ضمن المادة 03 منه فقرة ب

¹ انظر، بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، مارس 2015، ص.63؛ فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص.22.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.51-52.

³ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.54؛ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص.84.

حيث جاء فيها ما يلي: "... يرد من عدل عن الخطبة دون مقتضى الهدايا بعينها، إن كانت قائمة، وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض ما لم يقض العرف بغير ذلك أو كانت مما تستهلك بطبيعتها... الخ"¹.

وأما على صعيد المشرع الجزائري، فقد نصت المادة 05 فقرتين 04 و05 ق.أس.ج على أنه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"².

ويتضح جلياً باستقراء هاتين الفقرتين أن المشرع الجزائري قد فصل في مسألة استرجاع الهدايا في فقرتين متتاليتين لما يكتسبه الأمر من أهمية خاصة في المجتمع الجزائري الذي تعارف أفرادها في غالب الأحيان على تبادل كلا الخطيبين هدايا قيمة وثمينة خلال فترة الخطبة. كما يستشف من أحكام هاتين الفقرتين تبني المشرع صراحةً لرأي الفقه المالكي الذي يفرق بين عدول الخاطب والمخطوبة في مسألة استرداد الهدايا، ومنه فإذا ثبت العدول من جانب الخاطب فيسقط تلقائياً حقه في المطالبة بالهدايا التي قدّمها للمخطوبة.

وفي مقابل ذلك، يتوجب عليه رد ما لم يستهلك مما أهدته إياه المخطوبة أثناء فترة الخطبة بعينه، ورد قيمة ما استهلك من هذه الهدايا.

أما إن ثبت العدول من جانب المخطوبة، فيتوجب عليها هي الأخرى رد ما أهداها الخاطب خلال فترة الخطبة، فتزد ما لم يستهلك بعينه، وترد قيمة ما استهلك أو هلك. ومما

¹ راجع أحكام المادة 03 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، المعتمد بمجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة المنعقد بجامعة الدول العربية؛ قرار الاعتماد رقم 105-06 المؤرخ في 17/08/1408هـ-04/04/1988م.

² راجع أحكام المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

تجدر الإشارة إليه في هذا السياق أن المشرع لم ينص صراحةً على عدم أحقية المخطوبة في استرداد ما قدمته على سبيل الهدية للخاطب في حال عدولها عن الخطبة كما هو الحال في الفقرة التي سبقتها بشأن الخاطب الذي يرد للمخطوبة ولا يسترد منها شيئاً في حال عدوله¹.

وعلى صعيد الاجتهاد القضائي الجزائري، يعد رأي فقهاء المالكية الذي تبناه المشرع هو نفسه الرأي الذي أقرته المحكمة العليا في عديد قراراتها وتواتر عليه الاجتهاد القضائي، ومن ذلك ما ورد ضمن القرار الصادر في 23 أبريل 1991 حيث جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهده إن كان العدول منه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"².

كما ورد في ذات الشأن في قرار صادر عن ذات الجهة القضائية بتاريخ 13 جويلية 1993 ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج، أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيره... الخ"³. وكما جاء في قرار لاحق صادر بتاريخ 16 مارس 1999 ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهده إذا كان العدول منه، ومتى تبين -في قضية الحال- أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض

¹ بوكايس سمبة، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.37.

² قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 1991/04/23، ملف رقم 73919، م.ق، 1993، العدد 02، ص.58 وما يليها.

³ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 1993/07/13، ملف رقم 92714، م.ق، 1995، العدد 01، ص.128 وما يليها.

إتمام الزواج وإلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقاً دون الرد على دفع الطاعنة أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

ومما سبق، يمكن الخلوص للقول بأن المشرع الجزائري قد ساوى بين الجنسين -الخطيبين- في مسألة استرداد الهدايا، حيث جعل المخطوبة في نفس المركز مع الخاطب، ولعل ما يؤكد ذلك هو التعديل الأخير لسنة 2005 الذي مس أحكام المادة 05 ق.أس.ج²، حيث كانت تنص سابقاً ضمن فقرتيها 03 و04 على ما يلي: "لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها رد ما لم يستهلك"³.

ومما يستنبط من هذا التعديل أن المشرع الجزائري قد ألزم الخاطب بإرجاع الهدايا للمخطوبة، وبمقابل ذلك فإنه تثبت عدم أحقيته في استرداد هداياه المقدمة للمخطوبة؛ وبهذا يكون المشرع الجزائري قد استدرك النقص الذي كان يعتري نص المادة 05 ق.أس.ج سابقاً، يقدم الخاطب هدايا للمخطوبة، فهي الأخرى كذلك قد تقدم هدايا قيمة خاصة بعد استقلال الذمة المالية للمرأة نتيجة لولوجها لسوق الأعمال والتجارة واكتسابها لموارد مالية خاصة مستقلة بذلك عن الرجل⁴.

¹ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 16/03/1999، ملف رقم 219313، الإجتهااد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص.39؛ باديس ديايي، المرجع السابق، ص.12.

² بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.37.

³ راجع أحكام المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 (قبل تعديل سنة 2005)

⁴ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.37-38.

وفي هذا السياق يعلق بعض الفقه على هذا التعديل على غرار الدكتور بلحاج العربي بما يلي: "...ومن ناحية أخرى، فإن تعديل عام 2005 للمادة المذكورة، أقر مبدأ المساواة بين الخطيبين في استرداد الهدايا، بنصه في المادة 05 فق 04 ق.أس.ج على أنه على الخاطب أن يرد هو الآخر للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته. وهي إضافة صائبة، لإلغاء أشكال التمييز تجاه المرأة، وتحريرها قانونياً تبعاً لعملها واستقلال ذمتها المالية... الخ"¹.

وعلى وجه العموم، يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ المساواة المستقي من مختلف الاتفاقيات الدولية والمعاهدات والمواثيق الدولية في هذا الشأن، فقد أحل كلا الخطيبين في نفس المركز بالنسبة لمسألة استرجاع الهدايا حال العدول عن الخطبة، فالعادل بغض النظر أيا كان يرد ما تسلم من هدايا من الطرف الآخر ولا يسترد ما قدمه، وفي هذا عدم جمع بين ألم العدول وبين ألم رد الهدايا. لكن يبقى هذا الرأي عادلاً بشكل نسبي وليس مطلقاً، فقد لا يكون العادل هو المتسبب الحقيقي في العدول؛ وفي هذا السياق يؤسس القضاء الفرنسي توجهه بهذا الشأن على أساس المادة 1088 من القانون المدني الفرنسي²، حيث أعطى وصف الهبة للهدايا المهمة المقدمة بمناسبة الخطبة ولأجل الزواج، وهي قابلة للاسترداد متى لم يتم إبرام الزواج فعلاً، ويعد في هذا السياق خاتم الخطبة (**Bague de fiançailles**) من قبيل الهدايا الهامة أو المهمة³.

¹ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.132.

² Art 1088 du **Code Civil Français**: "Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas".

³ En cas de rupture, la bague de fiançailles a donc vocation à être restitué au donateur; 1^{ère} Civ. 30 oct. 2007.

غير أنه تطبيقاً لقواعد العدالة، فإن يحرم من استرداد هذه الهدايا كل من إرتكب خطأ¹، أو كان مسؤولاً عن العدول، أو كان عدوله بدون مبرر مقبول قانوناً، ويتوجب على الطرف الذي يطالب باسترجاع هذه الهدايا إقامة الدليل القضائي بجميع وسائل الإثبات المتاحة². وبالمقابل نجد أن المشرع المغربي قد تبنى هو الآخر الرأي الراجح عند فقهاء المالكية بشأن استرجاع الهدايا عند العدول عن الخطبة ضمن أحكام المدونة الجديدة³، فقد نص في حدود المادة 08 م.أس.م على أنه: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله.

ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال"⁴.

ومن هنا، يمكن القول بأن المشرع المغربي لم يغفل التطرق إلى مصير الهدايا المقدمة أثناء الخطبة حال العدول عنها من أحد الطرفين سواء في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة⁵ أو في إطار مدونة الأسرة الحالية، حيث مكن كلا الخاطبين على قدم من المساواة استرجاع الهدايا المقدمة ما لم يكن العدول عن الخطبة من جانبه، فللخاطب كامل الحق في استرجاع الهدايا ما لم يكن العدول من جهته.

وبمفهوم المخالفة، فإن كانت المخطوبة لم تظهر من جانبها ما يتنافى والرغبة التي أعربت عنها ابتداءً عندما قبلت الخطبة، وما دام العدول صادراً من جانب الخاطب فليس له استرجاع

¹ Par exception au principe, la jurisprudence admet que, en cas de rupture fautive imputable au donateur, la bague de fiançailles puisse être conservée par son bénéficiaire en guise de sanction; cass **Paris**, 3 déc. 1976.

² بلحاج العربي، بحث قانونية...، المرجع السابق، ص.67.

³ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.37؛ فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص.22.

⁴ راجع أحكام المادة 08 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

⁵ نص الفصل 03 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بموجب المادة 397 من مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 على أنه: "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة؛ للخاطب أن يسترد الهدايا إلا إذا كان العدول عن الخطبة من قبله".

ما قدم للمخطوبة من هدايا، وبعده عن استكمال غايته، فكان أحق بتحمل خسارة ما قدمه لها على سبيل الهدية سواء كانت هذه الأخيرة قائمة أو هلكت أو استهلكت.

وأما إن حصل العدول من جانب المخطوبة، أو وقع بتراضي الطرفين عليه، فللخاطب حينها استرجاع ما قدمه للمخطوبة من هدايا، والحكم في كلتا الحالتين مبني على القاعدة الشرعية القائلة بأنه: "يتحمل الناكل نتيجة نكوله"، وهو الحكم الوجيه عند مذهب المالكية¹.

ومن جانبه أيضا قد أقر القضاء المغربي ذات المبدأ وتواتر العمل عليه، حيث قضت محكمة الاستئناف بمكناس في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 07 يناير 1980 بما يلي: "حيث يستخلص من الحكم المطعون فيه والوثائق صحبته أن المدعى المستأنف عليه... وهب أرضا فلاحية مساحتها عشر هكتارات (10) من الرسمين العقاريين... هدية للمدعى عليها في خطبتها... وطبقا لما جاء في المقال، فإن المدعى عليها عدلت من جهتها فقط عن الخطبة، وتزوجت رجل آخر غير الخاطب الواهب، بمعنى أن المخطوبة رجعت عن التزامها الأدبي بالخطبة وفضلت رجلا آخر... وأنه طبقا للفصل الثالث من المدونة فإنه إذا كان الرجوع عن الخطبة من جانب المخطوبة وإخلالها لما تضمنه عقد الهبة تم عن سوء النية، إذ خدعت المدعي بركونها للخطبة حتى تستحوذ على الهبة بل الهدية فقط، ومن ثم يحق للمدعي استرجاع الهدية عملا بالفصل الثالث المذكور... الخ"².

ومما يشار إليه في الأخير أن المشرع المغربي قد تجاوز بالمادة 08 م.أس.م الانتقاد الذي ظل يلاحق لسنوات أحكام الفصل 03 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، ذلك أن هذا

¹ فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص.23.

² قرار محكمة الاستئناف بمكناس، 1980/10/07، القضية عدد 79/7/303، مجلة رابطة القضاة، العددان 8 و9، ص.155 وما بعدها؛ مقتبس عن: فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص.24؛ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.37.

المادة الجديدة عاجلت كلا الحالتين، سواءً ما تعلق بالهدايا المقدمة من طرف الخاطب العادل عن الخطبة، وأيضاً تناولت حكم الهدايا المقدمة من المخطوبة التي صدر العدول من جانبها.

وعليه، فقد تضمن هذه المادة حكماً عاماً ساوياً بمقتضاه المشرع بين الطرفين في هذه المسألة على قدم من المساواة، فيصح استرداد الهدايا بعينها أو بقيمتها حسب الأحوال¹ في حال صدور العدول من الطرف الآخر. وبمفهوم المخالفة، فإنه لا يصح للطرف العادل استرداد الهدايا أو المطالبة بها².

وبالرغم من تبني المشرع المغربي هو الآخر للرأي الراجع لفقهاء المالكية، إلا أن هذا ربط استرجاع الهدايا بالعدول عن الخطبة، وإن كان يبدو من الوهلة الأولى حلاً منطقياً وسهلاً للتطبيق على أرض الواقع، إلا أنه من الناحية العملية نادراً ما يتم العدول عن الخطبة بدون سبب، فغالبا ما يقتزن العدول بسبب وجيه في نظر العادل، فقد يكون العدول نتيجة لإبداء بعض الشروط من هذا الجانب أو من ذلك كان يطلب الولي مهراً مرتفعاً، أو يشترط على الخاطب السكن المنفرد... الخ، وهو الأمر الذي قد يدفع أحد الطرفين للعدول عن الخطبة. ومن ثم فإن ربط المشرع المغربي إمكانية استرجاع الهدايا بعدم صدور العدول عن الخطبة ممن يريد استرداد الهدايا، وفي هذا السياق يرى بعض الفقه بضرورة تحميل المتسبب في العدول عبء رد الهدايا للطرف الآخر، وذلك بغض النظر عن الطرف الذي صدر العدول من جانبه. ويتولى القاضي تحديد السبب الحقيقي لإنهاء الخطبة وتحديد المسؤوليات³.

¹ بالرجوع للأحكام لمادة 08 فقرة 02 فإن المشرع مكن من استرجاع الهدايا بعينها أو بقيمتها حسب الأحوال. ومما يؤخذ عليه بهذا الشأن هو عدم تحديده للقيمة الواجب أخذها بعين الاعتبار حال استرجاع الهدايا، فهل هي القيمة يوم قبض الهدية أو قيمة الهدية يوم إرجاعها؟

ويعنى آخر أي الطرفين يتحمل الفرق بين قيمة الهدية يوم القبض ويوم الإرجاع، وهنا يرى البعض بأن الرأي الأقرب للصواب هو تحميل هذا الفارق والنقص في قيمة الهدية للطرف العادل؛ مقتبس عن: فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص. 29-30.

² فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص. 26.

³ أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص. 87.

ومما يمكن إضافته بهذا الشأن أن هذا الرأي للأستاذ أحمد الخمليشي هو رأي سديد، ويتوافق مع مبادئ العدالة، فقد يدفع الخاطب هدية ذات قيمة معتبرة، سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من المخطوبة سعياً لتأكيد رغبته في الاقتران بالمخطوبة، لتلجأ هذه الأخيرة إلى التحايل بالقيام بتصرفات لا ترضي الخاطب، أو تعتمد افتعال الخصام معه، فتدفعه بذلك للعدول عن الخطبة، وتحمل عبء إرجاع الهدايا في الآن ذاته. ومن هنا، فإنه يتوجب على القاضي مراعاة الطرف المتسبب حقيقة في العدول، وكذا إلزامه بإرجاع الهدايا أخذاً بمبدأ العدالة¹.

الفرع الثاني

تطبيقات مبدأ المساواة على الحق في التعويض المترتب عن العدول

تعدُّ الخطبة مجرد مرحلة للتعارف بين كلا طرفيها، وهي بذلك مُقدمة لعقد الزواج. وبالتالي فإن العدول عنها ما لم يرتب ضرراً لا يُعدُّ أساساً تُبنى عليه المطالبة بالتعويض، كما أن التكييف الشرعي والقانوني للخطبة لا يجعل من مجرد العدول هجراً يقتضي المطالبة بالتعويض. ذلك أن فكرة الهجر غريبة على فقه الخطبة في الإسلام؛ وهي على النقيض مألوفة في الشرائع الغريبة لأن الاختلاط والمعاشرة من الأمور المباحة بين الخاطبين².

وانطلاقاً من التكييف الفقهي والتشريعي للخطبة على أنها مجرد وعد بالزواج، هذا الأخير الذي لا يُلزم به الوفاء قضاء عند أغلب الفقهاء؛ ومنه يترتب أن لكل من طرفي الخطبة -سواءً الخاطب أو المخطوبة- الحق في العدول عنها متى شاء أو دعت الحاجة لذلك، ويستند في جواز

¹ فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص. 27-28.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 52.

ذلك على القاعدة المقررة في الشرع: "أن من استعمل حقه الشرعي لا يكون ضامناً ولا مُطالباً بالتعويض عن الضرر الناشئ عن هذا الاستعمال".

لكن مما لا شك فيه أن العدول له صداه وأثره النفسي عند طرفي الخطبة أو أحدهما، إلا أن هذه الأصداء والآثار النفسية تعد امتداداً طبيعياً لفك الارتباط بين الخطيبين خصوصاً إذا ما طالت مدة الخطبة. إلا أن إنهاء هذه العلاقة لا يُرتب في حد ذاته مسؤولية في حق الطرف العادل، كما أنه لا يشكل بحد ذاته أيضاً عناصر الضرر¹ المادي أو المعنوي -الأدبي- ويرى أغلب الفقه الشرعي المعاصر أنه وإن كان لا ضمان على من استعمل حقه الشرعي، إلا أن استعمال هذا الحق يبقى مقيداً بمبدأين شرعيين "لا ضرر ولا ضرار" وقاعدة "الضرر يُزال"، وهنا يجب التفريق بين حالتين:

- الحالة الأولى: أن يكون لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب عدوله عن الخطبة، وذلك كأن يطلب الخاطب جهازاً خاصاً أو يحمل المخطوبة على ترك وظيفتها، فتتركها بناءً على رغبته ثم يعدل بعد ذلك عن خطبتها.

¹ الضرر لغة: الضَّرُّ، ويضمُّ: ضد النفع، أو بالفتح مصدر، وبالضم: اسم، ضَرَّةٌ وبه أَضَرَّه وضارَّةٌ مُضارَّةٌ مُضارراً. والضَّرَّاءُ؛ القحطُ، والتَّيْدَةُ، والضَّرُّ، وسوءُ الحال، والضرر: الضيق؛ مقتبس عن: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، لقاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط. 08، 1426هـ/2005م، ص. 428.

الضرر اصطلاحاً: هو الأذى الذي يُصيب الإنسان في حق من حُقوقه، أو في مصلحة مُعتبرة له شرعاً، سواءً كان هذا الحق أو المصلحة ذاتاً قيمة مالية أو لآ؛ مقتبس عن: زهية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط. 01، 2015، ص. 50.

كما يعرف أيضاً على أنه: "إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو أذى يلحق بالشخص سواءً كان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته، وقد سبب له خسارة مادية سواءً بالنقص، أو التلف المادي، أو بنقص المنافع، أو زوال بعض الأوصاف؛" مقتبس عن: خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق "دراسة فقهية مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2012، ص. 03.

وفي هذه الحالة، فإنه يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الطرف الآخر بسبب العدول عن الخطبة، لتسبب الطرف الآخر في ضرر يُوجب بذل التعويض للطرف الآخر المتضرر.

- الحالة الثانية: ألا يكون لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي أصاب الآخر بسبب العدول، وفي هذه الحالة لا وجه للحكم بالتعويض أو المطالبة به من الأصل، فلا يُوجد سبب للضمّان، ولا ضرر يُوجب التعويض¹.

وبالتالي، فإذا رتب العدول عن الخطبة ضرراً أصاب أحد الطرفين سواءً بشكل ماديّ أو معنوي²؛ كأن يحصل عدول خطبة دامت مدة كويلة، فتكون بذلك المخطوبة قد تقدمت في السن، وهو ما يسبب ضرراً يتمثل في تفويت فرص زواج عليها؛ أو اشتراط الخاطب على المخطوبة ترك وظيفتها أو انقطاعها عن الدراسة، وبمقابل ذلك قد تطلب المخطوبة من الخاطب إعداد سكن خاص... الخ³.

وعلى هذا الأساس تطرح في هذا الشأن عديد التساؤلات أبرزها: إذا كان العدول حقا مكفولا لكلا الطرفين -الجنسين أو الخطيبين- فهل يرتب العدول الذي صاحبه ضرر أصاب الطرف الآخر تعويضاً؟

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 52-53.

² الضرر نوعان:

أولهما الضرر المعنوي أو الأدبي؛ وهو ما يُصيب كيان الإنسان المعنوي، كأن يصيب شرفه أو إحساسه، أو عاطفته، أو مشاعره. سواءً كان بالفعل كالضرب أو بالقول كالقذف أو السب والشتيم، وسُمّي معنوياً لأن محمله العاطفة والشعور.

وثانيهما الضرر المادي؛ وهو ذلك الأذى الذي يصيب الإنسان نتيجة الإخلال بمصلحة مالية للمضور، ويدخل في الفعل الضار، وهو كل فعل حيي ترتب عليه ضرر سواءً أكان ذلك بطريقة المباشرة أو التسبب؛ مقتبس عن: رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص. 50-51.

³ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص. 66.

بالرجوع لكتب الفقه الإسلامي القديم، فإن فقهاء مختلف المذاهب لم يتعرضوا لهذه النازلة لعدة اعتبارات وأسباب من أبرزها أن الخطبة وقتها كانت تجرى في ظروف بسيطة، كما يرجع أيضاً لعدم حدوث مثل ذلك في عصورهم، هذا إضافة إلى أن مرحلة الخطبة لم تكن تستغرق وقتاً طويلاً¹، وإلى جانب ذلك فإن الالتزام الذي كانت تعرفه العائلات الإسلامية كان يحول دون اختلاط الخطيبين مخالطة الأزواج إلا بعد العقد. ويضاف لذلك أن الحالات التي يتكلف فيها أحد الطرفين خسارة شيء من المال بسبب تكاليف الخطبة، فإن المروءة والتعفف عن أخذ العوض في مثل هذه الحالات كانت تجعل الطرف المتضرر بمنأى عن المطالبة بالتعويض أمام القضاء، كما أن الناس في ذلك الزمان كانوا يلجأون لحل هذه المشاكل في إطار مجالس عرفية تكتسي أحكامها اعتباراً واحتراماً بين أوساط الناس².

لكن وبالنظر للتطورات التي شهدتها الحياة الاجتماعية المعاصرة وبحكم العادات والتقاليد السائدة حالياً، فقد طرأت معطيات جديدة كضعف الوازع الديني، وكذا الانحراف عن تعاليم الشريعة الإسلامية، ومنه برزت العديد من الإشكالات المرتبطة بطول فترة الخطبة لاسيما تزايد حالات العدول الكثيرة، والتي قد ينجر عنها في غالب الأحيان أضرار مادية ومعنوية تمسُّ بأحد الطرفين غالباً ما تكون فيها المخطوبة هي الطرف المتضرر³. وأمام هذه الإشكالات، فقد انقسم الفقهاء المعاصرون على ثلاثة آراء:

أ. **الرأي الأول:** يرى أصحاب هذا الرأي بأن العدول عن الخطبة لا يترتب أي تعويض، ذلك أن الخطبة تعد مجرد وعد بالزواج ولكل طرف العدول عنها متى شاء، ولا يترتب عن ذلك

¹ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص.62؛ فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص.50.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.66-67.

³ عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون...، المرجع السابق، ص.47؛ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.67.

أي مسؤولية في جانبه، وفي هذا الشأن يقول الشيخ محمد بن حنبل المطيعي ما يلي: "لا وجه أن يُلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض لأن كل واحد منهما لم يفوت على الآخر حقاً حتى يُلزم بالتعويض، بل بعد العدول لكل منهما الحرية التامة شرعاً في أن يتزوج بمن يشاء"¹. ويستند أصحاب هذا الرأي على بعض الحجج والأدلة من أبرزها نذكر:

- يقرر الفقه الإسلامي قاعدةً مهمة هي أن "الجواز الشرعي ينافي الضمان"²، ومقتضاها أن كل من مارس حقاً مشروعاً له، لا تترتب في حقه أي مسؤولية جِراء استعمال حقه المشروع، وفي هذه الحال فإن الخاطب قد استعمل حقه الشرعي وبذلك تنتفي عنه أي مسؤولية.

¹ عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون...، المرجع السابق، ص. 47.

² التعويض أو الضمان عن الضرر في الفقه الإسلامي والقانوني: لم يكن يعرف مُصطلح "التعويض" شُيوعاً لدى فقهاء المسلمين، وإنما كان معروفاً لديهم وشائعاً مُصطلحاً "الضمان"، والذي يعد نظرية مستقلة لها أصولها وفروعها في الفقه الإسلامي؛ مقتبس عن: رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص. 51.

ويقصد بهذا الأخير عند بعض الفقهاء المعاصرين؛ على غرار تعريف الشيخ علي الخفيف له بأنه: "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوباً أداءه شرعاً عند تحقق شرط آدائه، سواء أكان مطلوباً أداءه في الحال كالدين الحال، أم في الزمن المستقبل المعين، كالدين المؤجل إلى وقت معين... الخ"؛ مقتبس عن: علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، مصر، د. د. س. ط، ص. 08.

كما يعرفه الدكتور وهبة بن مصطفى الزحيلي على أنه: "الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"؛ مقتبس عن: وهبة بن مصطفى الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، طبع مشترك بين: دار الفكر ودار الفكر المعاصر، دمشق وبيروت، سوريا ولبنان، ط. 09، 2012، ص. 22.

في حين عرفه من المعاصرين أيضاً الشيخ محمد شلتوت على أنه: "هو المال الذي يحكم به من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال أو شرف، والتقدير في تعويض الشرف من باب التعزيز الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر ومنزلة المخني عليه والعرف الجاري في مثله"؛ مقتبس عن: محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار اشبيليا، الرياض، السعودية، ط. 01، 1999، ص. 35؛ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص. 97.

وأما على الصعيد القانوني فقد عرفه عديد الفقهاء، ومن بين أبرز هذه التعريفات تعريف الدكتور سليمان مرقس للتعويض على أنه: "جبر الضرر الذي لحق المصاب"؛ مقتبس عن: رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص. 98.

في حين يعرفه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنه: "ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه بضرر فهو جزاء المسؤولية"؛ مقتبس عن: خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ص. 04.

- يعد الحكم بالتعويض إكراهاً ضمناً على الزواج، فقد يكون في ذلك حمل لأحد الطرفين على إتمام عقد الزواج وهو مكره تفادياً لتحمل أي مسؤولية تترتب عن العدول، أو تعويض مستحق جراء قيام هذه المسؤولية، ومنه سيتم إبرام هذا الزواج في ظل غياب الرضا أو سلامته¹.

- يعتبر السبب النفسي دافعاً قد يقف وراء عدول أحد الطرفين أو كليهما على الخطبة، فعقد الزواج هو عقد نفسي وقلبي، قائم على الارتياح والألفة والمودة الدائمة بين طرفيه² مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٣١﴾³، ومن ثم فإنه لا يُسوّغ الحكم بالتعويض لمجرد أن العدول كان بناءً على هوى العادل فهو أمر نفسي وذاتي⁴.

ب. الرأي الثاني: يرى هذا الرأي بوجود التزام الطرف العادل تلقائياً بتعويض الطرف الآخر بمجرد عدوله عن الخطبة دون أي تمييز بين الضرر المادي أو المعنوي⁵، ويقول أحد أبرز الفقهاء المؤيدين لهذا الرأي الشيخ محمد شلتوت في هذا السياق ما يلي: "إن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر من غير تفصيل في ماهية الضرر"⁶، فالعدول بحد ذاته يُلحق ضرراً بالطرف الآخر، ولو مجرداً عما يلاسه من أفعال ضارة، وبالتالي فهو موجب للتعويض لأنه ضرب من ضروب التعسف في استعمال الحق⁷. وفي هذا الشأن روي عن سالم بن عبد الله

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.67؛ جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص.256-257.

² انظر، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ذ س ط، ص.70.

³ سورة الروم، الآية 21.

⁴ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد...، المرجع السابق، ص.70.

⁵ انظر، شندارلي توفيق، الخطبة والعدول عنها: دراسة تحليلية فقها وتشريعاً وقضاء، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة بسكرة، مارس 2020،

المجلد 12، العدد 01، ص.349؛ فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص.54.

⁶ عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون...، المرجع السابق، ص.47.

⁷ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.68.

أن عبد الله بن عمر قال: إن غيلان بن سلمة أسلم وتحتة عشر نسوة، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "خُذْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا"، فَلَمَّا كَانَ عَلَى عَهْدِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ طَلَّقَ نِسَاءَهُ، وَقَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ بَنِيهِ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: أَطَلَّقْتَ نِسَاءَكَ، وَقَسَمْتَ مَالَكَ بَيْنَ بَنِيكَ، إِيَّيْ أَحْسِبُ الشَّيْطَانَ فِيمَا اسْتَرَقَ مِنَ السَّمْعِ سَمِعَ بِمَوْتِكَ فَقَدَفَهُ فِي نَفْسِكَ، وَإِيَّيْ إِحَالَهُ كَذَلِكَ، وَلَعَلَّكَ لَا تَمُكُّثُ إِلَّا قَلِيلًا، وَإِيْمُ اللَّهِ لَئِنْ لَمْ تُرْجِعْ نِسَاءَكَ وَتُرْجِعْ مَالَكَ، ثُمَّ مِتَّ لَأُورِثَنَّ نِسَاءَكَ وَلَا مَرْنَ بِقَبْرِكَ فَلْيُرْجَمَنَّ كَمَا رُجِمَ قَبْرُ أَبِي رِعَالٍ¹.

وعلى وجه العموم يستند أصحاب هذا الرأي على كون أن مبادئ الشريعة الإسلامية لا تُبيح إلحاق الضرر بالغير عامة، ومنه اتجه الفقهاء إلى منع التصرفات التي من شأنها إلحاق الضرر بأحد طرفي الخطبة أو الزوجين على حد سواء²، وهذا امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۗ﴾³. كما يضيف أصحاب هذا الرأي أن الشريعة الإسلامية لا تحمي حقاً إلا بقدر ما يُحقق لصاحبة من الغرض الذي شرع لأجله، فالحق مُقيّد بالمصلحة التي شرع لأجلها وليس مطلقاً، ومنه أن حق العدول عن الخطبة مُقيّد بعدم إساءة استعماله من طرف العادل تحت طائلة الالتزام بالتعويض عن الضرر في حال إساءة الاستعمال أو التعسف فيه⁴.

¹ انظر، أبو بكر محمد بن هارون الرُّوياني، تحقيق: أيمن علي أبو بمان، مسند الروياني، رقم الحديث: 1399، حديث عبد الله بن عمر، ج.02، مؤسسة قرطبة، القاهرة، مصر، ط.01، 1416، ص.400؛ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، تحقيق: عصام الدين الصباطي، نيل الأوطار، ج.06، دار الحديث، مصر، ط.01، 1993، ص.190.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.68.

³ سورة البقرة، الآية 231.

⁴ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.69؛ جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص.258.

ج. الرأي الثالث: يرى بهذا الرأي الوسطي والتوفيقى الشيخ محمد أبو زهرة حيث يقول: "وفي الحق أننا لا نستطيع أن نُقرّ الرأي الأول الذي يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق. كما لا نستطيع أن نُقرّ الرأي الثاني. بل نقول قولاً وسطاً فنقرر أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبباً للتعويض؛ لأنه حق. والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة، لا لمجرد الخطبة أو العدول... فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة، فيعوض، وإن لم يكن كذلك فلا يعوض"¹.

ومن هذا المنطلق يستخلص إلى أنه لا يترتب أي تعويض بمجرد العدول عن الخطبة، لكن إذا ما صاحب العدول ظروف مستقلة كان من شأنها تسبب ضرر لأحد الطرفين، فيتوجب حينها الالتزام بالتعويض من طرف المتسبب بالضرر. ومعنى ذلك أن سبب قيام المسؤولية ليس هو ممارسة حق العدول بحد ذاته، ذلك أنه حق مقرر شرعاً لا اعتداء فيه، وإنما السبب راجع لظروف طرأت بزمن لاحق للعدول نتج عنها ضرر لأحد الطرفين².

وأما على صعيد المشرع الجزائري، وبالرجوع لأحكام المادة 05 فقرة 03 ق.أس. ج فتنص على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض". وباستقراء هذا النص، يتضح أن المشرع قد أعطى للقاضي المختص كامل السلطة التقديرية في الحكم بالتعويض من عدمه، وكذا تقدير التعويض مراعاة للضرر الحاصل سواءً كان الضرر الحاصل مادياً أو معنوياً³. كما يفهم أن المشرع باستخدامه لعبارة "لأحد الطرفين" يقصد من ورائه منحاً لكلا الطرفين -الخطيبين- الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المترتب عن

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.37.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.69؛ جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد...، المرجع السابق، ص.259.

³ تنص المادة 182 مكرر ق.م.ج على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

العدول، وبهذا يكون قانون الأسرة قد ساوى بين الخطيبين مساواةً تامة ومطلقة في مسألة التعويض عن الخطبة، ومنح كلا الجنسين نفس المركز في المطالبة بالتعويض¹.

وبالرجوع للاجتهاد القضائي الجزائري في هذا الخصوص، فقد كرس هو الآخر أحقية الطرف المتضرر في المطالبة بالتعويض في عديد القرارات الصادرة عن المحكمة العليا؛ ومن أبرزها القرار الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 1989 والذي جاء فيه: "...من المقرر أيضا أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقواعد.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب التعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونون قد خالفوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"².

وبالحديث عن أساس المسؤولية الذي يقوم عليها التعويض المترتب عن العدول عن الخطبة فإنه تبرز فكرة الالتزام بعدم التعسف³ في حال ممارسة حق العدول عن الخطبة إضراراً بالطرف

¹ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.31.

² قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 1989/12/25، ملف رقم 56097، م.ق، العدد 04، 1990، ص.102 وما يليها؛ مقتبس عن: باديس دياي، المرجع السابق، ص.12.

³ التعسف لغة: عسف: العسفُ: السَّيرُ بِعَيرٍ هِدَايَةً وَالْأَخْذُ عَلَى غَيْرِ الطَّرِيقِ، وَكَذَلِكَ التَّعَسُّفُ وَالِاعْتِسَافُ، وَالْعَسْفُ: كِتَابُ الْمَفَاةِ وَقَطْعُهَا يَغْيِرُ قَصْدَ وَلَا هِدَايَةَ وَلَا تَوْجِيحَ صَوِّبَ وَلَا طَرِيقَ مَسْلُوكَ. يُقَالُ: اعْتَسَفَ الطَّرِيقَ اعْتِسَافاً إِذَا قَطَعَهُ دُونَ صَوِّبَ تَوَخَّاهُ فَأَصَابَهُ. وَالتَّعْسِيفُ: السَّيْرُ عَلَى غَيْرِ عِلْمٍ وَلَا أَثَرٍ.

وَعَسَفَ فُلَانٌ فُلَانًا عَسْفًا: ظَلَمَهُ، وَعَسَفَ السُّلْطَانُ يَعْسِفُ وَاعْتَسَفَ وَتَعَسَّفَ: ظَلَمَ، وَهُوَ مِنْ ذَلِكَ.

وَالْعَسْفُ فِي الْأَصْلِ: أَنْ يَأْخُذَ الْمُسَافِرُ عَلَى غَيْرِ طَرِيقٍ وَلَا جَادٍ وَلَا عِلْمٍ فَتَقْلَبَ إِلَى الظُّلْمِ وَالْجَوْرِ. وَتَعَسَّفَ فُلَانٌ فُلَانًا إِذَا رَكِبَهُ بِالظُّلْمِ وَمُ يُصَفِّهِ. وَرَجُلٌ عَسُوفٌ إِذَا كَانَ ظَلُومًا. وَالْعَسِيفُ: الْأَجِيرُ الْمُسْتَهْتَأُ بِهِ؛ مَقْتَبَسٌ عَنْ: مُحَمَّدِ بْنِ مَكْرَمِ بْنِ عَلِيِّ أَبِي الْفَضْلِ جَمَالِ الدِّينِ ابْنِ مَنْظُورِ الْأَنْصَارِيِّ الرَّوَيْعِيِّ الْإِفْرِيْقِيِّ، الْمَرْجِعِ السَّابِقِ، ج.09، ص.245-246؛ أَبُو الْحَسَنِ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَيِّدِهِ الْمَرْسِيِّ، الْمَرْجِعِ السَّابِقِ، ج.01، ص.496-497.

الآخر؛ ويبقى الملاحظ أن قدماء العلماء المسلمين لم يتعرضوا لموضوع التعسف، باعتباره نظرية قائمة على أركان وأسس وله تطبيقات؛ بالرغم مما اتَّسم به أسلوبهم من عرض لمختلف الجزئيات، كما أنهم لم يتعرضوا لتعريفه لحدائته بل تطرقوا له تحت مسميات مختلفة في باب الضمانات، ومنع الاحتكار، وفي المناكحات؛ وغيرها من التطبيقات... الخ¹. وقد عرّف التعسف لدى بعض الفقه على أنه التعدي، ويقصد به في هذا الشأن معنيان: أولهما المجاوزة الفعلية إلى حق الغير، أو مُلكه المعصوم²؛ وثانيهما العمل المحظور في ذاته شرعاً³ بقطع النظر عن كونه مُتجاوزاً على حدود الغير أم لا⁴.

وبالرغم من عدم تعرض الفقه القديم لفكرة التعسف بشكل مباشر، إلا أنه أثبت وجوده في قواعده العامة ومقاصده التي تبين كيفية مباشرة الحقوق، ومن ذلك القاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار"، وكذا قاعدة "الضرر يُزال"، و"درء المفاسد أولى من جلب المصالح"، فالفقهاء بذلك منعوا الاعتداء مباشرة أو نسبياً، ومنعوا التعسف الذي يستند إلى الفعل حقاً أو إباحة، إذا أدى ذلك إلى وجود العلة، أو المال، فأمروا بذلك دفع التعسف بكل صورة⁵.

وعلى صعيد الفقه المعاصر تطرق العلماء والفقهاء المعاصرون لمفهوم التعسف ضمن عديد التعريفات، ومن أبرز هذه التعريفات تعريف الدكتور فتحي الدريني بقوله: "التعسف مناقضة

¹ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص.34.

² يقصد بالتعدي (التجاوز) في هذا المقام؛ وهو شرط أساسي في مسؤولية كل من المباشر والمتسبب على سواء، ولا يشترط لقيام مسؤولية التعدي بهذا المعنى أن يكون مُتعمداً -أي قاصداً للإضرار- بل يستوي عند وجود التعدي الخطأ والعمد؛ مقتبس عن: مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، سوريا، ط.01، 1988، ص.79.

³ ويقصد بالتعدي في هذا الشأن (العمل المحظور شرعاً) وهو ليس بشرط للمسؤولية في كل من المباشر والمتسبب، فقد يتحقق التعدي بهذا المعنى ولا يكون الفعل محظوراً شرعاً، بل قد يكون واجباً ويثبت معه الضمان؛ مقتبس عن: مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار...، المرجع السابق، ص.79.

⁴ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص.78-79.

⁵ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص.35.

قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل¹، والمقصود من مناقضة قصد الشارع -أي مضادة قصد الشارع- لأنه لا تخلو من حالتين:

فإما أن تكون مقصودة من المكلف الذي يقصد هدم قصد الشارع عيناً، بأن يستعمل الحق لمجرد الإضرار، في حين أن قصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار.

وإما أن يتذرع بما ظاهره الجواز، إلى تحليل ما حرم الله، أو إسقاط ما أوجبه عليه؛ ويفضي هذا التذرع إلى ما حرمه الشارع، ولا يلزم أن يكون استعمال الفعل على غير الوجه المعتاد حتى يتحقق التعسف، بل قد يتحقق هذا الأخير ويكون بذلك الفعل باطلاً، قطعاً لذريعة الفساد المتمثل في مآل أو نتيجة هذا الاستعمال المعتاد².

وفي ذات السياق، فإن المقصود كذلك ضمن هذا التعريف بقوله "في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"، بأن التصرف قد يكون بالقول كالعقود، وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات، سواءً ما كان منها نتيجة لاتفاق إرادتين، كالبيع والإجارة، أو ما ينشأ بإرادة منفردة كالوصية. كما قد يكون بالفعل كاستعمال الرخص والإباحة... الخ، وقد يكون التصرف الشرعي فعلياً أو قولياً، ويحتل هذا الأخير أن يكون إيجابياً أو سلبياً. وبذلك يخرج من حدود هذا التعريف كل الأفعال غير المشروعة بذاتها، ذلك أن إتيانها يعد إعتداءً لا تعسفاً، وهذا هو القيد الذي يحدد مجال وحدود تطبيق نظرية التعسف³.

كما عرف الشيخ محمد أبو زهرة وهو أحد المعاصرين التعسف بقوله: "هو المضارة في استعمال الحق"، وبالتالي فحقيقته استعمال الحق على وجه ينشأ عنه ضرر للغير، فيكون الدافع

¹ انظر، فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، ط. 03، 2008، ص. 91.

² فتحي الدريني، نظرية التعسف...، المرجع نفسه، ص. 91-93.

³ فتحي الدريني، نظرية التعسف...، المرجع نفسه، ص. 94-95.

لاستعماله هو المضارة، أو يكون مآل الاستعمال هو المضارة، فالنتيجة واحدة وهي ترتيب المضار على استعمال الحق من هذا الوجه أو ذاك.

ويرى في هذا الشأن الشيخ أبو زهرة أن مصطلح -المضارة- يرادف تماماً مصطلح التعسف في القوانين الوضعية¹، وهو نفسه تعبير القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾²؛ وبذلك فهو أدق من مصطلح التعسف، لأن هذا الأخير يتحقق إذا ترتب على استعمال الحق ضرر مقصود للغير، وأن الفائدة التي تنال صاحب الحق قليلة الأهمية بالنظر للضرر الذي ألحقه بالغير³.

وعلى صعيد المشرع الجزائري، فقد تبنى نظرية الالتزام بعدم التعسف ضمن أحكام القانون المدني، وفي هذا السياق نصت المادة 124 مكرر ق.م.ج على أنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة مشروعة⁴، ومن هنا يمكن القول بأن أساس التعويض المترتب عن العدول عن الخطبة هو قيام المسؤولية التقصيرية في حق المتسبب بالضرر للطرف الآخر جراء أفعال صاحبت ممارسة العدول، أو بتعسف الطرف العادل في استعمال حقه في العدول عن الخطبة ما سبب ضرراً للطرف الآخر، وهو الأمر الذي يستوجب التعويض عن هذا الضرر جبراً له.

¹ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص.37.

² سورة البقرة، الآية 233.

³ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص.37.

⁴ راجع أحكام المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

وعلى هذا الأساس يمكن الخلوص للقول بأن هناك توافقاً وتناسقاً بين النص القانوني الخاص الوارد ضمن أحكام المادة 05 فقرة 03 ق.أس.ج، وكذا النص العام المؤسس للحق في التعويض وهو المادة 124 مكرر ق.م.ج، ذلك أن هذين النصين القانونيين هما الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الطرف المتسبب بالضرر جراء عدوله أو نتيجة لأفعال صاحبت العدول وسببت ضرراً للطرف الآخر، أو كان العدول بدون مبرر شرعي أو سبب جدي مقنع ومعقول، وفي هذه الحال فإن المتسبب بالضرر يسأل بسبب تعسفه في استعمال حقه إزاء الطرف الآخر؛ ويلتزم بمقابل ذلك بتعويض الطرف الآخر وجبر الضرر وإزالته¹.

وعلى صعيد المشرع المغربي، فقد غفّل عن تنظيم مسألة التعويض المترتب عن العدول عن الخطبة في إطار أحكام مدونة الأحوال الشخصية الملغاة رغم تنظيمه لمسألة العدول عن الخطبة بموجب الفصل الثالث منها²؛ إلا أن المشرع استدرك النقص التشريعي في إطار مدونة الأسرة ونظم أحكام التعويض المترتب عن الضرر الحاصل بعد العدول، وفي هذا السياق فقد نصت المادة 07 م.أس.م على أنه: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض.

غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"³. وباستقراء نص هذه المادة يتضح جلياً أن المشرع المغربي قد حدد المبدأ بموجب الفقرة الأولى منها المتمثل في كون مجرد العدول عن الخطبة لا يوجب التعويض، واستثنى بحكم

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.71.

² انظر، محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة "الزواج"، ج.01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط.04، 2018، ص.220؛ فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص.58.

³ راجع أحكام المادة 07 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

الفقرة الثانية من ذات المادة حالات العدول التي يصاحبها ضرر يصيب أحد الطرفين، وهنا يحق للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض أمام القضاء¹.

لكن ومع ذلك، فإنه يؤخذ على صياغة المشرع عدم تحديده لنوع الضرر الموجب للتعويض، ويبقى اجتهاد الفقه حول هذه المسألة يرى بأن المقصود بالضرر ضمن حدود المادة 07 م.أس.م. إنما هو الضرر المادي والمعنوي، والعبرة في ذلك بعدم استثناء المشرع صراحةً للضرر المعنوي من التعويض².

وعلى صعيد القضاء المغربي، فقد أقر هو الآخر في عديد المناسبات أحقية الطرف المتضرر في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، ومن ذلك الحكم الصادر عن محاكم الموضوع (المحكمة الابتدائية بمراكش) بتاريخ 17 جوان 2009 حيث جاء فيه: "إن مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، فيمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض وفقاً للمادة 07 من مدونة الأسرة.

حيث يكون بذلك تضرر المدعية من عدول المدعى عليه عن خطبتها ثابتاً وهو التضرر الحاصل من فقد مورد رزقها على المستوى المادي (التوقف عن العمل)، وعلى المستوى المعنوي فإن تضررها من عدول المدعى عليه عن خطبتها دون سبب وللمجرد أنه متزوج، ومرافقته لها بصفة دائمة ومستمرة علناً مما يشكل لها إحباطاً ويقلل من فرص تقدم الغير للمطالبة بزواجها"³.

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.70؛ فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص.60.

² فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص.60.

³ حكم المحكمة الابتدائية بمراكش، 17 يونيو 2009، (غير منشور)؛ مقتبس عن: محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي "حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي 2004-2010"، سلسلة البحوث القانونية، العدد 19، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط.01، د.س.ط، ص.16.

ولدى الخوض في أساس المسؤولية القائمة والتي ترتب التعويض عن الضرر في هذه الحال، فيرى الفقه المغربي أن المشرع قد أخضع هذه الأفعال التي من شأنها الإضرار بالطرف الآخر لنظرية التعسف في استعمال الحق¹، وفي هذا السياق ينص الفصل 94 ق.إ.ع.م على أنه: "لا محل للمسؤولية المدنية، إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في فعله.

غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن تؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير، وكان من الممكن تجنب هذا الضرر أو إزالته من غير أذى جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يجر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه"².

كما يقتضي الأمر في الأخير الاحتكام لقواعد المسؤولية التقصيرية، وذلك لأجل إثبات الضرر أو نفيه، وكذا تقدير التعويض تطبيقاً لأحكام الفصلين 77 و78 ق.إ.ع.م³.

وصفوة القول؛ أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي قد أقر مبدأ المساواة النظرية بين الجنسين والقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛ وسعيًا لتكريسه وتجسيده ضمن مختلف أحكام الخطبة، على غرار المساواة في الحصول على التعويض المترتب عن الضرر الناجم عن العدول الخطبة... الخ، وذلك بغض النظر عن أي تمييز أو أي اعتبارات ذات طابع جنسي -رجلاً كان أو امرأة-.

ومنه يستخلص، أن كلا المشرعين قد استجابا ضمن أحكام قوانينهما الأسرية للمبادئ الدولية المستقاة من شتى المواثيق والمعاهدات الدولية المصادق عليها في هذا الشأن، على غرار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة... الخ، وسعيًا لتكريسها كل حسب توجهات

¹ فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص.74.

² راجع أحكام الفصل 94 من قانون الالتزامات والعقود المغربي المعدل والمتمم.

³ انظر، كركري الطاهر، العدالة الأسرية، دراسة في ضوء مدونة الأسرة "كتاب الزواج"، مطبعة أنفو-برانت، فاس، المغرب ط.01، يناير 2009، ص.60.

وتطلعات سياسته التشريعية في إطار الملاءمة مع خصوصية المجتمعات المغاربية والتي تحوز على موروث حضاري إسلامي مُترسّخ ضمن النّواة المجتمعية.

وأمام تكريس كلا المشرعين الجزائري والمغربي، لمبدأ المساواة بين كلا الجنسين في المرحلة السابقة لعقد الزواج -الخطبة- فما مدى تكريس هذا المبدأ ضمن مرحلة انعقاده؟



الفصل الثاني : أثر

مبدأ المساواة

على انعقاد الزواج



الفصل الثاني

أثر مبدأ المساواة على انعقاد الزواج

لقد فطر الله الناس -الخلق ككل ذكراً كان أو أنثى- على حُب اجتماع الذكور بالإناث، وذلك من أجل استمرار النوع الإنساني ليُعمّر الأرض ويُحَقِّق الاستخلاف فيها، ومن آيات تكريم المولى عز وجل للإنسان أنه لم يترك الناس إلى طَبَائِعِهِم الغريزية -الحيوانية- بل نظم طرق اجتماع الذكر بالأنثى لتحقيق الاستخلاف والتناسل، بأن جعل ذلك في إطار مُحاط بكل وسائل العَفَاف والشَّرَف؛ وبذلك يعتبر الزواج النَّهْج القويم الذي ارتضاه الدين الإسلامي لملائمة طبيعة الوجود، وعلى هذا الأساس يُعدُّ عقد الزواج من أهم العقود التي يعقدها الإنسان في حياته¹.

ومن هذا المنطلق فإن الزواج يكتسي قيمة كُبرى في حياة الإنسان خاصة، وبالنسبة للبشرية عامة²؛ فهو ذو أهمية بالغة في تنظيم العلاقات بين أصل الأسرة التي هي أساس المجتمع³، كما وأنه من وجهة النَّظَر الشرعية، فإننا كلنا نِتَاج هذا العقد، والتَّناسل بغير هذا الطريق يعتبر معصية، والوُجُود بدونه هو وُجُود قلق، يَعُوْزُه النسب الذي ينتمي إليه كل فرد؛ والأسرة التي نترعرع في كنفها وبها نَحْتَمِي. وبالإضافة إلى ما يترتب عليه من نتائج تشريعية واجتماعية تزيد صاحبهُ قَلْباً وعُزْلاً.

وبالنظر لكون الزواج يكتسي هذه الأهمية، فلم يترك الشَّارع الحكيم أُسُسَهُ بغير تنظيم وإنمَّا تعرضت الآيات القرآنية لأحكام إنشائه وانقضائه بصورة تكاد تُكون تامةً، فالشَّريعة الإسلامية

¹ انظر، فارس محمد عمران، الزواج العربي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص. 08-09.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 25.

³ انظر، عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص. 11.

هي أصل أحكام الأسرة عند المسلمين، فمنها تُؤخذ القواعد وتُستنبط الأحكام¹، ومن هنا يستخلص أن الشارع الحكيم قد خص عقد الزواج بشيء من التفصيل في الكتاب والسنة، لما له من مقاصد وغايات سامية أبرزها تحقيق النسل والحفاظ عليه، وبغير تنظيم لهذا العقد بشكل محكم فإنه هذه الأخيرة -الغايات والمقاصد- تضيع ولا تتحقق، ففي ظل انعدام التنظيم والضوابط الشرعية للزواج تضيع الأنساب وتختفي العاطفة الأبوية الصحيحة التي لا بد منها لحفظ الأولاد وصيانتهم، فهؤلاء هم الأسرة التي تُشكّل نواة المجتمع وبصلاحتها -الأسرة- يصلح المجتمع ككل، وبالتالي فليس الزواج مجرد قضاء للشهوة وطلباً للمتعة، وإنما هو مدعاة لسكن الزوج لزوجته والاستئناس بها²، وفي هذا الشأن يُستدل بقوله الله عز وجل: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٣﴾

في هذا الصدد فقد بينت التشريعات الأسرية الوضعية أحكام عقد الزواج سعياً منها لإحاطته بتنظيم تشريعي محكم بالنظر لأهميته في الحفاظ على ديمومة المجتمع واستقرار الأسرة، وأمام هذا التنظيم المستمد من المصدر المادي للتشريعات الأسرية المغربية -الشرعية الإسلامية- وفي ظل تأثر التشريعات الوضعية السائدة حالياً أيضاً بالمبادئ المستقاة من المواثيق الدولية، لاسيما تلك المتعلقة بمساواة مركز المرأة أمام مركز الرجل في المسائل الأسرية، فإننا سنتعرض في إطار هذا الفصل لمبدأ المساواة وأثره على مفهوم الزواج وعلى طبيعته القانونية (المبحث الأول)، كما أننا سنتطرق لأثر هذا المبدأ على ركن الرضا في عقد الزواج، وكذا الأثر الواضح لهذا المبدأ على بعض الشروط الموضوعية والشكلية لهذا العقد (المبحث الثاني).

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 25.

² عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 11.

³ سورة الروم، الآية 21.

المبحث الأول

أثر مبدأ المساواة على مفهوم الزواج وطبيعته القانونية

يُعدُّ الزواج أساس نشأة الحياة البشرية وقوامها، فهو من ينظم العلاقة الفطرية التكاملية بين الرجل والأنثى، وهو من يجدد هذه العلاقة فيرقى صفة أطرافها ليصبحا أبا وأما في الأسرة، هذه الأسرة التي هي قوأم وعصب الأمة.

إنَّ الأهمية الاجتماعية للأسرة تقتضي وجوب قيامها على أسس سليمة تحقق إثبات وجودها وتحفظ لها عنصر الاستمرارية والاستقرار، لذلك شرَّع الشرع والقانون الزواج كأساس لها ونظماً أحكامه تنظيمًا دقيقاً، وأقرَّ حرية الزواج بأن أكَّدا على الصبغة الرضائية للعقد.

إنَّ حرية الزواج ترتفع إلى مستوى المقوم الأساسي من مقومات الشخصية وتحتل مكانها ضمن فئة الحقوق الأساسية المعترف بها للفرد، وهي تعني حرية الإنسان في أن يتزوج أو ألا يتزوج وفقاً لقرارات نفسه¹، لذلك فالحرية في الزواج مخصوصة بكلا طرفيه (الذكر والأنثى) على حدِّ السواء، هذه الأخيرة -الحرية- التي صقلتها وأطرتها أحكام الشريعة الإسلامية، وكذا التشريعات الوضعية للأسرة التي تبنت مبدأ المساواة بين مركز الرجل والمرأة في شتى المسائل الأسرية، على هذا الأساس سنحاول من خلال هذا المبحث إسقاط مبدأ المساواة على مفهوم عقد الزواج مبينين أثره عليه (المطلب الأول)، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نسعى لتبيان أثر هذه المساواة على الطبيعة القانونية لعقد الزواج وذلك في (المطلب الثاني).

¹ خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، ص.32.

المطلب الأول

أثر مبدأ المساواة على مفهوم عقد الزواج

يُعدُّ عقد الزواج من أهم العقود التي يجبرها الإنسان في حياته، وباعتباره من أهم العقود فقد حظي بعناية الشريعة الإسلامية، ومنه كذلك اعتنت به التشريعات الأسرية الوضعية؛ على غرار قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، لكن لم تكن هذه الأخيرة بمنأى عن المبادئ المستقاة من المواثيق والمعاهدات الدولية، الرامية لتعزيز مكانة المرأة في مواجهة الرجل في شتى المناحي والمسائل الأسرية، وكذا إكسابها مكانة مساوية لمكانة الرجل بغض النظر عن الاختلاف الجنسي، وهو الأمر الذي بلا ريب كان له التأثير الواضح على مفهوم عقد الزواج، ومن هذا المنطلق نستعرض أثر مبدأ المساواة على تعريفه وكذا خصائصه وسماته المميزة (الفرع الأول)، إلى جانب الخوص في أثر هذا المبدأ على مشروعية هذا العقد بالنسبة لكلا الجنسين (الفرع الثاني)، كما أنه سيتم معالجة جملة الأحكام الشرعية التي تعتره بالنسبة لكل من الرجل والمرأة على حدّ سواء (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف عقد الزواج وخصائصه

يُعرّف عقد الزواج لغة واصطلاحاً بعدة تعريفات قدمها الفقهاء سواء القدامى منهم أو المعاصرين، وكذا التعريفات التي جاءت على ذكرها التشريعات الأسرية الوضعية، وكذا نقف على أثر مبدأ المساواة بين الجنسين على تعريف عقد الزواج (أولاً)؛ كما نتطرق لخصائص وسمات عقد الزواج وأثر هذا المبدأ على بعضها (ثانياً).

أولاً: تعريف عقد الزواج.

يُعرف الزَّوْجُ لُغَةً بِالرُّجُوعِ لِلْمَعَاجِمِ بِمَعْنَى الْإِقْتِرَانِ وَالْإِرْتِبَاطِ وَالْإِخْتِلَاطِ، وَالتَّدَاخُلِ.

وفي هذا تقول العرب: تَنَاطَحَتِ الْأَشْجَارُ إِذَا تَمَاطَلَتْ، وَانضَمَّ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ، وَتَنَاطَحَ الْقَوْمُ أَي تَزَاوَجُوا¹؛ وَيُقُولُ الْعَرَبُ أَيْضاً: زَوْجَ الشَّيْءِ بِالشَّيْءِ أَي قَرَنَهُ بِهِ²، وَتَزَاوَجَ الْقَوْمُ: وَازدَوَجُوا: أَي تَزَوَّجَ بَعْضُهُمْ بَعْضاً صَحَّتْ فِي إِزْدَوْجُوا، لِكُونِهَا فِي مَعْنَى تَزَاوَجُوا³، وَيُقَالُ: تَزَوَّجَهُ النَّوْمُ، أَي خَالَطَهُ⁴.

وفي ذات السياق يرد قوله تعالى: ﴿ أَحْسُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ ﴾⁵، أَي وَقُرْنَاءَهُمْ⁶؛ وَمِنْهُ كَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى أَيْضاً: ﴿ كَذَلِكَ وَرَزَوَّجْنَهُمْ بِحُورٍ عِينٍ ﴾⁷، أَي قَرْنَاهُمْ بِهِنَّ، وَيُقَالُ أَيْضاً: زَوَّجَ الْمَرْأَةَ: أَي بَعَلَهَا، وَزَوَّجَ الرَّجُلَ: امْرَأَتَهُ⁸.

وعلى العموم فقد شاع استعمال معنى الزواج في اللغة للدلالة على ارتباط الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستقرار بغية الاستئناس، وكذا تحقيق التناسل والتكاثر⁹.

¹ انظر، إبراهيم رمضان إبراهيم عطايا، صور الزواج المستحدثة في ظل العولمة وحكمها الشرعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط.01، 2014، ص.11.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.29.

³ أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المرجع السابق، ج.07، ص.526.

⁴ محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض الملقب بـ "مرتضى الزبيدي"، المرجع السابق، ص.24.

⁵ سورة الصافات، الآية 22.

⁶ زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، المرجع السابق، ص.138.

⁷ سورة الدخان، الآية 54.

⁸ محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، المرجع السابق، ج.02، ص.292-293.

⁹ انظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق "في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له"، دار الخلدونية، الجزائر، ط.01، 1428هـ/2007م، ص.24.

ويبقى على وجه العموم أصل النكاح في لغة العرب بمعنى الوطاء¹، وهو ما يوافق رأي الأحناف -أبي حنيفة- في الأظهر عندهم؛ وبعض الشافعية في وجهه، وكذا بعض الحنابلة، حيث يرون بأنه حقيقة في الوطاء مجاز في العقد². ذلك أنه متى ورد النكاح في الكتاب والسنة بدون قرينة فيكون معناه على هذه الحال مُنصرفاً إلى الوطاء³، ومن هذا القبيل ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾⁴؛ ويقصد من معناه في هذه الآية الوطاء، إذ النهي عنه لا عن العقد بحد ذاته، لأن مجرد العقد لا يترتب عليه غيرة تنقطع بها صلوات المودة والاحترام⁵.

في حين أن الأرجح لدى المالكية والشافعية والحنابلة هو نقيض الرأي الأول؛ حيث يعتبرون النكاح حقيقةً في العقد مجازاً في الوطاء، خلافاً للمعنى اللغوي ويستدلون على ذلك بكثرة وروده بمعنى العقد في الكتاب والسنة⁶، ومن ذلك قوله الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّىٰ

¹ أماني على المتولي، المرجع السابق، ص.11.

² محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف بـ "بدر الدين العيني الحنفي"، المرجع السابق، ج.05، ص.03؛ ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، المرجع السابق، ج.03، ص.06؛ سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب "حاشية البجيرمي على الخطيب"، ج.03، دار الفكر، د ذ ب ط، 1415هـ/1995م، ص.357؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن محمد المطلق، المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد، ج.02، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط.01، 1427هـ/2006م، ص.569؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج.08، دار إحياء التراث العربي، د ذ ب ط، ط.02، د ذ س ط، ص.04.

³ انظر، عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.02، 1424هـ/2003م، ص.07؛ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.25.

⁴ سورة النساء، الآية 22.

⁵ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.25.

⁶ انظر، محمد بن أحمد بن محمد عlish أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج.03، دار الفكر، بيروت، 1409هـ/1989م، ص.254؛ أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصري، تقي الدين الشافعي، تحقيق: علي عبد الحميد بلطحي ومحمد وهي سليمان، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، دار الخير، دمشق، سوريا، ط.01، 1994، ص.345؛ مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيباني الدمشقي الحنبلي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج.05، المكتب الإسلامي، د ذ ب ط، ط.02، 1415هـ/1994م، ص.04؛ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.25.

تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ ﴿٢٣٠﴾¹؛ وقوله الله تعالى أيضا: ﴿وَلَا تَعْرِمُوا عَقْدَةَ الزَّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ۗ﴾².

ويذهب رأي آخر إلى اعتبار أنه لفظ مشترك بينهما، وهو أظهر الأقوال الثلاثة. فهو في الشرع يُساق تارةً بمعنى العقد، في حين يستعمل تارةً أخرى بمعنى الوطاء، دون أن يلاحظ في الاستعمال هجر المعنى الأول. وهو ما يدل على أنه حقيقةً فيهما من باب الاشتراك³.

وأما **إصطلاحاً**؛ فبالرغم من اختلاف التعريفات التي جاء بها قدامى فقهاء المذاهب السنية لعقد الزواج؛ إلا أن التباين في أغلبه يبقى لفظياً مع تقارب في المعنى.

فقد عرفه **المالكية** على أنه: "النكاح عقد حل تمتع بأنثى غير محرم وغير مجوسية وغير أمة كتابية بصيغة لقادر"⁴؛ كما عرفه **الشافعية** بأنه: "عقد يتضمن إباحة الوطاء بلفظ إنكاح أو تزويج أو بترجمته"⁵؛ وعرفه **الحنابلة** على أنه: "عقد التزويج شرعاً، أي عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمته"⁶. في حين عرفه بعض فقهاء **الأحناف** بأنه: "عقد يرد على ملك المتعة بالأنثى قصداً"⁷؛ والتعريف على هذا النحو يشير إلى حق الرجل لأنه هو الوحيد الذي يملك الاستمتاع بزوجه دون غيره، سواء بعقد أو بغير عقد مادام حكم العقد الأول باقياً. أما المرأة

¹ سورة البقرة، الآية 230.

² سورة البقرة، الآية 235.

³ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.25؛ أبو محمد عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بـ "ابن بزيمة"، تحقيق: عبد اللطيف زكاغ، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ج.01، دار ابن حزم، د ذ ب ط، ط.01، 1431هـ/2010م، ص.723؛ محمد بن أحمد بن محمد عlish أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ج.03، ص.254.

⁴ انظر، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي الشهير بـ "الصاوي المالكي"، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بـ "حاشية الصاوي على الشرح الصغير"، ج.02، دار المعارف، د ذ ب ط، د ذ س ط، ص.332-334.

⁵ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ج.04، ص.200؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، دار المعرفة، بيروت، د ذ س ط، ص.246.

⁶ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع... الخ، المرجع السابق، ج.05، ص.05.

⁷ سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، المرجع السابق، ج.02، ص.174.

فيحل لها هي الأخرى الاستمتاع بزوجها، لكن قد تشاركها في ذلك زوجة أخرى أو أكثر¹. كما يراد من وراء هذا التعريف أيضا المباحة بين مفهومي عقد الزواج وعقد التحليل؛ هذا الأخير الذي يقصد منه ملك الرقبة، ويكون ملك المتعة فيه تبعاً غير مقصود أساساً².

وفي ذات السياق عرف شيخ الإسلام أحمد بن تيمية الزواج بقوله: "المناكحة نوع خاص من المعاشرة والمزاوجة والمقارنة والمصاحبة، ولهذا سمي كل منهما زوجاً وصاحباً وقريناً وعشيراً للآخر، والمناكحة في أصل اللغة المجامعة والمضامة فقلوبهما تجتمع إذا عقد العقد بينهما ويصير بينهما من التعاطف والتراحم ما لم يكن قبل ذلك"³، وفي هذا المعنى يرد قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَمِرُونَ﴾⁴، كما يعتبر الزواج وفقاً لآراء بعض الفقهاء: "هو ذلك العقد الذي يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع"⁵.

ومما يؤخذ على هذه التعريفات أنها تكاد تجعل من الاستمتاع أساس الزواج، مع أن مقاصده كثيرة منها ما يكون في الحياة الدنيا، ومنها ما يمتد إلى الآخرة؛ وفي هذا السياق سئل الإمام النووي هل الزواج من أعمال الآخرة أم هو من أعمال الدنيا وحظوظ النفوس؟

فأجاب وأفتى قائلاً: "إن قُصِدَ به شيئاً من الطاعات، بأن قصد الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم، أو تحصيل ولد صالح، أو إعفاف نفسه، وصيانة فرجه، وعينه، وقلبه، ونحو ذلك، فهو من أعمال الآخرة ويثاب عليه، وإن لم يقصد به شيئاً من ذلك فهو مُباح من أعمال الدنيا

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 30-31.

² عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 11.

³ تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحاراني، مجموع...، المرجع السابق، ج. 15، ص. 326؛ أماني على المتولي، المرجع السابق، ص. 12.

⁴ سورة الروم، الآية 21.

⁵ فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص. 09.

وحفظ النفس، ولا ثواب فيه، ولا إثم¹. فالزواج ينطوي على غايات دينية ووظائف دنيوية، وهو أمر لم يغب عن قدامى الفقهاء². وفي هذا السياق يقول أيضا الإمام السرخسي في كتابه **المبسوط** ما يلي: "...وقد بيّنا أن النكاح مشتمل على مصالح جمّة فلاشتغال به أولى من الاشتغال بنفل العبادة على ما اختاره الخلفاء الراشدون -رضي الله عنهم- وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضا ليرغب فيه المطيع والعاصي؛ المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة... الخ"³؛ كما جاء في كتاب **إحياء علوم الدين** للإمام أبو حامد الغزالي في معرض تعداده لآفات النكاح وفوائده -الفائدة الثانية والثالثة- فذكر أن الزواج ينطوي على فوائد جمّة أهمّها: "...التحصن من الشيطان وكسر التوقان ودفع غوائل الشهوة وغض البصر وحفظ الفرج... الخ"، كما وأنه يكفل لكلا الزوجين: "...ترويح النفس وإيناسها بالمجالسة والنظر والملاعبة وإراحة للقلب وتقوية له على العبادة، فإن النفس ملول وهي عن الحق نُفور لأنه على خلاف طبعها فلو كُلفت المداومة بالإكراه على ما يُخالِفها جمحت وثابت، وإذا روحت باللذات في بعض الأوقات قويت ونشطت وفي الاستئناس بالنساء من الاستراحة ما يزيل الكرب ويروح القلب وينبغي أن يكون

¹ انظر، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، فتاوي الإمام النووي "المسائل المنشورة"، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1996، ص.179.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.31.

³ انظر، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، كتاب النكاح، ج.04، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993، ص.194.

لنُفُوس المتقين استراحات بالمباحات... الخ¹، لكن ومع ذلك وإن كانت المتعة من أغراض الزواج² إلا أنها ليست أسمى أغراضه³ وغاياته، ولا أهمَّ أهدافه⁴.

وصفوة القول أنَّ تعريفات قدامى الفقهاء وإن كانت في ظاهرها تفيد بأن الاستمتاع قاصر على الزوج مع أنه ثابت للزوجة أيضاً، ولعل ما يبرر ذلك أن الرجل هو الذي يسعى إلى الزواج ويطلبه، وبذلك فالاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجته؛ فلا يشاركه بها أحد غيره، وأما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص، حيث يحل له التمتع بغيرها في الحد الذي قرره الشارع. ولعل الفقهاء في تعريفاتهم لم يقصدوا قصر أغراض الزواج على حل التمتع بين الزوجين، وأنه لم يشرع إلا لذلك. بل أرادوا تمييزه عن غيره عن عقود التمليكات الأخرى، التي

¹ انظر، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، إحياء علوم الدين، ج. 02، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ذ س ط، ص. 27 و 30.

² وفي هذا الشأن يقول قاسم أمين: "رأيت في كتب الفقهاء أنهم يعرفون الزواج بأنه: عقد يملك به الرجل بضع المرأة. وما وجدت فيها كلمة واحدة تشير إلى أن بين الزوج والزوجة شيئاً آخر غير التمتع بقضاء الشهوة الجسدانية، وكلها خالية عن الإشارة إلى الواجبات الأدبية التي هي أعظم ما يطلبه شخصان مهذبان كل منهما من الآخر.

وقد رأيت في القرآن الشريف كلاماً ينطبق على الزواج، ويصح أن يكون تعريفاً له ولا أعلم أن شريعة من شرائع الأمم التي وصلت إلى أقصى درجات التمدن جاءت بأحسن منه"، وهو يقصد بذلك ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَكِرُونَ ﴿٥١﴾ سورة الروم، الآية 21؛ مقتبس عن: قاسم أمين، تحرير المرأة، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، مصر، 2012، ص. 73؛ محمد عمارة، قاسم أمين "الأعمال الكاملة"، دار الشروق، القاهرة، مصر، د ذ س ط، ص. 387.

³ وفي هذا الشأن يقول الإمام محمد أبو زهرة في كتابه المعنون بـ **الأحوال الشخصية**: "إن الغرض من الزواج في الإسلام ليس هو قضاء الوطر الجنسي، بل الغرض أسمى من ذلك... إن الزواج هو عماد الأسرة الثابتة التي تحاط الحقوق والواجبات فيها بتقديس ديني، يشعر الشخص فيه بأنه رابطة مقدسة، تعلق بإنسانيته. فهو علاقة روحية نفسية تلبق برقي الإنسان، وتسمو به عن دركة الحيوانية التي تكون بين الذكر والأنثى فيها هي الشهوة المهيمنة فقط، ولعل هذه الناحية النفسية الروحية هي المودة التي جعلها الله تعالى بين الزوجين... الخ"؛ مقتبس عن: غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام "الأحكام الفقهية وتبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين"، دار الساقى، بيروت لبنان، ط. 01، 2004، ص. 19؛ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص. 18.

كما يقول في ذات السياق الشيخ محمد الغزالي: "إن الزواج ليس عشق ذكر لفتان أنثى...!! إنه إقامة بيت على السكينة النفسية والآداب الاجتماعية، في إطار محكم من الإيمان بالله والعيش وفق هدايته، والعمل على إعلاء كلمته وإبلاغ رسالته"؛ مقتبس عن: محمد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط. 07، جانفي 2002، ص. 107؛ غسان عشا، المرجع السابق، ص. 20.

⁴ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 31.

تفيد ابتداءً ملك عين المال كالبيع والهبة والوصية بالأعيان، أو ملك المنفعة كالإجارة والوصية بالمنافع، وما يعزز هذا القول أنهم -قدامى الفقهاء- بينوا أغراض الزواج كلها في معرض حديثهم عن أسباب مشروعيتها¹.

ومن هذا المنطلق أضحى الفقهاء والمفكرون المعاصرون يبنون دفاعهم عن نظرة الإسلام للزواج، ولم يتخلوا بالرغم من ذلك على التعريفات الأساسية التي وضعها الفقهاء لعقد الزواج -النكاح- ولكنهم أدخلوا عليها بعض التعديلات، وأضافوا إلى الزواج أهدافاً أخرى -عدا قضاء الغرائز والشهوات الجنسية التي فُطر عليها الإنسان- ومن ذلك: إنجاب الأولاد والتعاون بين الزوجين... الخ²، ومن هنا قدّم بعض المعاصرين تعريفاً شاملاً لعقد لزواج؛ ومن ذلك تعريف نذكر الشيخ محمد أبو زهرة فعره على أنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"³، كما عرفه البعض منهم على أنه: "عقد يفيد حلّ استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ويُنبئ على لكل من الطرفين حقوقاً لدى الآخر"⁴؛ في حين عرفه الدكتور مصطفى شلبي على أنه: "عقد وضعه الشارع ليُفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها، وحلّ استمتاع المرأة به"؛ ومما يشار له أن كل هذه التعريفات تفيد بأن الزواج يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر متى تم العقد وعلى قدم من المساواة، فالزوج يختص بالتمتع بزوجه، ذلك أنه لا يحل ولا يصح لأحدٍ غيره الاستمتاع بها بعقد أو بغير عقد ما دام حكم العقد الأول قائماً ولو حكماً. أما بالنسبة لاستمتاع الزوجة فإنه يثبت لها هي الأخرى التمتع بزوجه دون أن تختصّ وحدها

1 محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 46-47.

2 غسان عشا، المرجع السابق، ص. 19.

3 محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص. 17.

4 انظر، ممدوح عزمي، الزواج العرفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د. س. ط، ص. 10.

بالتمتع به، فقد تُشاركها شرعاً في التمتع بزوجه زوجة أخرى أو أكثر متى وجد سبب مشروع لذلك¹.

وعلى العموم فإنه يمكن الخلوص للقول بأن حلَّ الاستمتاع الذي يرد عليه عقد الزواج متبادل بين الزوجين - كلا الجنسين - على قدم المساواة؛ وإن كان حل الاستمتاع الزوجة بزوجه محددًا لدى المرأة، فهو مقصور على استمتاعها بزوجه دون غيره. على خلاف الزوج الذي يحلُّ له الاستمتاع بزوجه، مع الإمكانية الشرعية المتاحة له - جواز تعدد الزوجات - في الاستمتاع بغيرها بعقد زواج آخر²، وهو الأمر الذي يتوافق مع مبادئ المساواة المستقاة من الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما يشكل نقطة التقاء بين توجهات فقهاء الشريعة الإسلامية مع المبادئ المتأتية من الاتفاقيات الدولية على غرار اتفاقية سيداو... الخ.

وعلى الصعيد التشريعي، ما فتئت الدول الإسلامية تسعى وراء إصدار تشريعات تنظم المسائل الأسرية وقضايا الأحوال الشخصية، سعياً وراء حلِّ مُشكلاتها الفقهية والاجتماعية، واستعانت في ذلك بالمصادر الشرعية والفقهية، من كتاب وسنة ومختلف آراء المذاهب على تنوع هذه الأخيرة، وكذلك سعياً وضماناً للتوفيق بين الفقه والواقع، فقد أظهرت الممارسة مدى الحرج الذي يمكن أن تقع في الأمة نتيجة الالتزام التشريعي بمذهب فقهي معين - ما يسمى بالمنهجية المذهبية - وهو ما دفع بهذه التشريعات نحو تبني المنهجية اللامذهبية - المنهجية المذهبية المقارنة - في تشريعها الأسرية رفعاً للحرج ودرءاً للجُمُود³، ومن ذلك تعريف المشرع السوري لعقد الزواج في إطار المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية بقولها: "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له

¹ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص.46؛ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.30.

² ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص.10.

³ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.31-32؛ جيلالي تشوار، قانون الأسرة المقارن، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016.

شرعاً، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل¹، وقد تم اقتباس هذا النص على حاله من قبل المشرع العراقي لإدراجه بقانون الأحوال الشخصية لسنة 1959²، وغير بعيد عن ذلك عرف قانون الأحوال الشخصية الكويتي في مادته الأولى عقد الزواج بأنه: "عقد بين رجل وامرأة، تحل له شرعاً، غايته السكن والإحصان وقوة الأمة"³، كما أشارت المادة الثانية من التشريع الليبي في تعريفها لعقد الزواج بأنه: "ميثاق شرعي، يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة تحلُّ به العلاقة بين رجل وامرأة، ليس أحدهما محرماً على الآخر"⁴، كما عرّفه المشرع اليمني في مادته الأولى على أنه: "هو ارتباط بين زوجين بعقد شرعي تحل به المرأة للرجل شرعاً وغايته إحصان الفروج وإنشاء أسرة قوامها حسن العشرة"⁵.

وأما مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، والذي أعدته لجنة خبراء مجلس وزراء العدل العرب، فقد عرف عقد الزواج في مادته 05 بقوله: "الزواج ميثاق شرعي بين رجل وامرأة، غايته الإحصان وإنشاء أسرة مُستقرّة، برعاية الزوج، على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة"⁶.

¹ راجع أحكام المادة 01 من قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 1953/09/07.

² راجع أحكام المادة 03 فقرة 01 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، الصادر بموجب القانون رقم 188 لسنة 1959.

³ راجع أحكام المادة 01 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، الصادر بالقانون رقم 51 لسنة 1984، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 1570 المؤرخة في 24 شوال 1404 الموافق لـ 1984/07/23 - السنة الثلاثون (30) - المعدل بآخر تعديل بموجب القانون رقم 66 لسنة 2007، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 852 السنة الرابعة والخمسون؛ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.24.

⁴ راجع أيضاً المادة 02 من القانون الليبي رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها، المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 2015.

⁵ راجع أيضاً المادة 06 من قانون الأحوال الشخصية اليمني، الصادر بموجب القرار الجمهوري بالقانون رقم 20 لسنة 1992، المعدل بالقانون رقم 27 لسنة 1998، والمعدل كذلك بالقانون رقم 24 لسنة 1999، وكذا القانون رقم 34 لسنة 2003.

⁶ راجع المادة 05 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، المعتمد بمجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة المنعقد بجامعة الدول العربية؛ قرار الاعتماد رقم 105-06 المؤرخ في 1408/08/17 هـ - 1988/04/04 م.

وعلى غرار باقي تشريعات الدول الإسلامية والعربية ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 04 من قانون الأسرة إلى تعريف عقد الزواج بأنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"¹، والجدير بالذكر في هذا المقام أن المشرع قد أضاف عبارة "عقد رضائي" بموجب تعديله الأخير لقانون الأسرة سنة 2005²، وهو ما يُعتبر دلالةً منه على أن عقد الزواج يقوم أساساً على رضا كلا الجنسين -تقابل إرادة الرجل والمرأة- باعتباره العنصر الجوهري في العقود عامة؛ وعقد الزواج خاصة³.

وفي ذات السياق عرفت بعض التشريعات المغاربية عقد الزواج؛ على غرار المشرع المغربي في المادة 04 من مدونة الأسرة المغربية⁴ لسنة 2004 على أنه: "ميثاق تراضٍ وترايط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة"⁵، وعلى صعيد المشرع الموريتاني فقد عرفه هو الآخر ضمن حدود المادة الأولى من مدونة الأحوال الشخصية بقوله: "الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه الاستمرار، يقصد منه الإحصان والإنجاب، بإنشاء أسرة تحت قوامة الزوج على أسس ثابتة تضمن للزوجين القيام بواجبات الزوجية في ود واحترام"⁶.

¹ راجع أحكام المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

² تنص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 قبل تعديلها سنة 2005 على أن: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

³ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.24؛ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.74.

⁴ عرّف الفصل الأول من مدونة الأحوال الشخصية المغربية (الملغاة بموجب المادة 397 من مدونة الأسرة لسنة 2004) الزواج بأنه: "ميثاق ترايط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء غايته الإحصان والعفاف مع تكثير سواد الأمة بانتشار أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعهدين تحمل أعبائها في طمأنينة وسلام وود واحترام".

⁵ راجع أحكام المادة 04 من مدونة الأسرة المغربية المعدلة والمتممة؛ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.24.

⁶ راجع أحكام المادة 01 من القانون رقم 052-2001 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 1004 المؤرخة في 15 أغسطس 2001.

وما يمكن الوقوف عليه من خلال قراءة في هذه التعريفات التشريعية أنها استبعدت ما شاع وطمعى على تعريفات قدامى الفقهاء من كون الزوجة محلاً للاستمتاع؛ وإن كان ليس القصد من وراء ذلك قصر المتعة على الرجل دون المرأة، أو في اعتبار المتعة أساس عقد الزواج. كما بينت محل ذلك المقاصد السامية للزواج في بناء المجتمع الصالح، وتحقيق التناسل لحفظ النوع الإنساني كونه يندرج ضمن كلية من الكليات الخمس الكبرى (كلية النفس)¹، بالإضافة لأنها أضفت مبادئ المساواة المستقاة من المواثيق والمعاهدات والمواثيق الدولية، الرامية في مجملها لتكريس هذا المبدأ وترسيخه بين الجنسين في شتى مناحي الحياة وبالخصوص في كنف الحياة الزوجية خاصة والأسرية عامة.

وعلى العموم وبقراءة هذه التعريفات يمكن استخلاص أبرز وأهم سمات وخصائص عقد الزواج، والتي نعالجها فيما يأتي.

ثانياً: خصائص عقد الزواج.

يعد عقد الزواج في الإسلام السبيل الوحيد لإقامة الحياة الاجتماعية السوية، فهو الذي يوجد الأسرة، ويحقق أسباب التناسل واستمرار سنة استخلاف البشر على الأرض. ويتميز الزواج عموماً بجملة من الميزات والخصائص أهمها:

أ. الزواج نظام إلهي: يُعتبر الزواج في الإسلام نظاماً إلهياً شرعاً لمصلحة المجتمع وحفظاً لكيانه، ويُعدُّ مناط التمييز بين العلاقات التي تربط الرجل والمرأة -الجنسين- في الإسلام، من حيث كونها شرعية أو غير ذلك -غير شرعية- وعلى الرغم من الصفة التعاقدية للزواج إلا أن أن أحكامه وآثاره مُحدّدة سلفاً من طرف الشّارع الحكيم، كما ينجر عن ذلك أن نظام الزواج

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.32.

الذي شرعه الله عز وجل للشعوب الإسلامية لا يمكن للأفراد استبداله أو الاستغناء عنه لتحقيق سنّة التكاثّر والتّناسل وتحقيق الاستخلاف¹، ومنه يعتبر عقد الزواج أو القران من أهم وأنبأ الروابط الناشئة بين طرفين من جنسين مختلفين -رجل وإمرأة- فهو السبيل المشروع والوحيد لإنشاء الأسرة في إطارها الشرعي والسليم.

وعلى هذا الأساس فقد حظيت هذه الرابطة بتمجيد الشريعة الإسلامية وإحاطتها ببالح العناية والتنظيم المحكم²، وهو الأمر الذي تواترت عليه جل التشريعات الوضعية للدول الإسلامية فعمدت لتنظيم أحكام عقد الزواج ضمن تشريعاتها بالأسرية أو تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية، وسعت لتكريسها ضمن نُصوصها القانونية، وذلك بالنظر لأهميته في تكوين الأسرة وصالح المجتمع.

ب. ديمومة عقد الزواج: يعتبر عقد الزواج المشروع والصحيح في الإسلام متى تمّ بين زوجين على وجه الدوام والاستمرار³، فلا يستقيم ولا يصحّ من غير قيامه على أساس التأييد. مع الإشارة في هذا الجانب إلى أن الشريعة الإسلامية أجازت وأتاحت بالمقابل الحق في حلّ عقد الزواج، متى استدعت الحاجة لذلك كأن استعصت الحياة الزوجية واستحالت بين أطرافها. وبحكم أن الديمومة خاصية أساسية للزواج الإسلامي، فإن كل أنواع الزيجات القائمة على أساس التأقيت باطلة في رأي جمهور الفقهاء، ومن ذلك نكاح المتعة... الخ⁴، وبالتالي يعتبر الزواج

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 56.

² انظر، خدام هجيرة، فرض الركن البيولوجي باسم النظام العام الأسري حماية لمؤسسة الزواج، جامعة تلمسان "المخبر المتوسطي للدراسات القانونية"، المجلد 05، العدد 02، 2020، ص. 33.

³ عبد الله (بن الطاهر) التناني السوسي، المرجع السابق، ص. 35.

⁴ اتفق جمهور الفقهاء -المالكية والشافعية والحنابلة- على أنه لا فرق بين الاثنين، فالنكاح المؤقت هو نكاح المتعة؛ وأما المشهور عند الحنفية أن نكاح المتعة يشترط فيه أن يكون بلفظ المتعة كأن يقول لها: متعيني بنفسك، أو أمتع بك، أو متعتك بنفسي، ولكن بعضهم حقق أن ذلك لم يثبت، وعلى هذا يكون نكاح المتعة هو النكاح المؤقت، بلا فرق عند الجميع.

علاقة قائمة على وجه الدوام بين الزوجين هدفها الإحصان والتناسل والسكن¹؛ وهو ما أكدته المشرع المغربي صراحة في تعريفه لعقد الزواج بقوله: "ميثاق تراضٍ وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام... الخ"، وتعليقاً على التعديلات التي أحدثتها المشرع المغربي على تعريف عقد الزواج بعد إلغاء أحكام مدونة الأحوال الشخصية، فإن العبارة التي استخدمها المشرع للدلالة على الديمومة سابقا هي "على وجه البقاء"، ولعل الهدف الذي سعى وراءه المشرع المغربي بأن يكون صريحاً في صياغته لمدونة الأسرة الجديدة هو التأكيد الصريح على وجوب استمرارية الزواج وديمومته، وكذا التأكيد على منع كل تأقيت لعقد الزواج، أو انتشار بعض الأنكحة التي أبطلها الإسلام، وعليه تكون نية الزواج منصبة على الديمومة وعدم التأقيت ما لم ينحل هذا الميثاق بالوفاة أو الافتراق²، ومنه يمكن القول أن استخدام المشرع المغربي للفظة "الدوام" قد عمّد للنهي عن نكاح المتعة الذي بالرغم أنه كان مباحاً في الصدر الأول للإسلام نظراً للحاجة إليه آنذاك، إلا أنه حُرِّم فيما بعد؛ كما قد يقصد من وراء ذلك أيضاً النهي عن نكاح التحليل³.

وعلى النقيض مما سبق فإن المشرع الجزائري لم يكن صريحاً في تعريفه لعقد الزواج، واكتفى بالقول بأن: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي... الخ"⁴، ولعل ما يفهم من هذا القول أن المشرع الجزائري أدرج تعريضاً -ضمنياً- عنصر الدوام والاستمرار في عقد الزواج بقوله "على الوجه الشرعي"، فلا الشرع ولا التشريع الأسري يقبلان أن يكون عقد لزواج مُحدّداً بعنصر زمني لما في ذلك من تهديد لغايات الزواج المنصبة أساساً حول الاستقرار والدوام والسكن

أما حقيقة نكاح المتعة، فهو أن يقيد عقد الزواج بوقت معين، كأن يقول لها: زوجيني نفسك شهراً، أو تزوجتك مدة سنة، أو نحو ذلك، سواء كان صادراً أمام شهود وبمباشرة الولي، أو دون ذلك، وسواء كان نكاح المتعة هو عين النكاح المؤقت، أو غيره فهو باطل باتفاق جميع الفقهاء، وإذا وقع من أحد استحق عليه التعزير لا الحد؛ مقتبس عن: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص. 84-85.

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 57.

² عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 22.

³ كركري الطاهر، المرجع السابق، ص. 49-50.

⁴ راجع المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمنتم.

وحفظ النوع البشري بتحقيق النسل، وكلها غايات ومقاصد تقتضي توافر عنصر التأيد، كما أنّها تتنافى مع التآقيت وعدم الديمومة.

ج. اختلاف الجنس في الزواج (الركن البيولوجي): تعدُّ هذه الميزة والخاصية أهم ميزات

الزواج الإسلامي، بل هي مِيزة تخصُّ الزواج عبر مختلف الأديان السماوية¹؛ وهو الأمر السائد في غالبية المجتمعات، ذلك أنه نظام قائم في أساسه على الاختلاف الجنسي بين طرفيه²، وعليه فهذا هو الزواج في شكله الطبيعي الذي أوجده الله عز وجلّ في سائر المخلوقات والكائنات الحيّة على غرار الإنسان³، فلا يتحقق مفهوم الزواج ولا يتم صحيحاً إلا إذا تم بين شخصين من جنس مختلف، أي رجل وامرأة فهما طرفا العقد⁴.

وهو الأمر ذاته الذي تؤكدُه وتُرسِّخُه صراحةً جُلّ التشريعات الأسرية المعاصرة في تعريفها لعقد الزواج؛ ومن ذلك نذكر تعريف المشرع الجزائري له ضمن حدود المادة 04 ق.أس. ج على أنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"⁵؛ وعليه يمكن الخلوص للقول بأن الاختلاف في الجنس يعد من الأركان الجوهرية في عقد الزواج حسب توجه المشرع الجزائري، فلا يقوم هذا الأخير ولا يمكن تصوّره بدونَه -الإختلاف في الجنس- ومنه يعتبر الاختلاف

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.59.

² انظر، جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، جانفي 2001، ص.09.

³ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.167؛ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.59.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص.58.

" D'abord, la mariage est l'union de deux personnes de sexes différent, les deux futurs époux doivent être de sexe différent, faute de quoi, le mariage inexistant. Esuite, l'union de deux personned de même sexe est une union contre nature et inconcevable "; BENMELHA Ghaouti, le droit algerien de la famille, OPU, algerie, 07/1993, p.50.

" Le mariage ne peut exister qu'entre deux personnes de sexe different: il ne peut régler que l'union d'un homme et d'une femme "; BATTEUR Annick, droit des personnes-des familles-et des majeurs protégés, éd L.G.DJ - Montchrestien, 05 édition, paris, 2010, p.350.

⁵ راجع أحكام المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

الجنسي بين الزوجين أو المقبلين على الزواج مسألة جوهرية لا تبني الرابطة الزوجية إلا على أساسها، ومن هذا المنطلق فإن المشرع الجزائري مُسائراً للتَّهَج الذي قدَّسته أحكام الطبيعة، فإنه لا يعترف إلا بالزواج القائم بين شخصين من جنس مختلف، وهو الأمر الذي يجعل منه ركناً بيولوجياً لا يُتَّصور قيام رابطة الزواج بدونها، وكل علاقة أو رابطة مخالفة لذلك تُعدُّ باطلة بطلاناً مُطلقاً¹، فهي علاقات غير شرعية بالمفهومين الشرعي والقانوني، بل هي علاقات منعدمة من الأساس. ولم يتوقف المشرع عند هذا الحد بعدم اعترافه قانوناً بالشذوذ الجنسي، وإنما تعداه زيادة على ذلك إلى كون قانون العقوبات يُجرِّم ويعاقب على ما يسمى بأفعال الشذوذ الجنسي - اللواط والسحاق - فهي تبقى طريقاً منحرفاً لتصريف الطاقة الجنسية، ومنه قد يؤدي ذلك حتماً إلى هلاك وانحيار الأسر والمجتمعات وانتشار الأمراض، وفي هذا الشأن تنص المادة 338 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم² على أنه: "كل من ارتكب فعلاً من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 دج إلى 2.000 دج... الخ"³.

¹ جيلالي تشوار، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 09-10. قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 2000/07/18، ملف رقم 249128، م.ق، العدد 02، 2003، ص. 269؛ حيث جاء فيه ما يلي: "... عن الأوجه الثلاثة معا: حيث أن الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب... الخ".

² القانون رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، ج.ر.ج عدد 49 لسنة 1966 المؤرخة في 11 يونيو 1966؛ المعدل والمتمم عدة مرات أهمها: بموجب القانون رقم 82-04 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1402 الموافق لـ 13 فبراير سنة 1982، ج.ر.ج عدد 07 المؤرخة في 16 فبراير سنة 1982؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1427 الموافق لـ 20 ديسمبر سنة 2006، ج.ر.ج عدد 84 لسنة 2006 المؤرخة في 24 ديسمبر 2006؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 09-01 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2009، ج.ر.ج عدد 15 لسنة 2009 المؤرخة في 08 مارس سنة 2009؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 ربيع الثاني عام 1435 الموافق لـ 04 فبراير سنة 2014، ج.ر.ج عدد 07 لسنة 2014 المؤرخة في 16 فبراير سنة 2014.

³ انظر، جيلالي تشوار، "الجنس، الزواج والقانون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1، المجلد 32، العدد 04، 1995، ص. 824-825؛ خدام هجيرة، فرض الركن...، المرجع السابق، ص. 39.

"Pour ce qui concerne le mariage des homosexuels, dans son arrêt Rees c/Royaume-Uni du 17 octobre 1986, la cour européenne des droits de l'homme avait été conduite à interpréter à cet égard l'article 12 de la convention européenne des droits de l'homme selon lequel: à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier, et de fonder une famille selon les loi nationales régissant l'exercice de ce droit;

وبالمقابل فقد تبني المشرع المغربي نفس الاتجاه في تعريف لعقد لزواج بموجب المادة 04 م.أس.م على أنه: "ميثاق تراضٍ وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة"¹، وهو ما يفهم منه أنه عقد مبرم بين رجل وامرأة تحرزاً من الخنثى المشكل الذي لا يُنكح ولا يُنكح، وبعيداً عن أي تبرير أو شرح يفيد غير ذلك، خصوصاً لما أصبحت تعرفه بعض المجتمعات من إباحة لعلاقات بين شخصين من الجنس ذاته - اللواط بين الرجال أو السحاق بين النساء - تحت غطاء المساواة والحرية الجنسية للأفراد.²

وأكد على ذلك هو الآخر المشرع الموريتاني في المادة الأولى بقوله: "الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه الاستمرار، يقصد منه الإحصان والإنجاب، بإنشاء أسرة تحت قوامة الزوج على أسس ثابتة تضمن للزوجين القيام بواجبات الزوجية في وِدِّ واحترام"³.

فالزواج بذلك سُنَّة من سنن الحياة، التي لا يشدُّ عنها عالم من عوالم الإنسان أو الحيوان أو حتى النبات، وهي الوسيلة التي إقتضاها الله عز وجل لمخلوقاته لضمان التناسل واستمرار النوع الإنساني بالنسبة للبشر، فقد خلق الذكر والأنثى وهياًهما لكي يضطلع كل منهما بدوره في تحقيق هذه الغاية⁴؛ ومن ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ

selon la cour européenne, ce texte ne vise que le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent"; BATTEUR Annick, op.cit, p.350.

¹ راجع المادة 04 من من مدونة الأسرة المغربية المعدلة والمتمة.

² عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.22.

"La cour de cassation, dans un arrêt en date du 13 mars 2007 a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux ayant confirmé l'annulation du mariage homosexuel célébré par l'officier d'état civil de Bègles: selon la loi française le mariage est l'union d'un homme et d'une femme; ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la convention européenne des droits de l'homme, et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire"; BATTEUR Annick, op.cit, p.350.

³ راجع المادة 01 من القانون رقم 2001-052 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 1004 المؤرخة في 15 أغسطس 2001.

⁴ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.98.

لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَىٰكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴿١٣﴾¹، وعليه فلا يُعرف معنى الزَّوجِيَّة ولا يَكُون إلا باختلاف جنس أحد الزوجين عن الآخر، فلا يَكُون الإنسان إلا من أبوين -رجل وامرأة- في إطار علاقة شرعية تسمَّى الزواج، ومن هنا يتضح أن الدين الإسلامي حصر حفظ النوع البشري بالزواج، ولا يمكن تصوُّر استمرار الجنس البشري خارج نظام الزواج وقيوده الشرعية، فالمطلوب هو استمرار وجود وبقاء الجنس البشري على النحو اللائق بالبشر².

وعلى هذا الأساس فإن كل دعوة مُطلقة للمساواة بين الجنسين في كل شيء من خلال إقرار ما يُسمَّى بالزِّيجات من جنس واحد أو الأصح بالعلاقات المثلية، فإن ذلك يعتبر اعتداءً صارخاً على فطرة الله للناس، وعلى الإنسانية ككل، فهو تهديد واضح لسُنَّة التكاثر والتناسل وتواصل الإستخلاف البشري، فلا يُعقل أن تنجم عن هذه العلاقات المثلية أسر سويَّة من شأنها الحفاظ على الأنساب وعدم اختلاطها، وكذا بقاء النوع الإنساني واستمراره.

الفرع الثاني

مشروعية عقد الزواج

لقد شُرِّع الزواج في المجتمعات الإسلامية لتحقيق عدة أغراض أهمُّها؛ تكوين الأسرة المتماسكة، والتي تكون بمثابة الشجرة المثمرة في المجتمع الإسلامي³. ومنه تحثُّ الشريعة الإسلامية قرآناً وسنةً وإجماعاً على الزواج وترغب النَّاس فيه⁴؛ فهو طريق السُّرور والصِّلاح وتكوين الأسرة وتحقيق الإحصان والعفاف بين كلا الزوجين⁵. وفي سبيل تحقيق غايات الزواج وأهدافه وُضِع له

¹ سورة الحجرات، الآية 13.

² أماني علي المتولي، المرجع السابق، ص. 17-18.

³ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 25.

⁴ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 14.

⁵ أماني علي المتولي، المرجع السابق، ص. 15.

نظام مُحكم يقوم على أقوى المبادئ وأضمنها لصيانة المجتمع¹، وضمان سعادة الأسرة، وانشار الفضيلة، والسهر على حفظ الأخلاق، وبقاء النوع الإنساني -التكاثر والتناسل وتحقيق الاستخلاف في الأرض- وكذا تعاون كلا الزوجين على تربية النسل والمحافظة على حياته، وكذا تنظيم العلاقة بين الزوجين على أساس المودة والمحبة، وتبادل الحقوق وآداء الواجبات والتعاون المثمر، وكذا تقاسم الأعباء وتبادل الاحترام والتقدير بينهما².

وعلى هذا الأساس، فإن الزواج يضمن للإنسان مكانته داخل المجتمع واندماجه بوصفه اجتماعياً ومدنياً بطبعه كما يرى ابن خلدون، زيادة على أنه يحقق التكامل النفسي بين الجنسين ويرتب الاستقرار والسكن النفسي لكلا طرفيه³. كما يعد الزواج هو الوسيلة المثلى والمشروعة التي يُرضي بها الإنسان غرائزه وشهواته -الغريزة الجنسية وغريزة حب البقاء والتناسل- التي أوجدها الله عز وجل في طبائعه البشرية، بعيداً عن أي شذوذ أو انحراف أو تفسُّخ أخلاقي⁴؛ يضاف إلى

¹ لقد حرص الشارع الحكيم على ضمان استقرار الحياة الزوجية، من خلال تنظيم أقدس وأوثق رباط بين الرجل والمرأة، ألا وهو رباط الزواج. هذا الأخير الذي يُعدُّ أساس المجتمع الإسلامي، وقد حثَّت الشريعة الإسلامية على الزواج، كما رغب فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ مقتبس عن: أماني علي المتولي، المرجع السابق، ص.15.

² أماني علي المتولي، المرجع السابق، ص.14؛ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.25.

³ انظر، مسعودي أم الخير، الزواج والأسرة، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة البليدة 02، المجلد 02، العدد 02 (العدد 12)، 2015، ص.178.

⁴ ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص.11؛ مسعودي أم الخير، المرجع السابق، ص.179.

ذلك جملة من الحُكْم والغايات التي ابتغاها الشَّارِع الحكيم من وراء تشريع الزواج¹، وعلى ذلك فقد أجمع المسلمون على أن الزواج مشروع، وأن مشروعيته مما يعلم من الدين بالضرورة².

ومنه يستدل على مشروعية الزواج بالقرآن الكريم، والسنة النبوية، وإجماع الأمة³؛ فمن الكتاب العزيز قد وردت عديد الآيات التي تُشَرِّع له وتُحْتُّ عليه، ومنها نذكر قوله تعالى في الكتاب العزيز: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَىٰ وَتِلْكَ وَرُبْعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣٢﴾﴾⁴، وقوله تعالى أيضا: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَّتِمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴿٣٣﴾﴾⁵، والمقصود هنا بالأيامى: جمع أيم، العزب رجلاً كان أو امرأة تزوج من قبل أو لم يتزوج؛ فهو من لا زوج له من الرجال، ومن لا زوج لها من النساء⁶؛ كما ورد

¹ ومن أبرز الحكم والغايات الأخرى لهذه السنة الكونية نذكر:

- الحفاظ على السكينة والطمأنينة في النفس البشرية، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ ﴿٥١﴾﴾ سورة الروم، الآية 21.

- الحفاظ على النوع البشري بالتناسل الناتج عن الزواج الشرعي، والعمل على تكوين سلالة بشرية نظيفة وطاهرة.

- تعاون وتضامن كلا الزوجين من أجل السهر على تربية النسل والحفاظة عليه.

- تنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة على أساس المودة والرحمة، وتبادل الحقوق وأداء الواجبات والتعاون المثمر، وكذا تقاسم الأعباء، والسهر على الحفاظ على الاحترام والتقدير المتبادل بينهما؛ مقتبس عن: الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.25.

² انظر، محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد "فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح"، ج.03، دار القلم، دمشق، سوريا، ط.03، 2007، ص.26.

³ أماني علي المتولي، المرجع السابق، ص.14.

⁴ سورة النساء، الآية 03.

⁵ سورة النور، الآية 32.

⁶ أماني علي المتولي، المرجع السابق، ص.14؛ إبراهيم مصطفى وآخرون، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ج.01، دار الدعوة، د.ب.ط، د.د.س.ط، ص.35؛ مقتبس عن: موقع المكتبة الشاملة الحديثة، كتاب المعجم الوسيط، تاريخ الولوج للموقع: 2021/02/10،

الساعة: 22:05، الموقع: <https://al-maktaba.org/book/7028/37>

في ذات السياق في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمُ أَزْوَاجًا وَدُرِّيَّةً وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَنْ يَأْتِيَ بِقَايَةٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ ﴿٣٨﴾﴾¹.

وأما من السنة النبوية؛ فقد جاء في الصحيحين ما حدث به يحيى بن يحيى التميمي، وأبو بكر بن أبي شيبة، ومحمد بن العلاء الهمداني؛ جميعاً عن أبي معاوية، واللفظ ليحيى، قال: أخبرنا أبو معاوية، عن الأعمش، عن إبراهيم، عن علقمة، قال: كنت أمشي مع عبد الله بن مثنى، فلقيه عثمان، فقام معه يحدثه، فقال له عثمان: يا أبا عبد الرحمن، ألا تُزوّجك جارية شابة، لعلها تذكرك بعض ما مضى من زمانك، قال: فقال عبد الله: لئن قلت ذلك، لقد قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم: "يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ"²، كما ورد عن أنس، قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا بالباءة، وينهانا عن التبطل نهياً شديداً ويقول: "تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ فَإِنَّي مُكَاتِّرٌ بِكُمْ الْأُمَّمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"³؛ كما ورد في ذات السياق حديث السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها، فعن أحمد بن الأزهر قال: حدثنا آدم قال: حدثنا عيسى بن

¹ سورة الرعد، الآية 38.

² أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 1400/1، كتاب النكاح "باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، ووجد مؤنه، واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم"، ج. 02، دار إحياء التراث العربي، ص. 1018؛ أخرجه أيضاً برواية أخرى: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 5065، كتاب النكاح "باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: من استطاع منكم الباءة فليتزوّج، لأنه أغض للبصر وأحصن للفرج، وهل يتزوج من لا أرب له في النكاح"، ج. 07، ص. 03.

³ أخرجه أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُوْجَرْدِي الخراساني أبو بكر البيهقي، السنن الصغير...، المرجع السابق، رقم الحديث: 2351، كتاب النكاح "باب الترغيب في النكاح"، ج. 03، ص. 10؛ أخرجه أيضاً: أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، تحقيق: محمد عبد الرزاق حمزة، موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان، رقم الحديث: 1228، كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، د. ز. ط. د. ز. س. ط.، ص. 302؛ وأخرجه أيضاً بسند آخر: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي، سنن أبي داود، رقم الحديث: 2050، كتاب النكاح "باب في تزويج الأبكار"، ج. 03، دار الرسالة العالمية، د. ز. ب. ط. ط. 01، 2009، ص. 395؛ فقال في روايته: حدثنا أحمد بن إبراهيم، حدثنا يزيد بن هارون، أخبرنا مسلم بن سعيد ابن أخت منصور بن زاذان، عن منصور - يعني ابن زاذان - عن معاوية بن قره عن معقل بن يسار، قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال، وأنها لا تلد، أفأتزوجها؟ قال: "تزوجوا الودود الودود فإنني مكاتِّرٌ بِكُمْ الْأُمَّمَ".

ميمون، عن القاسم، عن عائشة، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "النِّكَاحُ مِنْ سُنَّتِي، فَمَنْ لَمْ يَعْمَلْ بِسُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي، وَتَزَوَّجُوا، فَإِنِّي مُكَاتِرٌ بِكُمْ الْأُمَّمَ، وَمَنْ كَانَ ذَا طَوْلٍ فَلْيَنْكِحْ، وَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَعَلَيْهِ بِالصِّيَامِ، فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وَجَاءٌ"¹، كما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثه لابن عكاف بن وداعة الهلالي؛ فقد روى الطبراني عن محمد بن محمد الخزازي القاضي، قال: حدثنا عبد الجبار بن عاصم، حدثنا بقية بن الوليد، عن معاوية بن يحيى، عن سليمان بن موسى، عن مكحول، عن غضيف بن الحارث، عن عطية بن بسر المازني، قال: جاء عكاف بن وداعة الهلالي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "يَا عَكَافُ، أَلَيْكَ زَوْجَةٌ؟" قال: لا، قال: "وَلَا جَارِيَةٌ؟" قال: لا. قال: وَأَنْتَ صَحِيحٌ مُوسِرٌ؟ قال: نعم والحمد لله، قال: فَأَنْتَ إِذَا مِنْ إِخْوَانِ الشَّيَاطِينِ، إِمَّا أَنْ تَكُونَ مِنْ رُهْبَانِ النَّصَارَى، فَأَنْتَ مِنْهُمْ، وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ مِنَّا فَاصْنَعْ كَمَا نَصْنَعُ، فَإِنَّ مِنْ سُنَّتِنَا النَّكَاحَ، شِرَارِكُمْ عَزَابِكُمْ، وَأَرَادُلُ مَوْتَاكُمْ عَزَابِكُمْ، أِبَالشَّيَاطِينِ تَمْرُسُونَ؟ مَا فِي نَفْسٍ سِلَاحٌ أُبْلَعُ فِي الصَّالِحِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إِلَّا الْمُتَزَوِّجُونَ، أَوْلَيْكَ الْمُطَهَّرُونَ الْمُبْرَأُونَ مِنَ الْخُنَا، وَيُحْكُ يَا عَكَافُ، إِهْنَنَّ صَوَاحِبُ دَاوُدَ وَصَوَاحِبُ أَيُّوبَ وَصَوَاحِبُ يُوسُفَ وَصَوَاحِبُ كُرْسُفَ، فَقَالَ عَطِيَّةُ: وَمَنْ الْكُرْسُفُ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: رَجُلٌ كَانَ فِي بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَى سَاحِلٍ مِنْ سَوَاحِلِ الْبَحْرِ، يَصُومُ النَّهَارَ وَيَقُومُ اللَّيْلَ، لَا يَقْتُرُ مِنْ صَلَاةٍ وَلَا صِيَامٍ، ثُمَّ كَفَرَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ بِاللَّهِ الْعَظِيمِ فِي سَبَبِ امْرَأَةٍ عَشَقَهَا، فَتَرَكَ مَا كَانَ عَلَيْهِ مِنْ عِبَادَةِ رَبِّهِ، فَقَدْ أَدْرَكَهُ اللَّهُ بِمَا سَلَفَ مِنْهُ فَتَابَ عَلَيْهِ، وَيُحْكُ يَا عَكَافُ تَزَوَّجْ فَإِنَّكَ مِنَ الْمُذْنِبِينَ، فَقَالَ عَكَافُ: لَا أَبْرَحُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، حَتَّى تَزَوِّجَنِي مِنْ شِئْتِ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: فَقَدْ زَوَّجْتُكَ عَلَى اسْمِ اللَّهِ وَالْبَرَكَةِ كَرِيمَةَ بِنْتِ كُثَيْبِ الْحَمِيرِيِّ"²؛ كما روى

¹ أخرجه ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، المرجع السابق، رقم الحديث: 1846، كتاب النكاح "باب ما جاء في فضل النكاح"، دار إحياء الكتب العربية، ص. 592.

² أخرجه أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، المرجع السابق، رقم الحديث: 21450، مسند الأنصار "حديث أبي ذر الغفاري رضي الله عنه"، ج. 35، ص. 355؛ وأخرجه أيضا: أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي الموصل، تحقيق: حسين سليم أسد، مسند أبي يعلى، رقم الحديث: 6856، ج. 12، دار المأمون للتراث، دمشق، سوريا، ط. 01، 1984،

سفيان بن وكيع، قال: حدثنا حفص بن غياث، عن الحجاج، عن مكحول، عن أبي الشمال، عن أبي أيوب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أَرْبَعٌ مِنْ سُنَنِ الْمُرْسَلِينَ: الْحَيَاءُ، وَالتَّعَطُّرُ، وَالسَّوَاكُ، وَالنِّكَاحُ"¹، كما تروي السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ لَا تَضَعُوهَا إِلَّا فِي الْأَكْفَاءِ". وَقَالَ الْأَشْجُعُ: "تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ وَأَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ"²، كما جاء في المعجم الكبير للطبراني أنه قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الدبري، عن عبد الرزاق، عن ابن جريج قال: أخبرني أبو المغلس: أن أبا نجيح أخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "مَنْ كَانَ مُوسِرًا لَأَنْ يَنْكِحَ ثُمَّ لَمْ يَنْكِحْ فَلَيْسَ مِنِّي"³.

وفي ذات السياق أيضا ورد في سنن ابن ماجه ما حدث به هشام بن عمار قال: حدثنا صدقة بن خالد قال: حدثنا عثمان بن أبي العاتكة، عن علي بن يزيد، عن القاسم، عن أبي امامة، عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه كان يقول: "مَا اسْتَفَادَ الْمُؤْمِنُ بَعْدَ تَقْوَى اللَّهِ خَيْرًا لَهُ مِنْ زَوْجَةٍ صَالِحَةٍ، إِنْ أَمَرَهَا أَطَاعَتْهُ، وَإِنْ نَظَرَ إِلَيْهَا سَرَّهَتْهُ، وَإِنْ أَقْسَمَ عَلَيْهَا أَبْرَثَتْهُ، وَإِنْ غَابَ عَنْهَا نَصَحَتْهُ فِي نَفْسِهَا وَمَالِهِ"⁴.

ص.260؛ ورواه أيضا: أبو القاسم الطبراني سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مسند الشاميين، رقم الحديث: 3567، ج.04، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط.01، 1405هـ/1984م، ص.363.

¹ أخرجه الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحك، تحقيق: بشار عواد معروف، الجامع الكبير "سنن الترمذي"، رقم الحديث: 1080، أبواب النكاح "باب ما جاء في فضل التزويج، والحث عليه"، ج.02، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1998، ص.382.

² أخرجه أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدار قطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، سنن الدار قطني، رقم الحديث: 3788، كتاب النكاح "باب المهر"، ج.04، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط.01، 2004، ص.458؛ أخرجه أيضا: ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، سنن ابن ماجه، رقم الحديث: 1968، أبواب النكاح "باب الأكفاء"، ج.03، دار الرسالة العالمية، د ذ ب ط، ط.01، 1430هـ/2009م، ص.141-142.

³ رواه أبو القاسم الطبراني سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، المعجم الكبير، رقم الحديث: 920، ج.22، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط.02، د ذ س ط، ص.366.

⁴ أخرجه ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، المرجع السابق، رقم الحديث: 1857، أبواب النكاح "باب تزويج ذات الدين"، ج.03، دار الرسالة العالمية، ص.62.

وصفوة القول؛ أن الزواج مشروع بالكتاب والسنة وإجماع المسلمين، وهو الأمر الذي تبنته التشريعات الوضعية المنظمة للقضايا والشؤون الأسرية، على غرار قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، ومما يضاف بهذا الخصوص أن مشروعية عقد الزواج تلحق الجنسين معا -الرجل والمرأة- شرعاً وتشريعاً، وهو الأمر الذي يتوافق مع المبادئ المكرسة بموجب الاتفاقيات والمواثيق الدولية الناشئة في مجال إقرار وإحقاق مبدأ المساواة بين الجنسين في المسائل الأسرية.

الفرع الثالث

الحكم الشرعي للزواج

يقتضي كل فعل إنساني حُكماً شرعياً¹، ويُقصد بالحُكم الشرعي في اصطلاح الأصوليين: "خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين، طلباً أو تخييراً، أو وُضْعاً"²، في حين يُقصد به في اصطلاح الفقهاء: "الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل، كالوجوب والحرمة والإباحة"؛ ويشمل هذا الأثر بالنسبة لعقد الزواج حكمين؛ أولهما أخروي من وجوب أو ندب أو تحريم... الخ، وثانيهما دنيوي وهو إباحة استمتاع كل من الزوجين بالآخر وما يتبع ذلك من حُقوق دُنْيوية³، وبطبيعة الحال فإن عقد الزواج كغيره من التصرفات تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة، من حيث كونه مَطْلُوباً فعلاً أو مَطْلُوباً تركه. فالتَّاس ليسوا سواء أمام الحكم الشرعي للزواج، لِإِخْتِلَافِ أَحْوَالِهِم المادية، وطَبَائِعِهِم الخلقية⁴، وعلى هذا الأساس يتصف الزواج كغيره

1 محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.33.

2 انظر، عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع، مطبعة المدني، د ذ ب ط، د ذ س ط، ص.97.

3 انظر، جميل فخري محمد جاتم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.01، 2009، ص.13.

4 محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.33.

بالأحكام التكليفية الخمسة¹؛ إذ إنه يُخْتَلَفُ في حكمه بين الناس باختلافهم وتفاوت قدراتهم المادية، وكذا بالنظر لاستعدادهم للحياة الزوجية من خلال القيام والوفاء بالحقوق الزوجية وتحمّل أعبائها².

وعلى هذا الأساس يبقى عقد الزواج كغيره من الأفعال والعقود تعترية الأحكام التكليفية الخمسة وهي: الوجوب والتدب، والتحريم والكراهة، وكذا الإباحة³، وهي على العموم كالاتي:

أولاً: الحالة الأولى (الوجوب).

ويكون فيها الزواج واجباً على العُموم وهو قول منسوب لأهل الظاهر، في حين يقول المتأخرون من المالكية إنه في حق بعض الناس واجب⁴، وبمعنى آخر يكون الزواج فرضاً ومطلوباً من الشخص فعله على سبيل الجزم⁵؛ وذلك متى كان شديد الرغبة به، وخشي على النفس العنت إذا لم يتزوج، ولم يكسر الصوم حدّة شهوته أو يكفّه عن خوف الوُفوع في الفاحشة⁶.

ويستدلُّ القائلون بهذا الرأي بالكتاب والسنة، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾⁷، وكذلك عز وجل: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيِّمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾⁸.

¹ الحكم بالمعنى التكليفي هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين، فمن المسلم به لدى علماء الشريعة الإسلامية أن عقد الزواج هو الآخر تعترية الأحكام التكليفية الخمسة من وجوب وتدب، وتحريم وكراهة وإباحة؛ مقتبس عن: إبراهيم رمضان إبراهيم عطايا، المرجع السابق، ص.18؛ جميل فخري محمد جاتم، آثار عقد الزواج...، المرجع السابق، ص.13.

² عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.12.

³ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.33.

⁴ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.07.

⁵ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.12.

⁶ محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.28-29.

⁷ سورة النساء، الآية 03.

⁸ سورة النور، الآية 32.

وأما من السنة النبوية فيستدل الظاهرية على وجوب الزواج في حال الاعتدال بما روي عن عطية بن بشر المازني قال: جاء عكاف بن وداعة الهلالي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "يَا عَكَافُ، أَلَيْكَ زَوْجَةٌ؟ قَالَ: لَا، قَالَ: وَلَا جَارِيَةٌ؟ قَالَ: لَا. قَالَ: وَأَنْتَ صَحِيحٌ مُوسِرٌ؟ قَالَ: نَعَمْ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ، قَالَ: فَأَنْتَ إِذَا مِنْ إِخْوَانِ الشَّيَاطِينِ... وَيُحْكُ يَا عَكَافُ، تَزَوِّجُ فَإِنَّكَ مِنَ الْمُذْنِبِينَ"¹؛ كما ورد أيضا عن البخاري في صحيحه أنه قال: حدثنا عمر بن حفص، حدثنا أبي، حدثنا الأعمش، قال: حدثني إبراهيم، عن علقمة، قال: كنت مع عبد الله، فلقية عثمان بمني، فقال: يا أبا عبد الرحمن إن لي إليك حاجة فخلوا، فقال عثمان: هل لك يا أبا عبد الرحمن في أن تزوجك بكرا، تذكر ما كنت تعهد؟ فلما رأى عبد الله أن ليس له حاجة إلى هذا أشار إلي، فقال: يا علقمة، فانتهيت إليه وهو يقول: أما لئن قلت ذلك، لقد قال لنا النبي صلى الله عليه وسلم: "يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ"²، ويشار في هذا السياق إلى أن النصوص المستدل بها قد وردت بصيغة الأمر، وهذه الأخيرة عند الأصوليين تُفيد الوجوب، فيكون الزواج تبعا لذلك واجبا³.

ومن هذا المنطلق يبقى سبب الاختلاف قائما بين الجمهور وأهل الظاهر حول ما إذا كانت صيغة الأمر في الأدلة سالفة الذكر محمولة على الوجوب أم على الندب أم على الإباحة⁴.

¹ سبق تخريج الحديث.

² أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 5065، كتاب النكاح "باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: من استطاع منكم الباءة فليتزوج، لأنه أغض للبصر وأحصن للفرج، وهل يتزوج من لا أرب له في النكاح"، ج. 07، ص. 03؛ أخرجه أيضا بسند آخر: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، المرجع السابق، رقم الحديث: 3210، كتاب النكاح "الحث على النكاح"، ص. 58؛ وأخرجه أيضا: أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بھرام بن عبد الصمد الدارمي التميمي السمرقندي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، مسند الدارمي "سنن الدارمي"، رقم الحديث: 2211، كتاب النكاح "باب من كان عنده طول فليتزوج"، ج. 03، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط. 01، 2000، ص. 1383.

³ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 14.

⁴ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص. 07-08.

وعلى هذا الأساس فقد رد الجمهور على أدلة الظاهرية بما جاء في كتاب "المقدمات" لابن رشد الجدل بقوله: "...فالنكاح فإنه في الجملة مرغوب فيه ومندوب إليه، خلافاً لأهل الظاهر في قولهم إنه واجب. والدليل على ذلك من كتاب الله عز وجل، لأنه خير فيه بين النكاح وملك اليمين"¹، فقال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾²، وملك اليمين ليس بواجب بإجماع، وعليه لا يصح التخيير بين واجب وما ليس بواجب؛ لأن ذلك يخرج للواجب عن الوجوب³، وفي ذلك يرد قوله تعالى أيضاً: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴿٥﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿٦﴾﴾⁴، فدل ذلك من قوله على أن النكاح غير واجب؛ لأن من حفظ فرجه عن الزنا بملك يمينه أو باستغنائه عن النكاح توجهت المدحة إليه من الله عز وجل⁵.

وعلى وجه العموم ينبغي أن يتوافر شرطان ليثبت الوجوب في حق أحد الزوجين أو كليهما معاً، وهما على التوالي:

أ- **الشرط الأول:** مقتضاه أن يتيقن الشخص من الوقوع في المعصية والمحذور ما لم يتزوج⁶. وبمعنى آخر يجب الزواج في حق الشخص إذا تيقن من حال نفسه أنه لو لم يتزوج وقع في جرم الزنا⁷، وبالتالي يجب في حقه متى تحقق عدم استطاعته بأن يمنع استبداد الغريزة وجموح

¹ انظر، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: محمد حجي، المقدمات الممهدة، ج.01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط.01، 1408هـ/1988م، ص.452.

² سورة النساء، الآية 03.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.452.

⁴ سورة المؤمنون، الآيتان 05-06.

⁵ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.452.

⁶ إبراهيم رمضان إبراهيم عطايا، المرجع السابق، ص.19.

⁷ انظر، عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط.02، 1938، ص.38؛ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج.01-02، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط.01، 2009، ص.34.

الهوى النفسي بصيام ونحوه. وغلبة الظن تتساوى مع اليقين في الحكم بوجود الزواج في هذه الحال عند جمهور الفقهاء عدا الأحناف¹.

ب- الشرط الثاني: ويرتبط هذا الشرط بالأول ارتباطاً وثيقاً، فلا يكون الزواج واجباً تبعاً للشرط الأول إلا بتحقيق قدرة الشخص على المطالب المالية للزواج، وكان المقدم على الزواج على يقين وثقة بقيامه بحقوق الزوجية وواجباتها من دون أن يظلم الطرف الآخر -الزوجة- في المعاشرة أو يقصر بأي من حقوقها²، ويثبت ذلك بأن يكون الشخص قادراً على أعباء الزوجية سواءً كانت مالية مثل المهر والنفقة؛ أو كانت متعلقة بحقوق الزوجة من حيث تحقيق الإعفاف، والوجوب هنا هو الحل الوحيد لهذه الحالة بتوافر شرطها، لأن البعد عن الحرام واجب، والزواج هو الطريق الشرعي إلى ذلك، والقاعدة الشرعية تنص في هذا المقام على أنه: "ما لا يتم الواجب إلاً به فهو واجب"، وعليه متى كانت هذه الحالة وتوافر شرطها، وامتنع عن الزواج يكون آثماً بتركه، مرتكباً للمعصية بامتناعه³، لأن الشخص في هذه الحال ملزم بإعفاف نفسه وصونها عن الوقوع في الحرام ولا يتوصل بذلك إلا بالزواج⁴.

ومما يشار إليه في الأخير أن حكم الوجوب في الزواج الذي يترتب على الرجل هو نفس الحكم الذي ينطبق على المرأة هي الأخرى على حد سواء، وذلك متى تحققت الحالة التي سلف ذكرها، بحيث تعجز هي الأخرى عن حفظ نفسها ما لم تتزوج⁵، ومن هنا يبرز مبدأ المساواة بين الجنسين في ثبوت حكم الوجوب شرعاً على كلا الجنسين؛ الرجل والمرأة على حد سواء متى تحققت أحكام هذه الحالة وشروطها على كليهما أو أحدهما.

1 محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.33.

2 عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.12.

3 محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.33-34.

4 عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.12.

5 محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.29.

ثانياً: الحالة الثانية (التحريم).

ويكون الزواج فيها حراماً، أي مطلوباً تركه على سبيل الجزم¹، وينبغي أن يتوافر لها أيضاً

شروطان:

أ- التيقن من عدم القدرة على تحمُّل أعباء الزواج المالية، وتكاليفه من مهر ونفقة وغيرها.

ب- التيقن من عدم قدرته على أداء حقوق الزوجة وإعفافها، أو عدم قدرته على العدل

بين الزوجات إذا ما تزوج بأخرى².

والتحريم هنا قائم ومؤسس على مبدأ "لا ضرر ولا ضرار"، هذا الأخير الذي يعدُّ مبدأ

أساسياً في الإسلام، فالضرر ينبغي أن يُزال، والإضرار بالزوجة أو الزوج حرام على حد السواء،

وكل ما هو وسيلة للحرام قياساً فهو يعدُّ حراماً³.

أما إذا تعارض ما يجعل الزواج واجباً وما يجعله حراماً بأن تيقن من الوقوع في الزنا متى

أحجم عن الزواج، وتيقن من ظلم زوجته والإضرار بها إذا أقدم عليه؛ فالزواج في هذه الحال يبقى

حراماً⁴، فمن تعذر عليه الزواج ينبغي عليه تقويم نفسه وشهوته لإضعافها والحد منها، حتى لا

يقع في الحرام - الزنا - وأن يسعى لتهديب نفسه وتقويم أخلاقه حتى لا يتسبب في الظلم أو إلحاق

الضرر بالطرف الآخر - الزوجة - في حال الإقدام على الزواج منه⁵؛ كما يتوجب عليه في هذه

الحال الالتزام بتوجيهات الإسلام في العمل على إعفاف النفس، وقمع الشهوات، لا الإسراف

¹ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.12.

² عبد الجليل أحمد علي، المرجع نفسه، ص.12؛ إبراهيم رمضان إبراهيم عطايا، المرجع السابق، ص.19.

³ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.12.

⁴ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.34.

⁵ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.12-13.

في الشهوة والإضرار بالآخرين¹، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَتَعَفِيفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُعْزِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾²؛ وأما من السنة فقد ورد في صحيح مسلم ما حدثه به أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو كريب، قالوا: حدثنا أبو معاوية، عن الأعمش، عن عمارة بن عمير، عن عبد الرحمن بن يزيد، عن عبد الله، قال: قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم: "يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ، وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ"³، أي أن الصوم يعدُّ وقايةً لمن تيقن من ظلم الطرف الآخر متى أقدم على الزواج فهو حرام في حقِّه، حتى ولو تيقن من وقوعه في المعصية⁴.

وكذلك يثبت حكم التحريم في حق المرأة هي الأخرى إذا ما تشابهت مع الرجل حالاً⁵، وبالتالي تثبت الحرمة في حقها أيضاً متى توافرت نفس الشروط أو تحققت نفس الحالة، كأن تكون الزوجة غير قادرة القيام على شؤون الزوج ولم يعلم هذا الأخير بذلك... الخ، وهو ما يستخلص منه بأن مبدأ المساواة بين الجنسين قائم أيضاً في ثبوت حكم تحريم الزواج في حق كلا الطرفين.

ثالثاً: الحالة الثالثة (الكرهية).

ويكون حكم الزواج فيها مكروهاً، أي مطلوباً تركه على سبيل الترجيح لا الإلزام⁶، فمتى خاف الشخص الوقوع في الظلم والإضرار بالطرف الآخر، إما لغياب القدرة على تحمل الأعباء

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.34.

² سورة النور، الآية 33.

³ أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 1400/3، كتاب النكاح "باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنه واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم"، ج.02، دار إحياء التراث العربي، ص.1019؛ أخرجه أيضاً: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، المرجع السابق، رقم الحديث: 4112، مسند المكثرين من الصحابة "مسند عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه"، ج.07، ص.184.

⁴ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.34.

⁵ محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.31.

⁶ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.13.

المالية للزواج من نفقة ومهر... الخ، أو لعدم القدرة على تحقيق الإعفاف للزوجة وإحصانها، وعلى هذا متى خشى الوقوع في ذلك أو في صور أخرى منه فزواجه مكروه¹، فعلى سبيل المثال يُكره الزواج عند الشافعية إذا كان الشخص غير محتاج إليه؛ كأن لا يجد فيه الرغبة إما فطرة، أو لمرض أو علة².

ومما تجدر الإشارة إليه في الأخير أن حكم المرأة هي الأخرى كحكم الرجل في ثبوت كراهة النكاح³.

رابعاً: الحالة الرابعة (الندب).

وقد اختلف الفقهاء بشأن حكم الزواج عند الاعتدال وهي الحال المعتاد لدى غالبية الناس، حيث لا تُوجبه خشية من معصية، ولا تُحرّمه خشية ظلم أو إضرار بالطرف الآخر⁴، ويكون الزواج في هذه الحال مندوباً أي سنة مؤكدة بحسب رأي جمهور الفقهاء⁵ عدا الشافعية -الأحناف⁶ والمالكية⁷ والحنابلة- اعتماداً منهم على أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوّج وحثّ المسلمين على الزواج، ولكن لم يحتّم فعله على كل واحد من الناس⁸.

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.34-35؛ إبراهيم رمضان إبراهيم عطايا، المرجع السابق، ص.19؛ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ج.01-02، ص.35.

² انظر، مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج.04، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط.04، 1413هـ/1992م، ص.18.

³ محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.30.

⁴ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.35.

⁵ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.07.

⁶ ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، المرجع السابق، ج.03، ص.07.

⁷ انظر، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، ج.09، الناشر: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، د ذ ب ط، التوزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط.01، 1434هـ/2013م، ص.01 وما يليها.

⁸ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.35؛ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.13.

وبمعنى آخر يُكون مَطْلُوباً فعله على سبيل الترجيح لا الإلزام¹، متى كان الشخص معتدل المزاج؛ بحيث لا يُخشى وقوعه في الزنا ما لم يتزوج، أو يخشى أن يظلم زوجته إذا ما تزوج²، وهنا في هذه الحال يُتَّاب الشخص على فعله ولا يعاقب على تركه³.

ويستدل على هذا الرأي من السنة ما حدث به أنس بن مالك رضي الله عنه، يقول: جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم، يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم، فلما أخبروا كأنهم تقالوها، فقالوا: وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم؟ قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، قال أحدهم: أما أنا فإني أصلي الليل أبداً، وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبداً، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم إليهم، فقال: "أَنْتُمْ الَّذِينَ قُلْتُمْ كَذَا وَكَذَا، أَمَا وَاللَّهِ إِنِّي لَأَحْشَاكُمُ لِلَّهِ وَأَتَقَاكُمُ لَهُ، لَكِنِّي أَصُومُ وَأُفْطِرُ، وَأُصَلِّي وَأَرْقُدُ، وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ، فَمَنْ رَغِبَ عَنِّي فَلَيسَ مِنِّي"⁴.

خامساً: الحالة الخامسة (الإباحة).

ويعتبر هذا الرأي الزواج في حقِّ البعض مباحاً، وذلك بحسب ما يخاف المرء على نفسه من العنت⁵، وهذا مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾⁶، ومن ثم فإن الحكم على الزواج بالإباحة يستوي فيه الفعل

¹ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.13.

² وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه...، المرجع السابق، ج.09، ص.6517.

³ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.13.

⁴ أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 5063، كتاب النكاح "باب الترغيب في النكاح"، ج.07، ص.02؛ أخرجه أيضاً: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُوْجْردي الخراساني أبو بكر البيهقي، السنن...، المرجع السابق، رقم الحديث: 13448، كتاب النكاح "باب الترغيب في النكاح"، ج.07، ص.123.

⁵ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.07.

⁶ سورة النساء، الآية 25.

والتَّركَ على حدِّ السَّواء¹؛ وينسب هذا الرأي للمتأخرين من المالكية²، وعليه استقر كذلك رأي الشافعية أيضاً، إلا أنه متى كان الشخص متفرغاً للعبادة، فالأفضلية عندهم للعبادة لا للزواج³، وفي هذا الشأن يقول الإمام الشافعي: "...التخلى لعبادة الله تعالى أفضل إلا أن تتوق نفسه إلى النساء، ولا يجد الصبر على التخلي لعبادة الله... الخ"؛ وقد استدلل على رأيه بما يلي:

❖ أن الله عز وجل قد خصَّ النبي يحيى عليه السَّلام بالمدح بقوله: "وسيداً وحسوراً"⁴،

وقد ورد ذلك في قوله تعالى: ﴿فَنَادَتْهُ الْمَلَائِكَةُ وَهُوَ قَائِمٌ يُصَلِّي فِي الْمِحْرَابِ أَنَّ اللَّهَ يُبَشِّرُكَ بِيَحْيَى مُصَدِّقًا بِكَلِمَةٍ مِّنَ اللَّهِ وَسَيِّدًا وَحَصُورًا وَنَبِيًّا مِّنَ الصَّالِحِينَ﴾⁵، ويقصد بالحضور الشخص الذي لا يأتي النساء مع القدرة على الإتيان، فدلَّ على أن ذلك أفضل⁶؛ فلو كان الزواج أفضل لما مدح النبي يحيى عليه السلام بتركه وتفرغه للعبادة⁷، وقد رد الجمهور على دليل الشافعية بقولهم: إن التفرغ للعبادة كان أفضل من الزواج في شريعة يحيى عليه السلام؛ وشرع من قبلنا لا يُعدُّ دليلاً طالما نصت الشريعة الإسلامية على خلافه⁸.

❖ أن الزواج من جنس الأعمال الدنيوية كالبيع والشراء؛ فهو عمل للنفس، والعبادة عمل

لله، والعمل لله تعالى أفضل من العمل للنفس⁹. وقد رد الجمهور أيضاً هذا الدليل للشافعية بقولهم: إن إلحاق الزواج بالعمل الدنيوي غير مُسلَّم به، فالزواج يكتسي أيضاً الطابع التَّعبُدي¹⁰.

¹ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.13؛ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.35.

² أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.07.

³ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.13.

⁴ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المرجع السابق، ج.04، ص.193-194.

⁵ سورة آل عمران، الآية 39.

⁶ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المرجع السابق، ج.04، ص.194.

⁷ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.13.

⁸ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.36.

⁹ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.13.

¹⁰ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.36.

وقد أوردت كتب الحديث الصحيحة وغيرها في هذا الشأن ما حدث به عبد الله بن محمد بن أسماء الضبعي، حدثنا مهدي بن ميمون، حدثنا واصل، مولى أبي عيينة، عن يحيى ابن عقيل، عن يحيى بن يعمر، عن أبي الأسود الديلي، عن أبي ذر، أن ناساً من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم: يا رسول الله، ذهب أهل الدثور بالأجور، يصلون كما نصلي، ويصومون كما نصوم، ويتصدقون بفضول أموالهم، قال: "أَوْلَيْسَ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ مَا تَصَدَّقُونَ؟ إِنَّ بِكُلِّ تَسْبِيحَةٍ صَدَقَةٌ، وَكُلِّ تَكْبِيرَةٍ صَدَقَةٌ، وَكُلِّ تَحْمِيدَةٍ صَدَقَةٌ، وَكُلِّ تَهْلِيلَةٍ صَدَقَةٌ، وَأَمْرٌ بِالْمَعْرُوفِ صَدَقَةٌ، وَنَهْيٌ عَنِ الْمُنْكَرِ صَدَقَةٌ، وَفِي بُضْعِ أَحَدِكُمْ صَدَقَةٌ"، قالوا: يا رسول الله، يأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟ قال: "أَرَأَيْتُمْ لَوْ وَضَعَهَا فِي حَرَامٍ أَكَّانَ عَلَيْهِ فِيهَا وَزْرٌ؟ فَكَذَلِكَ إِذَا وَضَعَهَا فِي الْحَلَالِ كَانَ لَهُ أَجْرٌ"¹.

ومما تجدر الإشارة إليه في الأخير أن حكم الإباحة يسري في حق المرأة كما يسري في حق الرجل على حد سواء².

وصفوة القول ممّا سبق، يتضح لنا أن الأحكام المتعلقة بالوصف الشرعي للزواج تسري في حق كل الجنسين -الرجل والمرأة- على حدّ السواء؛ وتقع تحت طائلة مبدأ المساواة بين الجنسين بالمفهوم الشرعي والذي لا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك فيما عدا ما يختص به كل طرف خلافاً للآخر، كاشتراط القدرة المالية -الباءة- على الزوج وحده دون الزوجة... الخ³؛

¹ أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 1006/53، كتاب الزكاة "باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف"، ج.02، دار إحياء التراث العربي، ص.697؛ أخرجه أيضاً: أبو عوانة يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم النيسابوري الإسفرائيني، تحقيق: أيمن بن عارف الدمشقي، مستخرج أبي عوانة، رقم الحديث: 4031، كتاب الحج "باب بيان تحذير النبي صلى الله عليه وسلم الرجال من فتنة النساء، والدخول عليهن، والنظر إليهن من حيث يحل، والاعتصام منهن بالتزويج، ومواقعة امرأته إذا بصر بامرأة، فأعجبته وبيان ثوابه في مواقعتها"، ج.03، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط.01، 1998، ص.16.

² محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص.30.

³ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص.14.

وفي ذات السياق يقول ابن رشد الجدل "وكذلك المرأة قد يكون عليها النكاح واجباً، وقد يكون لها مستحباً، وقد يكون لها مباحاً جائزاً، وقد يكون لها مكروهاً"¹.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للزواج

لقد عرفت مسألة تحديد الطبيعة القانونية للزواج وتكييفه اختلافاً فقهيّاً حاداً²، حيث تنازع بهذا الشأن اتجاهان حول إيجاد تكييف قانوني صحيح للزواج؛ فذهب الأول إلى اعتبار الزواج نظاماً قانونياً أو مؤسّسة (الفرع الأول)، في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى خلاف نظيره وسعى لتأكيد الطابع العقدي للزواج (الفرع الثاني)، ويؤسس كلا الاتجاهين السابقين موقفه بشأن تحديد الطبيعة القانونية للزواج على جملة من المبررات والأسانيد؛ وفي مقابل هذين الاتجاهين ظهر اتجاه ثالث تبني المنظور التوفيقي بين الإيجابيات التي جاء بها كلا الاتجاهين السابقين وأسس موقفاً مستقلاً بذاته (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الزواج نظام قانوني

يرى أنصار الاتجاه الأول أن الزواج يعتبر نظاماً قانونياً، يرمي هذا الأخير لإنشاء جماعة تدعى بـ "الأسرة"³ تُشكّل بالمفهوم القانوني نظاماً قانونياً مستقلاً، وتُعتبر غاية هذه الجماعة أو

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.454.

² انظر، تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2007، العدد 02، ص.210.

³ انظر، زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج "دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني"، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص.260.

النظام القانوني مستقلة عن المصالح الخاصة لأفراد المكونين لها، بحيث تصبوا إلى التكاثر والحفاظ على النسل وتربية الأولاد وتحقيق الإحصان والتعايش... الخ¹.

ومن هذا المنطلق يُفَرِّقُ الفقهية ديجيه "Duguit" في معرض تكييفه للزواج بين العقد الذاتي والاتفاق المنظم، هذا الأخير يعتبره مجرد نظام قانوني فقط، ولا يعدو أن يكون عقداً حسب رأيه، وإن كان يُنَبِّئُ تكوينه على توافق إرادتين فأكثر. وعليه يكتفي بالاعتراف بالطبيعة العقدية للعقد الذاتي فقط، ويرى أيضاً ديجيه أن الاتفاق المنظم يشكل مركزاً قانونياً ثابتاً يكون قريباً من القانون منه إلى العقد، وبذلك فهو يَسْرِي على الغير كما يسري على الطرفين، ومما يميزه أنه لا ينطوي على تعارض للمصالح بين أطرافه. بل لهم غاية مُشْتَرَكَة وأهداف مُتَقَارِبَة فيما بينها، ومن أمثلة ذلك عقد الزواج؛ فلا وجود لتناقض بين مصلحة الزوجين كما هو الحال بالنسبة للتناقض الحاصل في عقد البيع بين البائع والمشتري².

ومن هذا المنطلق يذهب البعض إلى اعتبار الزواج نظاماً قانونياً أو مؤسَّسَةً، ويستند هذا الاتجاه في تحديد الطبيعة القانونية للزواج على أساس أنه نظام قانوني بناءً على الحجج القانونية التالية:

- إن الرابطة التي تجمع الرجل بالمرأة يترتب عنها تأسيس مؤسسة تدعى بـ "الأسرة"، والتي تتمتع بذمة مالية خاصة ومستقلة عن الذمة المالية لكل من الزوجين؛ ولكون الأسرة مؤسسة

"Cependant, la conception contractuelle du mariage se heurte à une double objection. D'une part, le mariage ne saurait être assimilé à un contrat parce qu'il n'engendre pas seulement des obligations: il crée l'état d'époux et fonde la famille légitime. d'autre part, un contrat peut toujours être défait par la volonté commune des contractans et les contrats conclus pour une durée indéterminée peuvent être rompus par la volonté unilatérale de l'une des parties. Or, le divorce, même prononcé du consentement mutuel des époux, ne peut résulter que d'un jugement, le mariage ne pouvant être résilié par déclaration unilatérale. c'est pourquoi une autre explication, institutionnelle, a été proposée au début du XX^{ème} siècle "; COURBE Patrick, droit de la famille, 03^{ème} édition, 2003, armand colin, paris, p.20.

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.62.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.88.

قانونية فإن كلا الزوجين ينضمان إليها وفق تصرف إرادي صادر عن كليهما، وليس لهما سوى القبول بهذا النظام القانوني من دون أي تعديل أو تغيير فيه، وهو الأمر الذي يختلف تماماً عن الانضمام للعقد حيث تلعب إرادة الأطراف دوراً هاماً لاسيما في مجال تحديد آثاره¹.

- تنطوي أحكام الزواج على قواعد قانونية آمرة من النظام العام يفرضها المشرع، وما على الطرفين إلا الإذعان لهذه القواعد وتطبيقها من غير تدخل إرادتهما في تغيير أحد الشروط أو تعديل بعض الآثار²، وبالتالي فإرادة الزوجين تسمح لهما فقط بالانضمام إلى نظام الزواج بالصورة التي ينظمها المشرع، دون أن يستطيعا بإرادتهما إدخال أي تعديلات على شروطه أو آثاره، ودون أدنى مناقشة لما يتضمنه هذا النظام القانوني من قيود على حريتهم³؛ ومن بين الآثار التي لا يمكن مناقشتها مثلاً بين الزوجين نذكر على سبيل المثال: الاتفاق المسبق بينهما على عدم نسبة الأطفال للزوج أو عدم الإنجاب، فهنا يمكن القول بأنه يصح عقد الزواج ويطل اتفاق الزوجين لمخالفته النظام العام الأسري... الخ.

ومما يشار إليه أن هذا الاتجاه ظهر كرد فعل للمطالبين بإقرار الحق في إنهاء الرابطة الزوجية بطريق الطلاق، واعتبر أيضا الزواج نظاماً قانونياً أو مؤسّسة، بناءً على جملة من الحجج التاريخية أهمها:

¹ زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص.260؛ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.89.

² تشوار جيلالي، خواطر حول...، المرجع السابق، ص.213.

" La conception institutionnelle du mariage prend en considération l'importance de l'ordre public en ce domaine et le rôle éminent de l'autorité public dans la formation et de la dissolution de l'union. dans cette perspective, on applique au mariage la notion d'institution, définie comme un groupement de personnes unies en vue de réaliser une œuvre commune. en décidant de se marier, deux personnes adhèrent à un statut impératif. selon les tenants de la thèse institutionnelle, les finalités de cette institution sont la procréation, l'éducation des enfants et la moralisation des rapports sexuels. dans la mesure ou les fins poursuivies dépassent les volontés individuelles, l'institution devrait être indissoluble du vivant des époux " ; COURBE Patrick, op.cit, p.20.

³ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.62-63.

- إن الديانة المسيحية تُعدُّ الزواج رِبَاطاً أبدياً وسراً إلهياً يَنْشَأُ بموجب الإرادة الإلهية وفقاً للطقوس والمراسم الكنسية التي يقوم بها رجال الدين وبحضُور الشهود، ويترتب على ذلك أنه لا حلُّه أو إنهاؤه إلاَّ بموت أحد الزوجين، وذلك طبقاً للمبدأ الذي تَكَرَّسُهُ الديانة المسيحية "ما جمعه الله لا يَفْرِّقه البشر"¹.

- إنَّ زواج المرأة في القانون الكنسي يُفقدُها شخصيتها القانونية - لاسيما الأهلية والذمة المالية - فهي تدخل تحت وصاية الزوج، أي أنَّ الأسرة التي تَجْمَعُهُمَا تصبح أشبه بمؤسسة قانونية لها ذمة مالية مُستقلَّة، ومُثَّلها أو يُنوب عنها قانوناً الزوج.

وأمام هذه الحجج يَتَجَلَّى الاختلاف الواضح لمنظومة الزواج في الديانة المسيحية عنها في الشريعة الإسلامية، فقد أقرَّ الشارع الحكيم الطلاق كطريق لفكِّ الرابطة الزوجية خلافاً للزواج في القانون الكنسي الذي يعتبر رِبَاطاً أبدياً، كما أن الزوجة تحافظ على أهليتها وذمتها المالية المستقلة عن ذمة الزوج وفقاً لأحكام الزواج في الشريعة الإسلامية؛ ومن هنا يمكن الوقوف على أن الدين المسيحي هو الخلفية التي يبنِي عليها الاتجاه الذي يكرس الطبيعة النظامية أو المؤسساتية لعقد الزواج².

وصفوة القول أنه بالرغم من الحجج والبراهين التي ساقها أنصار هذا الإتجاه، إلا أنهم لم ينكروا الطابع العقدي الذي يلحق الزواج في نشأته كعقد، فهو قائم أساساً على أركان وشروط مثله مثل سائر العقود المدنية، وهو الأمر الذي تبنته جل التشريعات الوضعية في الدول الغربية على غرار القانون المدني الفرنسي والذي تضمن تنظيم رابطة الزواج كأبي عقد مدني آخر³؛ ولم تكن القوانين والتشريعات الأسرية للدول الإسلامية هي الأخرى بمنأى عن ذلك، فقد تضمن قانون الأسرة الجزائري هو الآخر، وإلى جانبه مدونة الأسرة المغربية تنظيمًا لعقد الزواج آخذين

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص. 89-90؛ زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص. 265 وما يليها.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص. 90.

³ زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص. 261.

بعين الاعتبار الأحكام العامة للعقد في القانون المدني الجزائري وكذا قانون الالتزامات والعقود المغربي.

وأمام هذ الانتقادات التي وجهت للاتجاه الأول فقد ظهر اتجاه آخر مخالف تماما لما يرى به الأول، ويرمي لإضفاء الطابع العقدي المحض على الرابطة التي تجمع بين الرجل والمرأة على الوجه المشروع.

الفرع الثاني

التكييف العقدي للزواج

يرى أنصار الاتجاه الثاني خلافاً لرأي الاتجاه الأول بأن عقد¹ الزواج يكتسي الطبيعة العقدية المحضنة؛ وبالتالي فهو ليس نظاماً قانونياً أو مؤسسية²، ومما يؤكّد على ذلك أن عقد الزواج تنطبق عليه عموماً نفس الأحكام العامة للعقد في القانون المدني؛ على غرار القانون المدني الفرنسي³،

¹ جاء في لسان العرب لابن منظور **العقد لغة** من: عقد: العَقدُ: تَبَيُّضُ الحَرِّ؛ عَقَدَهُ يَعْقِدُهُ عَقْدًا وَتَعَقَّدًا وَعَقْدَهُ؛ وَعَقَدَ العَهْدَ وَالبَيْعَ يَعْقِدُهُمَا عَقْدًا وَعَقْدَهُمَا: أَكَدَهُمَا. أَبُو زَيْدٍ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتِ أَيْمَانُكُمْ فَكَاثُوهُمْ نَصَبِيهِمْ﴾ سورة النساء، الآية 33؛ ويقال عَقَدْتُ الحَبْلَ وَالبَيْعَ وَالعَهْدَ فَانْعَقَدَ. والعَقدُ: العَهْدُ، وَالجُنْعُ عَقُودٌ، وَهِيَ أَوْكُدُ العُهُودِ. وَيقالُ: عَهَدْتُ إِلى فلانٍ فِي كَذَا وَكَذَا، وَتَأويله أَلزَمْتَهُ ذَلِكَ، فَإِذَا قُلْتُ: عَاقَدْتُهُ أَوْ عَقَدْتُ عَلَيْهِ فَتَأويله أَنَّكَ أَلزَمْتَهُ ذَلِكَ بِاشْتِياقِي. وَالمُعَاقَدَةُ: المُعَاهَدَةُ. وَعَاقَدَهُ: عَهَدَهُ. وَتَعَاقَدَ القَوْمُ: تَعَاهَدُوا. وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ سورة المائدة، الآية 01؛ قيل: هِيَ العُهُودُ، وَقيل: هِيَ الفَرَائِضُ الَّتِي أَلزَمَهَا؛ قَالَ الرَّجَّاحُ: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، حَاطَبَ اللهُ المُؤْمِنِينَ بِالوَفَاءِ بِالْعُقُودِ الَّتِي عَقَدَهَا اللهُ تَعَالَى عَلَيْهِمُ، وَالعُقُودُ الَّتِي يَعْقِدُهَا بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ عَلَى مَا يُوجِبُهُ الدِّينُ؛ مَقْتَبَسٌ عَن: مُحَمَّدِ بْنِ مَكْرَمِ بْنِ عَلِيِّ أَبُو الفَضْلِ جَمالِ الدِّينِ ابْنِ مَنْظُورِ الأَنْصَارِيِّ الرُّوَيْفَعِيِّ الإِفْرِيقِيِّ، المَرْجِعُ السَّابِقُ، ج. 03، ص. 296-297.

أما **العقد اصطلاحاً** فهو: "توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله"، وهو بذلك أخص من الإتفاق، فيكون كل عقد اتفاقاً؛ وأما العقد فلا يكون اتفاقاً إلا إذا كان منشئاً لإلتزام أو ناقلاً له، وبالتالي يعرف العقد عموماً على أنه: "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه"؛ مقتبس عن: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "نظرية الإلتزام بوجه عام"، ج. 01، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ذ س ط، ص. 137-138.

وعلى الصعيد التشريعي، فقد عرفه المشرع **الجزائري** في حدود المادة 54 من القانون المدني المعدل والمتمم بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"؛ في حين عرفه المشرع الفرنسي بموجب المادة 1101 من القانون المدني، مع الإشارة إلى أن تعريف المشرع الجزائري مقتبس حرفياً عن نظيره الفرنسي.

Art 1101 du Code Civil Français: " Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ".

وعلى النقيض من المشرعين الجزائري والفرنسي، لم نجد تعريفاً للعقد عند المشرع المغربي في إطار قانون الإلتزامات والعقود، لكنه مع ذلك لم يفرق بين الإتفاق والعقد. وعليه فقد أخذ المشرع المغربي بالرأي المؤيد لوحدة المدلول والمعنى بين مصطلحي العقد والإتفاق، وهو ما تثبتته الفصول 19-38 من الفرع الثاني من من الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول لقانون الإلتزامات والعقود المغربي المعدل والمتمم، والموسومة بعنوان: "الإتفاقات والعقود"؛ مأمون الكزبري، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي "مصادر الإلتزامات"، م. 01، د ذ د ط، د ذ ب ط، د ذ س ط، ص. 28 وما يليها.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص. 90.

³ راجع أحكام المواد 143-227 من القانون المدني الفرنسي.

وكذا القانون المدني الجزائري¹؛ وأيضا قانون الالتزامات والعقود المغربي²، سواءً من حيث تكوينه أو تعديله أو إنحائه. ويُؤسّس هذا الاتجاه رأيه بالنظر للدور الفعّال الذي تلعبه الإرادة في إنشاء أو تعديل أو إنهاء عقد الزواج³، فهو ينشأ بتلاقي وتطابق إرادة كل من الزوج والزوجة، وهذا الاتفاق الحاصل بين الزوجين يرتب ويولد الكثير من الآثار تتجسد في جملة من الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتق كل منهما في مواجهة الآخر⁴.

وفي هذا الشأن ذهب الفقهاء إلى تكييف عقد الزواج على أنه مجرد عقد حسب المفهوم التقليدي لنظرية العقد؛ وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه الكنسي في اعتبار الزواج عقداً مدنياً وليس مؤسسة أو نظاماً قانونياً، ويستندون في ذلك على أنه ينشأ بموجب إرادة طرفيه -الزوجين- كما أنه ينتهي أيضا -الطلاق- بإرادة طرفيه مجتمعين أو بإرادة أحدهما، ومن ثم فإن الزواج كسائر العقود يعدّ الرضا أهم أركانه التي يقوم عليها⁵؛ ولا يتوقف الفقه الكنسي عند هذا الحد

¹ راجع المواد 53-123 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج عدد 78 المؤرخة في 30/09/1975؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق لـ 20 يونيو سنة 2005، ج.ر.ج عدد 44 المؤرخة في 26 يونيو سنة 2005؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ 13 مايو سنة 2007، ج.ر.ج عدد 31 المؤرخة في 13 مايو سنة 2007.

² انظر، ظهير 09 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود المغربي، المعدل والمتمم -المحين- بعدة تعديلات لاحقة، أهمها: تم بموجب القانون رقم 24.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.140 الصادر في 16 رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)، ج.ر.م عدد 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 (22 سبتمبر 2011)، ص.4678؛ كما تم تعديله بموجب القانون رقم 31.18 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.114 بتاريخ 7 ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019)، ج.ر.م عدد 6807 بتاريخ 24 ذو الحجة 1440 (26 أغسطس 2019)، ص.5885؛ وأخرها: تم بموجب القانون رقم 43.20 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.100 بتاريخ 16 من جمادى الأولى 1442 (31 ديسمبر 2021)، ج.ر.م عدد 6951 بتاريخ 27 جمادى الأولى 1442 (11 يناير 2021)، ص.271.

³ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.90.

⁴ زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص.259.

" Le mariage considéré au plan de ses effets juridiques, apparaît comme un contrat parce qu'il comporte des structures contractuelles et se forme comme les conventions civiles puisque comme tout acte de volonté, il requiert l'échange de consentements et impose aux parties des obligations réciproques"; BENMELHA Ghaouti, op.cit, p.48.

⁵ تشوار جيلالي، خواطر حول...، المرجع السابق، ص.210؛ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.91.

بل يذهب لأبعد من ذلك في اعتبار الزواج عقداً دينياً بحتاً، فلا يقوم صحيحاً ولا يرتب آثاره الشرعية والقانونية بين طرفيه وفي مواجهة الغير، إلا بعد إستكمال المراسم والطقوس الدينية المطلوبة على يد أحد رجال الدين المؤهلين لذلك¹.

لكن ومن جانب آخر فقد قام به بعض الفقه الغربي بتكليف عقد الزواج الإسلامي على أنه بمثابة عقد بيع؛ وفي هذا السياق يقول مارسيل موران "MARCEL Morand" بأن عقد الزواج بالجزائر ما هو إلا عقد بيع يمتلك بمقتضاه الزوج زوجته ملكية تامة؛ ويعتبر الصداق هو ثمن أو مقابل البيع. كما يرى بيرون أن هناك علاقة وطيدة بين الزواج والبيع، ويذهب للقول بأن المرأة تباع جزءاً من جسمها بموجب عقد الزواج².

ويتصدى بالرد لهذا الرأي الأستاذ تشوار جيلالي ويتنقده في أن هذا الموقف به مغالاة، كما أنه لا يتماشى إطلاقاً مع الفلسفة الإسلامية للزواج، بل يذهب لأبعد من ذلك ويرى بأن هذا التيار الغربي ذو خلفية حاقدة على الإسلام، فلا القراءان الكريم ولا أحاديث السنة النبوية الشريفة وصفت الزواج بكونه عقد بيع؛ بل كل ما في الأمر أن المقارنة التي جاء بها الفقه الإسلامي بين الزواج والبيع مردها أساساً بيان رضائية عقد الزواج خاصةً هذا من جهة، وأن عقد البيع يعد العقد النموذجي عند فقهاء الشريعة الإسلامية من جهة أخرى³؛ وبالرغم من الطبيعة المدنية لعقد الزواج إلا أن ذلك لا ينفي عنه مرجعيته الدينية وطابعه التعبدي، وفي هذا

" D'après la conception classique، celle du droit coranique، la mariage est un contrat. Il en présente les caractères essentiels puisqu'il est un accord de volontés qui produit des effets juridiques "; COURBE Patrick, op.cit, p.20.

¹ زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص.266-267.

² TCHOUAR Djilali, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, O.P.U, Mai 2004, pp.12-13.

راجع أيضاً: تشوار جيلالي، خواطر حول...، المرجع السابق، ص.211.

³ تشوار جيلالي، خواطر حول...، المرجع نفسه، ص.211-212.

السياق يُعدُّ الفقه الإسلامي سبباً في إضفاء وصف العقد المدني على الزواج، ويؤسس هذا القول على جملة من الحجج والبراهين أهمها:

- يُعدُّ الزواج عقداً بالنظر لخطاب الشارع الحكيم¹، وفي هذا الشأن يردُّ قوله الله عز وجل في الكتاب العزيز: ﴿وَلَا تَعْزَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ﴾²، وقوله تعالى أيضاً في الكتاب العزيز: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾³.

- يشترط في عقد الزواج نفس الأركان والشروط التي تستوجبها العقود المدنية الأخرى، كتوافر ركن الرضا، وسلامة أهلية المتعاقدين... الخ⁴.

- ينظم عقد الزواج علاقة البشر فيما بينهم - الزوج والزوجة - بالرغم من طابعه التعبدي، وهو الأمر الذي يماثل باقي العقود المدنية التي تشكل في مجملها معاملات بين البشر.

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.87.

² سورة البقرة، الآية 235.

³ سورة النساء، الآية 21.

⁴ زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص.259.

وهو نفس التوجه السائد لدى بعض الفقه الفرنسي، وفي هذا السياق يقول بعض الباحثين أن عقد الزواج تنطبق عليه نفس أحكام العقد المدني، ومن ذلك نذكر:

La nature juridique du mariage est discutée. Certains considèrent qu'il s'agit d'une institution en raison des règles d'ordre public que la loi prévoit ; pour d'autres il s'agirait plutôt d'un contrat; Concernant cette dernière affirmation, nous pouvons constater que le mariage est soumis aux mêmes principes que ceux applicables au contrat. En effet, pour qu'un contrat soit valide, l'article 1128 du code civil issu de l'ordonnance en date du 10 février 2016 exige une capacité, un consentement, un contenu licite et certain De plus certains mécanismes spécifiques au contrat ,tel que les vices du consentement prévus aux articles 1130 et suivants du code civil, sont applicables au mariage; STEHLIN Laure, le mariage : un contrat ou une institution? , Mémoire de fin de Master 2 Droit Notarial, Université de La Réunion -UFR Droit et économie, Année Universitaire: 2016-2017, p.13, date d'accès: 09/08/2020, l'heure: 12:44, Site-web: <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02176290/document>.

- يعتبر كذلك عقد الزواج مدنياً، فهو يصح من المسلم وغيره، وبالتالي فلو كان عقداً دينياً محضاً فقط لكان إسلام طرفيه شرطاً لصحته.

- يعد عقد الزواج كذلك عقداً مدنياً بالنظر لكونه مُبرماً وفقاً لإرادة طرفيه -الزوجين- كما ينحل بإرادتهما مشتركة أو بإرادة كل منهما في حدود ما يُجيزه القانون في إطار طرق فك الرابطة الزوجية.

لكن وبالرغم من الطابع المدني لعقد الزواج، إلا أنّ ذلك لا ينفي عنه الطابع الديني والتعبدي، فالزواج كما سبق الإشارة إليه تعتبره الأحكام التكليفية الخمسة؛ من وجوب وتحريم، وندب... الخ، كما وأن أغلب أحكامه المجسدة في نصوص قانونية مستمدة من المصدر المادي للقوانين الأسرية المغاربية المتمثلة في أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها الفقهية¹.

وأمام الموقف الذي أقره الفقه الإسلامي بشأن الطبيعة القانونية للزواج، فقد تبني كلا المشرعين الجزائري والمغربي الطبيعة العقدية للزواج، مجسدين بذلك رأي الفقه الإسلامي؛ وكذا تماشياً منهما مع المبادئ والأسس المستقاة من الاتفاقيات والمواثيق الدولية الرامية لتحقيق وإرساء أسس المساواة بين الجنسين في شتى المسائل والقضايا الأسرية؛ على غرار أحكام عقد الزواج، ويستدل على ذلك بما يلي:

- التّنصيص الصريح لكلاً المشرعين الجزائري والمغربي على الطبيعة العقدية للزواج؛ فعلى صعيد المشرع الجزائري يتجلى ذلك صراحة ضمن نصوص ق.أس.ج، فعلى سبيل المثال نذكر ما نصت عليه المادة 04 منه في تعريفها لعقد الزواج على أنّ: "الزواج عقد رضائي بين رجل وامرأة... الخ"، كما نصت المادة 07 فق 02 من ق.أس.ج على أنه: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج... الخ"، وإلى جانب ذلك فقد أقر المشرع الجزائري

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص. 87-88.

في المادة 32 من ق.أس.ج إمكانية إبطال عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد، وذلك بقوله: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"¹، وهو بذلك إقرار صريح من المشرع الجزائري بتطبيق نظرية البطلان على عقد الزواج، وهو الأمر الذي يثبت طبيعته العقدية بشكل صريح وجلي.

وبالمقابل فإنه على صعيد التشريع المغربي، نجده هو الآخر قد استخدم ضمن صياغة نصوص م.أس.م مصطلحات قطعية الدلالة على الطبيعة العقدية للزواج ومن ذلك نذكر؛ ما نصت عليه أحكام المادة 13 في معرض تعدادها للشروط الواجب توافرها في عقد الزواج كما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:.. الخ"، كما نصت المادة 17 من م.أس.م على أنه: "يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه... الخ"، كما أقرّ المشرع المغربي حق طلب الفسخ للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب كالإكراه أو التدليس، وهو ما نص عليه في حدود المادة 12 من م.أس.م بقوله: "تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و 66 بعده"².

- يعتبر عقد الزواج عقداً رضائياً ينعقد بمجرد تبادل الطرفين للإيجاب والقبول في مجلس العقد أمام الموظف المؤهل قانوناً لإبرامه - ضابط الحالة المدنية أو الموثق - كما أنه عقد فوري منتج لآثاره بمجرد إنعقاده³، ويستدل على ذلك بكون أن الأركان والشروط - على غرار ركن الرضا وشرط الأهلية - الواجب توافرها لقيام عقد الزواج وصحته دلالات واضحة وجلية على أن الزواج يكتسي الطابع العقدي في مرحلة إنشائه⁴؛ ومن ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة

¹ راجع أحكام المواد 04، 07 فق 02، 32 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

² راجع أحكام المواد 13، 17، 12 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص.58.

⁴ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.92.

في المادة 09 من ق.أس.ج بقوله: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، كما تضمنت المادة 09 مكرر من ذات القانون شروط صحة عقد الزواج، ومنه نصت على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج... الخ"¹؛ وليس بعيداً عن المشرع الجزائري نص نظيره المشرع المغربي هو الآخر في المادة 10 من م.أس.م على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر... الخ"، كما نصت المادة 13 من م.أس.م هي الأخرى على شروط الصحة بقولها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج والزوجة... الخ"².

- تُكرّس أحكام عقد الزواج المنصوص عليها ضمن التشريعين الجزائري والمغربي مبدأ سلطان الإرادة لكلا الجنسين، ومنه يمكن لكلا الزوجين وفقاً لإرادتهما وحريةيهما المستقلة تحديد جملة من الالتزامات أو الحقوق المتفق عليها مسبقاً أو لاحقاً في عقد مستقل³، وما يؤكد ذلك إقرار كلا المشرعين الجزائري والمغربي لحق الزوجين في الاشتراط المسبق أو اللاحق لعقد الزواج، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 19 من ق.أس.ج بقولها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية... ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"⁴؛ كما نصت على ذات الحكم المادة 47 من م.أس.م بقولها: "الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلاً والعقد صحيحاً"⁵.

- أجاز كلا المشرعين الجزائري والمغربي للزوجين على حد السواء؛ وقت عقد الزواج أو في تاريخ لاحق له الاتفاق حول طبيعة النظام المالي المناسب لهما، سواءً بتبني نظام الأموال

¹ راجع أحكام المادتين 09، 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

² راجع أحكام المادتين 10، 13 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

³ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.95.

⁴ راجع أحكام المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

⁵ راجع أحكام المادتين 47، 48 من مدونة الأسرة المغربية المعدلة والمتمة.

المشتركة أو الاحتفاظ بنظام استقلالية الذمة المالية لكل واحد منهما¹، وهو ما أشار إليه صراحة المشرع الجزائري في المادة 37 من ق.أس.ج بقوله: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما²؛ كما أشار إليه المشرع المغربي صراحة هو الآخر في حدود المادة 49 من م.أس.م بقولها: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها... الخ"³.

- أقرّ كلا المشرعين الجزائري والمغربي بالحق الممنوح لكلا الزوجين في حل عقد الزواج بالطلاق؛ وفي هذا السياق تنص المادة 48 من ق.أس.ج⁴ على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يُحلُّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة... الخ"⁵، كما ضمن المشرع المغربي هو الآخر لكلا الجنسين إمكانية إنهاء عقد الزواج، وهو ما جاء في حدود المادة 71 من م.أس.م قوله: "ينحلُّ عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع"⁶.

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.95.

² راجع أحكام المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

³ راجع أحكام المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية المعدلة والمتممة.

⁴ تنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 قبل تعديلها سنة 2005 على أن: "الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

⁵ راجع أحكام المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

⁶ راجع أحكام المادة 71 من مدونة الأسرة المغربية المعدلة والمتممة.

ومما سبق يُستخلص من موقف كلا المشرعين تأكيدهما الواضح والصريح على الطابع العقدي للزواج، فلو كان مؤسسة أو نظاماً قانونياً لتطرق المشرعين إلى إمكانيات انسحاب أحد المتعاقدين من عضوية المؤسسة، هذه الأخيرة التي تبقى في غالب الأحيان قائمة قانونياً ككيان مستقل في حال انسحاب بعض أعضائها¹، وهو الأمر الذي لا يتحقق مع الأسرة في حال حصول طلاق بين الزوجين، فتتحل الرابطة الزوجية ومعها الأسرة.

ومما يؤكد الطابع العقدي للزواج أيضاً، إتاحة حل الرابطة الزوجية بتراضي كلا الزوجين، وفي هذا إقرار صريح للحرية التعاقدية للزوجين في إنشاء وكذا إنهاء عقد الزواج²، وإلى جانب ذلك فهو أيضاً تكريس وتجسيد لمضمون مبدأ المساواة بين الجنسين في إنهاء الرابطة الزوجية؛ وهو ما ضمنه المشرع الجزائري صراحة في المادة 48 من ق.أس.ج بقوله: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين... الخ"³؛ كما وقد نصت عليه أحكام م.أس.م كطريق لحل الرابطة الزوجية بالاتفاق بين الزوجين، وهو ما أورده المشرع المغربي أيضاً في حدود المادة 114 من م.أس.م على النحو الآتي: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال... الخ"⁴.

لكن وبالرغم من المبررات والأسانيد التي ساقها أصحاب هذا الاتجاه، باعتبار أن الزواج عقد قائم على إرادة طرفيه، وبحكم أن العقد شريعة المتعاقدين فإنه تبعاً لذلك لا يجوز نقض

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.93.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع نفسه، ص.97.

³ انظر، أعمار مجاوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.182؛ راجع المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ راجع أحكام المادة 114 من مدونة الأسرة المغربية المعدلة والمتممة.

العقد أو تعديله إلا باتفاق طرفيه أو للأسباب التي يقرها القانون¹، وبالتالي تنشأ جملة من الحقوق والالتزامات بين المتعاقدين بعد أن يقوم طرفاً العقد بتحديدتها مُسبقاً، أو بشكل لاحق إذا ما قرراً تعديل هذه الحقوق والالتزامات دون أن يعتبر هذا التعديل عقداً جديداً، وإنما تبقى جزءاً من الاتفاق القديم ما لم يتفق على خلاف ذلك بحسب ما جاء في المادة 19 ق.إ.ع.م. المحين²؛ ومن هنا ينتقد هذا الاتجاه بكون الحقوق والالتزامات المترتبة على عاتق الزوجين بموجب عقد الزواج يرتبها القانون بنصوص أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها؛ ويبقى لأطراف عقد الزواج الحق في القبول بما وإتمام عقد الزواج، أو العدول عن إتمامه في حال عدم القبول بهذه الآثار ورفضها³، كما أن انحلال الرابطة الزوجية قد يكون بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين أو بإرادتهما معاً في حدود ما يتيح القانون، وذلك بخلاف ما تقتضيه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ومما سلف يمكن الخلو للقول بأن الإرادة التعاقدية للطرفين المتعاقدين -الزوجين- في إطار عقد الزواج تبقى قاصرة ومحدودة أمام فكرة النظام العام التي يجسدها قانون الأسرة الجزائري؛ ومدونة الأسرة المغربية.

وأمام جملة الانتقادات الموجهة لكلا الاتجاهين السابقين، سواء المكرس للطابع النظامي أو المؤسسي لعقد الزواج، أو الجسد للطبيعة العقدية للزواج، وبالنظر لأن كليهما ينطوي موقفه

¹ انظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام "مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.03، سبتمبر 2003، ص.85-86؛ مأمون الكزبري، المرجع السابق، ج.01، ص.246؛ راجع المادة 106 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم التي تنص على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"؛ راجع أيضاً المادة 230 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي التي تنص على ذات المبدأ بقولها: "الإلتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معاً أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

² زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص.259؛ مأمون الكزبري، المرجع السابق، ج.01، ص.247؛ راجع المادة 19 فقرة 02 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي التي تنص على ما يلي: "...والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه لا تعتبر عقداً جديداً وإنما جزءاً من الاتفاق الأصلي وذلك ما لم يصرح بخلافه".

³ زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص.259-260.

على جانب من الصحة والصواب؛ فقد ظهر اتجاه ثالث سعى للتوفيق بين الاتجاهين السابقين، ويتبنى النظرية المختلطة في تحديده للطبيعة القانونية لعقد الزواج وتكييفه.

الفرع الثالث

النظرية المختلطة لتحديد الطبيعة القانونية للزواج

عرف كلا الاتجاهين السابقين -الاتجاه النظامي وكذا الاتجاه العقدي- الراميين لتحديد الطبيعة القانونية للزواج نقداً وانتقاداً من موقفيهما؛ وهو ما أوقع كليهما في القصور والعجز؛ مما أسس لظهور اتجاه جديد من الفقه تبني فكرة التوفيق بين الاتجاهين السابقين، والعمل على سدّ النقص والقصور الذي وقع فيه. ومنه اعتبر عقد الزواج بأنه ذو طبيعة مزدوجة¹ تجمع بين الطابعين العقدي والنظامي أو ما يصطلح عليه أيضاً بـ "المؤسّساتي"²؛ وفي هذا الشأن يؤكد الاتجاه الثالث

¹ يبرر بعض الفقه الفرنسي ذلك بقوله:

" L'absence de définition du mariage dans le Code civil associée au silence de la loi quant à sa nature juridique a favorisé le débat entre les conceptions contractuelles et institutionnelles. La finalité de la controverse était de pouvoir mesurer l'influence de la volonté sur le lien matrimonial. A l'analyse des arguments soutenus par chacun il semble inévitable de devoir retenir une solution de compromis entre les deux thèses car le mariage apparaît finalement comme un contrat institutionnalisé ou comme une institution contractuelle ", ARCHER Frédéric, Le mariage est-il un contrat ou une institution ?, date d'accès: 13/08/2020, l'heure: 12:06, Site-web: <https://www.etudier.com/dissertations/Droit/52190123.html>.

وأمام سكوت المشرع الفرنسي، ظهرت عدة تعريفات لعقد لزواج، ومنها يستخلص الطابع الإزدواجي لهذا العقد، ومنها نذكر:

"Contrairement à ce qui a été fait pour le pacte civil de solidarité, le Code civil ne définit pas le mariage et s'abstient de se prononcer sur sa nature juridique. Ce silence a ouvert la voie à différentes interprétations doctrinale. A l'occasion des travaux préparatoires du Code civil au XIX^{ème} (19) siècle, Portalis définissait le mariage comme : « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et à partager leur commune destinée. » Pour **Planiol**, au début du XX^{ème} (20) siècle, il s'agissait : « d'un contrat par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré ». Au milieu du XX^{ème} (20) siècle, **Henri, Léon** et **Jean Mazeaud** proposaient de distinguer entre « le mariage-source » et le « mariage-état ». Dans la première notion l'aspect contractuel prime tandis que dans la seconde c'est le caractère institutionnel qui prédomine...ect "; ARCHER Frédéric, op. cit.

² محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص. 93-94.

"Aujourd'hui, l'accord se fait pour considérer que le mariage civil participe à la fois du contrat et de l'institution. C'est un **contrat** puisque la volonté est essentielle dans la formation et aussi dans la dissolution du lien depuis la loi du 11 juillet 1975 qui, admettant le divorce par consentement mutuel, a accentué le caractère contractuel du mariage. Mais c'est aussi une **institution**, comme le révèle

على أن كلا الاتجاهين السابقين يُكْمَلُ بعضهما الآخر، ويفسر كل اتجاه ما عجز الآخر عن تفسيره، وهو ما يؤسّس لوجود تكامل وترابط بين الاتجاهين السابقين في تكييف عقد الزواج وتحديد طبيعته القانونية¹.

وفي هذا الشأن ذهب بعض الفقهاء على غرار "فريدريك دبوف" و "رنود صالمون"، وكذا "توماس جانفي" إلى القول بأن الزواج هو عقد ومؤسّسة في الآن ذاته؛ فيُكَيَّف من ناحية على أنه عقد باعتبار أن إرادة كلا الزوجين تُساهِم في إنشائه وكذا إنهاء عقد الزواج، كما أنه من ناحية أخرى يعتبر نظاماً قانونياً بالنظر لكون أن إرادة طرفيه ليست كافية وحدها لتعديل أو تغيير المركز القانوني لهما، وذلك بحكم انتمائهما -الزوجين- لأسرة يحكمها ويضبطها النظام العام بقواعد آمرة² تتجلى بوضوح ضمن نصوص قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية.

وأمام هذا يظهر جلياً التكامل الواضح للاتجاهين الرّامين لتكييف الزواج، فهو نظام قانوني مزدوج يخضع لقواعد قانونية آمرة تعتبر من النظام العام، ولا يجوز قطعاً الاتفاق على مخالفتها، ويكتسي طابعاً تعبدياً دينياً، كما أنه لا يقوم صحيحاً إلا بتوافر إرادة طرفيه. وهو ما يوضّح طبيعته التعاقدية والرضائية التي تعد أصلاً للعقود المدنية؛ وهو الأمر الذي يثبت لا محالة الطابع العقدي للزواج، ويجعله كذلك في الوقت ذاته نظاماً قانونياً محفوفاً ومحاطاً بفكرة النظام العام الأسري³.

وعلى هذا الأساس فقد ذهب كلا المشرعين الجزائري والمغربي إلى التفريق بين الجانبين التعاقدية والتنظيمية لعقد الزواج؛ حيث أقرّا إرادة الزوجين وحريتهما في إنشاء عقد الزواج أو

l'intervention nécessaire de l'autorité publique et parce que ce contrat crée une union des personnes appelée à durer. En outre, les droits et obligations qu'il fait naître échappent à la volonté privée "; COURBE Patrick, op.cit, p.20.

¹ زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص.261؛ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.63.

² تشوار جيلالي، خواطر حول...، المرجع السابق، ص.214؛ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.94.

³ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص.64.

إنهائه، وكذا في تحديد الشروط الاتفاقية والتي لا تتناقى مع العقد أو مقتضياته. لكن وبالمقابل تدخل كلا المشرعين في تنظيم هذا العقد عن طريق قواعد أمرت تعتبر من النظام العام، ولا يجوز تبعاً لذلك الاتفاق على مخالفتها من طرف الزوجين أو غيرهما¹؛ وعلى سبيل المثال نذكر: وجوب اختلاف جنس الزوجين - الزواج يتم بن شخصين مختلفي الجنس أي ذكر وأنثى²، وكذا وجوب احترام شرط الأهلية بالنسبة لكلا الجنسين³، ووجوب استصدار حكم يقضي بالطلاق⁴، وكذا التزام الزوجة بالعدة حال انتهاء الرابطة الزوجية... الخ⁵.

وفي ذات السياق يضيف الأستاذ تشوار جيلالي أنه: "أمام التعديلات المختلفة لقانون الأسرة، ومن ثم لأحكام الزواج فإنه يُمكننا أن نتمسك أكثر بالطابع العقدي للزواج، والذي أصبح اليوم ظاهراً بكل وضوح، إذ أصبحت حالة الزواج اليوم تظهر بمثابة امتداد للرضا الذي أنشأها لأول مرة ليستمر في مواصلتها وأبديتها"⁶؛ ومما لا شك فيه أن هذا الرأي يتوافق مع الآراء التي تبناها المشرع الجزائري ضمن التعديل الأخير لقانون الأسرة الرامي في مجمله لتكريس المساواة بين الزوجين - الجنسين - قبل وأثناء وبعد الزواج، وهو الاتجاه الذي جَنَحَ إليه أيضاً المشرع المغربي من خلال النصوص الواردة بمدونة الأسرة المغربية المستحدثة سنة 2004؛ ومنه يُعتبر ذلك تماشياً

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.94.

² في هذا الشأن تنص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أن: "الزواج هو عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي... الخ"؛ وفي ذات السياق تنص المادة 04 من مدونة الأسرة المغربية المحينة على أن: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام... الخ".

³ في هذا الشأن تنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة... الخ"، وفي ذات السياق تنص المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية المحينة على أنه: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية".

⁴ في هذا الشأن تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم... الخ"، وفي ذات السياق تنص المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية المحينة على أنه: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة... الخ".

⁵ راجع أحكام المواد 58-61 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم؛ راجع أيضا المواد 129-137 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

⁶ تشوار جيلالي، خواطر حول...، المرجع السابق، ص.215؛ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.94 وما يليها.

من كلا المشرعين -الجزائري والمغربي- مع المبادئ والمفاهيم التي تضمّنتها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛ وكذا مختلف النصوص والمعاهدات والمواثيق الدولية المكرّسة لمبدأ المساواة بين الجنسين بشكل عام في شتى مناحي الحياة وميادينها، وبشكل أخصّ بين الزوجين في خضم الحياة الزوجية والأسرية.

وعلى هذا الأساس يمكن الخُلوص إلى أن الزّواج هو نظامٌ مُختلط، يجمع بين الطّابعين العقدي والتنظيمي في الآن ذاته، فيتّصف بأنه عقد ذو طبيعةٍ خاصّة، وبطبيعة الحال فهو يخضع لأحكام خاصة تميزه عن غيره وتتماشى مع خصّوصياته¹، فلو كان كافياً القول بأن الزواج نظام قانوني لكان كل طرف -الزوج والزوجة- ينضمُّ إلى هذا النظام بشكل مُنفصل، وهو الأمر الذي لا يصلح مع عقد الزواج. فكلا الزوجين يُبديان إرادتهما بشكل جازم على نحو تعاقدي لكي يتم عقد الزوج، مع مراعاة تحقّق الأركان والشروط الواجب توافرها لصحة هذا العقد².

وصفوة القول، أن نفي الصفة العقدية للزواج أمر يبقى بلا مبرر له، كما أن القول بأنه نظام قانوني محض لا ينفي عنه صفته العقدية الواضحة والجلية، وأصح ما يمكن الخُلوص له: "أن الزواج هو عقد منظم بقانون، وبالتالي تجتمع فيه الصفتان العقدية والتنظيمية في الآن ذاته"³.

وبعد الوقوف على إقرار مبدأ المساواة على مفهوم عقد الزواج، فما مدى تكريس هذا

المبدأ ضمن ركن وشروط صحة هذا العقد؟

¹ محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص.97.

² زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص.261.

³ زبير مصطفى حسين، المرجع نفسه، ص.263.

المبحث الثاني

أثر مبدأ المساواة على ركن عقد الزواج وبعض شروطه

إنَّ العلاقات الأسرية والزوجية تُعدُّ من أسمى العلاقات الاجتماعية والإنسانية على حدِّ السَّواء، وعلى هذا الأساس فقد حَظِيَ عقد الزواج على غرَّار باقي الشُّؤون والقضايا الأسرية بالتَّظيم المحكم من قبل الشَّارع الحكيم، جسَّده جملة الأحكام القرآنية والقواعد والممارسات السنيَّة التي ارتبطت بشؤون الزواج والأسرة بدايةً من نشأتها، مروراً بضرورة استمراريتها وديمومتها، ووصولاً إلى تحقيق الأهداف المرجوة منها، لاسيما تلك الأهداف المرتبطة بالنسل والتكاثر، بما يضمن استمرار خلق الله على أرضه¹.

وعلى اعتبار أن عقد الزواج من العقود الرضائية التي يستوجب فيها رضا طرفيه -الرجل والمرأة- إلا أنه (عقد الزواج) ليس كسائر العقود الأخرى، فهو النَّصف الذي يكتمل به الدين بل هو الميثاق الغليظ، لهذا أعطيت المرأة الحرية كاملة في التعبير عن رضاها رضاءً كاملاً خالياً من أي عيب من العيوب التي قد تشوبه، غير أن مسألة حرية المرأة في إبرام عقد الزواج وإن كانت تستند إلى مبررات شرعية وأخرى منطقية ثابتة، بل وصل أمر إقرارها (الحرية) إلى درجة الوجوب، فإن ذلك لا يعني عدم تنظيم وتأطير هذه الحرية بأية ضوابط أو أية قيود.

إنَّ إعمال وإخضاع مبدأ سلطان الإرادة للمسائل الأسرية وشؤونها بغية تحقيق نظام أسري يقوم على حرية الاختيار، لم يبق محصوراً في حرية المرأة في إبرامها عقد الزواج من خلال ضمان حرية اختيارها لشريك حياتها، بل تعاده لضمان حرية المرأة في بعض الشروط الشكلية والموضوعية التي يقوم على أساسها هذا العقد المقدس، لذلك وحتى نعاين أثر تطبيقات مبدأ المساواة على

¹ برياح زكرياء، المرجع السابق، ص.62.

ركنية الرضا في عقد الزواج، فإننا سنحاول في مرحلة أولى تبيان أثر هذا المبدأ (المساواة) على ركنية الرضا وذلك في (المطلب الأول)، على أن نعمل في المرحلة الثانية على إيضاح أثر ذات المبدأ (مبدأ المساواة) على بعض الشروط الشكلية والموضوعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أثر مبدأ المساواة على ركنية الرضا في عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج عقداً مدنياً ذا طبيعة شرعية خاصة، يهدف لإنشاء أسرة قابلة للتطور بعد إنجاب الأولاد، ونظراً لأهمية هذا العقد وللآثار التي تترتب عليه سواءً بين أطرافه¹، أو تبعاته على المجتمع، فإن التشريعات الأسرية الوضعية قد أولته عناية كبيرة نابعة من العناية التي توليها الشريعة الإسلامية لهذا العقد، وقد ركز كلا المشرعين الجزائري والمغربي على تعزيز مبدأ المساواة من خلال الإرتقاء بالرضائية في عقد الزواج من خلال التعديلات الأخيرة التي عرفتها التشريعات الأسرية.

وعلى هذا الأساس نتطرق لتعريف ركن الرضا في عقد الزواج وطرق التعبير عنه، وأثر مبدأ المساواة عليه (الفرع الأول)، كما نعالج في الشق الثاني دور مبدأ المساواة في ترقية مكانة المرأة وتعزيز حرمتها في اختيار الزوج والرضا بعقد الزواج على ضوء الاتفاقيات والمواثيق الدولية الرامية لتكريس هذا المبدأ في شتى مناحي الحياة الأسرية بداية من نشأتها (الفرع الثاني).

¹ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.227.

الفرع الأول

تعريف الرضا وطرق التعبير عنه في عقد الزواج

يُعدُّ ركن الرِّضا أهم ركن تقوم عليه سائر العقود، ومن ضمنها عقد الزواج باعتباره عقداً مدنياً ذا طبيعة خاصة، وعليه نتعرض لتعريف هذا الركن ضمن عقد الزواج والخصوصية التي يتميز بها (أولاً)، كما نتطرق لطرق التعبير عن الرضا في عقد الزواج بما يتناسب وخصوصية هذا العقد (ثانياً).

أولاً: تعريف الرضا في عقد الزواج.

يَعْرِفُ الرِّضَا لُغَةً بِأَنَّهُ: ضِدُّ السَّخَطِ. وَفِي حَدِيثِ الدُّعَاءِ: اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِرِضَاكَ مِنْ سَخَطِكَ وَمِعَافَاتِكَ مِنْ عَقُوبَتِكَ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْكَ لَا أَحْصِي ثَنَاءً عَلَيْكَ أَنْتَ كَمَا أَثْنَيْتَ عَلَيَّ نَفْسِكَ¹.

أمّا اصطلاحاً فقد وردت عدة تعريفات له، وتتفق جميعها في كون الرضا -الإرادة- هو الركيزة الأساسية في تكوين أي عقد، ومنه يُعرّف على أنه: "ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر قانوني معين. فبمجرد توافق إرادتين أو أكثر على وجه يظهر أثره على المعقود عليه، ينعقد العقد من الناحية القانونية ما لم يقرّر القانون أو الاتفاق شروطاً أخرى لانعقاده كالشكل أو القبض"²، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 59 ق.م.ج بقوله: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"³.

¹ محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، المرجع السابق، ج.14، ص.323.

² انظر، بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا "المصادر الإرادية: العقد والإرادة المنفردة"، ج.01، دار هومة، الجزائر، 2015، ص.157.

³ راجع أحكام المادة 59 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

ومن هذا المنطلق فلا يستطيع أي عقد أن يُكتب له البقاء إلا بتوافر عنصر الرضا الذي يُعدُّ الركن الأساسي في جميع العقود، حيث إنّ أحد أطراف العقد يعبر عن إرادته -الإيجاب-¹ في التعاقد مع الطرف الثاني على عمل من الأعمال الشرعية والقانونية، ومتى صدر التعبير من الطرف الثاني -قبول-² مطابقاً للتعبير الصادر من الطرف الأول فإن ركن الرضا يكون قد تحقق³.

وأما عن الرضا في عقد الزواج، فيعتبر الركن⁴ الحقيقي لهذا العقد، ذلك أنه توافقي لإرادة كل واحد من الزوجين في الارتباط. ولما كان الرضا وتوافق الإرادة من الأمور النفسية التي لا يطلع عليها، كان لابد من التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده. ويتمثل التعبير فيما يجري من تبادل للعبارات بين المتعاقدين -الزوجين- فما صدر أولاً من أحد المتعاقدين للتعبير عن إرادته في إنشاء الصلة الزوجية يسمى إيجاباً، ويقال: أنه أوجب. وما صدر ثانياً من المتعاقد الآخر من العبارات الدالة على الرضا والموافقة فيسمى قبولاً⁵. فالرضا إذن هو توافق إرادتين على

¹ يعرف الإيجاب على أنه: "التعبير الصادر عن إرادة شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه، ويسمى الشخص الذي صدر عنه الإيجاب موجباً، وغالباً ما يكون هو الخاطب"؛ مقتبس عن: محمد الكشيبور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.230؛ زير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص.46.

² يعرف القبول على أنه: "هو التعبير الصادر عن إرادة من وجه إليه الإيجاب والذي يصدره مطابقاً لذلك الإيجاب تتم عملية العقد، ويسمى الشخص الذي صدر عنه القبول قابلاً، وغالباً ما يتمثل في المخطوبة"؛ مقتبس عن: محمد الكشيبور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.230؛ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009، ص.330.

³ انظر، عيسى حداد، عقد الزواج "دراسة مقارنة"، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006، ص.28.

⁴ يعرف الركن على أنه: "الركن هو ما يتوقف عليه وجود الحكم، ويكون جزءاً في ماهيته"؛ مقتبس عن: محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي "المدخل، المصادر، الحكم الشرعي"، ج.01، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط.02، 1427هـ/2006م، ص.404.

ويعرف الركن أيضاً على أنه: "هو الداخل في حقيقة الشيء المحقق لماهيته، وقيل: هو ما يتم به الشيء، وهو داخل فيه"؛ مقتبس عن: عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن "تحرير لمسائله ودراساتها دراسة نظرية تطبيقية"، ج.05، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط.01، 1420هـ/1999م، ص.1963.

⁵ سيد سابق، المرجع السابق، ص.34.

إحداث أثر قانوني، وهو عقد الزواج في هذه الحال، وينعقد بتوافق وتطابق إرادة الخطين على إبرام هذا العقد وتنفيذه فيما بينهما وفقاً لما يقتضيه الشرع والقانون¹.

ومما تجدر الإشارة إليه؛ أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا بشأن تحديد أركان عقد الزواج، فيرى جمهور الفقهاء² أن أركان عقد الزواج ليست الصيغة وحدها، فذهب المالكية إلى القول بأن أركان عقد الزواج هي الولي والصدّاق والمحل والصيغة، ولم يعدوا الشهود من الأركان لأن ماهية العقد لا تتوقف عليهم، لكنهم ركزوا جميعاً على الصيغة فلا يُتصور العقد بدونها. ويرى بعض المالكية أن كل واحد من الزوجين -العاقدين- ركن مستقل بذاته³. في حين يذهب غالبية الشافعية إلى اعتبار الشاهدين ركناً في عقد الزواج إضافة إلى الأركان التي ذكرها فقهاء المالكية. وبالتالي فالأركان حسبهم هي الصيغة والزوج والزوجة والشاهدان والولي، وأما الصدّاق فقد جلعوه حكماً من أحكام الزواج⁴. وأما بعض الحنابلة، فقد عدّوا أركان عقد الزواج ثلاثة وهي: الزوجان الخاليان من الموانع كالعدة، والإيجاب والقبول⁵.

وبالمقابل، يرى فقهاء الأحناف بأن ركن النكاح هو الإيجاب والقبول فقط⁶، وهو رأي بعض الحنابلة الآخرين⁷.

¹ عيسى حداد، المرجع السابق، ص.28.

² وهم المالكية والشافعية وبعض الحنابلة.

³ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.324.

⁴ محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص.324-325.

⁵ انظر، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار المؤيد، الرياض، السعودية؛ مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.01، 1417هـ/1996م، ص.511.

⁶ انظر، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.02، مطبعة شركة المطبوعات العلمية، مصر، 1327هـ، ص.229.

⁷ انظر، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات "دقائق أولي النهى لشرح المنتهى"، ج.02، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط.01، 1414هـ/1993م، ص.631-632.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري، فقد حدّد المشرع ركن عقد الزواج بموجب المادة 09 ق.أس.ج بقوله: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"¹، وذلك خلافا لما كان ينص عليه في ذات المادة قبل تعديلها سنة 2005، حيث كانت تنص المادة 09 من الأمر 84-11 على أنه: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين، وصدّاق"²، وهو ما يعني أن المشرع قد عدّل عن الأخذ برأي فقهاء المالكية كما كان الأمر عليه في ظل الأمر 84-11 المتضمن قانون الأسرة، وجنح بعد تعديله الأخير لهذا القانون إلى تبني رأي المذهب الحنفي وبعض الحنابلة في تركيزهم على ركنية الصيغة -الرضا أو الأيجاب والقبول- في عقد الزواج، واعتبارهم هذا الركن الوحيد والركيزة الأساسية التي يقوم عليها هذا العقد بالغ الأهمية على صعيد الفرد والمجتمع³.

ولعلّ مما يؤكّد هذا القول، أن المشرع الجزائري قد رتبّ جزاء البطلان على كل عقد زواج يختلّ أو يتخلّف فيه ركن الرضا، وهو ما نصّ عليه صراحةً بعد تعديل المادة 33 ق.أس.ج بقوله: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا... الخ"⁴، والملاحظ لنص المادة يجدها متوافقةً مع رأي جمهور الفقهاء الذين ذهبوا للقول بأنه إذا تخلّف ركن الرضا فإن عقد الزواج يلحقه البطلان المطلق ويكون بذلك زواجاً منعدماً لما أصابه من خلل، فلا يُتصور وجود زواج من دون رضا سليم واختيار ملؤه الحزم والحرية المطلقة لكلا طرفيه⁵، ولعل هذا الجزاء لا يدع شكاً للقول بالتوجه الصريح للمشرع والقضاء الجزائريين نحو تعزيز ركنية الرضا في إبرام عقد الزواج⁶.

¹ راجع أحكام المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

² راجع أحكام المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 قبل تعديلها سنة 2005.

³ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.327-328.

⁴ راجع أحكام المادة 09 فقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

⁵ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.53؛ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.337.

⁶ جاء في القرار المبدئي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2008/03/12 ما يلي: "لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج، إجبار الزوجة على إتمام مراسم الزواج بها."

وعلى صعيد مدونة الأسرة المغربية؛ فقد أكد المشرع المغربي هو الآخر على ركنية الرضا في عقد الزواج، وهو ما يؤكد نص المادة 10 م.أس.م بقوله: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغةً أو عرفاً... الخ"¹.

ثانياً: طرق التعبير عن الرضا في عقد الزواج.

تعتبر الإرادة مسألة كامنة في نفس المتعاقد، ويستوجب كشفها التعبير عنها لإحداث آثارها، وقد اتفق كلا المشرعين الجزائري والمغربي على كون الصيغة اللفظية هي الأصل في التعبير عن هذه الإرادة، في حين تبقى الكتابة أو الإشارة طريقاً إستثنائياً للتعبير عن هذه الإرادة وترتيب آثارها².

أ- التعبير عن الرضا في عقد الزواج لفظاً:

يعتبر اللفظ الأصل في التعبير عن الإرادة الباطنة، ويعتبر هو الأكثر شيوعاً في التعبير عن في جميع العقود، بما في ذلك عقد الزواج. حيث يعدُّ الأسلوب الأوضح لإبداء الرغبة في الزواج والتعبير عن موقف كلا الطرفين المقبلين على الزواج، بما لا يدع أي مجال للشك. وهو الأمر الذي يتوافق مع القواعد المقررة في الفقه الإسلامي، حيث أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني وليس

وجاء في حيثيات القرار أن عقد الزواج بصفة عامة مبني أساساً على الرضا وهو ركن من أركانه المنصوص عليها في المادة 09 من قانون الأسرة، إضافةً إلى ذلك فالمادة 04 من نفس القانون تعرف الزواج على أنه عقد رضائي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون.

وبناء على المادتين المشار إليهما أعلاه لا يمكن لفضاء الموضوع إجبار زوجة ما على الدخول بها رغم معارضتها له أو عدم رضاها به... الخ؛ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 2008/03/12، ملف رقم 415123، م.ق، العدد 01، 2008، ص.275.

¹ راجع أحكام المادة 10 فقرة 01 من مدونة الأسرة المغربية المخينة.

² خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، ص.98.

للألفاظ والمباني، ولهذا السبب لم يشترط الفقهاء لفظاً معيَّناً، فكل ما يعبر عن إرادة المتعاقدين ويكشفها بكل وضوح في سبيل إنشاء العقد ينعقد به هذا الأخير¹.

وأما بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري، فقد نصت المادة 10 ق.أس.ج في فقرتها الأولى على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً... الخ"²، في حين أن المشرع المغربي قد نص هو الآخر بموجب المادة 10 م.أس.م على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً... الخ"³، وهو ما يستشف منه أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي لم يشترطاً صيغة معينة لانعقاد الزواج⁴، وبالتالي يجوز للطرفين التعبير عن إرادتهما بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً بحسب المشرع الجزائري، ولغة أو عرفاً حسب المشرع المغربي⁵.

1 خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، ص.98؛ عيسى حداد، المرجع السابق، ص.37.

2 راجع أحكام المادة 10 فقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

3 راجع أحكام المادة 10 فقرة 01 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

4 اتفق الفقهاء جميعاً على أن الزواج ينعقد بلفظ النكاح والزواج، واختلفوا فيما عدا ذلك؛ فالشافعي منع الزواج بغير هذين اللفظين، فلا ينعقد النكاح بألفاظ لم تشتق من هاتين الكلمتين، وحجته في ذلك أنهما -النكاح والزواج- اللفظان اللذان يدلان على معنى هذا العقد الخطير، وكل معنى شرعي لفظ يدل عليه، وهذا اللفظان هما اللذان قد ورد عن الشارع أنه استعملهما في الدلالة على ذلك العقد، ولأن هذا العقد تلزم فيه الشهادة، والشهادة لا بد أن تكون بلفظ وضع للزواج لا مجاز فيه. في حين أن الحنفية قد وسعوا في دلالة الألفاظ على هذا العقد، حتى لقد أجازوا عقده بلفظ البيع إن قامت القرينة على إرادة الزواج به، وبين الفريقين كان الحنابلة والمالكية والإمامية.

وعلى وجه العموم، فقد أجاز العقد أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحمد بكل الألفاظ الدالة على تملك الأعيان في الحال بغير عوض كلفظ الهبة، ويستدلون بورود هذا اللفظ في القرآن في موضع الزواج في قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُمَوتَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾^٥، وإن ذلك مجاز مشهور واضح لا تحفى فيه القرينة، ووافق الشيعة الحنفية وغيرهم في صحة العقد بهذا النوع من الألفاظ.

كما أن الألفاظ الدالة على تملك الأعيان في الحال بعوض، إذا قصد بها معنى الزواج، وقامت القرينة الدالة على المجاز، وقد اختلف في ذلك فقهاء المذهب الحنفي، ومنع غيرهم، وحجة المجيزين في ذلك المذهب أن اللفظ إذا اقترن بما يدل على إرادة الزواج، وهو يفيد ملك العين الذي يقتضي حل المتعة كان مستعملاً في حقيقة معنى الزواج فيجوز، في حين أن حجة المانعين تنصب حول أن حقيقة البيع وما يشبهه تختلف حقيقة الزواج، فلا يستعمل لفظه فيه؛ مقتبس عن: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد...، المرجع السابق، ص.78-79.

5 خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، ص.98.

وأما بخصوص اللغة التي ينعقد بها عقد الزواج، قد تحاشى المشرع الجزائري الخوض في هذه المسألة، وهو ما يوحي بأن المشرع قد تبنى رأي جمهور الفقهاء¹ الذين اتفقوا على جواز الزواج بغير اللغة العربية إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم اللغة العربية، واختلفوا فيما إذا كانا يفهمان العربية ويستطيعان العقد بها²؛ فقال ابن قدامة في المغني: "ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها، وهذا أحد قولي الشافعي"³. وأما عند أبي حنيفة فينعقد الزواج، لأنه أتى بلفظه الخاص فانعقد به، كما ينعقد بلفظ العربية. في حين قال ابن تيمية: أنه (أي النكاح) وإن كان قرية، فانما هو كالعقود والصدقة، فلا يتعين له لفظ عربي ولا عجمي. ويضيف أن الأعجمي إذا تعلم العربية في الحال ربما لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ، كما يفهم من اللغة التي اعتادها⁴.

وأما من جانب المشرع المغربي، فقد أخذ هو الآخر برأي جمهور الفقهاء، واستقر العمل على إبرام عقد الزواج ممن لا يعرف اللغة العربية بأي لغة يعرفها المتعاقدان، ومتى تعذر على العدلين أو القاضي فهم تلك اللغة التجأوا للاستعانة بمترجم⁵، وفي هذا الشأن نصت المادة 30 من قانون خطة العدالة⁶ على أنه: "يستعين العدل بترجمان مقبول لدى المحاكم عند وجود صعوبة في التلقي مباشرة من المشهود عليهم.

يستعان في حالة انعدام الترجمان بكل شخص يراه العدل أهلاً للقيام بهذه المهمة بعد قبول المشهود له.

¹ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.333؛ خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، ص.100.

² سيد سابق، المرجع السابق، ص.37؛ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد...، المرجع السابق، ص.79.

³ انظر، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بـ "ابن قدامة"، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، المغني، ج.09، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط.03، 1417هـ/1997م، ص.461.

⁴ سيد سابق، المرجع السابق، ص.37-38.

⁵ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.236؛ خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، ص.100.

⁶ الظهير الشريف رقم 1.06.56 الصادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، ج.ر.م عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (02 مارس 2006)، ص.566.

يشترط في الترجمان أو الشخص المستعان به ألا تكون له مصلحة في الشهادة. تكتب الشهادة وجوباً باللغة العربية، وينص فيها على اللغة الأجنبية أو اللهجة التي تم بها التلقي إذا تعلق الأمر بغير لغة الكتابة.¹، ويتوجب على العدلين المنتصين للإشهاد إعادة صياغة الإيجاب والقبول، الذي تلقياه بأي لغة أخرى أو لهجة بلغة عربية سليمة، عند تحريرهما لعقد الزواج وفقاً للأحكام التي حددتها المادة 67 م.أس.م، وهو الأمر السائد في بعض المناطق المغربية التي شاعت فيها اللهجة البربرية مثلاً، بحيث يتم مناقشة تفاصيل العقد بها غالباً، ثم يوثق بعد الإشهاد عليه من طرف العدلين باللغة العربية.²

وفي حال، تعذر على أحد المتعاقدين التعبير عن إرادته في الزواج لفظاً كالأخرس أو الأبكم... الخ، فقد أتاحت الشريعة الإسلامية ومن بعدها التشريعات الأسرية الوضعية، على غرار قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، التعبير عن الإرادة الباطنة بالكتابة والإشارة.

ب- التعبير عن الرضا في عقد الزواج بالكتابة أو الإشارة:

إن النطق -الألفاظ- ليس الطريق الوحيد لإظهار الإرادة العقدية الباطنة، فرغم أنه الأصل إلا أنه بالمقابل يمكن أن تقوم مقامه وسائل أخرى من شأنها التعبير عن الإرادة العقدية بشكل كاف ومفيد. ومراعاةً لحالة بعض الأشخاص وضعت الشريعة الإسلامية وبعد التشريعات الأسرية الوضعية استثناءً للعاجز عن الكلام، بما يمكنه من التعبير عن إرادته الجازمة بكل وضوح لأجل

¹ راجع أحكام المادة 30 من القانون المتعلق بخطة العدالة المغربي.

² محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.236.

إبرام عقد زواجه، سواءً بالكتابة إن كان يُحسُنُها، وإلا عن طريق الإشارة¹ شريطة أن تكون هذه الأخيرة مفهومةً لدى الطرف الآخر، ومن الشاهدين وكذا الموظف المكلف بتسجيل عقد الزواج².

وعلى صعيد التشريعات الأسرية الوضعية، فقد عالج المشرع الجزائري مسألة انعقاد الزواج بغير اللفظ بموجب المادة 10 فق 02 ق.أس.ج بقوله: "ويصحُّ الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لفة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"³، ويعاب على المشرع بهذا الخصوص عدم قيامه بمناسبة التعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005، بتدارك جملة النقائص والثغرات التي وقع فيها سنة 1984؛ فنجد من جهة أولى أن هذه الفقرة غير متناسقة مع الفقرة الأولى من ذات المادة، حيث استخدام المشرع في الفقرة الأولى عبارة "بكل لفظ يفيد معنى النكاح لفةً شرعاً"، في حين استعمل في الفقرة الثانية من ذات المادة عبارة "بكل لفظ يفيد معنى النكاح لفةً أو عرفاً"، وهو ما يبين الخلط وعدم التناسق الذي وقع فيه المشرع في استخدام عبارة واحدة تسري على الأشخاص القادرين على الكلام وكذا العاجزين عنه. ومن جهة ثانية فإن المشرع اعتبر الكتابة والإشارة كوسيلتين احتياطيتين للتعبير عن الإرادة بالكلام، ولكن على سبيل المثال باستخدامه عبارة "كالكتابة والإشارة" وهو ما يثير التساؤل حول الوسائل الأخرى التي يمكن للعاجز عن الكلام اللجوء إليها عدا الكتابة والإشارة، وهذا ناهيك عن عدم اعتماد المشرع في

¹ في هذا الشأن اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه إن كان أحد العاقدين لا يستطيع الكلام، فجاز عقد زواجه بالإشارة المفهومة لمعنى الزواج إذا كان لا يُحسُنُ الكتابة، لأن الإشارة أفضى طرق التعبير بياناً عنده. وإذا يحسن الكتابة ففي المذهب الحنفي روايتان إحداهما، وهي رواية الأصل: أنه لا يصح عقده بالإشارة، لأن الكتابة أبين دلالةً، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى، فلا يقبل منه العقد بالإشارة؛ وقد اختار هذه الرواية جمع من المحققين وهي معقولة في ذاتها.

وعلى رواية الجامع الصغير يصح عقده بالإشارة، لأن الأصل في العقد أن يكون بالخطاب، فإذا عجز عنه استعين بغيره من أنواع الدلالات، فكانت الكتابة والإشارة سواء؛ مقتبس عن: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد...، المرجع السابق، ص.80؛ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.43.

² خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، ص.102.

³ راجع أحكام المادة 10 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

صياغته للفقرة الثانية على الترتيب بين الكتابة والإشارة، وهو ما يترك الاختيار للعاقدين خلافاً لما يرى به فقهاء الفقه الإسلامي -المذهب الحنفي-¹.

وفي مقابل المشرع الجزائري، فقد تطرق المشرع المغربي هو الآخر للوسائل المتاحة أمام العاجز عن الكلام للتعبير عن إرادته في معرض إبرامه لقد الزواج، حيث جاء في المادة 10 م.أس.م ما يلي: "...يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين"²، وجاء التأكيد على ذلك في المادة 11 م.أس.م بقوله: "يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا: 1- شفويين عند الاستطاعة، وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة؛... الخ"³، وتعليقاً على ما ورد ضمن المادتين سالفتي الذكر يتضح أنه لا يقبل التعبير عن الإيجاب أو القبول بالإشارة من شخص قادر على النطق شفويّاً أو بالكتابة، إلا في حالة الاضطرار الشّدِيد⁴.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي لم يتطرقاً إلى السكوت كأحد الطرق المستخدمة للتعبير عن القبول بالنسبة للمرأة. ذلك أن القاعدة العامة في التعبير عن الإيجاب والقبول كعنصرين أساسيين يقوم عليهما ركن الرضا، عادة ما يتمان عن طريق الألفاظ -الكلام- أو الكتابة أو الإشارة المفهومة، إلا أن الفقه الإسلامي اعتبر استثناء سكوت البكر بمثابة قبول ضمني⁵، وفي هذا يرد قول المصطفى صلى الله عليه وسلم: "الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ

1 خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، ص.102؛ محمد أبو زهرة، الأحوال...، المرجع السابق، ص.43.

2 راجع أحكام المادة 10 فقرة 02 من مدونة الأسرة المغربية المحيطة.

3 راجع أحكام المادة 11 فقرة 01 من مدونة الأسرة المغربية المحيطة.

4 مما يشار إليه أن القضاء الفرنسي قد أخذ بهذه القاعدة، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية ما يلي:

"Si lors de la célébration du mariage, l'un des époux ne peut parler, il appartient au juge de relever et d'interpréter les signes (attitude, larmes, regard) par lesquels cet époux a entendu affirmer sa volonté..."، Civ.1^{ère}, 22 Janvier 1968: J.C.P, 1968, II, 15442, note R.L.

مقتبس عن: محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.234.

5 محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.236.

وَلِيَّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْهَا صُمَاهُ"¹، ويبرر هذا السكوت لدى المرأة خجلها أو احترام الولي، كما قد تفرضه العادات والتقاليد المتأصلة في بعض المناطق؛ وعليه فخلافاً للقاعدة الأصولية التي تقضي بأنه: "لا ينسب إلى ساكت قول"، فيجب على الفتاة أن تعبر صراحةً عن إرادتها في حالة رفضها للزواج².

وفي الوقت الراهن، فمن الناحية العملية والقانونية فإن هذه الحالة لا قد تثار إطلاقاً، خصوصاً وأن إبرام عقد الزواج يتم أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق؛ أو أمام العدلين حسب الحالة، وبالتالي فإنه يتعين على هؤلاء جميعاً باعتبارهم موظفين رسميين التأكد من الرضا الصحيح والسليم للمرأة المقبلية على الزواج سواءً كانت راشدةً أو غير ذلك، كما أن توقيع المرأة على عقد الزواج باعتبارها طرفاً أساسياً فيه، ومنه يعتبر هذا التوقيع يقوم مقام التعبير الصريح عن الإرادة في التعاقد³.

وباعتبار الرضا الركن الجوهرى الذي يقوم عليه عقد الزواج، فما مدى الحرية المتاحة للمرأة في اختيار شريكها - الزوج؟ وما تأثير مبدأ المساواة على رضائية المرأة في اختيار شريكها لإقامة أسرة؟

¹ أخرجه أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي، تحقيق: محمد علي سونمز وخالص آي دمير، صحيح ابن حبان "المسند الصحيح على التقاسيم والأنواع من غير وجود قطع في سندها ولا ثبوت جرح في ناقلها"، رقم الحديث: 3980، ج.05، دار ابن حزم، بيروت، ط.01، 1433هـ/2012م، ص.62.

² محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.237.

³ خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، ص.103؛ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.237.

الفرع الثاني

حرية الزوجة في الرضا بعقد الزواج

لقد أولت المعاهدات والاتفاقيات الدولية الداعية لتكريس مبدأ المساواة بين كلا الزوجين، أهمية بالغة لمسألة رضا المرأة بالزواج وحقها في اختيار زوجها بكل حرية، وبلغ الأمر لحدّ خلق اتفاقية دولية خاصة تهتم بالرضا في عقد الزواج¹ ألا وهي وهي اتفاقية الرضا بالزواج، والحدّ الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج.

وفي هذا السياق، فقد عرفت التشريعات الوضعية الأسرية تعديلات جوهرية تتعلق بتعزيز حرية المرأة في إبرام عقد الزواج من خلال توسيع دورها في اختيار الشريك بكامل إرادتها وحريتها²، وهو ما كرسته الأحكام المتعلقة برضا الزوجة بعقد الزواج، وجاء ذلك استجابةً للمبادئ التي كرّستها المعاهدات والاتفاقيات الدولية سالفه الذكر، كما أن هذه التعديلات جاءت مطابقةً للآراء المتفق عليها بين فقهاء المذاهب الأربعة حول ركنية الإيجاب والقبول في عقد الزواج كما سبق وأن أشرنا.

وعلى هذا الأساس فقد قام المشرع الجزائري سنة 2005 بتعديل قانون الأسرة، ومن ضمن أهم التعديلات التي قام بها المشرع ما لحق المادة 04 ق.أس.ج التي أضحت تُعرّف عقد الزواج على أنه: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودّة والرّحمة والتّعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"³، كما نصت المادة

¹ انظر، عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص.26.

² "la réforme de 2005 a entendu rajouter le qualificatif consentuel au contrat de mariage pour insister sur la nécessité de la comparution en personne des deux époux lors de la célébration de l'union"; SALAH-BEY Mohammed chérif, le statut juridique de la femme algérienne, algerie, 2014, p.22-23.

³ راجع أحكام المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

09 ق.أس.ج على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"¹، وفي هذا الصدد تضمن التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع المقدمين من طرف الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18 مايو 2009، بمناسبة الردّ على التوصيتين 25 و 26 ما يلي: "أصبح عقد الزواج يعتبر في قانون الأسرة عقداً توافقياً يتطلب موافقة زوجي المستقبل... الخ"².

كما قام المشرع المغربي هو الآخر عقب استحداث مدونة الأسرة، على التأكيد على رضائية عقد الزواج، فنصت المادة 04 م.أس.م على أن: "الزواج ميثاق تراض وتربط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة"³، وقد علّقت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بمناسبة التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع المقدم من طرف دولة المغرب بتاريخ 18 سبتمبر 2006 على جملة الإصلاحات التشريعية التي باشرها المغرب بهذا الخصوص وفقاً لما يأتي: "ويكسر قانون الأسرة المساواة بين الرجل والمرأة في عقد الزواج واختيار الشريك بحرية. ويعرّف هذا القانون الزواج بأنه اتفاق يقوم على القبول المتبادل، ورباط شرعي دائم بين رجل وامرأة من أجل تكوين أسرة مستقرة يدير الزوجان شؤونها. وقد أنهى هذا الحكم السلطة الزوجية التي كانت مكرسة في المادة 01 من القانون السابق للأحوال الشخصية.

في هذا السياق كانت تنص المادة 04 من قانون الأسرة لسنة 1984 قبل التعديل على أن: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

¹ راجع أحكام المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

² التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18 أيار/ مايو 2009، ص. 17 (راجع الملحق رقم 01، ص. 329 وما يليها).

³ راجع أحكام المادة 04 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

في هذا السياق كان ينص الفصل 01 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بموجب المادة 397 من مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 على أن: "الزواج ميثاق تربط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء والبقاء غايته الإحصان والعفاف مع تكثير سواد الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج، على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها في طمأنينة وسلام وود واحترام".

إن مبادئ الحرية والمساواة في عقد الزواج تركزها القواعد الناظمة للقبول والإيجاب، التي تعد شروطاً أساسية لصحة الزواج، ويمكن أن يؤدي نقصها إلى بطلان الزواج¹.

وتعليقاً على هذه التعديلات المؤكدة على رضائية عقد الزواج، فإنه يمكن القول بأنها جاءت متوافقةً ومتطابقةً مع ما دعت إليه جملة المعاهدات والاتفاقيات الدولية الناشئة في مجال إقرار وتكريس المساواة بين الجنسين، وذلك على غرار ما أشارت إليه المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في فقرتها الأولى بنصها على الآتي: "1. للرجل والمرأة، متى أدركا سنَّ البلوغ، حقُّ التزوُّج وتأسيس أسرة، دون أيِّ قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما متساويان في الحقوق لدى التزوُّج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله.

2. لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه"، كما أن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية² قد أكدَّ هو الآخر على ضرورة مراعاة رضا طرفي العقد³، وبهذا الخصوص جاء في مادته 10 ما يلي: "يجب أن يعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً لا إكراه فيه... الخ".

¹ التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للمغرب، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 2006/09/18، ص.73 (راجع الملحق رقم 02، ص.337 وما يليها).

² العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966، على أن يكون تاريخ نفاذه بداية من 03 كانون الثاني/يناير 1976؛ وقد صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 89-67 المؤرخ في 11 شوال عام 1409 الموافق لـ 16 مايو سنة 1989 يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1966، ج.ر.ج عدد 20 المؤرخة في 17 ماي سنة 1989، ص.531.

وبالمقابل، فقد قام المغرب بإيداع أدوات التصديق في 03 ماي 1979، وصادق عليه بموجب الظهير رقم 4-78-1 الصادر في 27 مارس 1979، ودخل حيز النفاذ في 03 غشت 1979، في حين تم نشره بموجب الظهير الشريف رقم 1.79.186 بتاريخ 17 ذي الحجة 1399 (8 نونبر 1979) بنشر الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية المرزمين بنيويورك يوم 3 رمضان 1386 (16 دجنبر 1966)، ج.ر.م عدد 3525 المؤرخة في 06 رجب 1400 (21 مايو 1980).

³ عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص.27.

كما حرصت في ذات السياق اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، على التأكيد على أهمية ركن الرضا في انعقاد الزواج، وبهذا الخصوص جاء في مادتها 01 ما يلي: "1. لا ينعقد الزواج قانوناً إلاّ برضا الطرفين رضاً كاملاً لا إكراه فيه، وبإعراجهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود وفقاً لأحكام القانون"، وفي هذا السياق تجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية رغم تأكيدها على الرضائية في عقد الزواج إلا أنها أجازت إبرام عقد الزواج بالوكالة، وجاء في مادتها 01 بهذا الخصوص ما يأتي: "2. استثناء من أحكام الفقرة 1 أعلاه، لا يكون حضور أحد الطرفين ضرورياً إذا اقتضت السلطة المختصة باستثنائية الظروف وبأن هذا الطرف قد أعرب عن رضاه أمام سلطة مختصة وبالصيغة التي يفرضها القانون، ولم يسحب ذلك الرضا"، إلا أنه تجدر الإشارة بهذا الخصوص أن المشرع الجزائري قد تحلّى عن إبرام عقد الزواج بالوكالة بالنسبة لكلا الزوجين بعدما كانت وسيلة معمولاً بها وكان بإمكان كلا الزوجين استعمالها قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، وهو ما يفسره إلغاء أحكام المادة 20 ق.أس.ج¹ بعد التعديل الأخير²، وهذا ما يُعدُّ بمثابة إلغاء صريح لأحكام الوكالة ممّا يتعذر معه الرجوع إلى أحكام الوكالة في الشريعة الإسلامية عن طريق الإحالة بموجب المادة 222 ق.أس.ج³، ولعل ما يبرر هذا الإلغاء بأنه يندرج ضمن مساعي المشرع الجزائري لوضع حدّ لمختلف المشاكل التي أفرزها الزواج بطريق الوكالة، حيث كانت وسيلة لإكراه المرأة على الزواج، ولكون الوكالة رخصة استثنائية لا يجب التوسّع فيها، باعتبار أنها لا تتماشى ولا تنسجم مع طبيعة عقد الزواج القائمة أساساً على الاعتبار الشخصي وعلى مبدأ الرضا وحرية الاختيار⁴.

¹ تنص المادة 20 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 قبل إلغائها سنة 2005 على أنه: "يصح أن يبوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة".

² بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.46.

³ راجع أحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، ص.105.

وبهذا يمكن القول بأن إلغاء المشرع الجزائري لأحكام الوكالة في قانون الأسرة يندرج ضمن السياسة التشريعية المتوحي منها تكريس وتعزيز مبدأ الرضائية ضمن عقد الزواج بالنسبة لكلا الزوجين -الجنسين- من خلال إقصاء أي وسيط في هذه الرابطة، وهو ما يترتب عليه إجبارية حضور كلا الزوجين أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، ليُعرب كلا الطرفين عن موافقته ورضاه بكل حرية أمام الموظف المؤهل قانوناً لإبرام عقد الزواج، ولتأكد هذا الأخير من سلامة إرادة كلا الطرفين من أي عيب قد يعتريها¹، وفي هذا الصدد علّقت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بمناسبة عرض الجزائر للتقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع المقدم بتاريخ بتاريخ 18 مايو 2009، بمناسبة الردّ على التوصيتين 25 و 26 ما يلي: "...وقد ترتب على ذلك الإلغاء التام لممارسة الزواج بالإناابة. وبالفعل فإن المادة 09 تنص على أن "عقد الزواج يُبرم بموافقة الزوجين معاً" وتعتبر الموافقة بحكم القانون عنصراً مؤسساً للزواج. وفي صورة عدم الحصول على موافقة أحد الطرفين معاً يكون الزواج عرضةً للإلغاء وبإمكان أي شخص معني، بمن في ذلك الطرفين، أي يطلب إبطاله عن طريق العدالة"².

وبالمقابل، فقد تمسك المشرع المغربي بأحكام الوكالة بعد استحداثه مدونة الأسرة سنة 2004، حيث نصت المادة 17 م.أس.م على أنه: "يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه، بإذن من قاضي الأسرة، المكلف بالزواج وفق الشروط الآتية:

- 1- وجود ظروف خاصة، لا يتأتى معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه؛
- 2- تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية، مصادق على توقيع الموكل فيها؛
- 3- أن يكون الوكيل راشداً متمتعاً بكامل أهليته المدنية، وفي حالة توكيله من الولي يجب أن تتوفر فيه شروط الولاية؛

¹ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.47.

² التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18 أيار/ مايو 2009، ص.17. (راجع الملحق رقم 01، ص.329 وما يليها).

4- أن يعين الموكل في الوكالة اسم الزوج الآخر ومواصفاته، والمعلومات المتعلقة بهويته، وكل المعلومات التي يرى فائدة في ذكرها؛

5- أن تتضمن الوكالة قدر الصداق، وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل. وللموكل أن يحدد الشروط التي يريد إدراجها في العقد والشروط التي يقبلها من الطرف الآخر؛

6- أن يؤشر القاضي المذكور على الوكالة بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة¹، وبهذا يكون المشرع المغربي قد حافظ على المبدأ العام في كل عقد -ومنها عقد الزواج- وهي أن يتولى إبرامه طرفاه أو أطرافه حسب الحالة -أحدهما الموجب والآخر مصدر القبول- وأجاز كذلك حق تمثيل طرفي العقد عن طريق الوكالة²، على أن يتم الإشارة في عقد الزواج وفقاً لما نصت عليه المادة 67 م.أس.م على اسم الوكيل ورقم بطاقته الوطنية وتاريخ ومكان صدور وكالة عقد الزواج³.

لكن بهذا الصدد، يجب الإشارة إلى أن الوكالة في عقد الزواج وفقاً لأحكام المادة 17 م.أس.م هي وكالة خاصة، لا يتم اللجوء إليها إلا في حالة وجود ظرف خاص يمنع الموكل من حضور عملية إبرام عقد الزواج بنفسه، وتبقى مسألة وجود الظرف الخاص من عدمه مسألة تقديرية خاضعة لسلطة قاضي الأسرة المكلف بالزواج⁴.

وغير بعيد عن المعاهدات والاتفاقيات سألغة الذكر، فإن توصية بشأن الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج أكدّت هي الأخرى من خلال مبادئها على تعزيز ركن الرضا في عقد الزواج، حيث جاء في المبدأ الأول منها ما يلي: "لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضا

¹ راجع أحكام المادة 17 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

² محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.231.

³ راجع أحكام المادة 67 فقرة 05 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

⁴ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.233.

كلا الطرفين رضاً كاملاً لا إكراه فيه وبإعراجهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود، وفقاً لأحكام القانون... الخ¹.

كما أن إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة قد أقرّ هو الآخر للمرأة كامل الحرية في اختيار زوجها برضاها التام وبكامل حريتها²، حيث جاء في مادته 06 في حدود الفقرة "أ" من البند 02 منها إلى ما يلي: "تتخذ جميع التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي الزوجين في المركز، ولا سيما ما يلي:

أ. يكون للمرأة، سواء بسواء مع الرجل، حق اختيار الزوج بملء حرّيتها وعدم التزوج إلا بمحض رضاها الحرّ التام؛... الخ"³، وبهذا يمكن الوقوف أمام التكريس الواضح لمبدأ المساواة بين كلا الزوجين بشأن إبرام عقد الزواج واختيار الزوج دون أي إكراه أو ضغط على أي طرف كان سواءً الزوج أو الزوجة⁴.

وقد نادت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هي الأخرى على ضرورة تكريس الدول الأعضاء لمبدأ المساواة والحرية الكاملة لكلا الزوجين في اختيار الزوج ضمن تشريعاتها الأسرية الداخلية، وفي هذا السياق جاء في مادتها 16 ما يلي: "1. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

¹ توصية بشأن الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج اعتمدت بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2018 (د-20) المؤرخ في 01 تشرين الثاني/ نوفمبر 1965؛ مقتبس عن: موقع مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان "مكتب المفوض السامي"، تاريخ الموقع: 2023/05/29، التوقييت: 22:20، [الموقع: https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/RecommendationOnConsentToMarriage.aspx](https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/RecommendationOnConsentToMarriage.aspx)

² عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص. 27.

³ إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 2263 (د-22) المؤرخ في 07 تشرين الثاني/ نوفمبر 1967؛ مقتبس عن: موقع جامعة منيسوتا "مكتبة حقوق الإنسان"، تاريخ الموقع: 2023/05/29، التوقيت: 22:55،

[الموقع: http://hrlibrary.umn.edu/arab/b021.html](http://hrlibrary.umn.edu/arab/b021.html)

⁴ عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص. 28.

أ. نفس الحق في عقد الزواج،

ب. نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل،... الخ"، ويبقى هذا تأكيداً واضحاً بنص الاتفاقية على مبدأ المساواة المطلقة بين كلا الزوجين في اختيار الزوج الآخر بمناسبة إبرام عقد الزواج، وهو ما يترتب عليه وجوب احترام الإرادة الكاملة للمرأة في اختيار زوجها بملء إرادتها وحريتها الكاملة ودون وضع أي قيد أو شرط على هذه الحرية¹.

ومما تجدر الإشارة إليه، فإن الاتفاقيات الدولية لا تضع أي حد أو قيد أمام حدود الحق المتاح لكلا الزوجين في اختيار الشريك الآخر، ويصل الأمر إلى حد تجاهل معتقدات الشخص ومرجعياته الدينية، فهي لا تعترف بأي قيد من أي نوع كان²، وقد جاءت هذه المساعي نتيجة للمعاناة الكبيرة للنساء في الكثير من المجتمعات بسبب زيجات التسوية، وبهذا الصدد أكدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 21 بمناسبة الجلسة 13 عام 1994³ على أن: "حق المرأة في اختيار من ستتزوج معه يجب أن يكون محل حماية ودعم من قبل القانون"⁴.

¹ عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص.28.

² عيساوي عبد النور، المرجع نفسه، ص.29.

³ "Si la plupart des pays se conforment à la Convention dans leur constitution et leur législation nationales, dans le concret en revanche, ils contreviennent à cet instrument par leurs coutumes et traditions et par les carences dans l'application de la loi.

Il est capital pour la vie d'une femme et pour sa dignité d'être humain à l'égal des autres que cette femme puisse choisir son époux et se marier de sa propre volonté. Il ressort des rapports des États parties que certains pays, pour respecter la coutume, les convictions religieuses ou les idées traditionnelles de communautés particulières, tolèrent les mariages ou remariages forcés. Dans d'autres pays, les mariages sont arrangés contre paiement ou avantages, ou bien encore les femmes, pour fuir la pauvreté, se trouvent dans la nécessité d'épouser des étrangers qui leur offrent une sécurité financière. Sauf lorsqu'il existe un motif contraire valable, par exemple l'âge prématuré de la femme ou des raisons de consanguinité, la loi doit protéger le droit qu'a la femme de choisir ou non le mariage, quand elle le veut et avec qui elle veut, et assurer l'exercice concret de ce droit."; Recommandations générales adoptées par le comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale N° 21: égalité dans le mariage et les rapports familiaux, treizième session (1994), document A/49/38, p.05.

⁴ أعمر يحيى، المرجع السابق، ص.21.

وصفوة القول، أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي لم يَضَعَا أي شرط أو قيد على حرية كلا الزوجين في اختيار شريك الحياة، إلا أن بعض الضوابط المستمدة من الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر المادي لكلا التشريعين الأسريين الجزائري والمغربي قد تعدُّ من قبيل القيود، وبهذا الصدد نذكر على سبيل التمثيل لا الحصر؛ مسألة الولي ودوره في الإشراف على عقد الزواج وفقاً لما ورد في المادة 11 ق.أس.ج، والمادة 25 م.أس.م. وكذا مسألة عدم زواج المسلمة بغير المسلم وفقاً لما نصت عليه المادة 30 ق.أس.ج، والمادة 39 م.أس.م، إذ تعتبر هذه الضوابط المستمدة من الشريعة الإسلامية بمنظور الاتفاقيات الدولية أشكالاً ومظاهر للتمييز بين الرجل والمرأة¹، إلا أن هذه الضوابط تبقى متناسقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ككل غير قابل للتجزئة، باعتبارها نابعة من منطلق ضمان الحماية للمرأة المسلمة وليس من باب تقييدها والانتقاص من حريتها كما يرى أنصار المدّ التحرري.

وأمام التكريس الواضح والجلي لمبدأ المساواة من طرف كلا المشرعين الجزائري والمغربي، بشأن ركنية الرضا في عقد الزواج، يطرح التساؤل حول مدى تكريس هذا المبدأ بشأن بعض الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج؟

المطلب الثاني

أثر مبدأ المساواة على بعض الشروط الموضوعية والشكلية لانعقاد الزواج

لقد وضع الإسلام لصحة وتتمام عقد النكاح جملة من الشروط الواجب توافرها، وذلك ضماناً لحقوق كل من الزوجين، وتحقيقاً للاستقرار الأسري خاصة، واستقرار المجتمع عامة²؛ وقد أثر تكريس مبدأ المساواة على بعض الشروط الموضوعية، ومن ثم نقف على تطبيقات هذا المبدأ

¹ انظر، محمد لبن لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط.02، 2006، ص.57-58.

² أماني على المتولى، المرجع السابق، ص.38.

على سن الزواج (الفرع الأول)، وكذا أثره على بعض الشروط الشكلية، على غرار الفحص الطبي الواجب إجراؤه قبل الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تطبيقات مبدأ المساواة على شرط الأهلية في عقد الزواج

تعتبر الأهلية من بين أهم الشروط الواجب توافرها في كلا طرفي عقد الزواج لضمان صحته، ويقصد بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق ومباشرتها وتحمل الالتزامات المترتبة على عاقته، فلا يمكن الحديث عن عقد زواج صحيح في ظل غياب الإرادة الكاملة لكلا الطرفين المقبلين على الزواج، وهو ما يستوجب صدور هذه الإرادة عن ذي أهلية¹.

وعلى وجه العموم تنقسم الأهلية إلى نوعين:

أهلية وجوب، ويقصد بالأولى صلاحية الإنسان لأن تجب له حقوق على غيره، ولأن تجب لغيره حقوق عليه فليتزم بها ويتحملها، وتثبت هذه الأهلية لكل إنسان حي طوال حياته سواء كان كبيراً أو صغيراً، وسواءً أكان سفيهاً أو رشيداً، عاقلاً أو مجنوناً.

وكذا **أهلية آداء**، وتعني صلاحية الشخص للالتزام وممارسة التصرفات الحقوقية بنفسه على نحو يُعتدُّ به شرعاً، ومناطق هذه الأهلية التمييز والعقل، ذلك أن التمييز هو الذي يجعل الشخص مُدركاً لما يقوله ويفعله، ومعنى ذلك أن هذه الأهلية قد لا تثبت كاملةً لجميع الأشخاص، فقد تكون معدومة لدى بعضهم أو ناقصةً، ويشترط بذلك لثبوتها توفر قدرٍ كافٍ من العقل والإدراك والتمييز بما يسمح للشخص معرفة تصرفاته والتبصر فيها².

¹ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين...، المرجع السابق، ص. 60-61.

² انظر، العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ديسمبر 2014، ص. 156-157.

وبالرجوع للفقهاء الإسلاميين، فإن معيار البلوغ الجنسي هو المعتمد في الأصل لتحديد هذه الأهلية، ويكون ذلك بظهور بعض الأمارات الطبيعية على جسم الفتى كالاختلام أو الحيض بالنسبة للفتاة، وما يلاحظ على هذا المعيار أنه من شأنه أن يُصعب مسألة تحديد سن معين يخضع له جميع الأشخاص أو غالبيتهم على الأقل، ذلك أن وقت ظهور هذه الأمارات يختلف من شخص لآخر. وذات السياق أوجد الفقهاء سناً تقديرياً يتم اعتماده لتحديد الأهلية في حال تأخر ظهور هذه الأمارات الطبيعية على الشخص¹؛ فاتفق جمهور الفقهاء² على تحديد هذا السن بـ 15 بالنسبة للذكور والإناث معاً³، في حين يرى بعض المالكية أن البلوغ يكون بإتمام 18 سنة كاملةً لكلا الجنسين⁴، وأما الأحناف وعلى رأسهم أبو حنيفة حيث حددها بـ 18 سنة للغلام، و 17 سنة للجارية⁵.

ونتيجة لاهتمام الفقهاء الإسلاميين بأهلية الزواج، فقد انعكس ذلك على التشريعات الوضعية الحديثة، وهو ما ترتب عنه العناية الكبيرة التي خص بها كلا المشرعين الجزائري والمغربي شرط الأهلية في عقد الزواج، حيث سعيًا عقب التعديلات الأخيرة للتشريعات الأسرية إلى إضفاء مبدأ المساواة على هذا الشرط بين كلا طرفي عقد الزواج، ولعل ذلك يتجلى بوضوح من خلال نص المادة 07 ق.أس.ج الذي جاء فيه ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19

¹ خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، ص.155.

² قال بهذا الرأي الشافعي وأبو يوسف ومحمد والأوزاعي.

³ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بـ "ابن قدامة"، المرجع السابق، ج.04، مكتبة القاهرة، ص.346.

⁴ انظر، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.03، دار الفكر، د ذ ب ط، د ذ س ط، ص.293؛ أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج.06، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط.01، 1416هـ/1994م، ص.633.

⁵ انظر، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.07، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط.02، 1406هـ/1986م، ص.172.

سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات¹، والملاحظ على هذا النص أنه جاء ليحقق المساواة بين كلا الجنسين، كما أنه وحد أهلية الزواج مع سن الأهلية المنصوص عليها بموجب المادة 40 ق.م.ج² والتي تنص على ما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يجبر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"³.

¹ راجع أحكام المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

في هذا السياق، عرفت مسألة تحديد سن الزواج القانوني في ظل التشريعات الجزائرية المتعاقبة تطوراً وتحولاً كبيراً، حيث صدر خلال الفترة الإستعمارية القانون رقم 30-323 المؤرخ في 1930/05/02، المتعلق بالتصريح بالخطوبة وسن زواج القبائل، وقد جاء التنصيص في مادته 01 ما يلي: "إن الأهالي القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسيين لا يمكنهم إبرام عقد الزواج قبل إتمام سن الخامسة عشر (15) سنة كاملة، ولكن يمكن للحاكم العام منح الإعفاء من السن من أجل أسباب خطيرة بعد أخذ رأي لجنة تتألف من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر رئيساً وقاضي الصلح بالقبائل وطبيب، ويعين أعضاء هذه اللجنة بداية كل سنة بقرار من الحاكم العام".

وصدر خلال الفترة الاستعمارية أيضاً الأمر رقم 59-274 المؤرخ في 1959/02/04، المتعلق بالزواج المبرم في عمالات الجزائر والوحدات والساورة من قبل أشخاص ينتمون إلى الحالة المدنية المحلية، وقد جاء في نص مادته 05 ما يلي: "لا يجوز للرجل قبل سن الثامنة عشر (18)، والمرأة قبل سن الخامسة عشرة (15)، أن يتزوجوا. ومع ذلك، يجوز لرئيس المحكمة العليا، لأسباب جديدة، التنازل عن السن".

وبعد استقلال الجزائر، عمدت الدولة الجزائرية لإلغاء كل النصوص التي تتعارض مع سيادة الدولة، وفي هذا الإطار صدر القانون رقم 63-224 المؤرخ في 1963/06/29، المتضمن السن الأدنى للزواج، ليعوض النصوص سالف الذكر، وقد نصت مادته 01 على أنه: "لا يجوز للرجل قبل سن 18 كاملة، والمرأة قبل سن 16، إبرام عقد الزواج.

ومع ذلك، يجوز لرئيس المحكمة، لأسباب جديدة، وبعد استشارة وكيل الجمهورية، منح الإعفاء من السن".

وتواصل تطبيق النص سالف الذكر، لاية صدور قانون الأسرة سنة 1984 حيث نصت المادة 07 منه على ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"؛ مقتبس عن: برياض زكرياء، أثر مبدأ المساواة بين الجنسين على تحديد السن القانوني للزواج "دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والمغربي"، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، تصدر عن المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة تلمسان، 2021، المجلد 06، العدد 02، ص. 63-65.

² خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، ص. 156.

³ راجع المادة 40 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

كما نص المشرع المغربي هو الآخر بموجب المادة 19 م.أس.م على أنه: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية"¹، وهو ما أكدته أيضا من خلال المادة 209 م.أس.م بقوله: "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة"²، والملاحظ على هذا النص أن المشرع المغربي قد استهدف من ورائه إقرار مبدأ المساواة بين كل من الفتى والفتاة بشأن سن الزواج³، كما أنه حاول ملائمة سن الأهلية المعتمد مع اتفاقية حقوق الطفل⁴ التي اعتبرت بموجب مادتها 01 أن الطفل هو كل إنسان لم يبلغ 18 سنة كاملة⁵.

ومما يجب التأكيد عليه أن تحديد هذا السن قد جاء ليتناسب مع الأهمية الخاصة التي يكتسبها هذا التصرف القانوني قبل كل شيء، ذلك أن الزوج يتحمل تبعات مالية ليست بالهينة جزاء إقدامه على الزواج على غرار الصداق وتجهيز بيت الزوجية والنفقة... الخ، كما أن كلا الزوجين يتحملان عقب إبرام هذا العقد مسؤوليات كبيرة يتوجب معها إدراك معنى الزواج وفهم

¹ راجع أحكام المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية المحيطة.

في هذا السياق كان ينص الفصل 08 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بموجب المادة 397 من مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 على أنه: "تكتمل أهلية النكاح في الفتى بتمام الثامنة عشرة فإن خيف العنت رفع الأمر إلى القاضي وفي الفتاة بتمام الخامسة عشرة من العمر".

² راجع أحكام المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية المحيطة.

³ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.71.

⁴ اتفاقية حقوق الطفل اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1989، موقع جامعة مانيسوتا "مكتبة حقوق الإنسان"، تاريخ الولوج: 2023/05/19، التوقيت: 22:03،

الموقع: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b026.html>

صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي 92-461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق لـ 19 ديسمبر سنة 1992، المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989، ج.ر.ج عدد 91 المؤرخة في 28 جمادى الثانية عام 1413.

كما صادق عليها المغرب بموجب الظهير الشريف رقم 1.93.363 الصادر في 09 رجب 1417 (21 نوفمبر 1996) المتضمن نشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل؛ ج.ر.م عدد 4440 بتاريخ 08 شعبان 1417 (19 ديسمبر 1996)، ص.2847.

⁵ خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، ص.156.

آثاره وحسن تقدير المسؤوليات المترتبة عنه وإدارتها، بما يكفل لكليهما القيام بهذه الواجبات على الوجه المطلوب شرعاً وقانوناً¹.

ومما يتّضح من خلال هذه التعديلات التي وُحِّدَت سن الزواج أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي قد أقرّوا المبادئ التي كرستها شتى الاتفاقيات والمواثيق الدولية الداعية لتعزيز المساواة بين الرجل والمرأة لاسيما ما تعلق بسن الزواج، ومنه يعتبر أيضاً وفاءً بالالتزامات الدولية التي صادق عليها كلا البلدين وتعهداً بها أمام المجتمع الدولي².

وفي هذا الصدد، قد أشار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 16 على أنه: "للرجل والمرأة، متى أدركا سنّ البلوغ، حقّ التزوُّج وتأسيس أسرة، دون أيّ قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما متساويان في الحقوق لدى التزوُّج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. لا يُعقَد الزواج إلاّ برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه".

وفي ذات السياق دعت اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج في مادتها 02 إلى ما يلي: "تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج. ولا ينعقد قانوناً زواج من هم دون هذه السن، ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية، لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما"، وهو ذات المبدأ الذي دعت إليه توصية بشأن الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج في المبدأ رقم 02 منها.

كما دعت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هي الأخرى في مادتها 15 إلى ما يلي: "1-تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون.

¹ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.261؛ أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص.179.

² برياض زكرياء، المرجع السابق، ص.67.

2- تمنح الدول الأطراف المرأة، في الشؤون المدنية، أهلية قانونية ماثلة لأهلية الرجل، وتساوى بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية. وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملهما على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية.

3- تتفق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي يكون لها أثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية... الخ"، كما دعت ذات الإتفاقية بموجب المادة 16 منها على أنه: "2- لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً"، وهو ذات المبدأ الذي أقره إعلان القضاء على التمييز ضد المادة في المادة 06 منه فقرة 03، حيث اعتبر زواج الصغار محظوراً ودعا الدول إلى الالتزام باتخاذ كل التدابير التشريعية اللازمة لتحديد حد أدنى لسن الزواج على قدم المساواة لكلا المقيمين على الزواج رجلاً كان أو امرأة.

وتعقيباً على الموقف الذي اتخذته كلا المشرعين الجزائري والمغربي بهذا الخصوص، فإن كليهما قد باشرأ تعديلات تشريعية على نصوص القوانين الأسرية كان من شأنها إضفاء وتكريس مبدأ المساواة النظرية بين كلا الزوجين في مسألة توحيد سن الزواج كأصل عام.

وبالمقابل، فقد تبني كلا التشريعين الجزائري والمغربي استثناءً عن القاعدة العامة في تحديد سن الزواج، وذلك من خلال إمكانية الحصول على رخصة أو إذن قضائي مسبق قبل بلوغ السن القانوني المسموح به لإبرام عقد الزواج¹، وفي هذا السياق نصت المادة 07 ق.أس.ج على أنه: "...وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على

¹ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.62-63.

الزواج... الخ"¹، وفي هذا الشأن يقول الأستاذ جيلالي تشوار بأن: "هذا الحكم عام بالنسبة لجميع الأشخاص بما فيهم الفتيان والفتيات وبلا تمييز بسبب الأصل أو العرف أو الدين"².

كما نصت المادة 20 م.أس.م 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... الخ"³، ومما يلاحظ أن المشرع المغربي قد أفرد استثناءً على القاعدة العامة لسن الزواج، بالنظر لجملة من الاعتبارات الاجتماعية أو النفسية أو الدينية... الخ، حيث يمكن من لم يبلغ سن الرشد المطلوب للزواج من الحصول على إذن للزواج بعد تقديم طلب مكتوب لقاضي الأسرة المختص، عملاً بالأحكام الواردة في المواد من 20 إلى 22 م.أس.م، شريطة أن يرتبط هذا الإذن بضرورة أو أسباب مبررة، ويبقى منح الإذن بالزواج بموجب مقرر معلل خاضعاً للسلطة التقديرية لقاضي الأسرة المختص، على أن معياري المصلحة والأسباب المبررة هما معياران قد يختلفان من شخص لآخر، ويتم استخلاصهما من أقوال أحد الأبوين أو رأي الطبيب المختص أو تقرير البحث الاجتماعي أو من اللقاء المباشر الذي يجريه القاضي المختص مع القاصرة المعني بالإذن سواء كان ذكراً أو أنثى.

وعلى وجه العموم، فإن تقدير المصلحة أو الأسباب المبررة لمنح هذا الإذن تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الأسرة المختص، غير أن الإشكال الذي يبقى مطروحاً أمام القاضي هو السن الأدنى الذي يمكن له النزول إليه لمنح هذا الإذن سواء بالنسبة للذكر أو الأنثى، وهو الأمر الذي

¹ راجع أحكام المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

² انظر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2007، المجلد 36، العدد 04، ص.76.

³ راجع أحكام المادة 20 فقرة 01 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

يعتبر مدعاة للتمييز بين الجنسين، كما أنه لا يتوافق مع ما سلف ذكره ضمن التوصيات والمبادئ التي أقرتها الاتفاقيات والمواثيق الدولية الرامية لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في مسألة تحديد سن الزواج، وذلك من خلال حثّ الدول على تحديد السن الأدنى للزواج¹.

الفرع الثاني

تطبيقات مبدأ المساواة على الفحص الطبي للمقبلين على الزواج

يعرف الفحص الطبي عموماً على أنه: "القيام بالكشف على الجسم بكل الوسائل المتاحة من أشعة، وكشف مخبري، وفحص جيني لمعرفة ما به من مرض"، في حين يعتبر الفحص الطبي الواجب إجراؤه قبل الزواج مجموعة من الفحوصات السريرية والمخبرية والاستشارات الطبية التي تهدف لضمان تحقيق السلامة الصحية للزوجين، وتشخيص مدى استعدادهما الصحي والجسدي والوراثي لإبرام هذا العقد².

وعليه يعتبر الفحص الطبي السابق للزواج إجراءً شكلياً يهدف لدراسة الحالة الصحية العامة لكلا الطرفين المقبلين على إبرام عقد الزواج، وذلك في سبيل الكشف عن وجود أمراض مزمنة أو معدية أو وبائية... الخ، ويقتصر هذا الفحص عادة على الأمراض المعدية أو الوراثة³. أو يمكن اعتباره كذلك مجموعة الفحوصات المخبرية أو السريرية التي يقترحها الطبيب المختص على كلا الشريكين قبل إبرام عقد الزواج، وذلك من أجل تقديم النصائح الطبية اللازمة لهما، سعياً وراء

¹ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص. 262-263.

² انظر، فانتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج "دراسة مقارنة"، دار النفائس، الأردن، ط. 01، 2011، ص. 21-22.

³ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص. 430.

تحقيق حياة أسرية سعيدة وإنجاب أطفال أصحاء، ويندرج ذلك كله في وقاية الأسرة والمجتمع صحياً¹.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة، إلى أن كلية النفس مُعتبرة في الشريعة الإسلامية، وتعدُّ أهم الكليات الخمس التي تقوم عليها، ومن ثم فإن الفُحوص الطبيّة قبل الزواج إنّما تندرج ضمن مسألة الحِفاظ على استخلاف الإنسان ضمن الأرض²، وفي هذا الصدد يردُّ قوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَأِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ۖ قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ ۗ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴿٣٠﴾﴾³، ومنه شرع الزواج لتحقيق هذا المقصد السامي ألا وهو إعمار الأرض من خلال تكوين أسر ومُجتمعات⁴، وفي هذا الموضوع يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقْوَاهُ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴿١٣﴾﴾⁵، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية وتجسديها وحماية للمجتمع عامةً والأسرة خاصةً من أي تبعات فقد تم إقرار الفحص الطبي السابق للزواج شرعاً درءاً لكل ضرر أو مفسدة، كانتشار الأمراض المعدية أو الوراثة⁶، وفي هذا يستدل بقوله الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾﴾⁷.

¹ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.65.

² فاتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق، ص.40-41.

³ سورة البقرة، الآية 30.

⁴ فاتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق، ص.43.

⁵ سورة الحجرات، الآية 13.

⁶ فاتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق، ص.52-53.

⁷ سورة النساء، الآية 59.

وفي ذات السياق، فقد كان للسنّة النبويّة دورها أيضاً في الحثّ على ضرورة حفظ كلية النفس، والحفاظ على النفس البشرية بحفظ الصحة¹، وفي هذا جاء في مسند الإمام أحمد ما حدثه به مكّي بن إبراهيم، حدثنا عبد الله بن سعيد بن أبي هند، أنه سمع أباه، يحدث عن ابن عباس، أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِنَّ الصِّحَّةَ وَالْفَرَاغَ، نِعْمَتَانِ مِنْ نِعَمِ اللَّهِ، مَعْبُودُونَ فِيهِمَا كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ"²، كما أن السنّة تضمنت في عديد المواضع نهيّاً صريحاً عن الضرر الذي قد يقع على صحّة الفرد، ومن شأنه أن يؤدّي لهلاك النفس³، وفي هذا يرد قول المصطفى صلى الله عليه وسلم: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ، مَنْ ضَارَّ ضَرَّهُ اللَّهُ، وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ"⁴، وعلى هذا الأساس فالفحص الطبي يندرج ضمن معاني رفع الضرر أو الوقاية منه إن أمكن ذلك، باعتبار أن الزواج قد يُسبب انتشار الأمراض التناسلية أو المعدية أو الوراثية، والتي قد تهدد كيان الأسرة واستقرارها، وبهذا يهدف هذا الفحص للتقليل أو حتى الحد منها⁵.

وعلى العموم، تبقى الشهادة الطبية المترتبة عن إجراء فحص طبي سابق لإبرام عقد الزواج، وسيلة وقائية لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا مع مقاصد الزواج السامية، ذلك أن عقد الزواج القائم بين زوجين سليمين صحياً من شأنه أن يدوم ويستمر على الوجه الحمود، وأن هذا الإجراء الوقائي يهدف للتأكد من صلاحية الطرفين المقبلين على إبرام عقد الزواج للقيام بالدور المنوط بهما والمرتبط بالجانب الصحي لكلا الزوجين، بما يضمن عدم الإضرار بالزوج أو الزوجة على حدّ سواء⁶.

¹ فاتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق، ص. 57.

² أخرجه أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، المرجع السابق، رقم الحديث: 2340، ج. 04، ص. 177.

³ فاتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق، ص. 58.

⁴ أخرجه أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُجْردي الخراساني أبو بكر البيهقي، السنن...، المرجع السابق، رقم الحديث: 11384،

كتاب الصلح "باب لا ضرر ولا ضرار"، ج. 06، ص. 114.

⁵ فاتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق، ص. 60.

⁶ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص. 179-180.

وتبعاً لذلك، فقد تبنى المشرع الجزائري في إطار التعديل الأخير لقانون الأسرة الفحص الطبي للمقبلين على الزواج بموجب المادة 07 مكرر ق.أس.ج، حيث نصت على ما يلي: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج. ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"، ومنه يمكن القول بأن المشرع قد اشترط لإبرام عقد الزواج شهادة طبية توضح الحالة الصحية لكل من الزوجين، وذلك يندرج في إطار اتخاذ كل الاحتياطات الطبية اللازمة أو الوقائية، للتأكد من سلامة الزوجين من الأمراض الوراثية أو المعدية، أو حتى الجنسية والتي من شأنها أن تؤثر مستقبلاً على صحة الزوجين أو على صحة الأطفال بعد إنجابهم¹.

وتفصيلاً لما سبق، فقد أتبع المشرع نصّ المادة 07 مكرر ق.أس.ج، بالمرسوم التنفيذي رقم 06-154 المحدّد لشروط وكيفيات تطبيق المادة سالفه الذكر²، والذي يلزم كلا من الموثق أو ضابط الحالة المدنية بعدم تحرير عقد الزواج إلا بعد تقديم كلا الطرفين للشهادة الطبية وفقاً للأشكال المقررة قانوناً، وهذا ما نصت عليه المادة 06 من ذات المرسوم بقولها: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يُقدّم طالباً الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم"، كما يجب على ضابط الحالة المدنية أو الموثق حسب الحالة الاستماع

¹ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.170.

² المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق لـ 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، ج.ر.ج عدد 31 المؤرخة في 14 مايو سنة 2006.

لكلا الطرفين، والتأكد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضعاً لها وعلم كل واحد بأي مرض خطير أو معدي أو وراثي مصاب به الطرف الآخر وإفادتهما بأي ملاحظة أدرجها الطبيب المختص والتي قد تشكل خطراً يتعارض مع عقد الزواج، كم يؤشر الضابط العمومي بذلك في عقد الزواج وفقاً لما تنص عليه المادة 07 مكرر فق 02 ق.أس.ج¹.

ومما سبق، يتضح أن المشرع الجزائري حسناً ما فعل حينما ألزم كلا المقبلين على إبرام عقد الزواج بإجراء الفحص الطبي، وهذا في إطار الوقاية قبل الزواج من كل الأضرار المادية أو المعنوية التي قد تترتب في حالة وجود مرض معدي أو وراثي من شأنه أن يمسّ باستقرار الأسرة وديمومتها أو يتسبب بالضرر لأحد أفرادها عاجلاً -أحد الزوجين- أو آجلاً كالأطفال حين إنجابهم أو يحول دون ذلك من الأصل².

لكن وبالمقابل، فإن قانون الأسرة لم يتعرض لصحة الزوجين كشرط من شروط عقد الزواج، ذلك أن مرض أحد الزوجين لا يحول دون إبرام هذا العقد متى رضي الطرف الآخر، ومن ثم فإن أحكام المادة 07 مكرر ق.أس.ج تتضمن إجراءً وقائياً يندرج ضمن المصالح المرسلّة التي يمارسها ولي الأمر، وبمفهوم آخر فلا تؤثر صحة أحد الطرفين على قيام عقد الزواج صحيحاً³، وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادر بتاريخ 23 فبراير 1993، حيث جاء فيه ما يلي: "من المستقر عليه قانوناً وقضاءً، أن عقد الزواج يعتبر صحيحاً متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصدّاق وأبرم أمام موثق أو موظف مؤهل قانوناً.

ومتى لم يتطرق القانون لصحة الزوجين، فلا يعتبر مرض أحدهما عيباً في إبرام عقد الزواج.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص.136.

² بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.170.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص.127.

ومن ثم فإن احتجاج الطاعنة بعد وفاة مورثها سنة 1988 -على عقد الزواج الذي تم مع المطعون ضده سنة 1977- يعتبر غير مؤسس وينجر عنه رفض الطعن¹، لكن مع ذلك فإنه يأخذ بعين النَّظر سلامة كلا الزوجين أو أحدهما إذا ما تعلَّق الأمر بالحالة الصحية التي تمسُّ بالجانب الجنسي لأحد الطرفين -العقم أو العجز الجنسي حسب الحالة- وفي هذا الشأن جاء في القرار المبدئي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18 جويلية 2001 ما يلي: "إن القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للما 04 ق.أ هو تطبيق سليم للقانون"²، وقد أقرت المحكمة العليا أيضا في قراراتها على أن ادعاء الزوجة بعجز زوجها جنسياً يستوجب إخضاعه للخبرة الطبية، وفي هذا جاء في القرار الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 1984 ما يلي: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي، وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يُضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها. فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعدُّ خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية.

إذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقاً بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسماً تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بما فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية فما قضاوا به، ومتى كان كذلك استتوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسياً على الوجه المثار من الزوج الطاعن"³، وجاء في قرار آخر صادر عن ذات الجهة بتاريخ

¹ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش.م، 1993/02/23، ملف رقم 88856، م.ق، 1996، العدد 02، ص.69 وما يليها.

² قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش.م، 2001/07/18، ملف رقم 269594، م.ق، 2003، العدد 01، ص.349.

³ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش.م، 1984/11/19، ملف رقم 34784، م.ق، 1989، العدد 03، ص.73 وما يليها.

22 ديسمبر 1992 ما يلي: "من المقرر قانوناً وقضائياً، أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استناداً إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة، وتربية الأبناء. ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على: عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استناداً لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وقروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ما عدا ما يتعلّق بالزّام الزوج بالتعويض، مما يتوجب نقضه جزئياً في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف"¹، كما جاء في القرار المبدئي الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 2006 ما يلي: "عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يُعدُّ سبباً من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق، بتظلم الزوجة"².

وبالتالي فإن الفحص الطبي قبل الزواج، الذي أفقره المشرع الجزائري إنما يستهدف إبلاغ كلاً الطرفين المقبلين على إبرام عقد الزواج بالوضعية الصحية للطرف الآخر، عمّا إذا كان مصاباً بأمراض تناسلية أو أي أمراض أخرى مُعدية أو وراثية كِتابةً، ليكون كل واحد منهما على علم بالوضعية الصحيّة للطرف الآخر خصوصاً ليأمن انتقال المرض الخطير إليه نتيجة للعلاقة الجنسية، ويبقى للطرف المعني الحق في التقرير إما بإبرام عقد الزواج أو العدول عنه متحملاً مسؤوليته

¹ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 1992/12/22، ملف رقم 87301، م.ق، 1995، العدد 02، ص. 92 وما يليها.

² جاء في حيثيات ذات القرار ما يلي: "عن الوجه الأول: حيث أنه يتعين تذكير الطاعن بأن عقم الزوجة أو عدم قدرتها على الإنجاب هي من المسائل التي تخرج عن إرادتها والحال أن هذه المسألة لا تعد من الأسباب القانونية التي تحول للزوج الطلاق وتحمل المطلقة مسؤوليته وبالتالي يعتبر الزوج قد تعسف من طلاقه وتجاوز في استعمال حقه، وأن تقدير مبلغ التعويض عن الضرر الحاصل عن تجاوز الزوج في استعمال حقه في الطلاق هو من الأمور الموضوعية الخاضعة لرقابة قضاة الموضوع شريطة أن يوضحوا العناصر التي اعتمدها في تقدير المبلغ المحكوم به، وأن قضاة المجلس قد أشاروا إلى ذلك في قرارهم الذي جاء معللاً تعليلاً كافياً ومقبولاً ومسايراً لأحكام القانون، الأمر الذي يتعين معه رفض هذا الوجه لعدم سداذه.

عن الوجه الثاني: حيث إنه فضلاً عن كون أن عدم الإنجاب لا يُعدُّ من الأسباب الشرعية القانونية التي تحول للزوج حق الطلاق وإعفائه من مسؤوليته والتعويض فإن قضاة الموضوع قد ناقشوا موضوع الدعوى مناقشةً قانونية وأبدوا وجهة نظرهم بخصوص الشهادة الطبية المقدمة من قبل الطاعن والتي تؤكد عدم صحة أقواله وأن قضاة المجلس لما قضوا بالصورة المذكورة يكونون بذلك قد أعطوا الأساس القانوني، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن... الخ"؛ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 2006/11/15، ملف رقم 373707، م.ق، 2007، العدد 01، ص. 499 وما يليها.

الكاملة، ويبقى هذا الدور الوقائي للفحص الطبي حلاً أحسن لتوقي إنهاء العلاقة الزوجية لاحقاً بعد اكتشاف هذا المرض أو العيب من طرف أحد الزوجين، أو دفع الضرر المستقبلي الذي قد يلحق بأحد الطرفين أو بالأطفال بعد إنجابهم¹.

وعلى صعيد المشرع المغربي، فقد ألزم هو الآخر كلا الخطيين بوجوب تقديم شهادة طبية، ضمن الملف المحدث لأجل عقد الزواج، والذي يتم حفظه بكتابة الصبب لدى قسم قضاء الأسرة محل إبرام العقد، وهذا وفقاً لما نصت عليه المادة 65 م.أ.س.م بقولها: "يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الصبب لدى قسم قضاء الأسرة محل إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية وهي:

4- شهادة طبية لكل واحد من الخطيين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزير العدل والصحة؛... الخ²، وتبعاً لذلك صدر القرار المشترك بين وزير العدل والصحة المحدد لمضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج³، ويلاحظ أن المشرع قد ألزم كلا الطرفين المقبلين على الزواج سواء الرجل أو المرأة بتقديم الشواهد الطبية التي يتوجب على كليهما الإدلاء بها، وهي عبارة عن تصريح صادر عن الطبيب المختص يفيد بخلوهم من الأمراض المعدية، وللطبيب المختص أن يقوم بإجراء فحص سريري للمصاحب الطلب، وكذا فحوصات وتحاليل طبية تكميلية إذا إرتأى الطبيب ذلك وتبين له أن الحالة الصحية للمعني تستدعيه⁴.

وعلى وجه العموم، فإن كلا المشرعين الجزائري والمغربي قد تبنا مبدأ المساواة بين كلا الزوجين في مجال إخضاعهما للفحص الطبي قبل إبرام الزواج، وهو الأمر الذي يتوافق مع جملة الاتفاقيات والمواثيق الدولية الرامية لتكريس هذا المبدأ ضمن التشريعات الأسرية الوضعية.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص. 128، 131.

² راجع أحكام المادة 65 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

³ القرار المشترك لوزير العدل ووزير الصحة رقم 347.04 صادر في 10 محرم 1425 (02 مارس 2004) بتحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج؛ ج.ر.م عدد 5192 بتاريخ 12 محرم 1425 (04 مارس 2004)، ص. 975.

⁴ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص. 210 وما يليها.

وأمام تكريس مبدأ المساواة ضمن مفهوم عقد الزواج، وكذا ركنه وبعض شروطه الموضوعية والشكلية، فما مدى تكريس هذا المبدأ من طرف المشرعين الجزائري والمغربي في ظل آثار عقد الزواج سواءً الشخصية أو المالية؟



الفصل الثالث: أثر مبدأ المساواة

بين الزوجين على

بعض الآثار الشخصية والمالية

لعقد الزواج



الفصل الثالث

أثر مبدأ المساواة بين الزوجين على بعض الآثار الشخصية والمالية لعقد الزواج

شَرَعَ اللهُ عز وجل الزواج لحِكْمٍ عدَّةٍ لا تُعد ولا تُحصى، من أبرز مقاصده أن تستقيم حياة الزوجين الذكر منهما والأنثى، ومن حكمه أيضا استمرار النسل وعمارة الأرض من خلال تكون أسرة صالحة يصلح بها المجتمع برمته¹. ومتى انعقد عقد الزواج صحيحا باجتماع أركانه وشروطه، فإنه يترتب آثاره الشرعية الملزمة في مواجهة أطرافه، فيوجب في طياته حقوقا للمرأة، وبالمقابل يلقي على عاتق المرأة أيضا واجبات اتجاه زوجها، فهو بذلك عقد تبادلي أين يتبادل الأطراف فيه حقوقهما وواجباتهما، وفي هذا السياق نجد أن آثار عقد الزواج بين الزوجين تتنوع وتعدد، منها ما يتقرر لهما بموجب هذا العقد من حقوق زوجية تثبت لأحدهما أو لكلاهما على سبيل الانفرد²، وهي الحقوق التي يستقل بها كل منهما عن الآخر، كأن يكون للزوج حقوق لم تثبت للزوجة، أو أن يكون للزوجة حقوقا مُنعت أن يكون مثلها للزوج، ومنها أيضا (الحقوق والواجبات) ما تَقَرَّرَ لكليهما على سبيل الاشتراك.

لقد كانت الشريعة الإسلامية سباقةً في إقرارها للزوجة حقوقا على زوجها، مساويةً في ذلك بين المرأة والرجل في حق كليهما بالتمتع بآثار هذا العقد الشريف، وهو ما يؤكد القرآن الكريم

¹ انظر، خدام هجيرة، حرية الزوجة في التصرف في مالها "بين نقائص التشريع والواقع الأسري المعاش"، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، تصدر عن المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 03، العدد 01، 208، ص. 121، الرابط الإلكتروني

على الأرضية الرقمية للمجلات (Asjp): <https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/570/3/1/74034>

² انظر، عبد المنعم نعيم، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الإحياء، مجلة علمية دورية تصدر عن كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر بيانة، الجزائر، المجلد 13، العدد 01، 2012، ص. 439، الرابط الإلكتروني على الأرضية

الرقمية للمجلات (Asjp): <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/11002>

في آياته وكذلك السنة النبوية الشريفة من خلال أحاديثها، فكانت بذلك الشريعة الإسلامية مصدر إلهام للتشريعات الأسرية الوضعية التي أخذت هي الأخرى بفكرة مزاجية الحقوق والواجبات بين طرفي عقد الزواج.

في المقابل لم يبق مفهوم المساواة والتشارك بين الزوجين في عقد الزواج مقرونا بالآثار الشخصية لهما، بل تعداه ليشمل الآثار المالية لطرفي العقد، فالنظام المالي هو أحد أبرز الجوانب المادية للزواج، لذلك كانت الشريعة الإسلامية سباقة في إقرارها مبدأ ماليا استثنائيا، أصله استقلالية ذمة كل طرف في العلاقة الزوجية بخصوصيته المالية، وعلى نفس المنهج سارت أغلب التشريعات الأسرية الوضعية العربية بما فيها التشريعات الجزائرية والمغربية.

غير أنه أمام التطورات التي تشهدها الحياة اليوم، وخصوصاً الأسرة الجزائرية التي شهدت ولوج المرأة عالم الشغل ومساعدة الزوج في تغطية متطلبات وحاجيات الأسرة، وذلك بمساهمة الزوجة في الانفاق والمساعدة على تنمية الثروة العائلية، كان لابد من تحقيق حماية حقيقية للحقوق المالية للزوجة من خلال جعل النصوص تتماشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية، قصد فتح المجال للإدارة المشتركة للزوجين فيما يتعلق بأموالهما المكتسبة أثناء الحياة الزوجية.

وعليه سيتم التطرق في إطار مراحل هذا الفصل لمبدأ المساواة على الحقوق والواجبات المشتركة للزوجين (المبحث الأول)، ثم التعرض في مرحلة أخرى لأثر هذا المبدأ على النظام المالي للزوجين (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أثر مبدأ المساواة على الحقوق والواجبات المشتركة للزوجين

يُعدُّ عقد الزَّواج في الشَّريعة الإسلامية عقداً تبادلياً، فهو ليس عقد استرقاق وتمليك، وإنما هو عقد يوجب في ذمَّة الزوج حقوقاً للمرأة، كما يُوجب على المرأة حقوقاً للزوج، ممَّا يعني أن كلا الزوجين يملكان قبل بعضهما البعض حقوقاً كثيرة¹. وقد أقرَّت الشريعة الإسلامية للزوجة على زوجها حقوقاً معتبرة، كما أقرت للزوج على زوجته بالمقابل حقوقاً أخرى كثيرة، ويستدلُّ على ذلك بما ورد في قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾²، وبهذا الشأن أيضاً قال المصطفى صلى الله عليه وسلم في خطبته بمناسبة حجة الوداع: "أَلَا وَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا... أَلَا إِنَّ لَكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ حَقًّا، وَلِنِسَائِكُمْ عَلَيْكُمْ حَقًّا... الخ"³.

لكن وبالمقابل، فإن التشريعات الأسرية الوضعية على غرار قانون الأسرة الجزائري؛ ومدونة الأسرة المغربية بعد التعديلات الجذرية الأخيرة التي مستها قد كرسّت جملة من الحقوق والواجبات المشتركة بين كلا الزوجين، يُعدُّ من جهة أولى خلافاً للمنهجية المعتمدة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية في الفصل بين حقوق الزوج والزوجة كل حِدَةٍ، وترك حيِّز ضيقٍ للحقوق المشتركة بين كلا الزوجين. وكذلك يعتبر من جهة ثانية خلافاً لما كان سائداً ضمن هذه التشريعات بحدِّ ذاتها سابقاً - أي قبل التعديل - وهو الأمر الذي يسوقنا للبحث عن الغايات والأهداف التي سعى كل مشروع على تجسيدها من خلال إشراك كلا الزوجين في نفس الحقوق والواجبات، إلى جانب

¹ العربي بختي، أحكام الأسرة...، المرجع السابق، ص. 59.

² سورة البقرة، الآية 228.

³ أخرجه محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمذي أبو عيسى، تحقيق: بشار عواد معروف، سنن الترمذي، رقم الحديث: 1163، أبواب الرضاع "باب ما جاء في حق المرأة على زوجها"، ج. 02، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط. 02، 1998، ص. 458.

التطرق أساساً لتأثير مبدأ المساواة بين الجنسين على الحقوق والواجبات الزوجية المشتركة المرتبطة بالحياة الزوجية والعلاقة بين الزوجين (المطلب الأول)، وكذا الوقوف على مدى تكريس وتجسيد كلا المشرعين الجزائري والمغربي لمبدأ المساواة بين الجنسين في مجال الحقوق والواجبات المشتركة ذات الصلة بتسيير شؤون الأسرة، والعلاقة التي تربط الزوجين مع أصولهما وفروعهما وأقاربهما وما يتمخض عن هذه العلاقة من التزامات وواجبات فردية ومشاركة ملقاة على عاتقهما إزاء هؤولاء جميعاً (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحقوق والواجبات المرتبطة بالحياة الزوجية

يعتبر عقد الزواج من أهم العقود التي لها انعكاس مباشر على الأسرة والمجتمع، وقد خصه الشارع الحكيم بتنظيم محكم، ورتب عليه آثاراً تتمثل في حقوق وواجبات تقع على عاتق كل زوج إزاء الزوج الآخر.

وقد تأثر كلا المشرعين الجزائري والمغربي، بالتنظيم الذي أفردته الشارع الحكيم لهذا العقد، وهو ما انعكس على أحكام المادة 36 ق.أس.ج، وكذا المادة 51 م.أس.م اللتين تضمنتا الحقوق والواجبات المشتركة بين كلا الزوجين¹.

وعليه، نتطرق في إطار هذا المطلب للحق والواجب المشترك بين كلا الزوجين بشأن المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة الزوجية المشتركة (الفرع الأول)، ومن ثم نعالج كذلك الحق

¹ عبد الله (بن الطاهر) التنايني السوسي، المرجع السابق، ص.225.

والواجب المشترك المنصب حول وجوب المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصالح الأسرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

لقد سعى المشرع الجزائري في إطار تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 سنة 2005 إلى تكريس وتعزيز مبدأ الاشتراك والمساواة بين الزوجين في مجال الحقوق والواجبات الأسرية ذات الطابع الشخصي والمنبثقة عن عقد الزواج الصحيح، وعلى هذا الأساس جمع المشرع بين الحقوق والواجبات الزوجية في مادة واحدة تأكيداً منه على تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين، وكذا تكريماً منه للعمل الزوجي المشترك داخل الأسرة¹؛ وبهذا الخصوص نصت المادة 36 فق 01 ق.أس.ج على ما يلي: "يجب على الزوجين: 1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة... الخ"²، ويُقصد بذلك قيام كلا الزوجين بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى تدعيم العلاقات الزوجية واستمرارها في حب وسعادة واحترام، وذلك باستعمال كل الوسائل المعنوية والمادية المتاحة للوصول إلى هذه الغاية النبيلة المنشودة³.

وعلى وجه العموم، فإن المشرع الجزائري لم يعبر صراحةً عن مضمون الحق والواجب المشترك بين كلا الزوجين المتعلق بالمحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، كما أنه لم يعبر صراحةً على حق الزوجين المشترك في الاستمتاع سواء بموجب أحكام قانون الأسرة لسنة 1984 أو حتى بعد تعديله سنة 2005، إلا أنه أشار ضمناً له واعتبره مما يندرج بداهةً ضمن مفهوم

¹ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.406.

² راجع أحكام المادة 36 فقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

³ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.397.

المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة¹؛ وهو ما يعني قيام كل من الزوجين بتمكين الآخر من حقه في الاستمتاع بالشريك الآخر، وعدم الامتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي كحج أو صوم أو حيض أو نفاس أو مرض². إذ يعتبر حق الاستمتاع حقا مشتركا بين كلا الزوجين يُتَعَي منهُ إحصان كلا الزوجين على حدٍ سواء، وكذا تمكين كل زوج من ممارسة ما تقتضيه الفطرة الإنسانية³، وهذا مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۗ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۗ فَمَنْ أَبْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ۗ﴾⁴؛ وكذا ما جاء في حديثه صلى الله عليه وسلم: "إِذَا دَعَا الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ لِحَاجَتِهِ فَلْتَأْتِهِ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى التَّنُورِ"⁵، والمراد هنا هو تلبية الزوجة لطلب الزوج، مهما كان العمل الذي تقوم به، وذلك بحكم أن طلب الزوج مقدم شرعاً وقانوناً⁶.

ومما سبق يمكن القول بأنه يجلُّ لكل زوج الاستمتاع بصاحبه على الوجه المشروع، ويبقى هذا الحق مقرر لكلا الزوجين على قدر من المساواة لما فيه من تحقيق للإعفاف والإحصان للزوجين، وصون لهما من الوقوع في المحذور أو الحرام، وهو حق وواجب شرعي يؤجر عليه كلا الزوجين⁷؛ ومما يشار إليه بهذا الخصوص أن هذا الحق ليس من نصيب الزوج وحده، بل هو أيضا

¹ عبد المنعم نعيمي، المرجع السابق، ص. 445-446.

² انظر، الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط. 01، جانفي 2005، ص. 85؛ عيسى حداد، المرجع السابق، ص. 264؛ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 150.

³ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص. 397.

⁴ سورة المؤمنون، الآيات 05-07؛ سورة المعارج، الآية 29.

⁵ انظر، أبو بكر بن أبي شيبة عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواسي العبسي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، المصنف في الأحاديث والآثار، ج. 03، كتاب النكاح "ما حق الزوج على امرأته؟"، رقم الحديث: 17135، مكتبة الرشد، الرياض، ط. 01، 1409هـ، ص. 558.

⁶ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص. 398.

⁷ عن أبي ذر الغفاري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " فِي بُضْعِ أَحَدِكُمْ صَدَقَةٌ ". قالوا: " يا رسول أيأتي أحدنا شهوته، ويكون له فيه أجر؟. فقال: " أَرَأَيْتُمْ لَوْ وَضَعَهَا فِي الْحَرَامِ أَكَانَ عَلَيْهِ فِيهِ وَزْرٌ، فَكَذَلِكَ إِذَا وَضَعَهَا فِي الْحَلَالِ، كَانَ لَهُ أَجْرٌ "؛ مقتبس عن: محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ج. 09، كتاب النكاح " باب معاشره الزوجين "، رقم الحديث: 4167، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط. 01، 1408هـ/1988م، ص. 475.

من أهم حقوق الزوجة على زوجها، وفي سبيل حماية هذا الحق للزوجة فإنه يجوز لها طلب التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر¹ في حال تخلف الزوج أو تهريبه من أداء واجبه دون وجود عذر شرعي؛ كما أنه يحق للزوجة طلب التطليق؛ عند عدم العدل بين الزوجات في حالة التعدد² أو بناء على العيوب الجنسية التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج المقرر بموجب المادة 04 ق.أس.ج³، ومن ذلك نذكر عدم قدرة الزوج على النسل⁴، أو عقم الزوج الثابت بالخبرة الطبية⁵.

ومما يمكن الخلوص إليه بهذا الشأن أن حق الاستمتاع حق مشترك بين كلا الزوجين على قدم المساواة، فيقع بذلك على عاتق كل واحد منهما واجب إعفاف الشريك الآخر؛ إذ يجب على الزوجة أن تعف زوجها ولا تعرضه للفتنة أو التطلع إلى الغير، وكذلك يتوجب على الزوج هو الآخر أن يعف زوجته بما لا يدعوها إلى التطلع لغيره⁶. ومفاد ذلك أيضا أن حق الاستمتاع غير مقتصر فقط على تغطية وإشباع الرغبة الجنسية لكل زوج فقط، وإنما يستهدف تحقيق مقاصد وغايات الزواج التي جاءت على ذكرها المادة 04 ق.أس.ج بقولها: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"⁷.

¹ راجع أحكام المادة 53 فقرة 03 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

² راجع أحكام المادة 53 فقرة 06 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم؛ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 2006/07/12، ملف رقم 356997، م.م.ع، 2006، العدد 02، ص.441.

³ راجع أحكام المادة 53 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم؛ راجع أيضا: قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 2001/07/18، ملف رقم 269594، م.ق، العدد 01، 2003، ص.349.

⁴ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 1999/02/16، ملف رقم 213571، الإجتهااد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص.119؛ راجع أيضا: قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 1985/05/14، ملف رقم 33275، م.ق، العدد 02، 1990، ص.75.

⁵ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.398-399؛ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 1992/12/22، ملف رقم 87301، م.ق، العدد 02، 1995، ص.92.

⁶ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.399.

⁷ راجع أحكام المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

ومن قبيل المساواة أيضا في هذا الشأن، فإنه يتعين على كلا الزوجين احتراماً لقداسة الحياة الزوجية الالتزام بالواجب الشرعي المتمثل في حرمة إفشاء الأسرار الزوجية، لاسيما ما تعلق منها بما يكون بينهما أثناء الجماع¹. ويستدل على هذا الواجب الشرعي ما حدث به أبو سعيد الخدري عن الرسول صلى الله عليه وسلم: "إِنَّ مِنْ أَشْرِّ النَّاسِ عِنْدَ اللَّهِ مَنْزِلَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ، الرَّجُلُ يُفْضِي إِلَى امْرَأَتِهِ، وَتُفْضِي إِلَيْهِ، ثُمَّ يَنْشُرُ سِرَّهَا"².

وبالمقابل وغير بعيد عن المشرع الجزائري؛ فقد سعى نظيره المغربي هو الآخر إلى تبني نهج جديد في صياغة آثار عقد الزواج بالنسبة لكلا الزوجين، وذلك باعتبارها حقوقاً وواجبات متبادلة تترتب في مواجهة كل زوج إزاء الآخر. وهذا كله يندرج ضمن تأكيد المشرع المغربي على تجسيد وتكريس مبدأ المساواة في الزوجين في شتى نصوص مدونة الأسرة.

وفي هذا السياق يتبين بوضوح أن المشرع المغربي قد سلك نهجاً جديداً في صياغة الآثار المترتبة عن عقد الزواج، من خلال دمج الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين، وذلك خلافاً للنهج الذي تبناه ضمن مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 الملغاة³. هذه الأخيرة التي حددت الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، ثم حقوق الزوجة على الزوج، فحقوق الزوج على الزوجة⁴.

وبناء على ما سبق، فقد نص المشرع المغربي في حدود المادة 51 م.أ.س.م على جملة الحقوق والواجبات المتبادلة والمشاركة بين الزوجين التي تترتب عن عقد الزواج الصحيح؛ ومن ضمنها ما

¹ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 150؛ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص. 400.

² أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 1437/123، كتاب النكاح "باب تحريم إفشاء سر المرأة"، ج. 02، دار إحياء التراث العربي، ص. 1060.

³ ألغيت أحكام مدونة الأحوال الشخصية بموجب المادة 397 من مدونة الأسرة المغربية المخينة.

⁴ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 149؛ راجع أيضاً: أحكام المواد 34 (الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين)، 35 (حقوق المرأة على الزوج)، و36 (حقوق الرجل على المرأة) من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

جاء التنصيص عليه في الفقرة الأولى منها بقولها: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين: 1- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل؛... الخ"¹، ومما يترتب على المساكنة الشرعية بين الزوجين وجوب إحصان كل منهما للآخر بالمعاشرة الزوجية، ومنه يحق لكل واحد من الزوجين التمتع بالآخر، وتمكينه من نيل شهوته، وقد أناط الله تعالى حفظ النوع البشري بهذا الاستمتاع، وأودع في كل من الزوجين رغبة مُلحَّة وشهوة عظيمةً فيه، ويُعدُّ الزواج هو الوسيلة المشروعة لتنظيم هذا الاستمتاع الجنسي حتى يحقق كل واحد من الزوجين رغبته من الآخر في إطار مشروع كما قرره الشارع الحكيم. ولهذا يعتبر الاستمتاع حقاً متبادلاً بين الزوجين، فلو منع أحدهما الآخر منه لكان آثماً شرعاً لما يسببه من ضرر للطرف الآخر²، وبهذا يمكن القول بأن هذا الحق مكفولاً شرعاً وقانوناً لكلا الزوجين، فكما يحق للزوج أن يستمتع بزوجه³، فإنه يحقُّ لها هي الأخرى - الزوجة - الاستمتاع بزوجها، فهو بالتالي حق لكليهما معا وواجب يقع عليهما؛

¹ راجع أحكام المادة 51 فقرة 01 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

² عبد الله (بن الطاهر) التناهي السوسي، المرجع السابق، ص.226.

³ مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ فَاَتَوْا حَرِّكُمْ أَنِّي سَأَلْتُكُمْ وَقَدِمُوا لِأَنفُسِكُمْ وَأَتَقُوا اللَّهَ وَأَعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلْقَوَةٌ وَيَسِّرِ الْمُؤْمِنِينَ ﴿٢٢٣﴾﴾؛ سورة البقرة، الآية 223.

عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِذَا دَعَا الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ إِلَى فِرَاشِهِ فَأَبَتْ فَبَاتَ غَضْبَانَ عَلَيْهَا لَعْنَتُهَا الْمَلَائِكَةُ حَتَّى تُصْبِحَ"؛ أخرجه أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 3237، كتاب بدء الخلق "باب إذا قال أحدكم: آمين والملائكة في السماء، آمين فوافقت إحداهما الأخرى، غفر له ما تقدم من ذنبه"، ج.04، ص.116.

ومتى مُنعت الزوجة من ذلك أو قصر الزوج في حقها¹ جاز لها أن ترفع دعوى التطليق للهجر طبقاً لمقتضيات المادة 112 م.أس.م.²

ومما تجدر الإشارة إليه أن حق الاستمتاع المقرر لفائدة كلا الزوجين ما هو إلا وسيلة للوصول لغايات سامية أخرى في مقدمتها التوالد والتناسل، وكذا حسن الاعتناء بالأبناء ليؤدوا بدورهم الدور المنوط بهم داخل المجتمع.³

كما يضيف المشرع المغربي ضمن نفس الحق والواجب المشترك بين الزوجين المتعلق بالمساكنة الشرعية، وجوب أن تتم هذه المساكنة المكفولة لكلا الزوجين داخل بيت الزوجية الذي يلتزم الزوج بإعداده وتجهيزه ليكون السكن الزوجي المشترك بينه وبين الزوجة⁴، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُمْ لِنَصِيحَتِهِمْ عَلَيْهِمْ ۖ﴾⁵، مع الإشارة أيضاً بهذا الخصوص إلى ما تقتضيه هذه المساكنة من واجبات الحياة الزوجية المعتادة؛ أي أنه لا

¹ إذا امتنع الزوج عن جماع زوجته بكامل إرادته -الإيلاء والظهار- فإن الله تعالى قد شرع أحكاماً خاصة بذلك، يمكن تلخيصها بالقول بأنه يتوجب على الزوج التكفير والتراجع عن ذلك، وإلا طلقت عليه زوجته؛ مقتبس عن: عبد الله (بن الطاهر) التناهي السوسي، المرجع السابق، ص. 227؛ محمد الكشبور، الواضح في...، المرجع السابق، ص. 478.

ويستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِّنْ نِّسَائِهِمْ تَرِيصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءَ فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ۝﴾؛ سورة البقرة، الآيتان 226-227، وقوله تعالى أيضاً: ﴿وَالَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِّنْ نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكَ نُوعُظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝ فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ فَاِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ۝﴾؛ سورة المجادلة، الآيتان 03-04.

² راجع أحكام المادة 112 من مدونة الأسرة المغربية المحينة، والتي تنص على أنه: "إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفيء بعد الأجل طلقها عليه المحكمة".

³ محمد الكشبور، الواضح في...، المرجع السابق، ص. 479.

⁴ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 149؛ محمد الكشبور، الواضح في...، المرجع السابق، ص. 479.

⁵ سورة الطلاق، الآية 06.

يجوز لأي واحد من الزوجين الإخلال بالواجبات الشرعية المتعلقة بهذه المساكنة، من اتصال جنسي بالمعروف، وكذا التزام الزوج بالإنفاق على الزوجة والأولاد... الخ¹.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه يترتب على واجب المساكنة الشرعية داخل بيت الزوجية أثر بالغ الأهمية يتمثل في عدم جواز هجر منزل الزوجية من طرف كلا الزوجين معا أو أحدهما منفرداً، وذلك تحت طائلة اللجوء للقضاء من طرف الزوجة وتُثبت حقيقتها في المطالبة بالتطليق إما للضرر (راجع أحكام المواد 99-101 م.أس.م)، أو لعدم الإنفاق (راجع المادتين 102-103 م.أس.م) أو للغيبة (راجع المواد 104-106 م.أس.م) وذلك حسب الحالة؛ وهذا متى ثبت نشوز الزوج ومغادرته بيت الزوجية دون عذر مقبول. كما يجوز للزوج هو الآخر مراجعة القضاء للاستفادة من حكم برجوع الزوجة الناشز لبيت الزوجية، متى ثبتت مغادرة الزوجة لبيت الزوجية دون إذن مُسبق من الزوج، وفي ظل غياب أي سبب جدّي ظاهر²؛ ومما يشار إليه أن هذا الواجب والالتزام يخضع له كلا الزوجين دونما أي تمييز بينهما بالنظر للجنس، وهو الأمر الذي يجسد فعلياً مبدأ المساواة بين الجنسين -الزوجين- وفقاً لمفهوم الاتفاقيات والمواثيق الدولية الرامية لتعزيز مكانة المرأة في مواجهة الرجل في شتى مناحي الحياة عموماً، والقضايا الأسرية خصوصاً.

وبهذا الصدد صدر قرار المجلس الأعلى الذي جاء في فحواه ما يأتي: "بمقتضى المادة 51 من مدونة الأسرة، فإنه من ضمن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين المساكنة الشرعية والمعاشرة بالمعروف، وتحميلهما معاً مسؤولية البيت ورعاية الأطفال، ولذلك كانت المحكمة على صواب حين صرّحت بأن تمسك الطالبة بالإقامة في فرنسا بعيداً عن زوجها المقيم بالمغرب

¹ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.479.

² محمد الكشور، الواضح في...، المرجع نفسه، ص.479-480.

وإصرارها على ذلك، يُشكّل إخلالاً بالالتزامات الملقاة على عاتقها والتي تفرض عليها الإقامة مع زوجها لتحقيق شرط المساكنة الشرعية¹.

ومما يضاف أيضا بهذا الشأن، أن مُعادرة كلا الزوجين أو الزوج حسب الحالة لبيت الزوجية، ودون ثبوت مُوجب -سبب أو مبرر- قاهر قد يُشكّل فعلاً مُجرّماً يُعاقب عليه بموجب الفصل 479 من القانون الجنائي²، وذلك متى تحققت وتوافرت الشروط التي وضعها المشرع المغربي³؛ وزيادة على ذلك فقد نصت المادة 53 م.أس.م على ما يأتي: "إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالاً، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته"⁴، وبهذا فقد كفل المشرع المغربي لكلا الزوجين حماية على قدر من المساواة، وذلك حفاظاً على المساكنة الشرعية بين كلا الزوجين داخل بيت الزوجية، وفي سبيل ذلك تسعى النيابة العامة لإرجاع الزوج المطرود من البيت الزوجي، كما تسهر على إرجاع الحال إلى ما كانت عليه -ضمان المساكنة بين كلا الزوجين- وذلك في إطار الأعمال الولائية الحماية المنوطة بها من طرف المشرع، وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن المساكنة الشرعية بين الزوجين تتأسس على الرضا الكامل بها، ومن ثمة فإن رفع الزوجة لدعوى التطليق للشقاق أو للضرر هو بمثابة رفض ضمني لهذه المساكنة⁵.

¹ قرار عدد 71 الصادر في 09 فبراير 2005، الملف الشرعي عدد 2004/2/2/353 (غير منشور)؛ مقتبس عن: محمد الشافعي، مدونة...، المرجع السابق، ص.52.

² الظهير الشريف رقم 1.59.413 الصادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي المغربي؛ المعدل والمحين بعدة تعديلات آخرها بموجب القانون رقم 12.18 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.21.56 بتاريخ 27 شوال 1442 (08 يونيو 2021)، ج.ر.م 6995 بتاريخ 03 ذو القعدة 1442 (14 يونيو 2021)، ص.4162.

³ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.480.

⁴ راجع أحكام المادة 53 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

⁵ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.481.

وفي ذات السياق، فقد أوجب المشرع المغربي على الزوج في إطار الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين المحددة بموجب المادة 51 م.أس.م سالفه الذكر؛ أن يحقق العدل بين زوجاته إن كان معدداً¹، وذلك مصداقاً لقوله تعالى في الكتاب العزيز: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعًا فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ۗ﴾²، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ۗ﴾³، ومن منطلق هذه الآيات الكريمة فقد أجمع فقهاء المذاهب على أن العدل بين الزوجات هو أساس التعدد.

وبالعودة للجانب القانوني، فإن العدل بين الزوجات هو كذلك شرط أساسي للتعدد⁴، وإن عدم العدل في حد ذاته يشكل ضرراً يُتيح للزوجة المتضررة رفع دعوى التطليق للضرر على زوجها، وذلك استناداً لأحكام المادة 99 م.أس.م⁵.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المغربي قد أدرج ضمن الحق والواجب المشترك بين الزوجين المتعلق بالمساكنة الشرعية، التزاماً آخر يتمثل في وجوب تحقيق الإحصان والإخلاص بلزوم العفة وكذا صيانة العرض والنسل⁶؛ ومما يستشف أن المشرع قد خاطب كلا الزوجين بهذا الالتزام، خلافاً لما كان عليه الحال سابقاً ضمن حدود الفصل 36 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة،

1 عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.151.

2 سورة النساء، الآية 03.

3 سورة النساء، الآية 129.

4 تنص المادة 40 م.أس.م المحينة على أنه: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها".

5 محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.482.

6 في هذا الشأن ورد قوله الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَةَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ۗ﴾؛ سورة الإسراء، الآية 32. وقال تعالى أيضاً في الكتاب العزيز: ﴿وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ۗ﴾؛ سورة الفرقان، الآية 68.

حيث كان يخاطب الزوجة وحدها بهذا الالتزام دون الزوج¹، وبذلك فقد تبني المشرع صراحةً مبدأ المساواة بين الزوجين أمام هذا الالتزام المشترك، وإن كانت المسألة تعد من قبيل المبادئ الشرعية العامة الواجبة التطبيق والتي لا تحتاج مطلقاً إلى نص يقرها²؛ وفي هذا الإطار قد سعى المشرع إلى تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين حتى في الجزاء المترتب عن الجرائم التي قد يرتكبها أحد الزوجين بعد إخلال الزوج الآخر بالالتزام بالإخلاص والعفة³، وبهذا الشأن نص الفصل 418 من مجموعة القانون الجنائي على ما يلي: "يتوفر عذر مخفض للعقوبة في جرائم القتل أو الجرح أو الضرب، إذا ارتكبها أحد الزوجين ضد الزوج الآخر وشريكه عند مفاجئتهما متلبسين بجريمة الخيانة الزوجية"⁴.

وصفوة القول، أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي قد كرّسا مبدأ المساواة بين الزوجين ضمن هذا الحق والواجب المشترك، بما يتوافق مع جملة الاتفاقيات والمواثيق الدولية الرامية لتكريس مبدأ المساواة بين الزوجين؛ لاسيما ما أشارت إليه المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في فقرتها الأولى بنصها على الآتي: "للرجل والمرأة، متى أدركا سنّ البلوغ، حقّ التزوُّج وتأسيس أسرة، دون أيّ قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما متساويان في الحقوق لدى التزوُّج وخلال قيام الزواج... الخ"، وكذلك نجد أن إتهام كلا المشرعين يتواءم مع ما جاء في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW) لاسيما ما ورد في ديباجتها على النحو الآتي: "إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية،

- إذ تلاحظ أن ميثاق الأمم المتحدة يؤكّد من جديد الإيمان بحقوق الإنسان الأساسية،

وبكرامة الفرد وقدره، وبتساوي الرجل والمرأة في الحقوق،

¹ ينص الفصل 36 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه: "حقوق الرجل على المرأة: 1- صيانة الزوجة نفسها وإحصانها... الخ".

² محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص. 485.

³ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع نفسه، ص. 485-486.

⁴ راجع أحكام المادة 418 من مجموعة القانون الجنائي المغربي المخينة.

- وإذ تلاحظ أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يؤكد مبدأ عدم جواز التمييز، ويعلن أن جميع الناس يولدون أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق، وأن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في الإعلان المذكور، دون أي تمييز، بما في ذلك التمييز القائم على الجنس،
- وإذ تلاحظ أن على الدول الأطراف في العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان واجب ضمان مساواة الرجل والمرأة في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية والسياسية،
- وإذ تأخذ بعين الاعتبار الاتفاقيات الدولية المعقودة برعاية الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة، التي تشجع مساواة الرجل والمرأة في الحقوق،
- وإذ تلاحظ أيضاً القرارات والإعلانات والتوصيات التي اعتمدها الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة، للنهوض بمساواة الرجل والمرأة في الحقوق،
- وإذ يساورها القلق، مع ذلك، لأنه لا يزال هناك، على الرغم من تلك الصكوك المختلفة، تمييز واسع النطاق ضد المرأة،
- وإذ تشير إلى أن التمييز ضد المرأة يشكل انتهاكاً لمبدأي المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، ويعد عقبة أمام مشاركة المرأة، على قدم المساواة مع الرجل، في حياة بلدها السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، ويعوق نمو رخاء المجتمع والأسرة، ويزيد من صعوبة التنمية الكاملة لإمكانيات المرأة في خدمة بلدها والبشرية... الخ؛
- وإذ تؤمن بأن إقامة النظام الاقتصادي الدولي الجديد، القائم على الإنصاف والعدل، سيُسهم إسهاماً بارزاً في النهوض بالمساواة بين الرجل والمرأة،
- وإيماناً منها بأن التنمية التامة والكاملة لأي بلد، ورفاهية العالم، وقضية السّلم، تتطلب جميعاً مشاركة المرأة، على قدم المساواة مع الرجل، أقصى مشاركة ممكنة في جميع الميادين،

- وإذ تضع نصب عينيها دور المرأة العظيم في رفاه الأسرة وفي تنمية المجتمع، الذي لم يعترف به حتى الآن على نحو كامل، والأهمية الاجتماعية للأمومة ولدور الوالدين كليهما في الأسرة وفي تنشئة الأطفال،

- وإذ تدرك أن دور المرأة في الإنجاب لا يجوز أن يكون أساساً للتمييز بل إن تنشئة الأطفال تتطلب بدلاً من ذلك تقاسم المسؤولية بين الرجل والمرأة والمجتمع ككل،

- وإذ تدرك أن تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل وكذلك في دور المرأة في المجتمع والأسرة،

- وقد عقدت العزم على تنفيذ المبادئ الواردة في إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، وعلى أن تتخذ، لهذا الغرض، التدابير التي يتطلبها القضاء على هذا التمييز بجميع أشكاله ومظاهره،... الخ؛ وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن العبارات المستخدمة ضمن ديباجة هذه الاتفاقية تؤكد وتحتُ بشكل واضح وجليّ على وجوب التزام الدول الأعضاء بتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين وإعماله ضمن تشريعاتها الداخلية، وكذا العمل على الارتقاء بحقوق المرأة موازاةً مع حقوق الرجل أثناء قيام الرابطة الزوجية وبعد قيامها، وكذا في كنف الحياة الأسرية وما ينبثق عنها من حقوق وواجبات؛ وهو الأمر الذي سعى كل من المشرعين الجزائري والمغربي لتجسيده وتكريسه بوضوح من خلال نص المادتين 36 ق.أس.ج، و51 م.أس.م؛ ويتجلى ذلك من خلال دمج الحقوق والواجبات المشتركة والمتبادلة بين الزوجين في مادة قانونية واحدة تخاطب كلا الزوجين باعتبارهما شريكين في بناء أسرتهما على قدم المساواة.

وفي ذات السياق، قد تضمنت ذات الاتفاقية تأكيداً واضحاً للدول الأعضاء على وجوب تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في المجالات الأسرية المرتبطة بالحقوق والواجبات الزوجية، ومن ذلك ما أشارت إليه صراحة في مادتها 16 بنصها على الآتي: "1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

أ. نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه،

ح. نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغضِّ النَّظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،
 ز. نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة ونوع العمل،... الخ".

وبالمقابل نجد أيضا إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة قد أشار هو الآخر في ديباجته على وجوب تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين عامّة، حيث جاء فيه ما يأتي: "إن الجمعية العامة،

- إذ تأخذ بعين الاعتبار أن شعوب الأمم المتحدة قد أكّدت من جديد، في الميثاق، إيمانها بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الشخص الإنساني وقيّمته، وبتساوي الرجل والمرأة في الحقوق،

- وإذ تأخذ بعين الاعتبار أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يؤكد مبدأ عدم التمييز ويعلن أن البشر جميعا يولدون أحرار ومتساوين في الكرامة والحقوق، وأن لكل إنسان جميع الحقوق والحريات المقررة فيه، دون أي تمييز، بما في ذلك أي تمييز بسبب الجنس،

- وإذ تأخذ بعين الاعتبار القرارات والإعلانات والاتفاقيات والتوصيات الصادرة عن الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة والرامية إلى القضاء على التمييز بكافة أشكاله وإلى تعزيز تساوي حقوق الرجل والمرأة،

- وإذ يقلقها استمرار وجود قدر كبير من التمييز ضد المرأة، رغم ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان وغير ذلك من صكوك الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة، ورغم التقدم المحرز في ميدان المساواة في الحقوق،

- وإذ ترى أن التمييز ضد المرأة يتنافى مع كرامة الإنسان وخير الأسرة والمجتمع، ويحول دون اشتراك المرأة، علي قدم المساواة مع الرجل، في حياة بلدهما السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، ويمثل عقبة تعترض الإنماء التّام لطاقت المرأة على خدمة بلدها وخدمة الإنسانية،
- وإذ تضع نصب عينيه أهمية إسهام المرأة في الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والثقافية، والدور الذي تلعبه داخل الأسرة، ولا سيما في تربية الأولاد،
- وإيماناً منها بأن إسهام النساء والرجال على السّواء أقصى إسهام ممكن في جميع الميادين مطلب لا بُدّ منه للتنمية الكاملة لكل بلد في جميع الميادين، ولخير العالم ولقضية السلم،
- وإذ ترى أن من الضروري كفالة الاعتراف العالمي، في القانون وفي الواقع، بمبدأ تساوي الرجل والمرأة... الخ"، وقد ورد ضمن ذات الإعلان تأكيد واضح على وجوب تجسيد مبدأ المساواة بين الزوجين في المجالات الأسرية المرتبطة بالحقوق والواجبات الزوجية، لاسيما ما تعلّق بالمحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة بين الزوجين، حيث جاء في المادة 06 من ذات الإعلان ما يلي: " 2. تتّخذ جميع التّدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي الزوجين في المركز، ولا سيما ما يلي:

ب. تتساوى المرأة مع الرجل في الحقوق وأثناء قيام الزّواج وعند حلّه. ويكون لمصلحة الأولاد في جميع الحالات الاعتبار الأوّل... الخ".

وفي ذات السّياق أيضاً؛ قد تضمّن إعلان ومنهاج عمل بيجين¹ جملة من التوصيات التي حث على تكريسها، والعدد من المبادئ التي استذكرها لأجل العمل على تجسيدها ضمن التشريعات الوطنية للدول، وذلك سبيل الارتقاء بمكانة المرأة إزاء الرجل، وإيلائها المكانة المساوية

¹ إعلان ومنهاج عمل بيجين، والذي تمّ إعتمده في الجلسة العامة رقم 16 وذلك في إطار المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة، المنعقد بيجين (جمهورية الصين الشعبية) ما بين 04-15 أيلول/ سبتمبر 1995، وقد حضرته كل من الجزائر والمغرب، تاريخ الولوج للموقع: 2022/09/27، التوقيت: 22:47، الرابط الإلكتروني:

<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FCONF.177%2F20%2FRev.1&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>

له -الرجل- في الحقوق والواجبات؛ ومن أبرز هذه التوصيات نذكر: "إن المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة،

وقد انعقد في بيجين خلال الفترة من 04 إلى 15 أيلول/سبتمبر 1995،

- يعتمد إعلان ومنهاج عمل بيجين المرفقين بهذا القرار؛

- يوصي بأن تعتمد الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الخمسين إعلان ومنهاج عمل بيجين، بصيغتهما التي اعتمدها المؤتمر... الخ".

وقد تضمّن المرفق الأول من هذا الإعلان ما يلي:

1- نحن الحكومات المشتركة في المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة؛

2- وقد اجتمعنا هنا في بيجين، في أيلول/سبتمبر 1995، عام الذكرى السنوية الخمسين لإنشاء الأمم المتحدة؛

3- وقد عقدنا العزم على التقدم في تحقيق أهداف المساواة والتنمية والسلام لجميع النساء في كل مكان لصالح البشرية جمعاء؛... الخ.

وقد أكد المجتمعون على التزامهم مجدداً بما يلي:

8- تساوي النساء والرجال في الحقوق والكرامة الإنسانية المتأصلة، وسائر المقاصد والمبادئ المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وغير ذلك من الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، ولاسيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، واتفاقية حقوق الطفل، فضلاً عن إعلان القضاء على العنف ضد المرأة، وإعلان الحق في التنمية؛

10- الانطلاق مما تحقق من توافق آراء ومن تقدم فيما سبق من مؤتمرات الأمم المتحدة

واجتماعات القمة - المعنية بالمرأة في نيروبي عام 1985، والطفل في نيويورك عام 1990،

والبيئة والتنمية في ريو دي جانيرو عام 1992، وحقوق الإنسان في فيينا عام 1993، والسكان والتنمية في القاهرة عام 1994، والتنمية الاجتماعية في كوبنهاغن عام 1995، وذلك بهدف تحقيق المساواة والتنمية والسلام؛

11- التوصل إلى التنفيذ الكامل والفعال لاستراتيجيات نيروبي التطلعية للنهوض

بالمرأة؛... الخ".

وأمام الموقف الذي تبناه كلا المشرعين الجزائري والمغربي، فيما يتعلق بتكريس مبدأ المساواة في إطار الواجب المشترك بين كلا الزوجين المتمثل في المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة من جانب المشرع الجزائري من جهة، وتبني المساواة في إطار المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معايشة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل من جهة أخرى؛ وبالمقابل من كل ذلك فما مدى تبني كلا المشرعين لمبدأ المساواة وتكريسه في إطار الواجب المشترك المتعلق بالمعايشة بالمعروف، ولزوم تبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة؟

الفرع الثاني

المعايشة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، والحفاظ على مصالح الأسرة

تعرض المشرع الجزائري لهذا الحق والواجب المشترك بين الزوجين المستحدث بموجب المادة 36 فقرة 02 ق.أس.ج المعدل والمتمم سنة 2005، حيث جاء فيها ما يلي: "يجب على الزوجين: 2-المعايشة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة،... الخ"¹، وبالمقابل فقد تطرق المشرع المغربي هو الآخر لهذا الحق والواجب المشترك، حيث نصت المادة 51 م.أس.م فقرة 02

¹ راجع أحكام المادة 36 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

على ذات الحق والواجب المشترك والمتبادل بين الزوجين على النحو الآتي: "2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة؛... الخ"¹.

ويقصد بالمعاشرة بالمعروف المخالطة والمصاحبة، ويسمى ما يكون بين الزوجين من مخالطة بالمعاشرة، وأما المعروف فهو كل مألوف متعارف عليه غير مستنكر شرعاً أو عادةً²، وهي تقترب من معنى المساكنة الشرعية مادام الزوجان يقيمان في بيت واحد، ويسعيان معا إلى إضفاء روح السكينة والمودة والمحبة داخله، وإبعاد كل ما يُنفّر أحدهما من الآخر³. ويرجع أصل المعاشرة بالمعروف بين الزوجين وما يدخل ضمن معناها من مفاهيم فرعية أخرى كاحترام والمودة والرحمة لقوله تعالى في الكتاب العزيز: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ۝١٩﴾⁴، وقد جاء في تفسير ابن كثير لهذه الآية الكريمة ما يلي: "وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ أَي طَيَّبُوا أَقْوَالَكُمْ هُنَّ، وَحَسَّنُوا أفعالكم وَهَيْئَاتِكُمْ بِحَسَبِ قُدْرَتِكُمْ كَمَا تُحِبُّ ذَلِكَ مِنْهَا، فَأَفْعَلْ أَنْتَ بِهَا مِثْلَهُ،... وَكَانَ مِنْ أَخْلَاقِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ جَمِيلُ الْعِشْرَةِ دَائِمُ الْبِشْرِ، يُدَاعِبُ أَهْلَهُ، وَيَتَلَطَّفُ بِهِمْ وَيُوسِعُهُمْ نَفَقَتَهُ، وَيُضَاحِكُ نِسَاءَهُ حَتَّى إِنَّهُ كَانَ يَسَاقِبُ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا،... الخ"⁵، وجاء أيضا في تفسير الجلالين أنه يقصد بالمعاشرة بالمعروف: الإجمال في القول والنقطة والمبيت⁶.

¹ راجع أحكام المادة 51 فقرة 02 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

² انظر، بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، 2013-2014، ص.55.

³ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.151؛ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص.188.

⁴ سورة النساء، الآية 19.

⁵ انظر، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، تفسير القرآن العظيم، ج.02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.01، 1419 هـ، ص.212.

⁶ انظر، جلال الدين محمد بن أحمد الحلي وجمال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تفسير الجلالين، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط.01، د ذ س ط، ص.102.

وبالرجوع لقوله تعالى: ﴿وَعَايَشُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ﴾¹، فإن الخطاب القرآني موجّه للرجال، ذلك أنه في الغالب يكون الإضرار بالزوجة من طرف الزوج، لكن ومع ذلك فالآية تُخاطب الزوجة وموجهة إليها كذلك مساواة لها مع الرجل، على اعتبار أن الحياة الزوجية مبنية على المكارمة والتّراحم².

وعلى هذا الأساس، فإنه يتعيّن على الزوجة كذلك مُعاشرة زوجها بالمعروف وكف الأذى عنه وغيره³، وفي هذا الشأن أيضا يقول المصطفى صلى الله عليه وسلم: "لَا تُؤْذِي امْرَأَةً زَوْجَهَا فِي الدُّنْيَا إِلَّا قَالَتْ زَوْجَتُهُ مِنَ الْخُورِ الْعَيْنِ: لَا تُؤْذِيهِ قَاتَلَكِ اللَّهُ؛ فَإِنَّمَا هُوَ عِنْدَكَ دَخِيلٌ يُوشِكُ أَنْ يُفَارِقَكَ إِلَيْنَا"⁴. فكما يتوجب على الزوج أن يتقي الله في زوجته، يتوجب عليها -أي الزوجة- هي الأخرى أن تتق الله عز وجل في زوجها⁵، فالمرأة تبقى قسيمة الرجل، لها ما له من الحقوق وعليها أيضا من الواجبات ما يلائم تكوينها وفطرتها، وعلى الرجل أن يحيطها بقوته، وينفق عليها من كسب يده لأنها مناط شرفه وموطن عرضه، ومن ثم كانت له درجة عليها، هي رعاية لها لا يتجاوزها إلى قهرها وجحود حقها، وهذا هو المقصود بالقوامة⁶، والتي يشير إليها الله عز وجل في قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ﴾⁷، وقال ابن عباس تفسيراً للدرجة في قوله الله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ﴾ أنه إشارة إلى حضّ الرجال على

1 سورة النساء، الآية 19.

2 محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.487.

3 عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.179.

4 أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، المرجع السابق، رقم الحديث: 22101، ج.36، ص.417.

5 انظر، بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.522.

6 محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.487.

7 سورة البقرة، الآية 228.

حسن العشرة، والتوسُّع للنساء في المال والخلق، أي أن الأفضل ينبغي أن يتحمل على نفسه... الخ¹.

وعلى وجه العموم يندرج ضمن المعاشرة بالمعروف بين الزوجين حسن المعاملة، ولا يتحصل ذلك إلا بالتعاون على جلب الخير ودفع الشر، والالتزام بالإخلاص المتبادل في القيام بالواجبات الزوجية، مع المحافظة على الروابط الزوجية بتبادل الاحترام وإقرار التسامح والمودة والرحمة²، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَكِرُونَ ﴿٣١﴾³، كما ينضوي ضمن مفهوم إحسان العشرة عدم إتيان ما ينفر أحدهما من الآخر، وكذا الالتزام بالتسامح والصفح بينهما، ومنه يتوجب على الزوجة تجاوز بعض أخطاء وهفوات الزوج حتى تدوم العلاقة الزوجية. وهو الأمر الذي يتوجب على الزوج كذلك القيام به، بحيث يتجنب أن يكون فضاءً في مخاطبتها أو يضيق عليها في المعيشة، كما يتجنب أن يضر بها قولاً وفعلاً بما يُنكره الشرع أو الطبع أو العرف⁴.

كما يقتضي إحسان العشرة بين الزوجين تجاوز حدود العدل والإحسان إلى حدود الإحترام المتبادل بينهما، ومنه يتوجب على كل طرف إبداء الاعتبار للطرف الآخر، ومراعاته بشكل

¹ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، المرجع السابق، ج. 03، ص. 125.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص. 521؛ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري...، المرجع السابق، ص. 56.

³ سورة الروم، الآية 21.

⁴ محمد الأزهري، المرجع السابق، ص. 188؛ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 151؛ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 183؛ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري...، المرجع السابق، ص. 56-57.

خاص مع التقيّد بمعاملته بالمعروف وتجنّب كل ما يضرُّ به أو يُؤذيه في كرامته قولاً أو فعلاً، وكذا العمل على إرضاء الطرف الآخر وعدم مُعَاكسته في رغباته المشروعة¹.

وإجمالاً لما سبق، فإنه يُقصدُ بِمُحَسِّنِ المَعَاشِرَةِ بين الزوجين هو أن تكون أساس العلاقة بين الزوج وزوجته هي المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات²، ويستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾³، والملاحظ أن هذه الآية تعطي للمرأة من الحقوق مثل ما للرجل عليها، فكلّما طُوبت المرأة بشيء، كان على الرجل القيام بمثله. ولهذا يتوجب على كل واحد من الزوجين أن يُحسِنَ معاشرة الآخر، فيُخلص له في سرّه وعلايته، ويحاول بذل جهده في إدخال السرور للزوج الآخر، أو يزيل عنه ما عسى أن يطرأ عليه من أكدار الحياة وآلامها ونوائبها⁴.

والجدير بالذكر، أنه من أهداف عقد الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وفقاً لما نصت عليه المادة 04 ق.أس.ج. وعلى هذا الأساس فإنه لا يُمكن للحياة الزوجية أن تستمر بين الزوجين كما يجب شرعاً وقانوناً إذا كان الزوج يستعمل حقّه في القوامة استغلالاً سيئاً، وبصفة تعسّفية أو دون مُراعاة منه للقيود الواردة على هذا الحق شرعاً⁵. بما يجعل القوامة ذريعة للبطش والتسلّط على الزوجة وممارسة القهر على الزوجة⁶، باستعمال العنف والضرب

¹ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.151؛ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.97.

² عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.151.

³ سورة البقرة، الآية 228.

⁴ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.151.

⁵ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص.522-523.

⁶ جاء في القرار المبدئي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001/01/23 ما يلي: "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعاً التي تستوجب التطبيق دون اشتراط صدور حكم جزائي؛" قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش.م، 2001/01/23، ملف رقم 258555، م.ق، العدد 02، 2002، ص.417.

العمدي¹، أو حتى الطرد التعسفي من المسكن الزوجي²، وكذا الإهانة المتكررة للزوجة والإساءة لها بشتى الأشكال³، وغيرها من المنغصات التي يجب الكف عنها بإشاعة المودة والمحبة الصادقة داخل البيت الزوجي، وترك الهجر غير المشروع... الخ⁴، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁵.

كما جاء في قرار مبدئي آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001/07/18 ما يلي: "إن القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقاً للمادة 04 ق.أ هو تطبيق سليم للقانون؛" قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش.م، 2001/07/18، ملف رقم 269594، م.ق، العدد 01، 2003، ص.349.

¹ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/05/18 ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

ومتى تبين -من قضية الحال- أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليماً وطبقوا صحيح القانون.

ومتى كان ذلك يستوجب رفض الطعن؛" قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 1999/05/18، ملف رقم 222134، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص.126.

² جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/07/21 ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضاً أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

ومتى تبين -في قضية الحال- أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق وتعويضها معها لثبوت تضررها وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقاً لصحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن؛" قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 1998/07/21، ملف رقم 192665، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص.116.

³ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1987/01/12 ما يلي: "من المقرر شرعاً أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعاً يعد خرقاً للقواعد الشرعية.

لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بنا على أنه يُهينها أو يسىء إليها دون أن تدعم أقولها بأي دليل، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية وحكموا دون دليل.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه؛" قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 1987/01/12، ملف رقم 43864، م.ق، العدد 01، 1991، ص.46.

⁴ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.401.

⁵ سورة النساء، الآية 19.

ومما سبق، يستخلص أن استحداث المشرع الجزائري لهذا الحق والواجب المشترك بين الزوجين بموجب تعديل المادة 36 ق.أس.ج سنة 2005، وإن كان يستهدف تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين وجعل هذا الحق مُشترَكاً بين كلا الزوجين، إلا أن الخطوة التي قام بها المشرع كان يستهدف من ورائها أيضاً توفير الحماية للمرأة -الزوجة- من سوء المعاملة التي قد تصدر عن الزوج¹، وهو الأمر الذي يتماشى كرسنه المواثيق والنصوص الدولية، إذ نلاحظ تركيزها على المرأة في هذا الجانب باعتبارها الطرف الضعيف في العلاقة الزوجية، بالرغم من كون الحق في المعاشرة بالمعروف هو أيضاً حق للزوج².

وهو الأمر الذي يستخلص منه إجمالاً أن المعاشرة بالمعروف من الحقوق المتبادلة بين الزوجين على قدم المساواة، فيلزم كل واحد منهما بمعاشرة الطرف الآخر بالمعروف دون أي تمييز بينهما أو مفاضلة لأحدهما على الآخر³، ذلك أن المعاشرة بالمعروف تبقى من مستلزمات الحفاظ على الرابطة الزوجية المقدسة، كما أن رعاية مصالح الأسرة يستدعي اهتمام كلا الزوجين بالآخر، وحرص كليهما على معاشرة الشريك الآخر بالمعروف والحسنى⁴.

وختاماً يمكن الخلوص للقول بأن الحياة الزوجية لا تطيب ولا تستقر، كما أن الأسرة لا تصلح محيطاً لتربية الأولاد الصالحين إلا بحسن المعاشرة بين الزوجين، فمن حيث الواقع المعاش فإن حسن المعاشرة بين الزوجين يعتبر قرينة قوية على نجاح الحياة الزوجية واستقرارها، وبهذا الشأن قد قررت العديد من الدراسات الاجتماعية أن لحسن المعاشرة أثراً إيجابياً على شخصية الأولاد على سلوكياتهم داخل الأسرة وخارجها. وانطلاقاً من ذلك وتحقيقاً لهذه المعاشرة الحسنة بالمعروف

¹ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري...، المرجع السابق، ص.57.

² عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص.59.

³ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص.522.

⁴ عبد المنعم نعيمي، المرجع السابق، ص.451.

بين الزوجين فإنه يتوجب أن يمتنع كلاهما عن إهانة الشريك -الزوج- الآخر أو يهين أقاربه أو أن يُجمله ما لا يطيق، والمرأة في ذلك مثل الرجل على حدّ سواء¹ لقول الله تعالى في الكتاب العزيز: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾²، وعلى هذا الأساس فإن كلا المشرعين الجزائري والمغربي قد تبنيّا هذا الحق والواجب المشترك ضمن المادتين 36 ق.أس.ج، و51 م.أس.م سعيّاً وراء تكريس المعاشرة بالمعروف بين كلا الزوجين، وإضفاء الطابع الإلزامي على هذا النوع من الحقوق والواجبات في ظل تجسيد مبدأ المساواة بين كلا الزوجين بما يتوافق مع الاتفاقيات والمواثيق الدولية الناشئة بهذا الخصوص والرّامية لترقية مكانة المرأة في مواجهة الرجل داخل الأسرة، ونبذ كل أشكال العنف المعنوي والمادي الذي قد تتعرض له الزوجة.

لكن وبعد التطرق لتكريس كلا المشرعين الجزائري والمغربي لمبدأ المساواة بين الزوجين في مجال الحقوق والواجبات المرتبطة بحياتهما الزوجية واللّصيقة بهما، فما مدى تكريسهما لهذا المبدأ في إطار الحقوق والواجبات المرتبطة بشؤون الأسرة وتسييرها، وكذا الحقوق والواجبات الواقعة على عاتق كلا الزوجين اتجاه الأصول والفروع والأقرباء؟

¹ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.486-488.

² سورة البقرة، الآية 228.

المطلب الثاني

الحقوق والواجبات الزوجية المرتبطة بتسيير شؤون الأسرة، والعلاقة مع الأصول

والفروع والأقارب

تعتبر العلاقة الرابطة بين الزوجين علاقة مقدسة في الشريعة الإسلامية، فقد سمي الزواج بالميثاق الغليظ مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ١١﴾¹، لكن تبقى هذه العلاقة مُنطلقاً لعلاقات أخرى تجمع بين أصول وفروع كلا الزوجين وأقاربهم.

ومن ثم فقد عالجت الشريعة الإسلامية هذه الروابط والعلاقات فيما بين الزوجين إزاء أصولهم وأقاربهم المشتركين، وهو ما انعكس ذلك على التشريعين الأسريين الجزائري والمغربي باعتبار أن أحكام الشريعة الإسلامية المصدر المادي لهذه التشريعات الوضعية، إلا أن مبدأ المساواة هو الآخر قد فرض نفسه وهو ما كان له تأثير كبير على الحقوق والواجبات الزوجية المرتبطة بهذه العلاقات سواءً مع الأصول أو الفروع أو حتى الأقارب المشتركين.

ومن هنا نعالج في إطار هذا المطلب أثر مبدأ المساواة بين الزوجين على الحقوق والواجبات المرتبطة بتسيير شؤون الأسرة وإنجاب الأولاد وتربيتهم (الفرع الأول)، كما نتعرض لتطبيقات المساواة على الحقوق والواجبات المرتبطة بالعلاقات التي تربط كلا الزوجين مع أصولهم وأقاربهم (الفرع الثاني).

¹ سورة النساء، الآية 21.

الفرع الأول

الحقوق والواجبات المرتبطة بتسيير شؤون الأسرة وإنجاب وتربية الأولاد

إن التّطورات الاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية التي عرفتها الحياة المعاصرة، ألقت بظلالها على الأسرة المعاصرة، وهو ما أثر على قدرتها في أداء وظائفها الحيوية، وهو الأمر الذي دفع بالمشرعين على غرار المشرع الجزائري ونظيره المغربي إلى إلقاء واجب الحفاظ على ديمومة الأسرة وضمان استقرارها، وكذا حسن تربية الأولاد على عاتق كلا الزوجين، والعمل على زرع مبدأ الاشتراك والتعاون المعنوي والمادي بينهما لتحقيق الغايات السامية في الحفاظ على الأسرة ورعايتها¹.

وعلى هذا الأساس، نعالج في إطار هذا الفرع الحقوق والواجبات المشتركة بين كلا الزوجين ذات الصلة بتسيير شؤون الأسرة وتحديد وتنظيم النسل، وكذا رعاية الأبناء باعتبارهم ثمرة الزواج، وذلك إلى جانب الخوض في مدى تكريس مبدأ المساواة في مجال تقسيم الحقوق والواجبات الملقاة على عاتق الزوجين إزاء الأسرة والأبناء بداية من اتخاذ القرار بإنجابهم، وتحديد عددهم وكذا حسن تربيتهم والسهر على مختلف شؤونهم.

أولاً: التعاون على مصلحة الأسرة من حيث التسيير.

لقد تبنى المشرع الجزائري بموجب تعديل المادة 36 ق.أ.س.ج مبدأ التّعاون والاشتراك بين الزوجين في مجال الحقوق والواجبات الزوجية المشتركة، خلافاً لما كان الحال عليه قبل التّعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005، وذلك تكريساً منه لمبدأ المساواة والشراكة بين الزوجين، حتى يعملاً معاً على رعاية الأسرة والقيام على شؤون البيت بكل سكينه ومحبة واطمئنان².

¹ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.98-99.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص.530.

ومن هذا المنطلق، فقد نصَّ المشرع الجزائري في حدود المادة 36 فق 03 ق.أس.ج على وجوب التعاون بين الزوجين في كل ما يهم ويمس بمصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، وهو بذلك تنصيص صريح من المشرع على الواجب المشترك بين الزوجين، والمتمثل في وجوب أن يساعد كل واحد من الزوجين الآخر ويتعاون معه في كل ما يتعلق بمصلحة الأسرة عامة وأفرادها خاصة، وهذا بُغية السعي نحو تحقيق سعادة الأسرة وكرامتها وعزَّتها، وكذا الابتعاد عن كل ما يؤدي إلى شقاء الأسرة وتعاستها.

وعلى هذا الأساس فإنه يتعيَّن على كل واحد منهما -الزوجين أو الشريكين- المحافظة على سُمعة الأسرة وشرفها وكذا أموالها، وكذلك السَّهر والحرص على رعاية الأولاد باعتبارهم ثمرة الزواج، وحسن تربيتهم من خلال زرع الأخلاق الحميدة فيهم، والظُّهور أمامهم في أحسن صورة لتكُون لهم في ذلك قدوة حسنة يحذون حذوها¹، وبهذا الصدد فإنه يقصد بالتربية الحسنة تلك التربية التي تتفق مع المنهج الإسلامي القويم، وكذا السهر على إعداد الأولاد جسماً وعقلياً وروحياً واجتماعياً، ولكي يكوُنوا عضواً نافعاً لأنفسهم ولغيرهم.

ولهذا فإنه يتعين على كل من الأبوين العناية بأولادهم مع الحرص على زرع حب الله ورسوله في قلوبهم وتأديبهم بأداب الإسلام²، وفي الشأن يرد ما حدث به العباس بن الوليد الدمشقي قال: حدثنا علي بن عياش قال: حدثنا سعيد بن عمارة قال: أخبرني الحارث بن النعمان قال: سمعت أنس بن مالك يحدث، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أَكْرَمُوا أَوْلَادَكُمْ وَأَحْسِنُوا أَدَبَهُمْ"³.

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع نفسه، ص.524.

² بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص.99.

³ أخرجه ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، المرجع السابق، رقم الحديث: 3671، كتاب الأدب "باب بر الوالد والإحسان إلى البنات"، ج.02، دار إحياء الكتب العربية، ص.1211.

ومن هذا المنطلق؛ يمكن الخلوص للقول أنّ كلا الزوجين يشتركان على قدم المساواة في مسؤولية توجيه الأطفال توجيهاً صحيحاً، ورعايتهم جسمياً وفكرياً وحُلُقياً، بما يعود على الأسرة والوطن بالخير والنفعة العام والخاص. فالرجل راعٍ في أهله وأسرته، وهو بذلك مسؤول عن رعيته، كما أن المرأة راعية في بيت زوجها، وهي مسؤولة عن رعيته¹.

كما يمكن الخلوص للقول أيضاً أن قانون الأسرة الجزائري يُحمّل كلاً من الزوج والزوجة المسؤولية في مجال تسيير شؤون البيت ورعاية الأطفال، وهو ما تؤكّده صراحة تارةً، وضمنياً تارةً أخرى أحكام المواد (04، 36، 62، 72، 76 و 87 ق.أس.ج)²، وكذلك تُؤكّده وتكرسه قرارات المحكمة العليا؛ على غرار ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1997 والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه في حالة وفاة الأب تحلُّ الأم محلّه وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناءً على طلب من له المصلحة.

ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعدُّ مخالفاً للقانون.

ولما كان ثابتاً أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون³، وكذا القرار الصادر بتاريخ 17 ماي 1998 والذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحلُّ الأم محلّه قانوناً"⁴.

وعليه، فإنه يتوجب على الزوجة الإقامة في بيت الزوجية، وذلك للسهر على تنظيم شؤون البيت ورعاية الأبناء، وألاً تُغادره إلاّ بإذن زوجها، أو بسبب عُذر شرعي للخروج. ونتيجةً لذلك

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص.524.

² بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.402.

³ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش.م، 1997/12/23، ملف رقم 187692، م.ق، العدد 01، 1997، ص.53.

⁴ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش.م، 1998/05/17، ملف رقم 167835، م.ق، العدد 02، 1997، ص.77.

فإنه يترتب على مُغادرتها لمنزل الزوجية دون إذن الزَّوج اعتبارها في هذه الحال زوجةً ناشزاً¹، ويَحُقُّ للزوج حينها المطالبة قَضائياً بنُشوزها² تبعاً لأحكام المواد 55 و222 ق.أس.ج المعدل والمتمم³.

وبالمقابل من ذلك، فإن الزوج هو الآخر لا يمكنه مغادرة بيت الزوجية دون عذر شرعي مقبول، أو الامتناع عن مساكنة زوجته، وفي حال ما إذا كان للزوج أكثر من زوجة، فإنه يقع على عاتقه واجب المساواة والعدل⁴ بين زوجاته في المسكن⁵ والمعاشرة⁶ استناداً لما نصت عليه

¹ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/05/05 ما يلي: "من المقرر قانوناً أن إمتناع الزوجة عن إستئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بصفة نهائية؛ يعتبر نشوزاً، وبالتالي تفقد حقوقها الزوجية من النفقة وغيرها"؛ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 1985/05/05، ملف رقم 41718، (غير منشور). مقتبس عن: بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص.525.

² جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/04/21 ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر.

ومتى تبين -في قضية الحال- أن الطاعن ثبت نشوزه بإمتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"؛ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 1998/04/21، ملف رقم 189226، الإجتهااد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص.144.

³ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص.525.

⁴ جاء في المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا من خلالها قرارها الصادر بتاريخ 2006/07/12 ما يلي: "إن عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعترف شرعاً، طبقاً للفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطلاق"؛ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 2006/07/12، ملف رقم 356997، م.م.ع، العدد 02، 2006، ص.441.

كما جاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/02/20 ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يجوز طلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً ولاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن المجلس القضائي عندما قضى بتطبيق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات، لا هي متزوجة ولا هي مطلقة بإعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاثها منه، واستحالت الحياة الزوجية، فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"؛ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 1991/02/20، ملف رقم 75588، م.م.ع، العدد 04، 1993، ص.78.

⁵ جاء في المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا من خلالها قرارها الصادر بتاريخ 2006/07/12 ما يلي: "إن إشتراط الزوجة الأولى توفير سكن منفرد لها للرجوع، لا يشكل حالة نشوز"؛ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 2006/07/12، ملف رقم 364855، م.م.ع، 2006، العدد 02، ص.469.

⁶ وفي هذا الشأن ورد قول الفقيه المالكي ابن جزري كما يلي: "المسألة الثالثة: في القسم بين النساء من كان له أكثر من واحدة وجب عليه العدل بينهن فيجعل لكل واحدة يوماً وليلة وتستوي المريضة والحائض والنفساء والحرمة والكتانية مع غيرها لقصد الأئس وكذلك تستوي الحرة والأمة على المشهور وقيل للحرة ثلثان وللأمة ثلث ولا يدخل في يوم واحد على الأخرى إلا زائراً أو لحاجة لا لميل ولا ضرر يحل له ولا يجوز أن

أحكام المادة 08 ق.أس.ج، وفي حال إرتكابه لأحد من هذه الأفعال سألقة الذكر فإنه يُجوز للزوجة المتضررة أن تطلب التطليق استناداً لأحكام المادة 53 ق.أس.ج المعدلة والمتممة حسب الحالة¹.

ومن جانب المشرع المغربي، فقد نص هو الآخر بموجب المادة 51 م.أس.م فق 03 على الحق والواجب المشترك بين كلا الزوجين، والمتمثل في تحمُّل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال²، هذا الالتزام الذي يقع على عاتق الزوجين معاً فيقصد به أن يكون لكل منهما -الزوجين- نصيب في تلك المسؤولية، ويجب على كل شريك القيام بالدور المنوط به في هذا الشأن على أحسن وأكمل وجه، وذلك بما يحقق المصالح العليا للأسرة³.

فعلى العموم، فإن الالتزام بتسيير شؤون البيت يقتضي التعاون بين الزوجين وتشاورهما، بشأن اختيار موقع البيت، وكيفية اقتنائه، وتأثيره... الخ.

وإلى جانب القيام بتسيير ورعاية شؤون البيت من طرف كلا الزوجين، فإن واجب القيام على شؤون الأطفال ورعايتهم وتربيتهم يقتضي حسب ما نصت عليه المادة 54 م.أس.م ما يلي: "للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

- حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد؛
- العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها خاصة، بالنسبة للإسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية؛

يجمع بين ضرتين في مكان واحد إلا برضاها وليفرد كل واحدة منهما بمسكنها وبأئنها فيه ولا يجب عليه القسم بين أمهات الأولاد ولا بين إمامه ولا العدل بينهما ولا القسمة للسرية مع الزوجة ولكن يستحب حسن المعاشرة وكف الأذى وتوفية الحقوق؛ مقتبس عن: أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزى الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ص. 141؛ مقتبس عن: المكتبة الشاملة الحديثة، تاريخ الولوج للموقع: 2022/04/11، الساعة: 23:58، رابط الكتاب على النت: <https://al-maktaba.org/book/6193/138#p1>

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص. 525.

² عبد الله (بن الطاهر) التناي السوسي، المرجع السابق، ص. 229.

³ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص. 488.

- النسب والحضانة والنفقة طبقاً لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة؛
 - إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة؛
 - اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقايةً وعلاجاً؛
 - التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبيل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل؛
 - التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الآباء أي يهيئوا لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني.
- عندما يفترق الزوجان، تتوزع هذه الواجبات بينهما بحسب ما هو مبين في أحكام الحضانة. عند وفاة أحد الزوجين أو كليهما تنتقل هذه الواجبات إلى الحاضن والنائب الشرعي بحسب مسؤولية كل واحد منهما.
- يتمتع الطفل المصاب بإعاقة، إضافة إلى الحقوق المذكورة أعلاه، بالحق في الرعاية الخاصة بحالته، ولاسيما التعليم والتأهيل المناسبان لإعاقته قصد تسهيل إدماجه في المجتمع.
- تعتبر الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتهم طبقاً للقانون.
- تسهر النيابة العامة على مراقبة تنفيذ الأحكام السالفة الذكر¹، والملاحظ أن هذه المادة المنبثقة عن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل والتي صادق عليها المغرب²، تخاطب كلا الزوجين على

¹ راجع أحكام المادة 54 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

² الإتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني / نوفمبر 1989، على أن يكون بداية تاريخ بدء النفاذ: 2 أيلول / سبتمبر 1990، وفقاً للمادة 49 منها؛ وقد قام المغرب

قدم المساواة في مجال الواجبات المترتبة عليهما إزاء أبنائهم، وهذا بغض النظر عن بعض الحالات الضيقة والاستثنائية؛ على غرار النفقة والسكن والتي توكلها النصوص الشرعية والتشريعية للزوج، وتجعلها من الواجبات الملقاة على عاتقه وحده خلافاً لما تقتضيه أحكام ومقتضيات نظام الشراكة بين الزوجين في مختلف مناحي الحياة الأسرية بما يتماشى ومبدأ المساواة بين الزوجين¹.

ومما يشار إليه، أنه رغم إعفاء الزوجة من واجب النفقة والسكن إزاء الأطفال، إلا أن الملاحظ حسب الواقع المعاش، فكثيراً ما نجد الزوجة تساهم بنصيب وافر في الإنفاق على الأبناء، أو حتى تغطية تكاليف السكن، بل وفي بعض الأحيان بأكثر مما يساهم به الزوج، وذلك بالنظر لخروج المرأة لسوق العمل وحصولها على راتب نتيجة لذلك. وتبقى المسؤولية التي تحدث عنها نص المادة 54 م.أس.م هي مسؤولية تضامنيّة، بحيث متى تعذر على أحد الزوجين أو منعه طارئ ما من القيام بها، فيمارسها تلقائياً -المسؤولية الأبوية إزاء الأبناء- الزوج الآخر²، وهو ما يتماشى شرعاً مع حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي يحدث به إسماعيل بن أبي أويس قال: حدثني مالك، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالْأَمِيرُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ رَاعٍ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَعَبْدُ الرَّجُلِ رَاعٍ عَلَى مَالِ سَيِّدِهِ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُ، أَلَا كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ"³.

بايداع أدوات التصديق مع التحفظ في 21 يونيو 1993، في حين صادق على هذه الإتفاقية بتحفظ على المادة 14 منها، بموجب الظهير الشريف رقم 1-93-363 الصادر في 09 رجب 1417 (21 نوفمبر 1996)، بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، ج.ر.م عدد 4440 بتاريخ 08 شعبان 1417 (19 ديسمبر 1996)، ص.2847.

¹ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.488.

² محمد الكشور، الواضح في...، المرجع نفسه، ص.488-489.

³ انظر، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الأدب المفرد، رقم الحديث: 206، باب العبد راع، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط.03، 1989، ص.81.

وإجمالاً لما سبق، يتضح جلياً أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي قد تبنياً مبدأ المساواة بين الزوجين في مجال تسيير شؤون الأسرة، بما في ذلك السهر على رعاية الأولاد وضمن تربيتهم الحسنة، وكذا الوقوف على شؤون البيت والسهر عليها بما يخدم الأسرة ويحافظ على ديمومتها واستقرارها.

ثانياً: التشاور بشأن تسيير شؤون الأسرة وتنظيم النسل.

يُعدُّ هذا الحق والواجب من بين أهم وأبرز الحقوق المشتركة والمتبادلة بين الزوجين المستحدثة بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة، وقد جاء التّصنيف عليه ضمن المادة 36 فقرة 04 ق.أس.ج المعدلة والمتممة سنة 2005، ويتمثل في وجوب الحفاظ على التّشاور بين الزوجين في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النّسل، وهذا بالنّظر للأسس والمبادئ التي يقوم عليها قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم سنة 2005، لاسيما في مجال تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين بما يتوافق مع الاتفاقيات والمواثيق والمعاهدات ومختلف النّصوص الدّولية سالفة الذكر. وذلك حتى يعملاً معاً -الزوجين- على رعاية الأسرة وتنظيم الولادات¹، لما فيه مصلحة الأسرة والمجتمع، وكذا درء كل أشكال التمييز بين الجنسين -الزوجين- ذلك أن التّشاور بين الزوجين هو من قبيل البر والتّقوى، وهو من أشكال التّكافل الأسري، بما يحقق مصلحة الأسرة ويصوّمها²، ويستدل على ذلك من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ

¹ وفي هذا الشأن يرد قول الفقيه المالكي ابن جزري كما يلي: " في العزل لا يجوز العزل عن الحرّة إلا بإذنها ولا عن الرّوّة الأمة إلا بإذن سيّدتها لحقه في النّسل ويجوز عن السّرّيّة بغير إذنها "؛ مقتبس عن: أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزري الكلبي الغرناطي، القوانين...، المرجع السابق، ص.141.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص.525-526.

وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴿٢﴾¹، وقوله تعالى
أيضاً: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ ﴿١٥٩﴾﴾².

ومن جانب آخر، فإن الدراسات الاجتماعية والنفسية التي كانت على عينات من المجتمع الجزائري، أكدت أن عدم توافق الرغبات الجنسية بين الزوجين، وكذا انعدام الحوار والتشاور في كنف الأسرة، قد أسهم بشكل بارز في إنهاء العلاقات الزوجية وتفاقم المشاكل التي أدت بدورها إلى تدمير العديد من الأسر خلال السنوات الأخيرة المتعاقبة، من خلال تزايد حالات الطلاق بشتى صورته - سواء طلاق بالإرادة المنفردة للزوج، تطليق، أو خلع - المسجلة على مستوى الجهات القضائية، والتي كان من الممكن تداركها ببعث الحوار والتشاور بين الزوجين داخل مؤسسة الأسرة³.

ومما يمكن الإشارة إليه في هذا الجانب، أن قوامة الرجل داخل الأسرة تعني الرئاسة وضمن الحماية لأفرادها، وما ذلك إلا لأن الأسرة مؤسسة اجتماعية يقتضي استمرارها وبقاؤها وجود مسؤول يشرف على تسيير شؤونها والنهوض بأحوالها⁴، لكن بالرغم من كون مهمة قيادة الأسرة راجعة للزوج شرعاً، ودوراً يُناط به ويسأل عنه⁵، مصداقاً لقول الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁶، إلا أن هذه القيادة الأسرية لا تعني إطلاقاً الظلم والجور والسيطرة والتجبر من طرف الزوج على الزوجة⁷؛ أو

¹ سورة المائدة، الآية 02.

² سورة آل عمران، الآية 159.

³ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص. 526-527.

⁴ العربي بختي، أحكام الأسرة...، المرجع السابق، ص. 59.

⁵ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص. 527.

⁶ سورة النساء، الآية 34.

⁷ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص. 404.

اتخاذ الزوج للقوامة ذريعةً ليستندلَّ الزوجة أو يستخدمها في مصالحه، أو يجعل منها ذريعةً للاستعلاء أو البطش أو استباحة إرادة المرأة وعقلها¹. ولكن تعني بالمقابل تعنى حسن قوامة الرجل اللجوء للتشاور والتفاهم وإقناع الشريك الآخر، وأيضا تبني سياسة الحوار البناء مع الزوجة وتحسيسها بإنسانيتها².

ومن هذا المنطلق، فإن المشرع الجزائري بموجب التعديل الأخير الذي عرفه قانون الأسرة سنة 2005 سعى إلى تكريس وتعزيز مبدأ التعاون والتشاور والإشتراك بين الزوجين، ومنه تظهر بجلاء ووضوح فلسفة المشرع في محاولته لتبني التسوية بين كلا الزوجين في مجال الحقوق والواجبات، دون مراعاة للفروق الطبيعية والفطرية والبيولوجية³، وهو ما يؤكد إلغاء المشرع الجزائري صراحة لأحكام المادة 39 ق.أس.ج⁴ لسنة 1984، والتي كانت تؤسس لواجب طاعة الزوجة لزوجها بالمعروف باعتباره رئيساً للأسرة، حيث حذف المشرع الجزائري وألغى صراحة واجب طاعة⁵ الزوجة لزوجها، مع الإشارة إلى أن الزوجة مطالبة شرعاً بأن تنفذ للزوج ما يطلبه، وتوافقه في كل شيء وتسعى في رضاه، لكن يبقى نطاق الطاعة في حدود ما هو مباح شرعاً؛ ويستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: "السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ عَلَى الْمَرْءِ الْمُسْلِمِ فِيمَا أَحَبَّ وَكَرِهَ، مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِمَعْصِيَةٍ، فَإِذَا أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ فَلَا سَمْعَ وَلَا طَاعَةَ"⁶.

¹ العربي بختي، أحكام الأسرة...، المرجع السابق، ص.59.

² بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.404.

³ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.184.

⁴ كانت تنص المادة 39 من ق.أس.ج لسنة 1984 -الملغاة- على أنه: " يجب على الزوجة:

1- طاعة الزوج ومراعاته بإعتباره رئيس العائلة... الخ "

⁵ يقصد بطاعة الزوجة لزوجها ما يلي: "موافقة المرأة لزوجها باستجابة رغباته وطلباته، وطلب مرضاته في غير معصية الله تعالى؛ مقتبس عن: عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية " دراسة فقهية "، دار النفائس، الأردن، ط.01، 2011، ص.196.

⁶ أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 7144، كتاب الأحكام "باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية"، ج.09، ص.63.

ومما يشار إليه أن واجب الطاعة هو حق فرضه الله عز وجل، وجعله أمانة في عنق الزوجة فيثبت هذا الواجب بمجرد عقد النكاح، ويبقى قائماً على عاتق الزوجة بالدليل القرآني والسنة النبوية الشريفة، مع الإشارة إلى أن هذا الواجب يكتسي الطابع التعبدي بالنسبة للمرأة تتقرب به إلى الخالق، وتلقى مقابله أحسن الثواب والجزاء.

لكن وبالمقابل، فإن واجب الطاعة لا يُلغى شخصية المرأة ويقوّض من حرّيتها، كما أنه لا ينقص من قيمتها أو كرامتها، ويبقى بذلك مفهوم طاعة الزوجة لزوجها مقيداً بضوابط يمكن التعبير عنها في حدود إقامة شرع الله وعد مخالفته، ويستدل على ذلك بالقول "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"¹، فليست الطاعة المفروضة على الزوجة إزاء زوجها هي تلك الطاعة العمياء، وإنما تحتفظ الزوجة بالحق في إبداء رأيها في مختلف الشؤون المتعلقة بالأسرة، وفي تحديد طرق وأساليب تربية الأولاد، بما يضمن لها مكانتها التشاركية في تسيير الأسرة وشؤونها والحفاظ على استقرارها وديمومتها².

لكن بالرجوع لمضمون المواثيق والنصوص الدولية، فإنها لا تعترف بقوامة الرجل على المرأة، أو التزام هذه الأخيرة بطاعة زوجها، لأن ذلك يعتبر حسب هذه المواثيق والتّصوص الدّولية المؤسسة لمبدأ المساواة بين الجنسين من قبيل أشكال التّمييز واللامساواة ضدّ المرأة، كما ينظر إلى ذلك أنه يجعل الزوجة في مرتبة أدنى من الزوج، وهذا ما يتنافى تماماً مع مبدأ المساواة المطلقة بين الجنسين، ومن هذا المنطلق فقد دعت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الدول الأطراف إلى وجوب نبذ كل الأفكار والمبادئ التي من شأنها خلق لامساواة أو عدم توازن بين مكانة الزوجة مقارنة مع مكانة الزوج داخل الأسرة، وبمقابل ذلك حثّت الدول الأطراف على سحب

¹ بوكايس سمبة، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين...، المرجع السابق، ص. 103-104.

² بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص. 408.

تحفظاتها على مواد الاتفاقية؛ لاسيما المادة 16 منها، وأشارت إلى أن هذه الأفكار تبقى رجعية وتستمد مصدريتها من القوانين الداخلية أو الشرائع الدينية... الخ¹.

وتعليقاً على الموقف الذي إتخذه المشرع الجزائري بعد تعديله الأخير لقانون الأسرة سنة 2005، فإنه يمكن القول أنه قد أوجد فراغاً قانونياً، ويرى البعض بهذا الشأن على غرار الأستاذ بلحاج العربي أن يتحتم بهذه الحال الرجوع للمادة 222 ق.أس.ج² والتي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية، وهنا فإن قيام الزوج بواجباته الشرعية لاسيما الإنفاق على الزوجة يقابله طاعة الزوجة لزوجها في حدود ما شرع الله³، ويستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁴، وبالمقابل من ذلك فإن عدم طاعة الزوجة لزوجها بتوافر شروطها - الطاعة - الشرعية يجعلها في حكم الناشز شرعاً، ويعلق بهذا الخصوص الأستاذ بلحاج العربي أنه كان يتوجب على المشرع في إطار تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين، الحفاظ على التوازن بين مكانة الزوجين داخل الأسرة؛ فكما ضمن للزوجة حقها في النفقة الشرعية والصداق... الخ، فإنه كان على المشرع بالمقابل عدم إغفال حق الزوج من طاعة زوجته⁵.

ومن هذا المنطلق، يمكن الوقوف على المسعى الذي ابتغى من ورائه المشرع الجزائري إقرار مبدأ المساواة بين الزوجين في شتى المناحي الأسرية منذ نشأتها، وهو الأمر الذي دفعه لإلغاء هذا الواجب الملقى على عاتق الزوجة إزاء زوجها - واجب الطاعة - بإعتبار أن الإبقاء عليه ضمن نصوص قانون الأسرة المعدل يتنافى مع النهج والرؤية الجديدة الذي تبناها، ليُحلَّ محله مبدأ

¹ عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص.106، و.110.

² تنص المادة 222 ق.أس.ج المعدل والمتمم على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

³ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.407.

⁴ سورة النساء، الآية 34.

⁵ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.407-408.

التشاور والتعاون بين كلا الزوجين في مجال تسيير شؤون الأسرة وتحديد النسل، وهو الأمر الذي أكدته المشرع صراحة ضمن نص التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع المقدمين من طرف الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18 مايو 2009، والذي جاء فيه بهذا الخصوص ما يلي: "وقد لاحظت اللجنة الوطنية المنشأة لذلك الغرض أن الأسرة الجزائرية تطوّرت من أسرة يرأسها الزوج إلى وحدة عائلية تقوم على أساس تقاسم المهام والتعاون فيما بين الرجل والمرأة"¹.

كما يمكن الإشارة أيضا، أن التعديل الأخير الذي باشره المشرع الجزائري على قانون الأسرة، قد منح للزوجة دورا مساويا للرجل في مجال تحديد النسل، ويتجلى ذلك بإمكانية تحديد عدد الأطفال الذين يمكن إنجابهم، وكذا الفترات الفارقة بينهم². وبهذا الشأن تُرجع لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 21³ بأن سبب إعطاء الحق لها في تقرير عدد

¹ التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18 أيار/ مايو 2009، ص.17. (راجع الملحق رقم 01، ص.329 وما يليها).

² إن الموقف الذي إتخذه المشرع الجزائري يوافق ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي فيما يتعلق بتنظيم النسل، حيث يرى بهذا الشأن ما يلي: "يجوز التحكم المؤقت في الإنجاب بقصد المباحة بين فترات الحمل، أو إيقافه لمدة معينة من الزمن إذا دعت إليه حاجة معتبرة شرعاً بحسب تقدير الزوجين عن تشاور بينهما وتراض، بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر، وأن تكون الوسيلة مشروعة، وألا يكون فيها عدوان على حمل قائم"؛ مقتبس عن: وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018-2019، ص.99.

³ ورد في تعليقات التوصية العامة رقم 21 حول المادة 16 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وقد جاء فيها بهذا الخصوص ما يلي: "21- تؤثر مسؤوليات المرأة المتعلقة بالحمل وتربية الأطفال على حقها في الحصول على التعليم والعمل وغير ذلك من الأنشطة المتصلة بتطورها الشخصي. كما أن تلك المسؤوليات تلقي على عاتق المرأة أعباءً مجحفة من العمل. وعدد الأطفال والفترة بين إنجاب طفل وآخر لهما أثر مماثل على حياة المرأة ويؤثران أيضا على صحتها البدنية والعقلية، وكذلك على صحة أطفالها. ولهذا الأسباب يحق للمرأة أن تقرر عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر.

22- وتكشف بعض التقارير عن ممارسات قسرية تترك في المرأة آثاراً خطيرة، مثل الحمل أو الاجهاض أو التعقيم الاجباري. ولئن كان يفضل اتخاذ قرار إنجاب الأطفال من عدمه بالتشاور مع الزوج أو الشريك، فيجب مع ذلك ألا يُقيد الزوج أو الوالد أو الشريك أو الحكومة الحق في اتخاذ هذا القرار. وكما تتخذ المرأة قرارا مستنيرا بشأن وسائل منع الحمل المأمونة والموثوق فيها، يجب أن تتوفر لها معلومات عن وسائل منع الحمل وعن استخدامها، وأن يكفل لها الحصول على الثقافة الجنسية وخدمات تنظيم الأسرة، حسبما تنص على ذلك المادة 10(ج) من الاتفاقية.

الأطفال والفترة اللازمة بين إنجاب طفل وآخر مردّه المسؤوليات الملقاة على عاتقها، لاسيما ما يتعلق بالحمل وتربية الأطفال والسهر على شؤونهم، كما أن الأمر من شأنه أن يؤثر على حياة المرأة وعلى صحتها البدنية والعقلية، وحتى صحة أطفالها وسلامتهم¹.

وبهذا الصدد فقد أعربت الجزائر في إطار عرضها للتعليقات الختامية خلال الدورة 32 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بمناسبة نظر اللجنة في التقرير الدوري الثاني خلال الجلستين 667 و668 المنعقدتين بتاريخ 11 كانون الثاني/يناير 2005، بقولها الآتي: "...وأضاف الممثل أن حماية الأم والطفل متطورة. ولاحظ أن السياسة المطبقة في مجال تنظيم الأسرة أفضت إلى زيادة سنتين في معدل العمر المتوقع للمرأة ومكنت من تقليص وفيات الرضع والنوفاس وخفض معدل خصوبة الأزواج"².

ومما يشار إليه بهذا الخصوص، فإن تحديد عدد الأطفال والفوارق بينهم كما أنه يعتبر حقاً للزوجة، فإنه بالمقابل يعدّ حقاً للزوج هو الآخر، فهو بذلك من الحقوق المشتركة بين كلا الزوجين³، وهو ما أشارت إليه ذات التوصية سالفة الذكر بقولها: "...ولئن كان يفضل اتخاذ قرار

23- وثمة اتفاق عام على أنه حيثما توافرت دون قيود الوسائل الملائمة لتنظيم النسل الطوعي، تحسنت صحة ونماء ورفاه جميع أفراد الأسرة. وفضلا عن ذلك، فإن تلك الخدمات تؤدي إلى تحسن نوعية حياة السكان وصحتهم بوجه عام، كما أن التنظيم الطوعي لنمو السكان يساعد على صون البيئة وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية المستدامة. "؛ مقتبس عن: التوصية العامة رقم 21 "المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية" المنبثقة عن الدورة 13 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 13، 1992، مكتبة حقوق الإنسان "جامعة منيسوتا"، تاريخ الإطلاع: 2022/10/17، التوقيت: 09:21، الرابط الإلكتروني: <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/cedawr21.html>

¹ عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص.77.

² التعليقات الختامية للجزائر، المقدمة للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة خلال الدورة 32 المنعقدة ما بين 10-28 كانون الثاني/يناير 2005، أين نظرت في التقرير الدوري الثاني في جلستها 667 و668 المنعقدتين في 11/01/2005، ص.02 (راجع الملحق رقم 03، ص.349 وما يليها).

³ عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص.77.

إنجاب الأطفال من عدمه بالتشاور مع الزوج أو الشريك، فيجب مع ذلك ألا يقيد الزوج أو الوالد أو الشريك أو الحكومة الحق في اتخاذ هذا القرار... الخ"¹.

إن هذا النهج الجديد المبني على تكريس التّشاور والتعاون المشترك بين الزوجين إنما هو بيان صريح لتوجه المشرع الجزائري الرامي لإقرار المساواة بين الزوجين، ودحض كل ما من شأنه الإنقاص من قيمة أو مكانة الزوجة في مواجهة مكانة الزوج داخل الأسرة، وهو الأمر الذي يتماشى صراحة مع جملة المعاهدات والمواثيق والنصوص الدولية التي تُؤسّس لمبدأ المساواة وتسعى لتكريسه ضمن التشريعات الداخلية للدول، والتي صادقت الجزائر عليها وسعت لتجسيد مبادئها ضمن قانون الأسرة ومحتل التشريعات ذات الصلة؛ على غرار ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بنصها على الآتي: "للرجل والمرأة، متى أدركا سنّ البلوغ، حقّ التزوُّج وتأسيس أسرة، دون أيّ قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما متساويان في الحقوق لدى التزوُّج وخلال قيام الزواج... الخ".

وفي ذات السياق نجد أن اتجاه المشرع الجزائري يتماشى مع ما جاء في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW) لاسيما ما ورد في ديباجتها على النحو الآتي: "إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية،

- وإذ تضع نصب عينيها دور المرأة العظيم في رفاه الأسرة وفي تنمية المجتمع، الذي لم يعترف به حتى الآن على نحو كامل، والأهمية الاجتماعية للأُمومة ولدور الوالدين كليهما في الأسرة وفي تنشئة الأطفال،

- وإذ تدرك أن دور المرأة في الإنجاب لا يجوز أن يكون أساساً للتمييز بل إن تنشئة الأطفال تتطلب بدلاً من ذلك تقاسم المسؤولية بين الرجل والمرأة والمجتمع ككل،

¹ التوصية العامة رقم 21 " المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية "، المرجع السابق، الفقرة 22.

- وإذ تدرك أن تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل وكذلك في دور المرأة في المجتمع والأسرة،

وقد عقدت العزم على تنفيذ المبادئ الواردة في إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، وعلى أن تتخذ، لهذا الغرض، التدابير التي يتطلبها القضاء على هذا التمييز بجميع أشكاله ومظاهره... الخ؛ كما تضمنت ذات الاتفاقية تأكيداً واضحاً للدول الأعضاء على وجوب تكريس وتفعيل مبدأ المساواة في مجال إقرار التشاور بين الزوجين في إطار الحياة الأسرية، وكذا خلق توازن بشأن الحقوق والواجبات الزوجية فيما يتعلق بتسيير شؤون الأسرة وتحديد أسس السياسة الأسرية للنسل، ومن ذلك ما أشارت إليه صراحة في مادتها 16 بنصها على الآتي:

"1. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

ج. نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه،

ح. نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

هـ. نفس الحقوق في أن تقرر، بحرية وبإدراك للنتائج، عدد أطفالها والفواصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق،

د. نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

ز. نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة

ونوع العمل... الخ".

وقد أكد المشرع الجزائري على توجهه الصريح بتكريس مبدأ المساواة بين الزوجين¹، وتفعيله ضمن مجال الحقوق والواجبات الزوجية المشتركة، لاسيما ما يتعلق بالتشاور والتعاون بين الزوجين في تسيير شؤون الأسرة وتحديد النسل، ويظهر ذلك جلياً من خلال ما ورد ضمن التقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدمين من طرف الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18 مايو 2009، والذي جاء فيه بهذا الخصوص ما يلي: "وتعرف مجلة الأسرة الجديدة في مادتها 36، الحقوق والواجبات التي يجب أن يلتزم بها القرينان. وهكذا فإن مفاهيم طاعة الزوج واحترام والديه وأقاربه قد حُذفت ولم يجلّ مكانها سوى حقوق وواجبات متبادلة فيما بين الزوجين، ولاسيما "الحفاظ على العلاقات الزوجية والتعايش في وئام واحترام متبادل... الخ".²

كما يشار بهذا الخصوص إلى التوافق بين التوجّه الذي جنح إليه المشرع الجزائري في هذا الجانب، مع ما تضمنه إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، وهو بذلك تأكيد واضح من المشرع على تجسيد وتكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في المجالات الأسرية المرتبطة بالحقوق والواجبات الزوجية المشتركة، لاسيما ما تعلق بالتشاور والتعاون بين الزوجين في تسيير شؤون الأسرة وتحديد النسل، حيث جاء في المادة 06 من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة ما يلي: "2- تتخذ جميع التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي الزوجين في المركز، ولا سيما ما يلي:

ب. تتساوى المرأة مع الرجل في الحقوق وأثناء قيام الزواج وعند حلّه. ويكون لمصلحة الأولاد في جميع الحالات الاعتبار الأول،

¹ أشار صراحة ممثل الجزائر في عرضه للتعليقات الختامية على أن: "...الجزائر ملتزمة إلتزاماً راسخاً بمواكبة العصر وتحقيق التقدم. وأشار إلى أن من أولويات بلده المواءمة التدريجية لتشريعته الوطنية مع أحكام الاتفاقية"؛ مقتبس عن: التعليقات الختامية للجزائر، المقدمة للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة خلال الدورة 32 المنعقدة ما بين 10-28 كانون الثاني/يناير 2005، أين نظرت في التقرير الدوري الثاني في جلستها 667 و668 المنعقدتين في 11/01/2005، ص.03 (راجع الملحق رقم 03، ص.349 وما يليها).

² التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18 أيار/مايو 2009، ص.18 (راجع الملحق رقم 01، ص.329 وما يليها).

ج. يترتب للوالدين وعليهما حقوق وواجبات متساوية في الشؤون المتعلقة بأولادهما، ويكون لمصلحة الأولاد في جميع الحالات الاعتبار الأول،... الخ".

ومن جانب المشرع المغربي، فإن تسيير شؤون بيت الزوجية ورعاية الأطفال، والقيام على شؤونهم ورعايتهم لم يُعد بعد استحداث مدونة الأسرة المغربية سنة 2004 شأنًا خاصًا بالزوج وحده، يمارسه بالطريقة التي تحلو له، وإنما هي مسألة تهمُّ كلا الزوجين معًا.

ذلك أن بيت الزوجية وكل شؤونه أمر يعني كلا الزوجين معًا، باعتبارهما شريكين في شتى مناحي الحياة الزوجية، ومن هنا يقتضي أن يكون هذا الشأن محل تشاور وتوافق بينهما، وفي كل الأحوال فإن رأيين خير من رأي واحد كقاعدة عامّة، هذا بالإضافة إلى أنّ تشاور الزوج مع الزوجة في شؤون البيت والأطفال من شأنه أن يُشعرها -الزوجة- بإنسانيتها وبمكانتها وأهميتها داخل الأسرة، وهو ما يبعث على الألفة والتّقارب أكثر فيما بين الزوجين¹، كما أن الغاية المتوخاة من التشاور بين الزوجين المنبثق من المساواة هي الانتهاء إلى رأي مشترك توافقي بعيداً عن التمسك بالرأي الشخصي والتعصّب له، وإلا آلت المساواة إلى حصول هدم للأسرة بدل الهدف المتوخى منها وهو المساعدة على بناء شؤون الأسرة تحت مظلة الحوار الهادئ والتعاون والتكافل والإيثار².

ومما يشار إليه، أن ما ورد في مقتضى هذا البند المتعلق بهذا الواجب والحق الزوجي المشترك إنما هو تأكيد مرة أخرى من المشرع المغربي لما أقرّه بموجب المادة 04 م.أس.م التي تنص على أنه: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة"³، وهو بذلك يُعدُّ

¹ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.489.

² عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.152.

³ راجع المادة 04 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

ترجمة للتوجه الجديد الذي تبناه المشرع المغربي والذي يقضي بإقرار وتفعيل وتكريس مبدأ المساواة بين الزوجين، وكذا السهر على تجسيده في كل ما يتعلق بشؤون البيت والأسرة والأطفال، وخاصة أن بعض الزوجات هُنَّ أرجح عقلاً وثقافةً وأرشد رأياً، بل وأحسن تدبيراً من أزواجهن¹.

والملاحظ بشأن التوجه الذي جنح إليه المشرع المغربي هو الآخر بإلغائه لواجب طاعة الزوجة للزوج، والذي كان منصوصاً عليه ضمن الفصل 36 فقرة 03 المحددة لحقوق الرجل على المرأة بقوله: "2- طاعة الزوجة لزوجها بالمعروف... الخ"؛ وكذا إعادة تنظيم الحقوق والواجبات الزوجية ضمن مادة واحدة هي المادة 51 م.أس.م، وهو بذلك تكريس واضح لمبدأ المساواة ونبتذ كل أشكال التمييز ضد المرأة -الزوجة- كما أنه تبني واضح من المشرع للأفكار والمبادئ التي عبّر عنها ضمن التقرير الجامع للتقريين الدورين الثالث والرابع المقدم من طرف دولة المغرب للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18 سبتمبر 2006، والذي تضمن بهذا الخصوص ما يلي: "وقد أنهى قانون الأسرة الجديد، الذي سيرد نصه الكامل في مرفق هذا التقرير، الأحكام السابقة لقانون الأحوال الشخصية التي تنص على حقوق للزوجة على زوجها وحقوق للزوج على زوجته، وكان بذلك يكرس السلطة الزوجية. أما قانون الأسرة فلم ينص، وفقاً لتعريف الزواج والغرض منه، إلاً على حقوق وواجبات متبادلة في إطار المادة 51 منه، فأنهى بذلك وجوب طاعة الزوجة وكرس المسؤولية المشتركة للزوجين"².

وأما فيما يتعلق بالتشاور بين الزوجين حول تنظيم النسل، فهو توجه جديد تبنته الدولة بما يتماشى وسياستها الاجتماعية والاقتصادية، والمبنية على رؤية تتمثل في أن قلة عدد أفراد الأسرة مع توافر المقومات والمقدرات التي تحتاجها من الجانبين الاجتماعي والاقتصادي، يُعدُّ أفضل من

¹ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.490.

² التقرير الجامع للتقريين الدورين الثالث والرابع للمغرب، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 2006/09/18، ص.73. (راجع الملحق رقم 02، ص.337 وما يليها).

كثرة أفرادها مع تحبُّطها في الفقر والجهل، وهو ما من شأنه أن يعود بالسلب على المجتمع كأن يُسهم مثلاً في تنامي ظاهرة الإجرام، وهذه الأخيرة التي أضحت من بين أهم الظواهر التي تُؤرِّق المجتمع في الوقت الراهن¹، كما أن استحداث المشرع المغربي لهذا الحق والواجب المشترك إنما هو تأكيد منه على تقلُّد الزوجة نفس الدور المساوي والمماثل لدور الزوج في تحديد السياسة الأسرية المنتهجة في مجال تحديد النسل وعدد الأطفال، بما يتماشى مع المبادئ الدولية الرامية لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين عامة، وبين الزوجين خاصة في شتى مراحل بناء الأسرة، وهو ما دعت إليه صراحةً اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في مادتها 16 بنصها على الآتي:

"1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

ج. نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه،

ح. نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغضِّ النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

هـ. نفس الحقوق في أن تقرر، بحرية وبإدراك للنتائج، عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق،

د. نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

ز. نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار إسم الأسرة والمهنة ونوع العمل،... الخ".

¹ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.490.

وصفوة القول أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي، قد وافقا المعاهدات والمواثيق والاتفاقيات الدولية الرامية بتكريس مبدأ المساواة المطلقة بين الزوجين في مجال الحقوق والواجبات المشتركة بينهما، لاسيما ما يتعلق بتبني منهج التشاور والتعاون في تسيير الأسرة والوقوف على شؤونها وتحديد سياسة النسل وتربية الأطفال، لكن بهذا الخصوص تحديداً يمكن القول أنّ الموقف الذي جنح إليه كلا المشرعين من شأنه الإضرار بمصالح الأسرة وضمان استقرارها وديمومتها، باعتبار أن قيادة الأسرة وتوجيهها أمر قد يستحق بعض الحزم والتخلي عن المشاعر، وهو ما قد يغيب عن الزوجة في غالب الأحيان بالنظر لطبيعتها الخلقية.

ومن ثم يمكن القول بأن التشاور في تسيير الأسرة يبقى منهجاً ذا حدّين؛ فمن جهة أولى قد يرفع من شأن الأسرة ويسير بها نحو بر الأمان والاستقرار، كما أنه من جهة ثانية قد يكون هادماً لها أمام تفرّق وتشتت رؤى الزوجين وكذا تضارب الأفكار والتوجّهات بينهما، بما قد يؤرق الأسرة ويُدخلها في دوامة الاختلاف المذموم وغير المحمود العواقب.

الفرع الثاني

الحقوق والواجبات المرتبطة بعلاقة الزوجين مع أصولهم وأقاربهم

يُعدُّ من بين أهم الآداب الشرعية التي راعتها الشريعة الإسلامية، وجوب قيام الفرد المسلم بالاعتناء والحرص على رعاية الوالدين، وكذا تعهد الأقارب بالوصال والحفاظ على صلة الرحم¹. ومن هذا المنطلق، فقد تطرّق كلا المشرعين الجزائري والمغربي بالتنصيص للحقوق والواجبات التي تقع على عاتق الزوجين إزاء والديهما وكذا أقاربهما، خصوصاً ما يتعلق بالحقوق والواجبات ذات الطابع الشخصي من تبادل للزيارات والحفاظ على صلة الرحم معهم.

¹ عبد المنعم نعيمي، المرجع السابق، ص. 454.

وعليه، سيتم التطرق لهذه الواجبات والحقوق والواجبات، مع الوقوف على مدى تكريس المشرعين الجزائري والمغربي لمبدأ المساواة بين كلا الزوجين بهذا الخصوص.

أولاً: حسن معاملة كل واحد من الزوجين لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم، وزيارتهم واستضافتهم بالمعروف.

يُعدُّ من بين أهم وأبرز الحقوق والواجبات المتبادلة والمشاركة بين كلا الزوجين التي كرَّسها وأكد عليها أيضا المشرع الجزائري بموجب تعديله للمادة 36 واستحدثاته للفقرتين 05 و 07 ق.أس.ج، واللتين تؤكدان على وجوب احترام كل واحد من الزوجين لأبوي الآخر، وأهله الأقربين وزيارتهم واستضافتهم بالمعروف. ذلك أن الدين الإسلامي يأمر كُلاً من الرجل والمرأة بحسن مُعاملة الوالدين، وطاعتهم والإحسان إليهما، وكذا الإنفاق عليهما¹ إذا كانا فقيرين²؛ وفي هذا الشأن يرد قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴿٢٣﴾﴾³، وهو الأمر الذي أكدته المشرع الجزائري صراحةً بموجب نص المادة 77 ق.أس.ج بقوله: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث"⁴.

كما نجد أن السنة النبوية المطهرة تحثُّ على صلة الرحم، والتي تشمل إكرام الوالدين وزيارتهم والإحسان إليهم، وكذا الإحسان إلى الأقارب⁵، وقد ورد بهذا السياق في صحيح مسلم

¹ جاء في المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا من خلالها قرارها الصادر بتاريخ 2000/11/21 ما يلي: "إن نفقة الفروع على الأصول واجبة حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة والإرث."

وأن القضاء بإسقاط حق الأم عندما طلبت النفقة من أولادها رغم أن هذا الحق مقرر لها شرعاً وقانوناً هو حكم باطل وهو مخالف للشرع والقانون؛ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 2000/11/21، ملف رقم 254643، م.ق، العدد 02، 2001، ص.290.

² بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.404.

³ سورة الإسراء، الآية 23.

⁴ راجع المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمنتم.

⁵ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.405.

ما حدثه به عبد الله بن محمد بن أسماء الضبعي، حدثنا جويرية عن مالك، عن الزهري، أن محمد بن جبير بن مطعم، أخبره أن أباه، أخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "لَا يَدْخُلُ الْجَنَّةَ قَاطِعٌ رَحِمٍ"¹؛ كما ورد في ذات السياق في صحيح البخاري ما حدث به محمد بن مقاتل، أخبرنا النضر، أخبرنا شعبة، حدثنا فراس، قال: سمعت الشعبي، عن عبد الله بن عمرو، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الْكَبَائِرُ: الإِشْرَاقُ بِاللَّهِ، وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ، وَقَتْلُ النَّفْسِ، وَالْيَمِينُ الْعَمُوسُ"²، وقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم، أن بر الوالدين وطاعتها والإحسان إليهما ضمان لدخول الجنة³؛ ويستدل على ذلك بالحديث الذي حدث به زهير بن حرب، قال: حدثنا جرير عن سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "رغم أنفه، ثم رغم أنفه، ثم رغم أنفه؛ قيل: من؟ يا رسول الله قال: مَنْ أَدْرَكَ وَالِدَيْهِ عِنْدَ الْكِبَرِ، أَحَدَهُمَا أَوْ كِلَيْهِمَا، ثُمَّ لَمْ يَدْخُلِ الْجَنَّةَ"⁴.

ومما يمكن ملاحظته على التعديل الذي مسَّ المادة 36 ق.أس.ج سنة 2005، هو التكرار الذي اعتمده المشرع في صياغته التشريعية، فيما تعلق بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين إزاء الوالدين والأهل والأقارب⁵؛ حيث أكد بموجب المادة 36 فقرة 07 ق.أس.ج مرة

¹ أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 2556/19، كتاب البر والصلة والآداب "باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها"، ج.04، دار إحياء التراث العربي، ص.981.

² أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، المرجع السابق، رقم الحديث: 6675، كتاب الأيمان والنذور "باب اليمين الغموس"، ج.08، ص.137.

³ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.405.

⁴ أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المرجع السابق، رقم الحديث: 2551/10، كتاب البر والصلة والآداب "باب رغم أنف من أدرك أبويه أو أحدهما عند الكبر، فلم يدخل الجنة"، ج.04، دار إحياء التراث العربي، ص.1978.

⁵ يُعدُّ التكرار الذي اعتمده المشرع الجزائري في صياغته للفقرات 05، 06، و07 من المادة 36 ق.أس.ج المعدلة والمتممة سنة 2005، دليلاً واضحاً يستدل به على إيلاء المشرع لمكانة كبيرة وبارزة لصلة الرحم بين كلا الزوجين وأولياهم وأقاربهم على قدم المساواة، بما يتماشى وتعاليم الدين الإسلامي الحنيف، وهو الأمر الذي من شأنه ضمان إستقرار الأسرة وإستمراريتها وضمن المساواة بين الزوجين في مجال الإحسان لوالديهم وأقاربهم ومعاملتهم بالمعروف والحسنى، خلافاً لما كان عليه الحال في قانون الأسرة لسنة 1984 الذي كان يلزم الزوجة وحدها على طاعة وإحترام والدي الزوج، وترك مسألة إحترام والدي الزوجة وأقاربها من طرف الزوج غامضة. حيث لم يلزم المشرع الجزائري الزوج صراحة

ثانية - ناهيك عما ورد سابقاً ضمن الفقرة 05 من ذات المادة - على وجوب زيارة كل واحد من الزوجين لأبويه وأهله وأقاربه وكذا استضافتهم بالمعروف، بالذهاب إليهم في مساكنهم، أو استقبالهم في البيت الزوجي في حدود المنطق والمعقول.

ويقصد بالمعروف هنا، بأن تكون الزيارات بالاعتدال وفي حدود اللزوم، وفي الأوقات المناسبة ولمدة معقولة؛ وذلك حتى لا تتحول إلى أداة لخلق المشاكل الزوجية، وتخريب البيت الزوجي، بأن تكون هذه الزيارات على حساب مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد.

وعليه؛ فإن زيارة الزوجة لأهلها حق لها طالما أنها لا تتعسف في استعماله، ولا يستطيع الزوج منعها من ذلك إلا خوفاً من عدم الأمن عليها¹. وقد قال الفقهاء بهذا الشأن على تفصيل آرائهم وتباينها في بعض التفصيلات أن لها حق زيارة والديها بالمعروف مرة كل أسبوع، إذا كانوا يقطنون في نفس المدينة²؛ كما يتعين على الزوجة بالمقابل من ذلك أن تبذل لزوجها ذات الحق الذي يبذله لها، فلا تتأفف أو تستثقل زيارته لأبويه وسائر أقاربه، بل يتوجب عليها إعانة زوجها على ذلك من باب صلة الرحم والحفاظ على وصالهم الذي أمر به الله عز وجل³، وفي وفي هذا

بذلك، وبقيت هذه المسألة مرهونة بتطبيق أحكام المادة 222 ق.أس.ج التي تحيل على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، أين نجد هذه الأخيرة تحت على صلة الرحم ووجوب إحترام كلا الزوجين للوالدين وتوطيد أواصر التقارب مع الأهل والأقارب.

¹ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.406.

² قال المالكية والحنفية في القول المفتى به عندهم في هذه المسألة: للمرأة الخروج لزيارة والديها كل جمعة، ومحارمها كل سنة ولو بغير إذن الزوج؛ لأن ذلك من المصاحبة بالمعروف المأمور بها، ومن صلة الرحم. وقيدة المالكية بأن يكون الوالدان في البلد.

والصحيح من مذهب الحنفية وهو مذهب المالكية أن الزوج لا يمنع أبوي الزوجة من الدخول عليها في كل جمعة، ولا يمنع غيرها من المحارم في كل سنة.

وذهب الشافعية، وهو قول للحنفية: إلى أن له المنع من الدخول، معللاً بأن المنزل ملكه وله حق المنع من دخول ملكه، وهذا ظاهر الكنز؛ مقتبس عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج.24، دار الصفاة، الكويت، ط.01، د ذ س ط، ص.82.

³ عبد المنعم نعيبي، المرجع السابق، ص.455.

الشأن يرد قول الله تعالى في الكتاب العزيز: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطَّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾¹.

كما يمكن الوقوف من خلال التعديل الذي باشره المشرع الجزائري لنص المادة 36 ق.أس.ج، على أن كلا الزوجين ملزمان قانوناً كما هو شرعاً بالمحافظة على أواصر القرابة وصلات الرحم، ليس مع أقاربهما وأرحامهما كل على وجه الاستقلال والانفراد عن الآخر فقط، بل يُعنى كل منهما برعاية وتقدير واحترام والدي وأقارب وأرحام الشريك الآخر، وقد أكد المشرع على توجهه في العناية بالعلاقة بين الزوجين وأبويهم وأقاربهم، من خلال إفراده لهذا الموضوع ثلاث فقرات ممتالية تحرص وتؤكد مجتمعةً على رعاية الوالدين والأقارب بالحسنى، وتحت على وصال الرحم بالمعروف وضمن تبادل الزيارات².

وغير بعيد عن المشرع الجزائري، فقد نص نظيره المغربي هو الآخر في حدود المادة 51 فقرة 05 م.أس.م على الواجب المشترك والمتبادل بين كلا الزوجين، الذي يقضي بوجود إلتزام كلا الزوجين بحسن معاملة أبوي الشريك الآخر، وكذا كل محارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف.

ذلك أنه على وجه العموم؛ فإن حسن معاملة كل زوج لأبوي الشريك الآخر واحترامهم، إنما يندرج من جهة أولى في نطاق حسن المعاشرة ومراعاة كل من الزوجين لشعور الطرف الآخر واحترام عواطفه بالمعروف، فللزوجة مشاعر وعواطف تُكِنُّها لأهلها، كما تربطها بهم صلة رحم وقرابة ترغب دائماً في المحافظة عليها. وعلى الزوج بالمقابل أن يحسن مراعاة هذا الشعور ويقدره حق قدره، كما يجب هو الآخر بدوره أن يُراعِي شعوره نحو أهله من طرف زوجته، وبالتالي له

¹ سورة محمد، الآية 22.

² عبد المنعم نعيمي، المرجع السابق، ص.455-456.

-الزوج- مثل ما عليه؛ وللزوجة مثل ما عليها بدون إفراط ولا تفريط من أحد الطرفين، ويندرج ذلك عموماً ضمن المحافظة على صلة الأرحام مع الوالدين والأقربين.

كما يمكن الإشارة إلى أن هذا الواجب والحق المشترك والمتبادل بين كلا الزوجين -حسن معاملة كل زوج لأبوي الشريك الآخر واحترامهم- يندرج من جهة ثانية ضمن نطاق بر الوالدين والإحسان إليهم¹، وقد ورد في ذلك قول الله عز وجل في عدة مواضع من الكتاب العزيز من بينها قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَهَرَّهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ٢٣﴾ وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ٢٤﴾²، وقوله تعالى أيضاً: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفَصَدَّهُ فِي عَمَيمٍ أَنْ أَشْكُرَ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ ١٤﴾³؛ وقد وردت العديد الآيات القرآنية بهذا السياق، وهو بذلك تأكيد واضح وصريح من المولى عز وجل على بر الوالدين، إذ إنه يُعدُّ من باب حسن المعاشرة بالمعروف أن يساعد كل زوج شريكه الآخر على القيام بهذا الواجب الديني والأخلاقي على أحسن وأكمل وجه⁴.

ومما يمكن الخلوص إليه أيضاً؛ إلى أنَّ تحسين علاقة الزوج مع أبوي الزوج الآخر، من شأنه أن يفيد كثيراً في ضمان استقرار الأسرة، ويعزز أواصر المودة ويقوي روابط المحبة بين الزوجين،

1 محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.490.

2 سورة الإسراء، الآيتان 23-24.

3 سورة لقمان، الآية 14.

4 محمد الكشور، الواضح في...، المرجع السابق، ص.491.

كما يحفظ لهما هناء حياتهما الزوجية ويديم رفاها، كما أن ذلك من شأنه الإسهام في تسهيل فضّ النزاعات التي قد تطرأ بين الزوجين في خضم الحياة الزوجية، أو على الأقل توفّي وُقوعها¹.

ومن باب المساواة بين كلا الزوجين؛ فإن الزوجة كما أمّا تُحبّ والديها وتُكرّمهُما. فإن الزوج كذلك ينبغي عليه شرعاً وقانوناً أن يُرحّب بهم، ويستقبلهم على الوجه الحسن، وبنفس الحفاوة التي يستقبل بها والديه وأقربائه. ويقع على عاتق الزوجة هي الأخرى استقبال والداي زوجها، والترحيب بهم على الوجه المطلوب والإحسان إليهما².

وخلاصة القول، أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي قد تبني مبدأ المساواة المطلقة بين كلا الزوجين، في مجال التأكيد على وجوب بر الوالدين وكذا الحفاظ على روابط القرابة وتعزيز أواصرها، وصيانتها هذه القرابة بتبادل الزيارات بالمعروف، والمحافظة على الاحترام المتبادل والمبدول من طرف كلا الزوجين على قدم المساواة.

ثانياً: المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

لقد أكّد المشرع الجزائري بموجب تعديله لقانون الأسرة سنة 2005 على جُملة الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين، لاسيما ما تعلق بحسن معاملة الأبوين والأقارب، وكذا الحفاظ على الروابط المشتركة مع أقارب الزوجين، والحرص على معاملتهم بالحسنى والمعروف، حيث نص المشرع بموجب المادة 36 فقرة 06 على ما يلي: "يجب على الزوجين: 6...-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف،...الخ".

وعليه، يجب على كل واحد من الزوجين أن يُحافظ على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف، على أساس المودة الدائمة والاحترام المتبادل.

¹ محمد الكشور، الواضح في...، المرجع نفسه، ص.491؛ عبد المنعم نعيبي، المرجع السابق، ص.455.

² بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.405؛ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص.189.

ومن هذا المنطلق، تجب طاعة الزوجة لوالدي الزوج والعكس يقع صحيحاً، كما يتعين على الزوجين أيضاً المحافظة على زيارة الوالدين والأقارب حفاظاً على الروابط العائلية. ذلك أن المحافظة على روابط القرابة ينصرف أيضاً إلى ضرورة خلق التعاطف والتألف، في إطار المجتمع المتماسك والقوي؛ بما يضمن المودة والرحمة بين الزوجين، ويكفل لهما الانسجام ولأسرتهما التضامن والاستقرار¹.

ومما يلاحظ بهذا الشأن، أن قانون الأسرة 84-11 الصادر بتاريخ 1984/06/09 قبل تعديله الأخير سنة 2005، كان يُوجب على الزوجة وحدها احترام والدي الزوج وأقاربه بموجب المادة 39 فق 03 ق.أس.ج².

وبالمقابل من ذلك، لم تكن تُوجب أحكام قانون الأسرة على الزوج احترام والدي الزوجة وأقاربها حسب نص المادة 37 ق.أس.ج باعتبارها المادة التي تُنظم واجبات الزوج إزاء زوجته³. فكان هذا من بين العيوب والنقائص ومظهراً من مظاهر التمييز التي شابت واعترت نصوص قانون الأسرة قبل تعديله سنة 2005. ذلك أن حسن معاملة الأقارب، إنما هو في الحقيقة من الحقوق المشتركة والمتبادلة بين كلا الزوجين على قدم المساواة ودون أي تمييز أو مفاضلة لأحدهما على الآخر⁴.

¹ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.405.

² تنص المادة 39 فقرة 03 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 قبل تعديلها سنة 2005 على أنه: "يجب على الزوجة: 3- احترام والدي الزوج وأقاربه".

³ تنص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 قبل تعديلها سنة 2005 على أنه: "يجب على الزوج نحو زوجته:

1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها،

2- العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة".

⁴ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.405.

ومن هذا المنطلق، يستخلص أيضاً أنه يقع على عاتق كليهما معاملة والدي الشريك الآخر بالحسنى، وكذا بذل الاحترام لأقاربه، وتبادل الزيارات معهم واستضافتهم بالترحيب والسعة¹، ذلك أن تعامل الزوج مع والدي الزوجة وأقاربها بالإحسان، طبقاً لأحكام الشّرع والعرف؛ وكذا تقدير الزوجة لوالدي الزوج وأقاربه، إنّما هو سلوك سليم من شأنه تقوية المحبّة وتمتين العلاقات الأسرية، وهو ما يسهم في إحلال السّعادة والاستقرار في الأسرة، وازدياد وتعزيز التّرابط والألفة والتّكافل الأسري².

ومما يشار إليه في الأخير أنّ من أبرز أسباب الطلاق في المجتمع الجزائري، هي إساءة أحد الزّوجين لوالدي الطرف الآخر وأقربائه، واتخاذ معهم سلوكاً عشوائياً أو عدائياً، ممّا يُعمّق التّنافر والشّقاق والنّزاع بين الزوجين³.

ومن جانب المشرع المغربي، فقد اكتفى بالتنصيص على هذا الحق والواجب المشترك ضمن المادة 51 فقرة 05 م.أس.م، على خلاف المشرع الجزائري الذي استعمل أسلوب التكرار وتعدّد الفقرات تأكيداً منه على أهمية هذه الروابط التي يتوجب على الزوجين الحفاظ عليها مع والديهم وأقاربهم، ذلك أنه يتوجّب على الفرد المسلم برّ والديه استجابة لأمر الله عز وجل الذي قرن عبادته وعدم الإشراف به مع الإحسان للوالدين وبرّهما⁴، ويستدل على ذلك بقول الله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۗ إِنَّمَا يُبَلِّغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ۗ (٢٣) وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ أَرْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيْتَنِي صَغِيرًا ۗ (٢٤)﴾⁵.

¹ عبد المنعم نعيبي، المرجع السابق، ص.454.

² بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.406؛ العربي بخي، أحكام الأسرة...، المرجع السابق، ص.66.

³ بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص.406.

⁴ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص.189.

⁵ سورة الإسراء، الآيتان 23-24.

وصفوة القول، أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي قد أكدا صراحةً على تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في مجال الحقوق والواجبات المشتركة إزاء والديهما والحفاظ صلة الرحم معهما ومع أقاربهما، ومما تجدر الإشارة إليه أنه رغم عدم اهتمام شتى المواثيق والمعاهدات الدولية بمسألة المساواة بين الزوجين في مجال الحقوق والواجبات المرتبطة بأصولهما وأقاربهما، إلا ان تكريس المشرعين لمبدأ المساواة يتماشى تماما مع ما دعت إليه أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء بهذا الخصوص.

وبعد التطرق خلال المراحل السابقة لمدى تكريس كلا المشرعين الجزائري والمغربي لمبدأ المساواة بين الجنسين في مجال الحقوق والواجبات الزوجية المشتركة ذات الطابع الشخصي، فما مدى تكريسهما لهذا المبدأ ضمن النظام المالي للزوجين؟

المبحث الثاني

أثر مبدأ المساواة على النظام المالي للزوجين

يُعدُّ الزواج الرابطة الوحيدة لتكوين أسرة، في حين تعتبر هذه الأخيرة النواة الأولى في تشكيل المجتمع، وقد اهتم القانون بتنظيم مختلف مسائل الرابطة الزوجية في جميع جوانبها متأثراً في ذلك بتعاليم الشريعة الإسلامية. ومن ثم فإن الذمة المالية للزوجين، تعتبر من أهم المسائل التي احتاجت نوعاً من التدقيق والتنظيم. وهو الأمر الذي تصدى له كلا المشرعين، الجزائري في إطار قانون الأسرة، وكذا المشرع المغربي في إطار مدونة الأسرة.

ومن المقرر شرعا وقانونا أن يحتفظ الزوج وزوجته بعد زواجهما كلٌّ منهما بدمته المالية مستقلة عن ذمة الآخر، بل تبقى كل التصرفات الواردة على هذه الأموال منفصلة عن تصرفات الطرف الثاني، دون أدنى مساس بالمراكز القانونية للزوجين، فمن هذا المنطلق كان لهما (الزوجين)

الحق في إدارة أموالهما مديناً أو تجارياً دون أحقية أي طرف في منع الطرف الآخر من إتمام هذه التصرفات.

ورغم مزايا نظام فصل الأموال واستقلال الذمم المالية للزوجين من الناحية النظرية، فإن متطلبات الحياة الأسرية المشتركة من الناحية الفعلية غالباً ما تدفع الزوجين إلى المساهمة بجهدهم المادي والمعنوي في سبيل الحفاظ على مصالح الأسرة المالية، وقد يتطور الأمر إلى حد المساهمة في تكوين ثروة الأسرة فيخلق حين ذلك الاتحاد الفعلي للأموال بين الزوجين.

من خلال ما سبق عرضه، سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق لأثر مبدأ المساواة على للاستقلال المالي للزوجين باعتباره أصلاً عاماً (المطلب الأول)، ثم نسلط الضوء على نظام التشارك المالي بين الزوجين باعتباره نظاماً حديثاً لتسيير وتدبير أموال الأسرة بما يجعله مساعداً للتربط والتكامل الأسري (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أثر مبدأ المساواة على نظام الاستقلال المالي للزوجين

يُقصد بنظام استقلال الأموال بين الزوجين: "استقلال كل من الزوجين بتصرفاته المالية وضمنان أثر تلك التصرفات في حدود ذمته¹ المالية دون سريان ذلك الضمان إلى ذمة الزوج

¹ الذمة لغة هي: العَهْدُ مَنْسُوبٌ إِلَى الدِّمَّةِ: قَالَ الجَوْهَرِيُّ: الدِّمَّةُ أَهْلُ العُقْدِ. قَالَ: وَقَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ الدِّمَّةُ الأَمَانُ؛ مقتبس عن: محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، المرجع السابق، ج.12، ص.221.

وفي هذا السياق جاء في مسند الإمام أحمد بن حنبل أنه قال: حدثنا وكيع، حدثني خليفة بن خياط، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته وهو مسند ظهره إلى الكعبة: "المُسْلِمُونَ تَكَافَأُ دِمَائُهُمْ، وَنَسَعَى بِدِمَتِهِمْ أَذْنَانَهُمْ، وَهُمْ يَدُّ عَلَى مَنْ سَوَّاهُمْ"؛ مقتبس عن: أخرجه أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، المرجع السابق، رقم الحديث: 6797، ص.402-403.

الآخر"¹، وهو الأمر الذي يعني أنه في ظل مبدأ الاستقلال والفصل بين ذمتي الزوجين وفقاً لما أقرته الشريعة الإسلامية فإن كل زوج يستطيع أن يحتفظ بأمواله الخاصة إذا أراد ذلك والتصرف فيها دون إشراك زوجه الآخر، ومنه يظل كل واحد منهما أجنبياً عن الآخر من الناحية المالية².

ومما تجدر الإشارة إليه؛ أن الشريعة الإسلامية قد أقرت هذا المبدأ منذ خمسة عشر قرناً، والذي مفاده أن عقد الزواج لا أثر له على مال الزوجين - سواء كان عقاراً أو منقولاً- وبذلك فكل زوج يحتفظ بدمته المالية مُستقلة عن ذمة الزوج الآخر. ويتربط على ذلك أنه لا يحق للزوج أن يأخذ شيئاً من مال زوجته إلا أن يكون ذلك برضاها، كما يتمتع الزوج في الإسلام بذمة مالية مستقلة منفصلة عن زوجته. وذلك على نقيض القوانين الغربية، فتبقى الزوجة محتفظة بانتمائها العائلي، ولقبها الذي كانت تحمل قبل الزواج، ولا يعطى لها اسم عائلة الزوج، كما هو الحال في المجتمعات الغربية، كما أنها تتمتع بدمتها المالية المستقلة عن زوجها، الأمر الذي يخولها التصرف في أموالها دون رقابة الزوج، إذ لا ولاية للزوج على أموال زوجته³.

وقوله كذلك صلى الله عليه وسلم: "مَنْ صَلَّى الصُّبْحَ فَهُوَ فِي ذِمَّةِ اللَّهِ. فَلَا يَطْلُبُنَّكَ اللَّهُ مِنْ دِمَّتِهِ بشيءٍ فيدركه فيكبه في نار جهنم"؛ مقتبس عن: أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري في صحيحه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، رقم الحديث: 657/261، كتاب المساجد ومواضع الصلاة "باب فضل صلاة العشاء والصبح في جماعة"، ج. 01، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، مصر، 1373هـ/1955م، ص. 454.

¹ أنظر، عمر صلاح حافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط. 01، 2010، ص. 13.

² أنظر، محمد أمين تيراوي، استقلالية الذمة المالية للزوجة بين الشريعة الإسلامية والقانون "دراسة مقارنة"، مجلة الشريعة والاقتصاد، دورية أكاديمية متخصصة تصدر عن كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، المجلد 08، العدد 02، ديسمبر 2019 م، ص. 91، الجزائر، الرابط الإلكتروني على الأضية الرقمية للمجلات (Asjp): <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/107984>

³ أنظر، العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015، ص. 152؛ العربي بلحاج، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، مجلة علمية دورية تصدر عن مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق، جامعة وهران 2، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، 2012، ص. 26-27.

زيادةً على ذلك؛ فإنه تبرز أهمية إقرار مبدأ الذمة المالية المستقلة لكل واحد من الزوجين في الحرص على عدم اغتناء أحدهما على حساب الذمة المالية للآخر، أو السعي إلى ركوب مطية الزواج بهدف الاغتناء، بعيداً عن القيم، والغايات السامية لعقد الزواج، كما ومن شأن استقلال الذمة المالية للزوجين؛ أن يخول لكل واحد من الزوجين الحفاظ على ثروته المكتسبة قبل الزواج وتنميتها في استقلال تام عن الذمة المالية للزوج الآخر سواء بشكل إيجابي أو سلبي¹.

كما تبرز أهمية استقلالية الذمة المالية للزوجين في حماية كل واحد من الزوجين في مواجهة الزوج الآخر، فالذمة المالية لأحدهما قد لا تكون دائماً إيجابية ومليئة، فقد تكون ذمته سلبية من خلال تحمله لديون سابقة، ويحل أجل آدائها بعد إبرام عقد الزواج، أو يقوم بتصرفات تحمله مسؤولية شخصية تجاه الغير، فيكون هو وحده الملزم بالوفاء بديونه، ومن ماله الخاص دون أن يمتد أثر هذه الديون إلى الذمة المالية للزوج الآخر².

ومن هذا المنطلق، فما هو موقف كلا المشرعين الجزائري والمغربي من هذا المبدأ؟ وما هي

جملة الآثار المترتبة عن تبني الزوجين لمبدأ الاستقلال المالي؟

¹ انظر، كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد "دراسة تحليلية مقارنة"، دار ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، ط.01، 2019، ص.76-77.

² انظر، محروق كريمة، أموال الزوجين بين الاستقلالية والاشتراك على ضوء الفقه وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، دورية أكاديمية متخصصة تصدر عن كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، المجلد 06، العدد 11، جوان 2017 م، ص.146، الرابط الإلكتروني على الأرضية الرقمية للمجلات (Asjp):

<https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/91/6/11/37735>

الفرع الأول

موقف المشرع الجزائري من مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين

بالرجوع لموقف المشرع الجزائري، فإنه من خلال تعديله الأخير الذي مسّ قانون الأسرة سنة 2005 لاسيما أحكام المادة 37 ق.أس.ج والتي جاء التنصيص في فقرتها الأولى على ما يلي: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر... الخ"¹، وتعليقاً على الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري يقول محمد أمين لوعيل: "وقد اعترف المشرع الجزائري بدوره في قانون الأسرة استقلال الذمة المالية للمرأة عن طريق تجسيده لفكرة حرية المرأة بالتصرف في أموالها"².

ولعل ما يؤكّد هذا الموقف الصريح الذي اتخذته المشرع الجزائري بهذا الخصوص ما نصت عليه صراحةً المادة 38 ق.أس.ج قبل إلغائها بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، والتي جاء فيها ما يلي: "للزوجة الحق في: ... حرية التصرف في مالها"³.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول بأن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة قد اعترف صراحةً للزوجة بشخصيتها المستقلة عن شخصية الزوج، واعتبرها عضواً كاملاً الأهلية داخل الأسرة، دونما أي تمييز بينها وبين الزوج في مجال مباشرة حقوقها وتحمل التزاماتها، باستثناء ما تفرضه الخصوصيات المترتبة على الاختلاف الفيزيولوجي والبيولوجي لكلا الجنسين وما يرتبه ذلك من تمايز طبيعي بينهما، حيث أن المرأة تبقى شريكاً للرجل باعتبارها إنساناً كاملاً مما يُحتم أن

¹ راجع المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمنتم.

² محمد أمين لوعيل، المركز...، المرجع السابق، ص.166.

³ راجع أحكام المادة 38 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984؛ وقد أُلغيت بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005، ج.ر.ج عدد 15 لسنة 2005 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

تتمتع بسائر الحقوق، وهو ما يترتب عنه أن للزوجة كامل الحق في التملك والانفراد بدمتها المالية عن ذمة زوجها، بكل ما تشمله هذه الذمة من عناصر إيجابية أو سلبية¹.

والجدير بالذكر؛ أن مبدأ الفصل بين ذمّتي الزوجين في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري يختلف عنه في القانون الفرنسي، ففي ظل هذا الأخير؛ يستطيع كل زوج أن يحتفظ بأمواله الخاصة إذا أراد ذلك، والتصرف فيها دون إشراك زوجته، فيظل كل واحد منهما أجنبياً عن الآخر من الناحية المالية، ويبقى مسؤولاً عن ديونه؛ سواء قبل أو بعد الزواج باستثناء الديون الناتجة عن تكاليف الحياة الزوجية، أو عن تربية الأولاد. بينما تبقى الزوجة في الإسلام محتفظة بنفس الحقوق، والسلطات على أموالها كما كانت قبل الزواج دون أن تكون ملزمة بالمساهمة بما لها في تكاليف الحياة الزوجية وتربية الأولاد².

وعلى وجه العموم؛ فإن نظام استقلال وفصل الأموال بين الزوجين يبرره أن كلا الزوجين يتمتعان بأهلية قانونية كاملة وفقاً للمادة 37 فق 01 ق.أس.ج في التصرف بأموالهما بكل حرية، وذلك بكافة أنواع التصرفات المالية المشروعة، كما أنه بالمقابل من ذلك يلتزم كل منهما بوفاء الديون المترتبة بدمته³، دون أن يؤثر عقد الزواج في ذلك بأي شكل من الأشكال⁴.

وصفوة القول، أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 37 ق.أس.ج لم يفرض أي نظام مالي -منفصل أو مشترك- على المقبلين على الزواج، بل ترك لهما الحرية في اختيار العلاقات

¹ انظر، بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، 2015-2016، ص.137.

² انظر، مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق، 2005-2006، ص.13.

³ جاء في المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا من خلالها قرارها الصادر بتاريخ 2002/04/10 ما يلي: "إن اعتراف الزوج بالدين تجاه زوجته أمام قاضي الأحوال الشخصية يجعل هذا الأخير مختصاً للفصل في مبلغ الدين المتنازع عليه؛" قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش.م، 2002/04/10، ملف رقم 279878، م.ق، العدد 01، 2003، ص.378.

⁴ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص.538.

المالية التي تناسب مصالحهما المالية والاقتصادية، وتحديد ذلك يكون بالاتفاق المشترك بين الزوجين سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق. ولكن في حالة عدم الاتفاق على نظام مالي معين، فإن الزوجين في هذه الحال يخضعان للنظام المالي الذي تبناه المشرع ضمن قانون الأسرة المعدل سنة 2005، والذي أقرته الشريعة الإسلامية، وذلك خلال الحياة الزوجية وبعد انتهائها بالطلاق أو الوفاة. وهو الأمر الذي يتماشى مع مبدأ المساواة بين الزوجين، وذلك شريطة ألا يخالف إتفاقهما النظام العام، وكذا الأحكام المتعلقة بالحقوق والواجبات المترتبة عن الزواج، وكذا القواعد المتعلقة بالنفقة والميراث والحضانة... الخ¹.

الفرع الثاني

موقف المشرع المغربي من مبدأ إستقلال الذمة المالية للزوجين

بالرجوع لموقف المشرع المغربي، فإنه بعد استحداثه لمدونة الأسرة تبني هو الآخر صراحة مبدأ الفصل والاستقلال المالي لذمتي كلا الزوجين كأصل عام، وهو ما نصَّ عليه صراحةً بموجب المادة 49 م.أس.م بقولها: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر،... الخ"²، وقد جاءت هذه المادة للتأكيد على ما كان عليه الوضع سابقاً قبل إلغاء مدونة الأحوال الشخصية³ واستبدالها بمدونة الأسرة⁴؛ ومن هذا المنطلق يُستشفُّ الموقف الصريح الذي تبناه المشرع المغربي بهذا الخصوص، وحفاظه على موقفه بعد استحداث مدونة الأسرة المغربية سنة 2004.

¹ بلحاج العربي، بحوث قانونية...، المرجع السابق، ص.151.

² راجع المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

³ ينص الفصل 35 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه: "حقوق المرأة على الزوج: 4- للمرأة حريتها الكاملة في التصرف بما لها دون رقابة الزوج إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته".

⁴ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص.141؛ كركري الطاهر، المرجع السابق، ص.172.

ومما يشار إليه، أنه يترتب على هذا المبدأ بالأول ولاية للزوج على أموال زوجته، فللمرأة كامل الحرية في التصرف في مالها دون أدنى تدخل أو رقابة من الزوج، ويقع العكس صحيحاً، فلكل منهما الاستقلال بدمته المالية على مستوى الإشراف والتسيير والتدبير، فليس للزوج الحق في تملك أي شيء من مال زوجته، ما لم تفوضه في ذلك بعبء... الخ، وبالمقابل من ذلك فإنه يتعين على الزوج التكفل بالالتزامات والحقوق المالية المفروضة عليه بمقتضى الثوابت الشرعية وكذا مقتضيات نصوص مدونة الأسرة¹.

والملاحظ على موقف المشرع المغربي، أنه قد أنصف المرأة -الزوجة- بمنحها حق التصرف في مالها بشكل مستقل عن زوجها²، وذلك باعتبار أن ذمتها المالية مستقلة عنه -الزوج- سواء بسواء، إلا إذا أرادت هي بكل طواعية منها واختيار من جانبها ضم ذمتها المستقلة إلى ذمة زوجها المالية بطريق الاشتراك المالي. وبالمقابل فإن هذا الحق ليس مقصوراً على الزوجة وحدها، وإنما هو مكفول أيضاً للزوج، ويبقى هذا الأخير مخيراً بين ضم ذمته لذمة زوجته أو الاحتفاظ بدمته مستقلة عن ذمة زوجته³.

وتعليقاً على موقف المشرع المغربي بهذا الشأن، فإن اعترافه للزوجة بالحق في الذمة المالية المستقلة ليس أبداً نوعاً من الترف القانوني الناتج عن المد التحرري الذي أخذ يجتاح جميع

¹ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص. 181؛ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 144؛ كريمة محروق، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص. 76.

² عيّرت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة ضمن التقرير الجامع للتقاريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من طرف دولة المغرب بتاريخ 18 سبتمبر 2006، عن التعديلات التي قام بها المشرع المغربي بمناسبة استحداث مدونة الأسرة سنة 2004 بما يلي: "وللمرأة المغربية أهلية كاملة في الذمة المالية، وليس للزوج أي تأثير على هذه الذمة. ويأخذ القانون المغربي بأحكام المذهب المالكي التي تنص على أن الزواج لا يؤدي إلى اختلاط الذم المالية، مع الإبقاء على مبدأ فصل الأموال"؛ التقرير الجامع للتقاريرين الدوريين الثالث والرابع للمغرب، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 2006/09/18، ص. 71 (راجع الملحق رقم 02، ص. 337 وما يليها).

³ كركري الطاهر، المرجع السابق، ص. 175.

المجتمعات والتشريعات الداخلية، والقائم على مبادئ الحرية والمساواة المطلقة بين الجنسين، وإنما يركز هذا الاعتراف على غايتين أساسيتين هما:

- الأولى تتجلى في رفع الحيف والقهر المسلط على المرأة المتزوجة التي كانت تعتبر مجرد إنسان ثانوي داخل مؤسسة الأسرة لا يتمتع بحق ممارسة حقوقه المالية بعد ارتباطها بعقد الزواج، فكان لابد أمام حتمية التغيير والتطور إنصافها ورد الاعتبار لها بتمكينها من حقها في استقلالها المالي عن الزوج، وذلك امتدادا لاستقلالها بشخصيتها القانونية الكاملة.

- الثانية وتتمثل في الحفاظ على التوازن المالي للأسرة، فمما لا شك فيه أن الظروف الاجتماعية والاقتصادية الراهنة عرفت تطورا كبيرا نتيجة انخراط المرأة في سوق الشغل وولوجها لميدان الوظائف مما أكسبها مداخيل مالية معتبرة مقارنة بالرجل. فكان لابد من إعادة النظر في التزامات وحقوق كل طرف من أطراف العلاقة الزوجية نتجية للتطورات والتغيرات الحاصلة على المنظومة الأسرية والاجتماعية ككل¹.

وخلاصة القول، أن الموقف الذي تبناه كلا المشرعين الجزائري والمغربي بهذا الخصوص يتماشى مع أحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، ذلك أن إقرار الشريعة لمبدأ استقلال الذمة المالية، لم يقصد به الرجل وحده دون المرأة، بل أُقِرَّ هذا الاستقلال لفائدة كلا الزوجين -الجنسين- معاً على حدِّ السواء، فكما يتمتع الرجل بذمة مالية مستقلة، فإن المرأة هي الأخرى تتمتع بذلك كالرجل سواء بسواء، وبذلك لكل واحد منهما الحق في استثمار أمواله لحسابه الخاص عن طريق التجارة أو الفلاحة أو بأي شكل يراه مناسباً... الخ، كما يجوز لهما أن يدخرا هذه الأموال كل باسمه الخاص، أو يتصرفا بها بالتبرع كالهبة أو الصدقة... الخ، وذلك دون أي تدخل أو تقييد لحرية الطرف الآخر ما دام هذا التصرف مشروعاً وموافقاً للشريعة الإسلامية².

¹ انظر، محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله "ظهر المهراس" بفاس، 2005-2006، ص.26.

² كركري الطاهر، المرجع السابق، ص.168-169؛ عبد الله (بن الطاهر) التاني السوسي، المرجع السابق، ص.215.

وهو الأمر الذي يستدل عليه صراحةً من القرآن الكريم بعدد الآيات القرآنية، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾¹، وقوله تعالى أيضا: ﴿ وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبْنَ وَسَأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّا اللَّهُ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴾².

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على استقلال الذمة المالية للزوجين

إن إقرار الشريعة الإسلامية للذمة المالية المستقلة للزوجة عن ذمة الزوج، ومن بعدها التشريعات الأسرية على غرار قانون الأسرة الجزائري، ومدونة الأسرة المغربية إنما هو إقرار للعدل والمساواة بين كلا الزوجين في مسألة الاستقلال المالي بعد الزواج³، وفي مقابل هذا الحق الأصيل للزوجة فإنه تتفرع عنه بعض الحقوق أهمها:

¹ سورة النساء، الآية 07.

² سورة النساء، الآية 32.

³ بوخاتم آسية، المرجع السابق، ص. 139.

أولاً: حرية تصرف الزوجة في مالها.

يرى جمهور الفقهاء¹ أنه يحقُّ للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة²، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَأَنْتُمْ أَلْتَمَيْتُمْ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ³﴾³، وهو ظاهر في فك الحجر عنهم، وإطلاقهم في التصرف⁴.

وقد ثبت في رواية زينب امرأة عبد الله قالت: خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: "يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ، تَصَدَّقْنَ وَلَوْ مِنْ حُلِيِّكُنَّ، فَإِنَّكُنَّ أَكْثَرُ أَهْلِ جَهَنَّمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"⁵.

وفي مقابل رأي الجمهور، يرى المالكية وفي رواية عن الإمام أحمد أنه يحجر على المرأة المتزوجة الحرة الرشيدة لصالح زوجها في التصرف بغير عوض كالهبة والكفالة فيما زاد على ثلث مالها قياساً على المريض، ويكون تبرعها بما زائد عن الثلث نافذاً، حتى يرد الزوج جميعه أو ما شاء منه، وهذا على المشهور عند المالكية، ومنه يكون نافذاً جميع ما تبرعت به، إن لم يعلم الزوج بتبرعها حتى بانته منه بطلاق، أو علم وسكت، أو مات أحدهما؛ وللزوج في مقابل ذلك رد جميع ما تبرعت به الزوجة إن تبرعت بزائد على ثلثها، وله إمضاؤه وإنفاذه، وله رد الزائد فقط.

أما واجبات الزوجة من نفقة أبويها، فلا يحجر عليها فيه، ولو قصدت بالإنفاق ضرر الزوج عند ابن القاسم، خلافاً لما روي عن مالك من رد الثلث إذا قصدت به ضرر الزوج، ولها أن تهب جميع مالها لزوجها، ولا اعتراض عليها في الهبة لأحد. ولها - أي الزوجة - التصرف بعوض في

¹ وهم: الحنفية والشافعية والحنابلة في الراجح عندهم.

² وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه...، المرجع السابق، ج. 09، ص. 4506.

³ سورة النساء، الآية 06.

⁴ وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص. 4507.

⁵ أخرجه محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك الترمذي أبو عيسى، المرجع السابق، رقم الحديث: 635، أبواب الزكاة "باب ما جاء في زكاة الحلي"، ج. 03، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ص. 19.

جميع ماها¹، ويستدل المالكية على رأيهم بحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "لَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ عَطِيَّةٌ فِي مَاهَا إِذَا مَلَكَ زَوْجُهَا عِصْمَتَهَا"². وعلى العموم يبقى رأي جمهور الفقهاء هو الأوجه؛ لأن ذمة المرأة المالية مستقلة عن ذمة الزوج في الإسلام، وهذا من مفاخر الشريعة التي أعطت المرأة -الزوجة- أهلية كاملة في التملك والتصرف³.

ومن هذا المنطلق، فإنه لا يرتب عقد الزواج أي أثر على أهلية الزوجة في التملك أو التعاقد أو التصرف بأموالها، فطبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية فإن الزوجة تبقى مالكة بكل حرية مطلقة لما كانت تملكه قبل الزواج، وكذا كل ما يؤول إليها بعده من مال منقول أو عقار، كما يبقى لها مطلق الحرية في إدارته والتصرف فيه كما تشاء ودون أي تدخل من الزوج⁴، ذلك أن عقد الزواج عقد شخصي وليس عقداً مالياً، وعليه فالزواج لا يمنح الزوج أي حق في التدخل في تصرفات زوجته المالية⁵، وفي هذا الشأن يقول الدكتور مصطفى السباعي ما يلي: "لا تمحى شخصية المرأة في حياتها الزوجية الجديدة، ولا تطغى عليها شخصية الزوج الحقوقية والاجتماعية، فالمرأة لا تزال

¹ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه... المرجع السابق، ج.06، ص.4505-4506.

² أخرجه أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُجْردي الخراساني أبو بكر البيهقي، السنن الصغير...، المرجع السابق، رقم الحديث: 2080، كتاب البيوع "باب الحجر على البالغين بالسفه"، ج.02، ص.301.

³ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه...، المرجع السابق، ج.06، ص.4507.

⁴ في هذا الشأن جاء في القرار رقم 144 (16/2) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي ما يلي: "للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة الناقمة، ولها الحق المطلق في إطار أحكام الشرع بما تكسبه من عملها، ولها ثرواتها الخاصة، ولها حق التملك وحق التصرف بما تملك ولا سلطان للزوج على ماها، ولا تحتاج لإذن الزوج في التملك والتصرف بماها"؛ راجع القرار رقم 144 (16/2) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السادسة عشرة (16) المنعقد بدي (دولة الإمارات العربية المتحدة) بتاريخ 30 صفر-05 ربيع الأول 1426هـ الموافق لـ 09-14 نيسان (أبريل) 2005م، ص.472-473 (راجع الملحق رقم 04، ص.357 وما يليها)، الرابط الإلكتروني: <https://iefpedia.com/arab/?p=44358>

⁵ بوخاتم آسية، المرجع السابق، ص.140؛ كريمة محروق، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.73؛ نصر سلمان، نماذج تطبيقية للنزاعات المالية بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مداخلة أقيمت بمناسبة يوم دراسي موسوم بعنوان: "النظام المالي للزوجين في الجزائر بين القصور وخصوصية المجتمع"، إنعقد بتاريخ 2020/12/04، جامعة الإخوة منتوري "قسنطينة 01"، دار ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، ط.01، 2021، ص.83.

تنسب إلى عائلتها وتحمل اسمها واسم أبيها وهي مستقلة تمام الاستقلال في شؤونها المالية الخاصة لا سلطان للزوج ولا للأب عليها في هذه الشؤون، تبيع وتشتري وتؤجر وتستأجر وتتصرف سائر التصرفات التي تحتاج إلى الأهلية الكاملة في المعاملات¹، ويترتب على ذلك ممارسة الزوجة لكافة المعاملات والعقود المالية وغير المالية باسمها وحسابها الخاص، كما تحافظ على نسبة ولقب أبيها حتى بعد الزواج، وهو ما يدفع للقول بأن الزوجة تحتفظ بشخصيتها المدنية المستقلة حتى بعد الزواج، وتبعا لذلك لها أن تمتلك وتتعاقد بنفسها، فأهليتها المدنية الكاملة لمباشرة المعاملات المدنية لا تتأثر بعقد الزواج².

وبالرجوع لموقف المشرع الجزائري، فإنه نصّ صراحةً بموجب المادة 38 ق.أس.ج قبل إلغائها بعد تعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005، والتي جاء فيها ما يلي: "للزوجة الحق في: ... حرية التصرف في مالها"³، وقد أكد المشرع حتى بعد تعديل قانون الأسرة على موقفه في استقلالية الذمة المالية لكلا الزوجين، وهو ما نص عليه صراحةً بموجب المادة 37 ق.أس.ج والتي جاء فيها ما يلي: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر... الخ"⁴، كما يستشف هذا الموقف من خلال المادة 14 ق.أس.ج والتي تنص على ما يلي: "الصدّاق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"⁵.

¹ انظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج.01، دار النيريين ودار الورق، بيروت، دمشق، ط.09، 2001، ص.28؛ مقتبس عن: بوخاتم آسية، المرجع السابق، ص.140.

² بوخاتم آسية، المرجع السابق، ص.140.

³ راجع أحكام المادة 38 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984؛ وقد ألغيت بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005، ج.ر.ج عدد 15 لسنة 2005 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

⁴ راجع المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

⁵ راجع المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد نص صراحة بموجب المادة 49 م.أس.م على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمّة مالية مستقلة عن ذمة الآخر... الخ"¹، وقد جاءت هذه المادة لتحافظ على نفس الموقف الذي تبناه المشرع سابقاً في ظل مدونة الأحوال الشخصية، حيث كان ينص الفصل 35 منها على أنه: "حقوق المرأة على الزوج: 4- للمرأة حريتها الكاملة في التصرف بما لها دون رقابة الزوج إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته"².

وخلاصة القول، أن التشريعين الأسريين الجزائري والمغربي أقرّا الاستقلال المالي لكلا الزوجين، إذ ليس للزواج أثر على أموال الزوجين، وبهذا يحتفظ كل منهما بدمته المالية المستقلة عن ذمّة الزوج الآخر، ويترتب على ذلك محافظة الزوجة على أهليتها الكاملة بعد الزواج، متى كانت متمتعة بقواها العقلية الكاملة حسب مفهوم المواد 40 ق.م.ج³، 209 و 210 م.أس.م⁴، ومنه تتمتع الزوجة بكامل حريتها في التصرف في أموالها بعوض أو بدونه -تبرعاً- وهو الأمر الذي يتماشى مع رأي جمهور الفقهاء⁵؛ كما أنه يتوافق مع ما عبّرت عنه اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة ضمن التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع المقدم من طرف دولة المغرب بتاريخ 18 سبتمبر 2006، في سياق تعليقها على التعديلات التي باشرها المشرع المغربي بمناسبة استحداثه لمدونة الأسرة سنة 2004، حيث جاء فيها: "وليس لزواج المرأة

¹ راجع المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

² راجع الفصل 35 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

³ تنص المادة 40 ق.م.ج المعدل والمتمم على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

⁴ تنص المادة 209 م.أس.م على أنه: "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة"؛ كما تنص المادة 210 م.أس.م على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته".

⁵ بوخاتم آسية، المرجع السابق، ص. 141-142.

في المغرب أي أثر على لقبها، أو اختيار عمل أو مهنة، أو حيازة الممتلكات وتنظيمها وإدارتها والانتفاع بها؛ وتظل الذمة المالية للمرأة المتزوجة كاملة¹.

ثانيا: مساهمة الزوجة في الإنفاق على بيت الزوجية.

إن التطورات التي شهدتها المجتمعات الحديثة، خاصة ما تعلق بولوج المرأة لشئى ميادين الأعمال والوظائف، وهو ما ترتب عليه جملة من الآثار التي تمس الأسرة، وخصوصا ما يرتبط بالعلاقات المالية الخاصة بالزوجين؛ كراتب الزوجة ومختلف أموالها التي تجنيها أو تكتسبها بطرق شتى، وهو الأمر الذي يقتضي الخوض في آثار اغتناء الذمة المالية للزوجة، لاسيما مدى مساهمة الزوجة العاملة في مختلف التكاليف والأعباء العائلية².

وعلى العموم، فإنه يقصد بالأعباء والتكاليف المالية العائلية، تلك المصاريف المتعلقة بإدارة شؤون البيت والسهر على حاجات الأولاد، وكل ما هو معتبر ضروري لاحتياجات الأسرة مما تتطلبه الحياة اليومية من مصاريف، وبالرجوع لموقف المشرع الجزائري الذي أقرَّ صراحةً حرية المرأة في التصرف في مالها، وهو الأمر الذي يتنافى مع إلزامها بالمساهمة في الإنفاق وكذا المشاركة في الأعباء المالية للأسرة، لكن في مقابل الظروف الاقتصادية الصعبة وإرتفاع المستوى المعيشي، فإن

¹ التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع للمغرب، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18/09/2006، ص.76 (راجع الملحق رقم 02، ص.337 وما يليها).

² مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص.258.

الزوجة أضحى تشارك في الإنفاق على الأسرة بطريقة أو بأخرى دون أن يكون ذلك بمثابة التزام قانوني¹ مُلقى على عاتق الزوجة².

وبالعودة لموقف المشرع الجزائري، فإنه حسم الأمر صراحةً حيث نص بموجب المادة 74 ق.أس.ج على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون"³، وهو ما يستخلص منه صراحة التزام الزوج الإنفاق على زوجته وأولاده⁴؛ لكن بالمقابل من ذلك فقد نص ذات المشرع في إطار تحديده لجملة الحقوق والواجبات المشتركة بين كلا الزوجين، وتحديدًا ما ورد في المادة 36 فق 03 على أنه: "يجب على الزوجين: **3-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم...**"⁵، وبالرغم من عمومية هذا النص كما سبق الإشارة إلى مضمونه سابقاً، إلا أنه يتوجب على كلا الزوجين مُراعاة واجب تربية الأولاد والقيام على شؤون الأسرة، وكل ما يترتب عن ذلك من أعباء ومتطلبات ذات طابع مادّي أو معنوي⁶، ومع ذلك فإن المشرع الجزائري في

¹ في هذا الشأن جاء في القرار رقم 144 (16/2) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي ما يلي: "1-لا يجب على الزوجة شرعاً المشاركة في النفقات الواجبة على الزوج ابتداءً، ولا يجوز إلزامها بذلك.

²-تطوع الزوجة بالمشاركة في نفقات الأسرة أمر مندوب إليه شرعاً لما يترتب عليه من تحقيق معنى التعاون والتآزر والتآلف بين الزوجين... الخ"؛ راجع القرار رقم 144 (16/2) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السادسة عشرة (16) المنعقد بدي (دولة الإمارات العربية المتحدة) بتاريخ 30 صفر-05 ربيع الأول 1426هـ الموافق لـ 09-14 نيسان (أبريل) 2005م، ص.473 (راجع الملحق رقم 04، ص.357 وما يليها)، الرابط الإلكتروني: <https://iefpedia.com/arab/?p=44358>

² مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص.258.

³ راجع المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص.260؛ كريمة محروق، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.71.

في هذا الشأن جاء في القرار رقم 144 (16/2) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي ما يلي: "تستحق الزوجة النفقة الكاملة المقررة بالعرف، وبموجب سعة الزوج وبما يتناسب مع الأعراف الصحيحة والتقاليد الاجتماعية المقبولة شرعاً، ولا تسقط هذه النفقة إلا بالنشوز"؛ راجع القرار رقم 144 (16/2) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السادسة عشرة (16) المنعقد بدي (دولة الإمارات العربية المتحدة) بتاريخ 30 صفر-05 ربيع الأول 1426هـ الموافق لـ 09-14 نيسان (أبريل) 2005م، ص.473 (راجع الملحق رقم 04، ص.357 وما يليها)، الرابط الإلكتروني: <https://iefpedia.com/arab/?p=44358>

⁵ راجع المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

⁶ مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص.260.

إطار حماية الأسرة وضمن حاجياتها نص أيضا بموجب المادة 76 ق.أس.ج على أنه: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"¹، ومن منطلق هذا النص يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد أشار إلى إمكانية مساهمة الزوجة في الإنفاق دون أن يكون ذلك بشكل ملزم لها، ولا يكون ذلك إلا في حالة عجز الأب وتحقق قدرتها واستطاعتها على الإنفاق، وهنا يصبح الإنفاق على الأولاد واجبا على عاتق الزوجة في هذه الحال².

وبالمقابل من ذلك، فإن المشرع المغربي من حيث الأصل يلزم الزوج بالإنفاق على بيت الزوجية، وفقا ما هو منصوص عليه في المادة 194 م.أس.م التي يقضي بأنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعت له للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها"³، إلا أنه استثناءً تكون الزوجة ملزمة بالإنفاق إذا كانت مُوسرةً وكان الزوج معسرا⁴، ويُعد هذا الرأي هو المشهور لدى الظاهرية حيث يقول ابن حزم بخصوص هذه المسألة ما يلي: "فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامراته غنية كُلفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر... الخ"⁵، واستدل على رأيه بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدَيْهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾⁶، وهو ذاته الرأي الذي تبناه المشرع في حدود المادة 199 م.أس.م بقوله: "إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق عن أولاده، وكانت الأم موسرةً، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب"⁷، وذلك خلافاً

¹ راجع المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

² مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص.260.

³ راجع المادة 194 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

⁴ محمد أفاش، المرجع السابق، ص.39.

⁵ انظر، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، المحلى بالآثار، ج.09، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ذ س ط، ص.254.

⁶ سورة البقرة، الآية 233.

⁷ راجع المادة 199 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

لما كان ينص عليه الفصل 115 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بقوله: "نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفتها على زوجها"¹، ولعل هذا النص كان يجد تبريره في ظل التصور القانوني للزوج النموذجي المتمتع بالملاءة الاقتصادية والكفاءة المادية، لكن إذا كان الزوج أمام الظروف الاقتصادية الحالية فإنه في غالب الأحيان أضحي عاجزاً عن القيام بواجبه الاقتصادي إزاء أسرته على أحسن وجه. ويبقى التساؤل المطروح في ظل هذا الواقع أليس من باب المساواة بين كلا الزوجين ومن منطلق العدل والانصاف أن تكون الزوجة أيضاً ملزمة قانوناً بالاتفاق؟

وعلى العموم، فإنه مهما يكن من أمر فإنفاق الزوجة الموسرة على زوجها المعسر ليس بحق للزوج المعسر بقدر ما هو واجب على زوجته الموسرة، لأن رابطة الزوجية وما يفترض أن يكون بين الزوجين من الألفة والمودة لا تترك مجالاً لوصف أحدهما باليسر والآخر بالمعسر فيسر الزوجة يسر للزوج، وإنفاقها عليه عند إعساره لا يمثل إلا حداً أدنى من الوفاء والحفاظ على بيت الزوجية من التفكك والانهيار، وبالرجوع للواقع المعاش فإننا نجد أن أغلب الزوجات اللاتي يتوفرن على دخل مادي لا يترددن في الإنفاق لمساعدة أزواجهن على تحمل التكاليف والأعباء المادية للأسرة، من هذا المنطلق فإن البعض يرى أنه يجب ألا تنتقل بهذا الواجب الأخلاقي من كل ما يحمله من المعاني النبيلة إلى الإلزام والالتزام القانوني والقضائي، لما سيكون له من كبير الأثر في هدم الحياة الزوجية².

وصفوة القول، أن الموقف الذي تبناه كلا المشرعين الجزائري والمغربي بهذا الخصوص يتوافق صراحةً مع ما أشارت إليه صراحةً اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في مادتها 16 حيث جاء فيها: "1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد

¹ راجع الفصل 115 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

² محمد أفاش، المرجع السابق، ص. 39-40.

المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

ح. نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحياسة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض... الخ".

المطلب الثاني

أثر مبدأ المساواة على نظام الاشتراك المالي للزوجين

بالرغم من إقرار الشريعة الإسلامية لمبدأ انفصال الذمة المالية لكلا الزوجين، إلا أن متطلبات ومقتضيات الحياة الزوجية المشتركة قد تفرض على الزوجين توحيد مواردهما المادية، من أجل السهر على رعاية وضممان مصلحة أسرتهما. وهو الأمر الذي يعني إقامة اتحاد فعلي وواقعي لذمتي الزوجين رغم أنهما منفصلتان نظرياً، ذلك أن يبقى من الصعب الحديث عن حياة زوجية مشتركة قائمة على تكريس أسس المودة والترابط والتعاون، دون أن يشمل هذا الأخير مساهمة كلا الزوجين بموارده المالية في تحقيق مصلحة الأسرة¹، وعلى الأساس سنتطرق لتعريف نظام الإشتراك المالي بين الزوجين (الفرع الأول)، وكذا أثر مبدأ المساواة على صور وأشكال الإشتراك المالي بين الزوجين (الفرع الثاني).

¹ انظر، كريمة محروق، أحكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع "دراسة مقارنة"، ألفا للوثائق، الجزائر، ط. 01، 2019، ص. 59.

الفرع الأول

تعريف نظام الاشتراك المالي للزوجين

يعتبر نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين هو الأصل في الدول الغربية؛ ذلك ذلك أنه يطبق كلما تُمّ الزواج دون مشاركة، إذ تعد فرنسا من الدول الرائدة بتطبيق هذا النظام بنسبة 75% من حالات الزواج، وقد صيغت عدة تعريفات حول نظام الاشتراك المالي بين الزوجين¹، من أهمها أنه: "هو مجموعة القواعد التي تحدد علاقة كل من الزوجين بأمواله وبأموال الزوج الآخر وعلاقتهما معاً بالأموال المشتركة، والقواعد التي تحدد علاقة كل من الزوجين بالديون المستحقة عليهما معاً، وكذلك القواعد التي تحدد التزام أحد الزوجين بالإنفاق الزوجي وحده أو التزام أحدهما بالإنفاق ومساهمة الآخر في ذلك أو التزامهما معاً بالإنفاق"².

يرتكز هذا النظام على تشارك الزوجين في الأموال المكتسبة بعد انعقاد الزواج، مهما كانت طبيعتها وسواء كانت منقولات كانت أو عقارات. هذا إلى جانب الاشتراك في مختلف المداخل والرواتب... الخ؛ وبالمقابل يقع على كليهما عبئ الالتزام بالديون المشتركة المتعلقة بهذه الأموال، وكذا النفقات الزوجية.

ويعدُّ هذا النظام المالي الأكثر اتباعاً من قبل الفرنسيين، ويعتبر عقد الاشتراك في الأموال بين الزوجين أحد صور الملكية المشتركة بين الزوجين التي نظمتها جل التشريعات الوضعية، والتي يصطلح عليها بـ "النظام المالي للزوجين"، وقد عُرف هذا النظام في الدول الاسكندنافية بعد أن تبنته ألمانيا في إطار قانونها المدني سنة 1957. وموجب القانون الصادر في 31 يوليو 1968

¹ كريمة محروق، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.78.

² انظر، رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية"، دار الثقافة، عمان، ط.02، 2010، ص.197.

فقد أدرجه كذلك المشرع الفرنسي إلى جانب الأنظمة المالية الاتفاقية المعروفة في ظل القانون المدني¹.

وقد عرف الفقهاء هذا النظام بعدة تعريفات؛ ومنها تعريف رعد مقداد الحمداني على أنه: "مجموعة القواعد التي تحدد علاقة كل من الزوجين بأمواله وأموال الزوج الآخر، وعلاقتهم معا بالأموال المشتركة، والقواعد التي تحدد علاقة كل من الزوجين بالديون المترتبة بذمتهم، والديون المترتبة بذمة الزوج الآخر، وعلاقتهم معا بالديون المستحقة عليهما معاً، وكذلك القواعد التي تحدد التزام أحد الزوجين بالإنفاق الزوجي وحده، أو التزام أحدهما بالإنفاق ومساهمة الآخر في ذلك، أو التزامهما معا بالإنفاق"²، في حين عرفه خليفة علي الكعبي على أنه: "القواعد التي تنظم المصالح المالية بين الزوجين وتحدد الشروط التي تكفل لهما الحفاظ على الأموال المكتسبة قبل الزواج والأموال المكتسبة بعد الزواج، وطريقة التصفية والقسمة بينهما على التساوي"³.

كما عرفه الأستاذ محمد الشافعي نظام الاشتراك المالي بين الزوجين على أنه: "نظام يقتصر على كل ما اكتسبه الزوجان خلال الزواج، فكل الأموال المكتسبة من تاريخ الزواج تصبح مشتركة بينهما، وبالتالي تشكل كتلة واحدة لا تقسم إلا عند انحلال الزواج"⁴، في حين عرفه سيد عبد الله حسين بأنه: "عقد ينظم أملاك الزوجين مدة بقاء الزوجية ويبين مقدار اشتراك كل واحد

¹ انظر، محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا "دراسات قانونية وحالات شاذة"، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط.01، 2001، ص.195.

² رعد مقداد الحمداني، المرجع السابق، ص.197.

³ انظر، خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، دار النفائس لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.01، 2010، ص.78.

⁴ محمد الشافعي، الأسرة...، المرجع السابق، ص.54.

منهما في نفقات المعيشة الزوجية"¹، كما عرفه البعض الآخر على أنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تتناول المصالح المالية بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية"².

أما على الصعيد التشريعي؛ نجد أن المشرع الجزائري قد اكتفى بالإشارة إليه بموجب نص المادة 37 فق 02 ق.أس.ج بقوله: "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، والتي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"³، والملاحظ على نص هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يفصل في طبيعة هذا النظام بل تركه لاتفاق كلا الطرفين الزوج والزوجة⁴.

وبالرجوع لمدونة الأسرة المغربية؛ فإن المشرع المغربي هو الآخر إكتفى بالإشارة لهذا النظام بموجب نص المادة 49 م.أس.م بقولها: "...غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج...الخ"⁵، في حين عرفه المشرع التونسي بموجب الفصل الأول من القانون المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين على أنه: "نظام الاشتراك في الأملاك هو نظام اختياري يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج

¹ خليفة علي الكعي، المرجع السابق، ص.71؛ نقلا عن: سيد عبد الله حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي "مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس"، ج.03، دار إحياء الكتب العربية وعيسى الباي، مصر، ط.01، 1984، ص.288.

² كريمة محروق، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.78.

³ راجع المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ محمد أمين تيراوي، المرجع السابق، ص.94.

⁵ راجع المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

أو بتاريخ لاحق، وهو يهدف الى جعل عقار أو جملة من العقارات ملكاً مشتركاً بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة"¹.

الفرع الثاني

أثر مبدأ المساواة على أشكال وصور الاشتراك المالي بين الزوجين

يعتبر نظام الإشتراك المالي النظام المقابل لنظام الاستقلال المالي، بحيث يستهدف تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين في إطار الرابطة الزوجية. وقد انقسم إلى عدة أشكال وصور؛ أبرزها بموجب عقد الزواج أو من خلال عقد رسمي لاحق له (أولاً)، أو الاشتراك المالي بين الزوجين وفقاً لمقتضيات عقد الشركة في إطار تنمية الأموال المشتركة (ثانياً)، وكذا الاشتراك المالي الضمني للزوجين وفقاً لنظام الكد والسعاية (ثالثاً).

أولاً: الاشتراك المالي بين الزوجين بموجب عقد الزواج أو عقد لاحق.

إن عقد الزواج يحظى بقدسية كبيرة في الشريعة الإسلامية لأنه رباط مُقدَّس يجمع الزوجين، وعلى هذا الأساس فقد تولّى الشارع الحكيم تنظيم جميع جوانبه التي تستدعي الاهتمام والعناية والتنظيم سواءً المادية منها أو المعنوية. فبين جملة الأركان التي يقوم عليها وكذا شروطه، كما حدد جملة الحقوق والالتزامات المترتبة عن هذا العقد. كما مَحَص الفقهاء ودققوا في كل جزئياته بدايةً من نشأته واستمراره... الخ، ومن هذا المنطلق يثور التساؤل حول مدى مشروعية الاتفاق بين كلا

¹ قانون عدد 91 لسنة 1998 مؤرخ في 09 نوفمبر 1998 يتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 91 المؤرخ في 23 رجب 1419-13 نوفمبر 1998، ص.2284.

الزوجين من خلال إبرام عقد مستقل عن عقد الزواج يتضمن اشتراطات متبادلة تنظم وضعية الأموال المشتركة بينهما¹؟

وتعليقاً على هذا التساؤل؛ فإنه يجب التنويه بدايةً بأن العقد المالي بين الزوجين يعتبر من بين الأمور المستجدة التي أحدثتها التطور الاقتصادي والاجتماعي² الذي عرفته الأسرة بمفهومها الحديث. ومنه فلم يلقَ هذا النوع من العقود اهتماماً كبيراً لدى فقهاء المسلمين القدامى، واكتفوا بمعالجة الإطار العام الذي يندرج ضمنه هذا العقد الذي هو في عمومه لا يعدّوا إلا أن يكون شرطاً من الشُّروط³ الإرادية الملحقة بعقد الزواج. هذه الأخيرة كانت محط تفصيل تارةً، واختلاف تارةً أخرى بين مختلف المذاهب الفقهية⁴.

فيرى الأحناف، أن الشروط المقترنة بعقد الزواج نوعان: صحيحة، وأخرى فاسدة.

فإن كان الشرط صحيحاً يلائم مقتضى العقد، ولا يتنافى مع أحكام الشرع، وجب على الزوج الوفاء به، فإن امتنع عن ذلك - الوفاء - جاز لها فسخ نكاحها، كاشتراط المرأة على الرجل ألا يسافر بها أو لا يتزوج عليها... الخ؛ وأما إن كان الشرط فاسداً، بمعنى أنه لا يلائم مقتضى

¹ محمد أفاش، المرجع السابق، ص. 84-85؛ إيمان قيديم بوزياني، نظام الأموال المشتركة بين الزوجين في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013-2014، ص. 53؛ سعيدة شيبوط، نظام استقلال الذمة المالية للزوجين وتأثره بحق الكد والسعاية "دراسة تفصيلية للمادة 49 من مدونة الأسرة المغربية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلة أكاديمية عملية محكمة دولية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّة لخضر بالوادي، الجزائر، المجلد 10، العدد 03، ديسمبر 2019، ص. 391، الرابط الإلكتروني على الأرضية الرقمية للمجلات (Asjp): <https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/110/10/3/108494>

² كريمة محروق، أحكام النظام...، المرجع السابق، ص. 60.

³ يُعرف الشرط لدى الأصوليين على أنه: "هو ما يتوقف وجود الحكم وجوداً شرعياً على وجوده، ويكون خارجاً عن حقيقته، ويلزم من عدمه عدم الحكم"؛ مقتبس عن: محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص. 403.

⁴ محمد أفاش، المرجع السابق، ص. 85؛ كريمة محروق، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص. 80.

العقد، أو لا يُجيزه أحكام الشريعة، فالعقد يبقى صحيحاً، ويبطل الشرط وحده؛ كأن يشترط الزوج على الزوجة ألا يكون لها مهر، أو أن ينفق عليها دون يطأها،... الخ¹.

في حين، يُقسّم المالكية الشروط التي تقتزن بعقد الزواج إلى ثلاثة أقسام: شروط صحيحة، وأخرى فاسدة²، وشروط أخرى مما لا يقتضيه العقد ولا يُنافيه³.

فأما الشروط الصحيحة؛ فهي نوعان:

أولها الشروط الصحيحة غير المكروهة: ويقصد بها الشروط التي تتفق مع مقتضى العقد، ومن أمثلتها الإنفاق على الزوجة أو حسن معاشرتها أو ألا تخرج من البيت إلا بإذنه، أو اشتراط كون المرأة سليمة من العيوب التي لا تُجيز فسخ عقد الزواج،... الخ⁴. وحكم هذه الشروط الجواز فلا يوقع ذكرها بالعقد خلافاً فيه⁵؛ وثانيها الشروط الصحيحة المكروهة: وهي التي لا تتعلق بالعقد، أو لا تنافي المقصود من العقد، وإنما فيها تضيق على الرجل؛ ومن أمثلتها شرط عدم إخراج الزوجة من بلدها، أو عدم السفر بها، ونحو ذلك،... الخ، وتعدُّ هذه الشروط لازمة للزوج⁶.

وأما الشروط الفاسدة، فهي التي تنافي أو تناقض العقد⁷، ومن أمثلتها: أن تشترط الزوجة الثانية ألا يقسم بينها وبين ضررتها في حق المبيت،... الخ، ولا يجوز اشتراط هكذا شروط في عقد

¹ محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف بـ "بدر الدين العيني الحنفى"، المرجع السابق، ج. 05، ص. 166؛ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه...، ج. 09، ص. 6540-6541.

² وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه...، المرجع السابق، ج. 09، ص. 6541.

³ انظر، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي "المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي"، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط. 01، 1404 هـ / 1984 م، ص. 50.

⁴ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه...، المرجع السابق، ج. 09، ص. 6541.

⁵ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي "المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي"، تحرير الكلام...، المرجع السابق، ص. 49.

⁶ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه...، ج. 09، ص. 6542.

⁷ انظر، محمد بن أحمد ابن جزى الكلي الغرناطي، تحقيق: ماجد الحموي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبية على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط. 01، 1443 هـ / 2013 م، ص. 375.

النكاح لأنها تبطل العقد، فيجب فسخه ما لم يتم الدخول بالزوجة، فإن دخل بها مضى العقد، ويكون الشرط لاغياً، ويجب للزوجة مهر المثل¹.

فأما القسم الثالث من الشروط؛ فهو مما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، وللزوجة فيه غرض، كاشتراط الزوجة على الزوج ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدها، فهذا النوع لا يفسد به عقد النكاح ولا يقتضي فسخه لا قبل الدخول بالزوجة ولا بعده².

ومن جانب الشافعية، فعندهم الشروط أيضاً ثلاثة أقسام: شروط صحيحة وفسادة، وأخرى باطلة.

فأما الشروط الصحيحة؛ فهي التي تُوافق مقتضى عقد النكاح، كشرط النفقة والقسم بين الزوجات، لم يوافق مقتضى النكاح ولكنه لم يتعلق به غرض. وحكمها أن الشرط يكون لاغياً، أي لا تأثير له في الصورتين لانتفاء فائدته، ويصحُّ بذلك عقد النكاح والمهر³.

وأما إذا كان الشرط مُخالفاً لمقتضى عقد النكاح، لكنه غير مُخِلٍّ بمقصود النكاح الأصلي -الوطء- كأن تشترط الزوجة عليه في عقد الزواج ألا يتزوج عليها، أو يشترط الزوج عليها ألا ينفق عليها. فإن عقد النكاح صحيح لعدم الإخلال بمقصوده الأصلي، ويكون الشرط في هذه الحال فاسداً، سواء كان له أو لها، ويترتب على ذلك أيضاً فساد المهر تبعاً لفساد الشرط، لأن الرضا بالمهر معلق على شرط، وفساد الشرط يفسد المهر، لانتفاء الرضا بالمهر بغير ما شرط

¹ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي "المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي"، تحرير الكلام...، المرجع السابق، ص.49؛ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه...، ج.09، ص.6542.

² شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي "المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي"، تحرير الكلام...، المرجع السابق، ص.50.

³ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه...، ج.09، ص.6543.

فيه¹، وبهذا الشأن يرد قوله المصطفى صلى الله عليه وسلم: "ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة مرة"².

وأما إن أُخِلَّ الشَّرْطُ بمقصود عقد الزواج الأصلي، كأن يكون الشَّرْطُ مثلاً ألاَّ يَطَّأها الزوج أصلاً، أو ألاَّ يَطَّأها إلاَّ مرة واحدة في السنة، أو اشترطت الزوجة ألاَّ يَطَّأها إلاَّ ليلاً فقط أو نهاراً فقط، أو اشترط الزوج أن يُطَلِّقها ولو بعد الوطاء، فيبطل عقد الزواج في هذه الحال؛ لأنه شرط يُنَافِي مَقْصُودَ العَقْدِ فيُبطله من الأساس تبعاً لذلك³.

في حين، قسَّم الحنابلة الشروط التي تقترن بعقد الزواج إلى نفس التقسيم الذي اتفق عليه فقهاء الشافعية.

فأما الشروط الصحيحة، وهي التي يقتضيها العقد أو لا يقتضيها العقد، ولكنها تنطوي على منفعة لأحد المتعاقدين -الزوجين- ولم يرد في الشرع ما ينهي عنها، وما دامت لا تُخْلُ بالمقصود من العقد، وحكمها أنَّها لازمة الوفاء بها؛ كأن تشترط المرأة على الرجل أن ينفق عليها، أو أن يحسن معاشرتها، أو ألا يتزوج عليها... الخ، أو أن يشترط الرجل في المرأة أن تكون بكرًا أو جميلة أو متعلمة... الخ⁴.

¹ مُصْطَفَى الخُرْنُ وآخرون، المرجع السابق، ص. 83-84؛ بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي ابن قاضي شهبه، بداية المحتاج في شرح المنهاج، ج. 03، دار المنهاج، جدة، السعودية، ط. 01، 1432هـ/2011م، ص. 147-148.

² أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، تحقيق: مصطفى ديب البغا، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، رقم الحديث: 444، أبواب المساجد "باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد"، ج. 01، دار ابن كثير ودار اليمامة، دمشق، سوريا، ط. 05، 1414هـ/1993م، ص. 174.

³ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه... المرجع السابق، ج. 09، ص. 6544؛ مُصْطَفَى الخُرْنُ وآخرون، المرجع السابق، ص. 84.

⁴ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه... المرجع السابق، ج. 09، ص. 6544-6545؛ عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع "المعاملات المالية"، ج. 02، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط. 01، 1429هـ/2008م، ص. 588 وما يليها.

ويستدل من السنة على ثبوت هذا النوع من الشروط ولزوم الوفاء بها عديد الأحاديث النبوية؛ ومنها ما حدث به عقبه بن عامر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ تُؤْفُوا بِهِ مَا اسْتَحَلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ"¹، وقول المصطفى صلى الله عليه وسلم: "الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرَطَ حَرَمَ حَلَالًا أَوْ شَرَطَ أَحَلَّ حَرَامًا"².

وأما الشروط غير الصحيحة فهي نوعان:

فمنها ما يَصِحُّ معه العقد ويبطل الشرط فقط، كأن يشترط الرجل ألا يقدم مهراً للمرأة، أو ألا ينفق عليها، أو تشتترط المرأة على الرجل ألا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبها أو أكثر... الخ. وحكم هذه الشروط البطلان في نفسها؛ لأنها تنافي مقتضى العقد، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده.

ومنها -أي الشروط- ما يبطل الزواج من أصله إذا اقترنت به؛ كاشتراط تأقيت عقد الزواج -نكاح المتعة- أو أن يطلقها في وقت بعينه... الخ، فهذه شروط باطلة في نفسها، ويبطل معها عقد الزواج متى اقترنت به³.

وخلاصة القول، أن الفقهاء اتَّفَقُوا على صحة الشروط التي تلائم مقتضى العقد، وعلى بطلان الشروط التي تنافي المقصود من الزواج أو تخالف أحكام الشريعة. واتفق الحنفية والمالكية والحنابلة على صحة الشروط التي يكون فيها تحقيق وصف مرغوب فيه، أو خلو المرأة من عيب لا يثبت الخيار في فسخ الزواج.

¹ أخرجه أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المرجع السابق، رقم الحديث: 2139، كتاب النكاح "باب في الرجل يشترط لها دارها"، ج. 02، المكتبة العصرية، ص. 244.

² أخرجه أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُشْرُجُردِي الخراساني أبو بكر البيهقي، السنن الصغير...، المرجع السابق، رقم الحديث: 2106، كتاب البيوع "باب الشركة"، ج. 02، ص. 307.

³ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه...، المرجع السابق، ج. 09، ص. 6545-6546.

وبالمقابل، اختلف الفقهاء بشأن الشروط التي لا تكون من مقتضى العقد، ولكنها لا تنافي حكماً من أحكام الزواج، وفيها منفعة لأحد العاقدين، كاشتراط ألا يتزوج عليها أو ألا يسافر بها، أو ألا يخرجها من دارها أو بلدها ونحوها:

فالحنابلة يرون بأنها شروط صحيحة يلزم الوفاء بها، وأما الحنفية فيقولون بأنها شروط ملغاة، ويبقى العقد صحيحاً. في حين يرى المالكية بکراهة هذه الشروط فلا يلزم الوفاء بها، بل يستحب فقط الوفاء بها، وأما الشافعية فيرون أنها شروط باطلة.

وأما عن أثر الشرط الفاسد على عقد الزواج، فعند الأحناف الشرط الفاسد لا يفسد العقد، وإنما يُلغى الشرط وحده ويصحُّ العقد. ويوافق الحنابلة الأحناف بهذا الخصوص إلا في بعض الشروط فإنها تبطل العقد حسبهم؛ ومنها تأقيت عقد الزواج... الخ.

وبالرجوع لرأي الشافعية، فإن الشرط الفاسد يفسد العقد إذا أخل بمقصود الزواج الأصلي، وإلا فسد الشرط وحده. لكن قال المالكية يرون بأنه يجب فسخ العقد ما دام الرجل لم يدخل بالمرأة، فإن دخل بها مضى العقد وألغى الشرط، وبطل المهر المسمى، ووجب للمرأة مهر المثل.

وخلاصة القول، أن رأي الحنابلة يبقى هو الراجح بالنظر للأدلة السابقة ذكرها، وهو الرأي الذي جنحت إليه أغلب التشريعات الوضعية المعاصرة¹.

وعلى هذا الأساس، فقد تبنت المشرع الجزائري نسبياً رأي فقهاء الحنابلة في تكريسه لمبدأ حرية الاشتراط بين كلا الزوجين بمناسبة إبرام عقد الزواج أو بموجب عقد رسمي لاحق²، والأمر

¹ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه... المرجع السابق، ج.09، ص.6546-6547.

² انظر، هاجر عبد الدايم، علاقة الكد والسعاية بنظام الإشتراك المالي، مداخلة أقيمت بمناسبة يوم دراسي موسوم بعنوان: "النظام المالي للزوجين في الجزائر بين القصور وخصوصية المجتمع"، إنعقد بتاريخ 2020/12/04، جامعة الإخوة منتوري "قسنطينة 01"، دار ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، ط.01، 2021، ص.48.

الذي عبّر عنه صراحةً بموجب المادة 19 ق.أس.ج التي تنص على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"¹، وهو ما يوضح الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري صراحةً من مسألة الاشتراط في عقد الزواج أو لاحقاً، إذ نجده من خلال التعديل الأخير قد فتح أمام كلا الزوجين باباً واسعاً لاشتراط كل ما يحقق مصلحة كل واحد منهما، ما لم يخالف ذلك أحكام قانون الأسرة أو مقتضيات عقد النكاح ومقاصده الكبرى².

كما جاء نص المادة 37 ق.أس.ج بعد تعديله الأخير سنة 2005 ليؤكد مشروعية عقد الاشتراك المالي بين الزوجين أو عقد تدبير الأموال المشتركة، حيث نصت الفقرة 02 من ذات المادة على أنه: "...غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"³، وتعليقاً على هذا النص فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمبدأ العام أو الأصل وهو استقلالية الذمة المالية لكلا الزوجين، وبمقابل ذلك أجاز هُما الاتفاق بكل حرية بموجب عقد الزواج في حد ذاته أو في عقد رسمي لاحق على تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام الحياة الزوجية مع مراعاة مجهود كل واحد منهما، ومن خلال إبرام هذا العقد لأجل تدبير هذه الأموال فإنه يلتزم كل واحد منهما بقيد ما يملكه أو تحصل عليه بعد قيام رابطة الزواج، وكذا طريقة استثمارها وتنميتها وتوزيعها وتحديد النسب والحصص التي تؤول إلى كل واحد. وأما في

¹ راجع المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

² كريمة محروق، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.49، 55-56.

³ راجع المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

حال عدم وجود اتفاق مُسبق بين الزوجين على إبرام هذا العقد فإنه يطبق نظام الاستقلال المالي بين كلا الزوجين¹.

ومما يشار إليه، أن هذا العقد يخضع في إبرامه لمبدأ سلطان الإرادة لكلا الزوجين وفقاً للأحكام العامة التي تضمنها القانوني المدني الجزائري، وتبقى هذه القاعدة جوازية بالنظر للمصطلح المستعمل من طرف المشرع في صياغة الفقرة 02 من المادة 37 ق.أس.ج، وبالتالي فإن الاتفاق بين الزوجين يخضع لأحكام الشريعة العامة، لكنه يبقى مقيداً بالنظام العام لقانون الأسرة².

ومن بين أهم الامتيازات التي أقرها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 37 فق 02 ق.أس.ج، والتي تخدم مصلحة كلا الزوجين وتؤسس لمبدأ المساواة بينهما، هو إمكانية إدراج الاتفاق بين الزوجين على الاشتراك في الأموال في عقد الزواج في حد ذاته، بما يتوافق مع حرية مبدأ الاشتراط بين كلا الزوجين في إطار إبرام عقد الزواج، ما لم تكن هذه الشروط مُنافية لأحكام قانون الأسرة، وفقاً لما نصت عليه صراحة المادة 19 ق.أس.ج المعدل والمتمم.

لكن بعض الفقه ينتقد هذا التوجه الذي جنح إليه المشرع الجزائري، لكون أن هذا النوع من الاتفاقات المدرجة ضمن عقد الزواج، من شأنها التأثير على صحة هذا عقد من أصله، إذا ما كان الشرط المقترن بعقد الزواج منافياً لمقاصد الشرع. وهذا ما يُردُّ عليه صراحةً بأنه يُحظر على كلا الزوجين إدراج اتفاقات في عقد الزواج من شأنها تغيير نظام الثقة، أو تمسُّ بالنظام القانوني

¹ كريمة محروق، أحكام النظام...، المرجع السابق، ص.61؛ بوالزيت ندى، العقد المالي كآلية لضمان حق الزوجة في الأموال المشتركة بين التأيد والمعارضة، مداخلة أقيمت بمناسبة يوم دراسي موسوم بعنوان: "النظام المالي للزوجين في الجزائر بين القصور وخصوصية المجتمع"، إنعقد بتاريخ 2020/12/04، جامعة الإخوة منتوري "قسنطينة 01"، دار ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، ط.01، 2021، ص.222-223؛ العربي بلحاج، بحوث قانونية...، المرجع السابق، ص.168.

² بوالزيت ندى، المرجع نفسه، ص.222-223.

للإرث أو حقوق الأولاد المحضونين... الخ¹، باعتبار أن هذا النوع من الحقوق تعدُّ من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويقع باطلاً كل حكم مُخالف لها²، وهو ما أكَّده عليه المشرع صراحةً بموجب المادة 32 ق.أس.ج بقوله: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، كما نصت المادة 35 ق.أس.ج على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً"، وبناءً على نص المادتين يمكن أن نستخلص إجازة المشرع لكلا الزوجين لإضافة الشُّروط التقييدية لعقد الزواج شريطة ألا تتنافى مع مُقتضى العقد³.

وعلى وجه العموم، فإن العقد المالي المنظم للاشتراك المالي بين الزوجين من شأنه أن يلعب دوراً وقائياً في ضمان استقرار الأسرة، من خلال توجُّي النزاعات الأسرية المستقبلية بين الزوجين، ذلك أن التنظيم المسبق للعلاقات المالية بين الزوجين يستهدف الحد من النزاعات التي قد تثار حول مداخيل أحد الزوجين بشكل عام، وموارد الزوجة المالية بشكل خاص⁴، فكثيراً ما تبني الرِّبجات في الوقت الرَّاهن على أسس مالية، فيصبح استقرار الأسرة وديمومتها على المحك، متى ثار خلاف بين الزوجين حول هذه الموارد المالية، وبالتالي فإن العقد المالي قد يلعب دوراً هاماً في تحديد حقوق كل واحد من الزوجين، وبما يضمن للزوجة خاصة الاعتراف لها بمساهمتها في ترقية موارد الأسرة المالية، كما يُحقِّق لها فرصاً للاستفادة من ثمار عملها، وبذلك يعتبر عقد الإشتراك المالي وسيلة لإثبات ملكية الأموال المحصلة أثناء الحياة الزوجية، بما يضمن لكل طرف الحجم الحقيقي من مساهماته في تنمية وترقية أموال الأسرة حال أي نزاع يثور بهذا الشأن بين الزوجين أو غيرهما، فغالباً ما تتضرر الزوجة بعد بإنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة فلا تحصل إلا

¹ جاء في القرار المبدئي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2004/01/21 ما يلي: "لا يحقُّ للأُم الحاضنة، التنازل عن نفقة الأولاد، ما دامت النفقة حقاً للمحزون"؛ قرار المحكمة العليا، غ.أح.ش، 2004/01/21، ملف رقم 311458، م.ق، العدد 02، 2004، ص.379.

² كريمة محروق، أحكام النظام...، المرجع السابق، ص.62.

³ هاجر عبد الدايم، المرجع السابق، ص.47-48.

⁴ بوالزيت ندى، المرجع السابق، ص.224؛ كريمة محروق، أحكام النظام...، المرجع السابق، ص.63.

على نفقتها أو حصتها في الميراث المقدره شرعاً، مما قد يتسبب بهدر حقوقها ومساهماتها في الأموال المشتركة نظراً لصعوبة إثباتها لذلك، خصوصاً أن الثقة القائمة بين الزوجين يعدُّ مانعاً أدبياً يحول دون إقامة وسائل الإثبات الكافية. وبهذا يلعب عقد الإشتراك المالي دوراً جوهرياً في تعزيز وسائل الإثبات المكفولة للزوجة خصوصاً باعتبارها الحلقة الأضعف في المنظومة المالية الأسرية، بما يضمن لها الحماية الكافية لحقوقها المالية أثناء قيام الرابطة الزوجية أو حتى بعد انتهائها إمّا بالوفاة أو بالطلاق¹.

لكن بالرغم من قيام المشرع الجزائري بمناسبة تعديل قانون الأسرة سنة 2005، بتبني هذا الخيار المالي المشترك بين كلا الزوجين استثناءً عن القاعدة العامة المقررة لاستقلال ذمّة كل واحد من الزوجين، إلا أن هذا النظام التّعاقدي يشوبه العُموض والعُمومية، فنص المادة 37 ق.أس.ج لم يتضمن تنصيماً واضحاً لمضمون وطبيعة وشكل والقوة الملزمة لهذا العقد الذي يكتسي أهمية بالغة، بالنظر لإرتباطه باستقرار الأسرة غالباً، واكتفى بتحديد طابعه الرسمي فقط -يرم هذا العقد على مستوى ضابط الحالة المدنية أو الموثق- ومن باب أولى فإنه كان على المشرع الجزائري الاستفادة ولو نسبياً من التنظيم التشريعي² الذي خصّ به المشرع التونسي هذا النوع من العقود، حيث نص الفصل الثاني من هذا القانون على أنه: "إذا صرح الزوجان بأنهما يختاران نظام الإشتراك في الأملاك فإنهما يخضعان إلى أحكام هذا القانون، إلا أنه يحق لهما الاتفاق على توسيع نطاق الإشتراك بشرط التنصيص على ذلك صراحةً في العقد"³.

¹ كريمة محروق، أحكام النظام...، المرجع السابق، ص.63؛ بوازيت ندى، المرجع السابق، ص.224-225.

² قانون عدد 91 لسنة 1998 مؤرخ في 09 نوفمبر 1998 يتعلق بنظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 91 المؤرخ في 23 رجب 1419-13 نوفمبر 1998، ص.2284.

³ راجع الفصل 02 من القانون عدد 91 لسنة 1998.

وخلاصة القول، أنه بالرغم من القصور التشريعي الذي وقع فيه المشرع الجزائري في إطار تنظيمه للأموال المشتركة بين الزوجين حال عقد الزواج أو بعد، والحاجة الملحة لإعادة النظر في نص المادة 37 ق.أس.ج لاسيما في ظل المتغيرات الحاصلة¹. إلا أنه بالرغم من ذلك فلا يمكن الإنكار بأن تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين قد عرف تطوراً ملحوظاً بمناسبة تعديل قانون الأسرة سنة 2005، بما يخدم مصالح الأسرة ويضمن ترقيتها في الجانب المالي من جهة، وبما يتوافق مع الاتفاقيات الدولية الرامية لتكريس وتعزيز مبدأ المساواة بين كلا الزوجين في شتى مناحي ومجالات الحياة الأسرية من جهة أخرى، لاسيما ما تطرقت إليه صراحةً إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي جاء التنصيص في مادتها 16 على أنه: "ح. نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض... الخ".

وبمقابل المشرع الجزائري، فقد تبنى المشرع المغربي هو الآخر الاستثناء عن القاعدة الأصلية والتي هي استقلال الذمة المالية لكلا الزوجين، ومن هذا المنطلق أقرت مدونة الأسرة المغربية قاعدة اختيارية - استثنائية - تخضع لإرادة الزوجين الاتفاقية²، حيث نصت المادة 49 فق 01 م.أس.م على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر.

إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من

الزوجين وما قدّمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة.³

¹ بوالزيت ندى، المرجع السابق، ص.226.

² محمد أفاش، المرجع السابق، ص.82.

³ راجع المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

وعلى هذا الأساس؛ فإن عقد الاشتراك المالي بين الزوجين وفقاً لما أقره المشرع المغربي بعد تعديل مدونة الأسرة يكتسي خصوصية، ذلك أن الشرط المالي الاتفاقي وفقاً لما هو منصوص عليه في حدود 49 م.أس.م جاء في صورة عقد مستقل عن عقد الزواج¹ خلافاً للخيارات التي نص عليها المشرع الجزائري. وبعد بالاطلاع على جملة العقود التي عالجها قدامى فقهاء؛ فإننا لا نجد من بينها العقد المالي الملحق بعقد الزواج، وهو الأمر الذي يطرح تساؤلاً حول مدى كون العقود التي عالجها الفقه الإسلامي المذكورة على سبيل الحصر أم المثال²؟

ورداً على ذلك؛ فإن المتفحص لكتب الفقه لا يقف على وجود نظرية عامة للعقد، بل يجد فقط عقوداً مسمّاة³ تأتي على شاكلة ترتيب يبدو غير منطقي من أول وهلة، وهو من شأنه أن يدعو الباحث للقول بأن الفقه الإسلامي لا يعرف إلا هذه العقود المسمّاة وأن أي اتفاق عداها لا يدخل تحت نوع من هذه العقود يكون غير مشروع. لكن يُردُّ على هذه النظرة إلى الفقه الإسلامي بأنها سطحية⁴، وما يُؤكِّد صحة هذا القول ما ورد في قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ

¹ عبّرت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة ضمن التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من طرف دولة المغرب بتاريخ 18 سبتمبر 2006، عن التعديلات التي قام بها المشرع المغربي بمناسبة استحداث مدونة الأسرة سنة 2004 بما يلي: "وللمرأة المغربية أهلية كاملة في الذمة المالية، وليس للزواج أي تأثير على هذه الذمة... مع الإبقاء على مبدأ فصل الأموال.

على أن المادة 49 من قانون الأسرة الجديد تقضي بأن بإمكان الزوجين الاتفاق على سبيل إدارة الأموال التي يجوزها في فترة الزواج واستثمارها وتقاسمها. ويدون هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، ويشير العدول على الطرفين عند عقد الزواج، بهذه الإمكانية. وفي عام 2004 سجل 312 اتفاقاً بين الأزواج على الإدارة المشتركة للأموال التي يحصلون عليها في فترة الزواج، وإن كان قد حدث بعض التراجع في عام 2005 بنسبة 5.54 في المائة، إذ سجل 295 اتفاقاً بين الأزواج؛ التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للمغرب، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 2006/09/18، ص. 71. (راجع الملحق رقم 02، ص. 337 وما يليها).

² محمد أقاش، المرجع السابق، ص. 86.

³ من أمثلة هذه العقود: الإجارة، الاستصناع، البيع، الكفالة، الحوالة، الوكالة، الصلح، الشركة، الهبة، الرهن، المعاملة (المساقاة)، العارية... الخ؛ مقتبس عن: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، ج. 01، دار الهنا للطباعة والنشر، د. ب ط، 1954، ص. 78.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق...، المرجع السابق، ص. 80-81.

عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرْضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٢٤﴾¹، فالآية تشير إلى جواز الاتفاق بين الزوجين بعد تسمية المهر على كل ما يريانه ضروريا لتنظيم حياتهما الزوجية المشتركة.

وأما ما تعلق بمعالجة الفقهاء للعقود المسماة، فهي تلك العقود التي كانت مألوفة لديهم وشاع التعامل بين الناس في ذلك الوقت. ويبقى القول بأن العقود المستحدثة تبقى مشروعة متى توافرت فيها الشروط المقررة فقهاً، ولم تتعارض مع حكم ثابت في الشرع هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن تنظيم المسائل المالية بين الزوجين لا يكتسي طابعاً تعبدياً ولا يعتبر أصلاً شرعياً ما عدا ما يتعلق بنظام التوارث بين الزوجين، فهو من النظام العام شرعاً وقانوناً، ولا يجوز بأي حال من الأحوال تبعاً لذلك المساس به أو تعديله².

ومن هذا المنطلق، فقد أقرّ المشرع المغربي صراحةً بصحة الشروط المرتبطة بعقد الزواج، حيث نصت المادة 47 م.أس.م على أنه: "الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلاً والعقد صحيحاً"³، وأكد هذا القول مرة أخرى بموجب المادة 48 م.أس.م فنص على أن: "الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشرطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين... الخ"⁴، كما أقر صراحةً بمشروعية الاتفاق بين الزوجين حول تدبير أموالهما بشكل مشترك وفقاً لمثليه وتقتضيه إرادتهما المشتركة⁵،

¹ سورة النساء، الآية 24.

² محمد أقاش، المرجع السابق، ص. 87.

³ راجع المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

⁴ راجع المادة 48 من مدونة الأسرة المغربية المحينة؛ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص. 179.

⁵ إيمان قيدوم بوزياني، المرجع السابق، ص. 52.

وهو ما نصت عليه المادة 49 م.أس.م بقولها: "...غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها"¹.

وتعليقاً على ما سبق، فإن مقتضيات المادة 47 م.أس.م تؤكد على أن الشروط والاتفاقات المبرمة بين الزوجين تبقى كُلاًها صحيحة وملزمة، إلا ما خالف منها أحكام عقد الزواج ومقاصده، أو ما خالف القواعد الآمرة للقانون -النظام العام الأسري- ذلك أنه لا يوجد تشريع سماوي أو وضعي يسمح لأطراف عقد الزواج أو غيره من العقود بمخالفة أحكام العقد الآمرة ومقاصده، فإرادة الأفراد تبقى قاصرة أمام تلك الأحكام الآمرة فهي محكومة بها، وليس العكس في هذه الحالة صحيحاً²، ويبقى للقضاء سلطته التقديرية ودوره المهم في مجال تقدير صحة مضمون العقد المالي والشروط المدرجة فيه ومدى صحتها أو بطلانها، وكذا مدى ملاءمتها لأحكام عقد الزواج ومقاصده، مع الأخذ بعين الاعتبار لعدة عوامل أهمها التطور الاجتماعي والاقتصادي الذي طرأ على مفهوم الأسرة فأحدث عادات وتقاليد لم تكن معروفة من قبل لدى المجتمع، لكنها مع ذلك لا تتنافى مع أحكام عقد الزواج³.

وتبقى الإشارة، إلى أن المشرع المغربي قد أورد قيوداً وحيداً على حرية الاتفاقات بين الزوجين، ويتمثل في وجوب تحقيقها -الشروط- لفائدة مشروعة للمشتراط. وهو الأمر الذي ينطبق على العقد المالي بين الزوجين، إذ لا يخرج هذا الأخير عن هذه الدائرة، فهو يستهدف تنظيم الأموال والحقوق ذات الطبيعة المالية المكتسبة من طرف كلا الزوجين بعد عقد الزواج، بما لا يثري ذمة أحدهما على حساب الآخر، كما تتجلى أهمية هذا الاتفاق إذا كان من المعلوم أن الحقوق المالية للزوجين وخاصة حقوق الزوجة المكتسبة أثناء الحياة الزوجية غير منظمة بمقتضى قاعدة قانونية ملزمة، ومن ثم فإن حمايتها يقتضي الاتفاق على مصيرها بموجب عقد آخر لاحق لعقد الزواج.

¹ راجع المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

² أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص.336،340.

³ محمد أقاش، المرجع السابق، ص.88.

وهو ما من شأنه تجنب كلا الطرفين أي خلاف قد يثور بينهما مستقبلاً حول الممتلكات أو الأموال المكتسبة أثناء حياتهما الزوجية، فيكون تبعاً لذلك العقد المالي بين الزوجين أحد أهم آليات الحفاظ على تماسك الأسرة ووحدها وضمان ديمومتها واستقرارها، في حين يرى البعض الآخر أنه خلافاً لكل هذه الإيجابيات التي يحققها العقد المالي، إلا أنه حسب رأي الأستاذة نجية طق في تعليقها على حكم لقاض بمركز أولاد تائمة صادر بتاريخ 10/10/1994، فإن هذا العقد قد أثار نقاشاً بين مختلف المتناظرين حول الموضوع، كما أنه لا يتضمن أي جديد. وفي ذات السياق أبدت مخاوفها بشأن اشتراط مثل هذا العقد للقضاء للمرأة بحقها من العمل المشترك بين الزوجين، وهو ما من شأنه المساس بالمكتسبات التي يتم القضاء بها في غياب العقد المذكور¹.

ومما يشار إليه أيضاً، أن المشرع المغربي بالرغم من تكريس مبدأ سلطان الإرادة ضمن الاتفاق المنظم للأموال المكتسبة من طرف الزوجين، إلا أنه أحاط هذا الاتفاق بنظام تعاقدي ذو مقتضيات عامة وفضفاضة، لا تتضمن تحديداً دقيقاً لمضمون وطبيعة العقد الذي يتمخض عن الاتفاقات القائمة الزوجين في هذا الشأن. واكتفى بالنص على الشكلية من خلال فق 02 من المادة 49 م.أس.م التي تنص على أنه: "...يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج... الخ"، وهو ما يعني يجب تجسد الاتفاق القائم بين الزوجين بشأن الأموال المشتركة في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج. وقد جرت الممارسة العملية على إفراغ مضمون هذا الاتفاق في شكل عقد نموذجي محرر من قبل عدلين، يتضمن كل الشروط والاتفاقات ذات الطابع المالي التي يرغب الزوجين الخضوع لها والالتزام بها²؛ ومما يشار إليه بهذا الشأن فإن فكرة العقد النموذجي للاشتراك المالي قد لقيت بدورها معارضة داخل المغرب، ويرى عبد الكبير العلوي المدغري في هذا الصدد: "إننا في التدبير التعاقدي لأحوال الأسرة وإن كنا نستعمل لفظ التعاقد، ونشرحه بما اشترطته الزوجة لنفسها وما يشترطه الزوج لنفسه، فإننا في الواقع لا نقصد التعاقد والشروط

¹ محمد أفاش، المرجع السابق، ص. 88-89؛ أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص. 339.

² محمد أفاش، المرجع السابق، ص. 89-90.

بمعانيها الحرفية عند الموثقين، وإنما نقصد التراضي والتفاهم والاتفاق المنبعث من الرغبة المشتركة في الوفاء بحق الزوجية واعتبار ذلك الميثاق الغليظ القائم بين الزوجين والمشار إليه في قوله الله عز وجل: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾¹، وقوله صلى الله عليه وسلم: "خَيْرُكُمْ خَيْرُكُمْ لِأَهْلِيهِ، وَأَنَا مِنْ خَيْرِكُمْ لِأَهْلِي"²، وفي ضوء هذا التوجه الرباني والإرشاد النبوي، لا نرى أن الزوجين يحتاجان إلى الموثقين والعدول لكتابة ما تراضيا عليه... الخ، ونحن نخشى إذا أمعنا في العقود المكتوبة والشروط الموثقة المسجلة أن تتحول الحياة الزوجية إلى مكتب للمحافظة، يسجل فيه كل واحد حقوقه ويحميها بالتقييدات الاحتياطية وغيرها، فيضيع ما في الحياة الزوجية من مودة، وتكامل، وسماحة، وإيثار، ومحبة، ويذول ذلك الشعور الحميم الذي يشعر به كل طرف وهو يسكن للطرف الآخر³

ومن أجل إكساب العقد المالي المبرم بين الزوجين حجته القانونية، فإنه بعد الاتفاق على مضمونه يتم توقيعه من قبل كليهما، وذلك قبل أن يسلم لقاضي الأسرة للمخاطبة عليه، ليحتفظ بنسخة منه في ملف عقد الزواج المودع لدى قسم قضاء الأسرة⁴.

وعلى وجه العموم، فمن خلال دراسة تنظيم المشرع المغربي للعقد المالي بين الزوجين، فإنه يمكن الجزم خلافا لما يعتقد البعض من أن تدبير أموال الزوجين بطريق الاتفاق هي فكرة مستخلصة أو مأخوذة من النموذج الغربي الفرنسي. ذلك أن إعطاء المشرع للزوجين كامل الحرية في تحديد طريقة تدبير أموالهما المشتركة، يعبر صراحةً عن تكريس النظام التعاقدية بين الزوجين وكذا تجسيد مبدأ سلطان إرادة الزوجين، ومنه قد خالف ما يعرف بالنظام الاتفاقي في القانون

¹ سورة النساء، الآية 21.

² أخرجه أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي، المرجع السابق، رقم الحديث: 2209، ج.03، ص.171.

³ انظر، خالد براجوي، قانون الزواج بالمغرب بين مدونة الأحوال الشخصية ومقتضيات الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان "سلسلة دليل قانون الأسرة بالمغرب" دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، ط.02، 2001؛ مقتبس عن: محمد أقاش، المرجع السابق، ص.90.

⁴ محمد أقاش، المرجع نفسه، ص.91.

المدني الفرنسي، وذلك لكون هذا الأخير يعتبر الأصل هو اتحاد الذمة المالية للزوجين، وفي مقابل ذلك منح الراغبين في الزواج الاتفاق على اختيار أحد الأنظمة المالية من مجموع الأنظمة المالية المحددة في القانون المدني - نظام فصل الأموال، نظام الأموال المشتركة أو نظام المشاركة في المكتسبات - وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد حدد بشكل مسبق طبيعة العقد الذي يمكن للزوجين أن يفرغا فيه ما اتفقت عليه إرادتهما، وذلك حسب الشروط والأحكام المنصوص عليها قانوناً.

أما المشرع المغربي فلم يحدد طبيعة هذا العقد ولم يضع له أية شروط، حيث يمكن للزوجين الاتفاق حسب ما تمليه وتقتضيه مصلحتهما، وإرادتهما حرة في تحديد مضمون العقد ولا تكون ملزمة بصبه تحت عنوان عقد من العقود المسماة. ومما سبق يتضح الفرق بين الحرية الممنوحة للزوجين في إطار أحكام المادة 49 م.أس.م، وتلك الموضوعة أمام الأزواج الفرنسيين، حيث إنه من الناحية القانونية لكلا الزوجين الفرنسيين الحرية في تدبير أموالهما الأسرية وفقاً لإرادتهما المشتركة، غير أن هذه الحرية مقيدة بنظام مالي معين حدده القانون المدني مسبقاً، ولا يمكن للزوجين تجاوز أحكامه أو تعديلها. أما حرية الاختيار الممنوحة للزوجين المغربيين فإنها حرية كاملة لا يحد منها إلا النظام العام لمدونة الأسرة أو ما خالف الأحكام الشرعية¹.

ولكن يمكن الرد على هذا التفسير بكون أنه بالرغم من الاختلاف الجذري بين النظامين المعتمدين من قبل المشرعين الفرنسي والمغربي في تنظيم الأموال المشتركة بين الزوجين أثناء قيام الزوجية، إلا أنه لا يمكن تفسير القصور والنقص التشريعي الذي وقع فيه المشرع المغربي في تنظيم عقد الاشتراك المالي بين الزوجين، بالحرية المطلقة للأزواج في تنظيم أموالهما المشتركة، بل يستدعي الأمر منه إعادة النظر في المادة 49 م.أس.م وتعزيزها بأحكام تفصيلية أكثر.

¹ محمد أفاش، المرجع السابق، ص. 91-92.

وخلاصة القول، أن المشرع المغربي بالرغم من قصوره في تنظيم مسألة الاشتراك المالي بين الزوجين، إلا أنه حاول إنصاف الزوجة في مواجهة الزوج، وبالمقابل فقد ترك أمر تقويم هذه الأموال في حالة عدم الاتفاق بينهما للقواعد العامة للإثبات، وذلك بعد مراعاة المجهود المبذول من طرف كل واحد منهما، وكذا الأعباء التي تحملها. وذلك كله في سبيل إنصاف كلا الطرفين والسهر على تحقيق المساواة بينهما، بما يتوافق مع الاتفاقيات والمواثيق الدولية الرامية لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين عموماً والزوجين خصوصاً؛ ومن أمثلة ذلك ما جاء في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في نص مادتها 15 بقولها: "2- تمنح الدول الأطراف المرأة، في الشئون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوى بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية. وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملهما على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية... الخ"، وكذا ما نصت عليه المادة 16 من ذات الاتفاقية بقولها: "ح. نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحياسة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض... الخ".

ثانياً: الاشتراك المالي بين الزوجين وفقاً لمقتضيات عقد الشركة.

قد يتفق الزوجان حال الزواج أو بعده، على الاشتراك المالي بينهما عن طريق إبرام عقد شركة، وبذلك يلتزم كل واحد من الزوجين بالمساهمة في تكوين نشاط مشترك بينهما، من خلال تقديم حصة عمل أو مال أو نقد. وذلك بهدف اقتسام الأرباح وتحمل الخسارة¹.

¹ كريمة محروق، أحكام النظام...، المرجع السابق، ص.73.

وبهذا الصدد، فقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف عقد الشركة¹ بموجب المادة 416 ق.م.ج بقوله: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة.

كما قد يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك"²، وبالمقابل أيضا فإنه يمكن للزوجين الاتفاق على الاشتراك المالي عن طريق عقد الشركة لكن بمقتضى أحكام القانون التجاري، وبهذا الخصوص فإنه يخضع الاتفاق بينهما -الزوجين- للأحكام العامة للعقود التجارية، والتي نظمها المواد 30 إلى 77 من القانون التجاري المعدل والمتمم³، وكذا أحكام المواد 544 ق.ت.ج وما يليها والتي تحدد وتُنظّم قواعد سير مختلف أشكال وأنواع الشركات التجارية.

والملاحظ لهذه الأحكام السّالف ذكرها، أن المشرع الجزائري لم يُفرد أحكاماً خاصة بالاشتراك المالي للزوجين بموجب عقد الشركة، وإنما أخضعهما لنفس الأحكام المطبقة على كل الأشخاص بغض النظر عن صفاتهم أو الروابط العائلية التي تجمع بينهم⁴.

وعلى صعيد التشريع المغربي؛ فإننا لا يمكن الوقوف على أي نص يمنح أحد الزوجين أو كليهما من الاشتراك المالي عن طريق إبرام عقد الشركة فيما بينهما⁵، ولعلّ ما يُؤكد هذا القول

¹ في حين عرفها المشرع المغربي بموجب الفصل 982 ق.إ.ع.م بقوله: "الشركة عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا، لتكون مشتركة بينهم، بقصد تقسيم الربح الذي قد ينشأ عنها".

² راجع أحكام المادة 416 وما يليها من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، ج.ر.ج عدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975؛ المعدل والمتمم بأخر تعديل بموجب القانون 22-09 المؤرخ في 04 شوال عام 1443 الموافق لـ 05 مايو سنة 2022، ج.ر.ج عدد 32 المؤرخة في 14 مايو سنة 2022.

⁴ كريمة محروق، أحكام النظام...، المرجع السابق، ص.74.

⁵ محمد أفاش، المرجع السابق، ص.122.

ما ورد بنص الفصل 984 من ق.إ.ع.م الذي حدّد حصراً الأشخاص الذين لا يحقُّ لهم أن يكونوا أطرافاً -شركاء- في نفس الشركة، وحسب هذا الفصل فإنه: "لا يجوز عقد الشركة: أولاً- بين الأب وابنه المشمول بولايته؛

ثانياً- بين الوصي والقاصر إلى أن يبلغ هذا الأخير رشده ويقدم الوصي الحساب عن مدة وصايته ويحصل إقرار هذا الحساب؛

ثالثاً- بين مقدم على ناقص الأهلية أو متصرف في مؤسسة خيرية وبين الشخص الذي يدير أمواله ذلك المقدم أو المتصرف... الخ"¹.

وتعليقاً على هذا النص، فإنه لا يمكن الجزم باعتباره كافياً للقول بجواز وصحة انعقاد عقد الشركة بين الزوجين وفقاً للتشريع المغربي، لكن مع ذلك يمكن اعتباره إشارة ضمنية على عدم بطلان الشركة المنعقدة فيما بينهما، وذلك بالنظر لأن نص الفصل 984 ق.إ.ع.م لم يذكر أحد الزوجين أو كليهما ضمن الأشخاص الممنوعين من إبرام عقد الشركة فيما بينهم.

ومما يمكن إضافته تأكيداً لهذا القول، فإن قانون الالتزامات والعقود المغربي يشترط لتأسيس الشركة شخصين فأكثر دون تفرقة بين الشركاء، سواء كانوا زوجين أو أجنبيين عن بعضهما البعض. كما أن ازدواجية النظام المالي للزوجين، المكرسة بموجب نص عليه المادة 49 م.أس.م؛ لاسيما مبدأ استقلال الذمة المالية لكلا الزوجين، حيث يحتفظ كل واحد من الزوجين بملكته الخاصة لأمواله، وهو الأمر الذي يتماشى مع الإطار التنظيمي للأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية الذي أقر إمكانية الاتفاق على استثمار أموال الزوجية بشكل تشاركي²، وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من نص المادة 49 م.أس.م بقولها: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام

¹ راجع الفصل 984 من قانون الالتزامات والعقود المغربي المحين.

² محمد أقاش، المرجع السابق، ص.122-123.

الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها... الخ¹، ومنه فإن تنظيم أموال الزوجين من خلال إنشاء شركة هو من قبيل استثمار هذه الأموال، وهو ما يترتب عليه جواز كون الزوجة شريكة مع زوجها بكل الأشكال وبجميع المساهمات الممكنة، فلها أن تقدم حصة في رأس المال نقوداً، أو أشياء أخرى منقولة كانت أو عقارية، أو حُقوقاً معنوية، ويمكن أن تكون شريكة بعملها وجهدها².

ثالثاً: الاشتراك المالي الضمني للزوجين وفقاً لنظام الكد والسعاية.

يعتبر نظام الكد والسعاية أحد أهم الصور البسيطة لنظام الاشتراك المالي بين الزوجين، وقد ظهر في بلاد المغرب، إذ يُعدُّ آلية قانونية عرفية تساهم في تحقيق ضمان لحقوق الأفراد المساهمين أياً كانوا -رجالاً أو نساءً- في تنمية وترقية الثروة الأسرية، وذلك من خلال تمكينهم من المطالبة قانوناً بمساهماتهم في نماء الثروة الأسرية³.

ومن هذا المنطلق يمكن تعريف الكد والسعاية (أ) والوقوف على الأسس والأسانيد القانونية والقضائية التي تؤسس لهذا النظام (ب).

أ- تعريف الكد والسعاية:

لفظ الكد في اللغة مأخوذ من فعل كَدَّ يَكِدُّ كَدًّا، والكُدُّ هو: الشِدَّةُ فِي الْعَمَلِ وَطَلْبُ الرِّزْقِ وَالِإِلْحَاحُ فِي مُحَاوَلَةِ الشَّيْءِ وَالِإِشَارَةُ بِالِإِصْبَعِ؛ والكُدُّ يَأْتِي أَيْضًا بِمَعْنَى: الْإِتْعَابُ، يُقَالُ: كَدَّ

¹ راجع المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية المحيطة.

² محمد أقاش، المرجع السابق، ص. 124؛ راجع أيضاً الفصل 988 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي المحين.

³ هاجر عبد الدايم، المرجع السابق، ص. 48.

يَكْدُ فِي عَمَلِهِ إِذَا اسْتَعْجَلَ وَتَعَبَ، وَأَرَادَ بِالْوَجْهِ مَاءَهُ وَرَوْنَقَهُ¹؛ ويقال أيضاً: كَدَدْتُ فَلَانًا بِالْمَسْأَلَةِ، إِذَا أَحْحَحْتُ عَلَيْهِ بِهَا وَبِالإِشَارَةِ إِلَيْهِ عِنْدَ الْحَاجَةِ².

وأما اصطلاحاً، فالكد قريب لمعنى الكسب، وقد عرف الجرجاني الكسب على أنه: "الفعل المفضي إلى اجتلاب نفع أو دفع ضرر، ولا يوصف فعل الله بأنه كسب لكونه منزهاً عن جلب نفع أو دفع ضرر"³،

أما السَّعَايَةُ، فأصلها من فعل سَعَى يَسْعَى سَعْيًا⁴، وفي هذا يرد قوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾⁵ وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَى ﴿٣٩﴾⁵.

أما عن تعريف السَّعَايَةِ اصطلاحاً فقد عُرِّفَتْ بعدة تعريفات؛ أبرزها تعريف أحمد الفقيه على أنها: "مقابل السعي والكد؛ أي مقابل العمل، سواء من أجل إيجاد رأس مال حال كون هذا الأخير غير موجود إطلاقاً، أو لتنمية رأس مال قائم مملوك للسعاة أنفسهم أو لغيرهم، وذلك بقصد تنميته، والزيادة فيه، والاستفادة منه، ويطلق على الرأسمال المستثمر في اصطلاح الفقهاء المهتمين بموضوع السعاية اسم: الدَّمنة"⁶، وقد ورد بشأن تعريفها في المجموعة الفقهية في الفتاوى

¹ محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، المرجع السابق، ج.03، ص.377-378.
² أنظر، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، معجم مقاييس اللغة، ج.05، دار الفكر، 1399هـ/1979م، ص.126.

³ انظر، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط.01، 1403هـ/1983م، ص.184؛ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.110.

⁴ مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص.1295.

⁵ سورة النجم، الآيتان 39-40.

⁶ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.111؛ نقلاً عن: أحمد الفقيه، إشكالية العمل النسوي "وضعية المرأة العاملة في إطار القانون الاجتماعي المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1996، ص.120.

السوسية ما يلي: "والمنصوص عن العلماء خلفاً وسلفاً أن الزوجين إذا استفادا بسعيهما وكدهما يشتركان بقدر عملهما...فتختص الزوجة بسعيها وكدها...الخ"¹.

وبالمقابل يعرفها الملكي الحسين بأنها: "حق المرأة في الثروة التي تُنشئها، وتكون مع زوجها خلال فترة الحياة الزوجية"².

وإجمالاً لما سبق؛ فإن حق الكد والسّعاية يعتبر آلية قانونية عرفية تضمن لجميع الأفراد المساهمين في تكوين الثروة الأسرية أو تنميتها إمكانية المطالبة بحقوقهم المالية نتيجة مساهمتهم في تلك نماء الثروة، وبذلك يتضح أن مفهوم حق الكد والسّعاية يمتد ليشمل كل أفراد الأسرة المشاركين ذكراً كان أو أنثى، ولا مجال لحصره في حدود كونه حقاً للمرأة المتزوجة وحدها، وقد أيد القضاء المغربي الشرعي³ هذا القول، وأكد على أن هذا الحق لا تمييز فيه بين الذكر والأنثى، ويشتمل تطبيقه على كافة أعضاء الأسرة كما جرى العمل عليه بالقطر السوسي⁴.

وعلى وجه العموم؛ فإن هذا النظام قد عرف انتشاراً واسعاً في بعض المناطق المغربية وخصوصاً في منطقة سوس، حيث تساهم الزوجة بشكل كبير في الأعمال الفلاحية كالزراعة

¹ خليفة علي الكعي، المرجع السابق، ص.110؛ نقلا عن: المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية، جمع وترتيب: محمد المختار السوسي، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، ط.01، 1995، ص.260 وما يليها.

² خليفة علي الكعي، المرجع السابق، ص.110؛ نقلا عن: الملكي حسين بن عبد السلام، نظام الكد والسّعاية، دار السلام، الرباط، المغرب، 2002، ص.12-18.

³ صدر في هذا الشأن قرار عن المجلس الأعلى نقض فيه قراراً صادراً عن محكمة الإستئناف بأكادير، لكونها أيدت الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية الذي لم يراع أحكام القسمة كما هو جار عليه العمل في القطر السوسي "حيث تتم القسمة نصفين، النصف للدمنة والنصف الآخر للعاملين فيها، كل على قدر عمله لا فرق بين الذكر والأنثى"؛ قرار المجلس الأعلى، غ.الاجتماعية، 12/05/1980، عدد 177، ملف رقم 74469، مقتبس عن: عمر المزلدي، حق الكد والسّعاية "محاولة في التأصيل"، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة أكادال، الرباط، 2005-2006، ص.18.

⁴ عمر المزلدي، المرجع السابق، ص.15، 18.

وسقي المحاصيل وتربية المواشي... الخ¹. وقد لقي هذا النظام إقراراً واعترافاً من طرف الفقهاء المسلمين في إطار التوازن المعروضة عليهم، بمناسبة الفصل في طلب الزوجة بنصيبها من مال الزوج حال الطلاق أو الوفاة، غير أنهم لم يقصروا هذا الحق للزوجة فقط بل أجازوه لكل فرد من أفراد الأسرة ساهم في تنمية أموال الأسرة².

ب- الأسس القانونية والقضائية لنظام الكد والسعاية:

فسر العديد من الفقهاء الفقرة الأخيرة من المادة 49 م.أس.م بقولها: "...إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من جهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة."³، على أنه إحالة مباشرة لنظام الكد والسعاية، هذا الأخير يُعدُّ عُرفاً قديماً موجوداً في العديد من المناطق الجبلية وبالأرياف، ومقتضاه تأخذ الزوجة نصيباً مقدراً من مال الزوج إذا طلقها أو توفّي عنها، متى أثبتت مساهمتها في تنمية

¹ ورد في التعليقات التي جاءت ضمن التوصية العامة رقم 21 حول المادة 16 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وقد جاء فيها بهذا الخصوص ما يلي: "32- وفي بعض البلدان، يكون التركيز موجهاً بدرجة أكبر عند تقسيم ممتلكات الزوجية، إلى المساهمات المالية في الملكية المكتسبة أثناء الزواج، بينما ينتقص من قدر الإسهامات الأخرى مثل تربية الأطفال ورعاية الأقرباء المسنين وأداء الواجبات المنزلية. وهذه الإسهامات ذات الطابع غير المالي التي تقدمها الزوجة، كثيراً ما تمكن الزوج من كسب الدخل ومن زيادة الأصول المالية. فيجب إعطاء الإسهامات المالية وغير المالية نفس الوزن.

² 33- وفي كثير من البلدان لا يعامل القانون الممتلكات التي تراكت أثناء المعاشرة بحكم الواقع نفس معاملة الممتلكات المكتسبة أثناء الزواج. ففي جميع الحالات تكون الحصة التي تحصل عليها المرأة عند انقطاع تلك العلاقة أقل بكثير من حصة شريكها. ولذا ينبغي إبطال ونيل قوانين وأعراف الملكية التي تميز على هذا النحو ضد المرأة المتزوجة أو غير المتزوجة، التي لديها أو ليس لديها أطفال."؛ مقتبس عن: التوصية العامة رقم 21 "المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية" المنبثقة عن الدورة 13 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 13، 1992، مكتبة حقوق الإنسان "جامعة منيسوتا"، تاريخ الإطلاع: 2023/05/17، التوقيت: 20:11، الرابط الإلكتروني:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/cedawr21.html>

² إيمان قيدوم بوزياني، المرجع السابق، ص. 103.

³ راجع المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

ذلك المال، ويصطلح على تسمية هذا النصيب بـ "سعاية الزوجة أو تامازلت" حسب الاصطلاح الأمازيغي¹.

ومن هذا المنطلق، فإن غياب أي اتفاق بين الزوجين حول كيفية استثمار وتوزيع الممتلكات المحصلة خلال استمرار العلاقة الزوجية، وفي حال نشوء نزاع بينهما فإن القاضي ملزم بإعمال أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 49 م.أس.م، ومنه توجب عليه مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات، وكذا ما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة. ولكلا الطرفين الحق في إثبات حقوقهم طبقاً للقواعد العامة للإثبات²، ويرى البعض بحريّة وسائل الإثبات المتاحة أمام الزوجين في هذه الحالة³، وذلك خلافاً لأحكام الفصل 443 ق.إ.ع.م الذي ينص على أنه: "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تُنشئ أو تنقل أو تعدّل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية"⁴، فهذا النص عام ويتعين على القاضي في هذه الحال إعمال النص الخاص -المادة 49 م.أس.م- بشأن وسائل الإثبات، وهنا للزوجين إبداء كل

¹ انظر، كريمة محروق، نظام الكد والسعاية كنموذج أمثل لتدبير أموال الزوجين، مداخلة أقيمت بمناسبة يوم دراسي موسوم بعنوان: "النظام المالي للزوجين في الجزائر بين القصور وخصوصية المجتمع"، إنعقد بتاريخ 2020/12/04، جامعة الإخوة منتوري "قسنطينة 01"، دار ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، ط.01، 2021، ص.33.

² في هذا الشأن صدر قرار عن المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 21 أكتوبر 2009 جاء فيه: "في حالة عدم وجود اتفاق بين الزوجين على استثمار وتوزيع الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية فيرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين ومجهوداته في تنمية أموال الأسرة، ولذلك فالزوجة يكون من حقها اقتضاء التعويض متى قامت بأعمال إلى جانب زوجها لتنمية موارد الأسرة.

مراقبة أعمال البناء واستخلاص واجبات الكراء من المكترين بشكل مساهمة في تنمية أموال الأسرة تُعَوِّض الزوجة عنه... نعم"، قرار المجلس الأعلى، 2009/10/21، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 02، 2010، ص.276؛ مقتبس عن: محمد الشافعي، مدونة...، المرجع السابق، ص.46.

³ عمر المزكدي، المرجع السابق، ص.42.

⁴ راجع الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود المغربي المحين.

الوسائل الإثباتية المتاحة خصوصاً أن المشرع أعطى كلا الزوجين على قدم المساواة من الإثبات بالكتابة، كما يضيف البعض الآخر بأنه يمكن للقاضي اللجوء لنص المادة 400 م.أس.م¹ التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف"²، ذلك أن الفقه المالكي يُعدُّ مصدراً تكميلياً لأحكام مدونة الأسرة، هذا الأخير يعتمد على البيئة الشرعية - حرية الإثبات-³.

وبالمقابل فعلى الصعيد القضائي؛ اعتمدت محكمة الاستئناف بأسفي في قضائها للمدعية بأحقيتها في السّعاية، وهذا في قرارها الصادر بتاريخ 04 نونبر (نوفمبر) 1985 والذي جاء فيه: "أن حق السّعاية أو حق الكد كما يسمى في بعض الأعراف، يعتبر من الحقوق المعترف بها في الفقه الإسلامي منذ سُنّة سيدنا عمر ابن الخطاب في حكمه لحبيبة ضد أخ زوجها بنصف ما ترك الزوج لكونها كانت نساجة طرازة فساهمت بذلك في تكوين التركة"⁴، وعلى النهج نفسه سارت المحكمة الابتدائية بأكادير؛ لما أكدت في حكمها الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 2002 على: "أن الثابت فقهاً وقضائاً أن الكد والسّعاية؛ هو مقابل الشغل وحق الجارية، ومعناه؛ حق المرأة في الثروة التي يُنشئها ويكوّنها الزوج خلال فترة الزواج، بحيث تحصل على جراتها مقابل ما بذلته من مجهودات مادية، ومعنوية في تكوين هذه الثروة، وقد طبقت السّعاية في عهد الخليفة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، وهي ما يعرف بنازلة حبيبة بنت زريق زوجة عامر بن الحارث... الخ"⁵.

¹ عمر المزكلي، المرجع السابق، ص.42-43؛ سعيدة شيبوط، المرجع السابق، ص.400.

² راجع المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية المحينة.

³ عمر المزكلي، المرجع السابق، ص.43؛ كريمة محروق، نظام الكد...، المرجع السابق، ص.34.

⁴ قرار محكمة الإستئناف بأسفي رقم: 1253، 1985/11/04، مقتبس عن: محمد أقاش، المرجع السابق، ص.59.

⁵ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بأكادير، عدد 1118، ملف رقم: 385/99، مؤرخ في 2002/12/26 (غير منشور).

كما جاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 03 دجنبر (ديسمبر) 2008 ما يلي: "عدم وجود اتفاق مسبق بين الزوجين لتدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية لا يمنع أحدهما من إثبات ما قدمه من مجهود أو ما تحمله من عبء لتنمية أموال الأسرة والمطالبة بنصيبه. فالزوج الذي تحمل أداء قرض بنكي ليقنتي عقاراً في اسم زوجته له الحق في مطالبتها بما دفعه لتنمية أموال الأسر، والقرار المطعون فيه الذي رد مطالبتة بعللة عدم وجود دليل كاف على اتفاق الزوجين لتدبير الأموال المكتسبة خلال الزواج، دون أن يجري تحقيق بشأن وقائع النزاع، يكون قد خرق مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة"¹، هذا وقد أكدت أيضا المحكمة الابتدائية للدار البيضاء على مبدأ مساهمة الزوجة في تحمل أعباء بيت الزوجية، فجاء في الحكم الصادر عن ذات الجهة القضائية بتاريخ 31 ماي 2007 ما يلي: "إن قيام المدعية بالإشراف على بيت الزوجية ولمدة 36 سنة وهي المدة التي ظلَّت فيها العلاقة الزوجية قائمة مع ما يتطلبه هذا الإشراف من تربية للأبناء وإعداد جميع متطلباتهم اليومية، وكذا متطلبات الزوج من طبخ وغسيل وغير ذلك من الأعمال المنزلية اليومية من أجل توفير الجو الملائم للجميع من أجل متابعة الدراسة بالنسبة للأبناء والتفرغ للعمل والتجارة بالنسبة للزوج.

إن تحمُّل المدّعية لأعباء بيت الزوجية خلال مدة الزوجية المشار إليها أعلاه ووضعها لخدماتها رهن إشارة الزوج والأولاد ساهم بشكل كبير في تنمية أموال الأسرة، الأمر الذي يجعلها محقّة في الحصول على جزء منها إعمالاً لقيم العدل والإنصاف"².

¹ قرار المجلس الأعلى، غ. الأحوال الشخصية والميراث، 2008/12/03، نشرة قرارات المجلس الأعلى، الجزء 04، 2010، ص.05؛ مقتبس عن: محمد الشافعي، مدونة...، المرجع السابق، ص.46.

² حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، 2007/05/31، مجلة المحاكم المغربية، العدد 120، 2009، ص.222؛ مقتبس عن: محمد الشافعي، مدونة...، المرجع السابق، ص.47-48.

ومما يشار إليه؛ أن بعض أحكام المحاكم الابتدائية تبنت اتجاهها مخالفاً، على غرار ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بالرباط، فاعتبرت أن وجود الأملاك المطالب بها مسجلة في اسم الزوج بصفته مدعى عليه، يجعل طلب الزوجة بصفتها مدعية غير مقبول، وهو ما يستخلص منه أن المحكمة اعتمدت على قواعد الإثبات وفقاً للقانون الوضعي وليس بناءً على أحكام الفقه الإسلامي (المذهب المالكي)¹.

وعلى العموم، فإن الاجتهاد القضائي المغربي قد تواتر في أحكامه وقراراته على حماية المرأة في الثروة المكتسبة خلال الحياة الزوجية والتي ساهمت في تكوينها وتنميتها والحفاظ عليها، غير أن هذا الحكم كان مقتصراً في تطبيقه على النسوة بالبادية في منطقة سوس دون تعميمه في باقي المناطق، وهو الأمر الذي يستشف من قرار محكمة الاستئناف بأكادير الصادر بتاريخ 02 أبريل 1996، والذي جاء فيه ما يلي: "الاجتهادات المدلى بها من طرف المستأنفة تُخصُّ الزوجة العاملة مع زوجها في البوادي ولا تطبق على الزوجة القاطنة بالمدينة سواء كانت عاملة أم محتجبةً وبذلك تبقى تلك النظريات مقيدة لها في هذه الدعوى وحيث إنه انطلاقاً مما ذكر فإن الحكم الابتدائي كان مُصادفاً للصواب فيما قضى به"²، وعلى النقيض حاولت بعض الأحكام تعميم مقتضيات هذا الحق، وعدم قصر نطاق أعماله على منطقة معينة، حيث جاء في حيثيات قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 04 أبريل 2000 ما يلي: "رغم أن الأطراف لا ينتمون إلى منطقة جريان العرف بحق الكد والسعاية، وحيث أن الكد والسعاية من لدن المرأة سواء في البادية أو الحاضرة المعتبر للتعويض عنه، هو المترتب من عمل مكسب وافر على الحاجيات الشخصية، يصب في ثروة مادية أنشأت أثناء الحياة الزوجية، أو التَّكامل بينهما في

¹ حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، عدد 127، ملف رقم 05/970/10، مؤرخ في 2006/02/13 (غير منشور)؛ مقتبس عن: عمر المزلدي، المرجع السابق، ص.43.

² قرار محكمة الاستئناف بأكادير، مؤرخ في 1996/04/02، مقتبس عن: كريمة محروق، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.94.

هذا الشأن يجعل الارتباط بين المتحصل في هذه الثروة والاشترك لأموال أو عمل الزوجين أمرين متلازمين لا حكم بأحدهما دون الآخر... الخ"¹، وهو ما يؤكد نية بعض المحاكم في إطلاق العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية بغض النظر عن كونه حقاً عرفياً مقتصرأ على منطقة جغرافية محددة.

وصفوة القول؛ أن نظام الكدّ والسّعاية هو من أبسط صور نظام الاشتراك المالي بين الزوجين، تتخذ شكل المساهمة في تنمية المال المشترك بين الزوجين². والملاحظ على هذا النظام أنه يعدُّ من أبلغ مظاهر المساواة بين الزوجين في مجال الاشتراك المالي³، وهو الأمر الذي يتوافق بشكل مطلق مع ما دعت إليه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، لاسيما ما جاء في نص مادتها 15 بقولها: "2- تمنح الدول الأطراف المرأة، في الشؤون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوى بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية. وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات،... الخ"، وكذا ما نصت عليه المادة 16 من ذات الاتفاقية بقولها: "ح. نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحياسة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض... الخ".

¹ قرار محكمة الإستئناف بالرباط، عدد 2344، ملف عدد 99/6323، مؤرخ في 2000/04/04، مجلة رسالة المحاماة، العدد 16، ماي 2001، ص. 208.

² خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 116؛ هاجر عبد الدايم، المرجع السابق، ص. 54، 57.

³ عبّرت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة ضمن التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع المقدم من طرف دولة المغرب بتاريخ 18 سبتمبر 2006، عن التعديلات التي قام بها المشرع المغربي بمناسبة استحداث مدونة الأسرة سنة 2004 بما يلي: "لا تعني الأحكام الجديدة في قانون الأسرة النص على شيوع الأموال، فهي لا تتعلق إلا بالأموال المتحققة في فترة الزواج، وإن كانت تبيح الأعراف الاعتراف بالعمل المنزلي للمرأة وبمساهمتها الكاملة في إدارة شؤون الأسرة؛ التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع للمغرب، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 2006/09/18، ص. 71 (راجع الملحق رقم 02، ص. 337 وما يليها).

كما أن مضمون هذا النظام التشاركي بين الزوجين، يتوافق فعلياً مع ورد ضمن قرار مجمع الفقه الإسلامي، والذي تضمن ما يلي: "إذا أسهمت الزوجة فعلياً من مالها أو كسب في تملك مسكن أو عقار أو مشروع تجاري فإن لها الحق في الإشتراك في ملكية ذلك المسكن أو المشروع بنسبة المال الذي أسهمت به"¹.

ومما سبق، يمكن القول أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي في تنظيمها لمسألة الاشتراك المالي، لم يفرضوا أي نظام مالي على المقبلين على الزواج أو حتى الزوجين، بل تركا لهما كامل الحرية لاختيار العلاقة المالية التي تربطهما وتناسب مع مصالحهما المالية والاقتصادية، وهذا انطلاقاً من تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين، شريطة ألا يُخالف اتفاقهما النظام العام الأسري المكرس ضمن قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية².

¹ راجع القرار رقم 144 (16/2) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السادسة عشرة (16) المنعقد بدي (دولة الإمارات العربية المتحدة) بتاريخ 30 صفر-05 ربيع الأول 1426 هـ الموافق لـ 09-14 نيسان (أبريل) 2005م، ص. 474 (راجع الملحق رقم 04، ص. 357 وما يليها)، الرابط الإلكتروني: <https://iefpedia.com/arab/?p=44358>

² العربي بلحاج، بحوث قانونية...، المرجع السابق، ص. 151.



الخاتمة



عمدنا من خلال هذه الدراسة التحليلية والمقارنة إلى بيان مكانة المرأة في مقابل مكانة الرجل بشأن إبرام عقد الزواج، وكذا مختلف آثاره الشخصية والمادية، وهذا في إطار التشريعين الأسريين الجزائري والمغربي، وكل هذا في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وكذا الاتفاقيات والمواثيق الدولية الرامية لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين عامةً والزوجين خاصةً، لاسيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، باعتبارها الاتفاقية الدولية المحورية في هذا المجال.

وبعد التطرق لمبدأ المساواة بين الزوجين في مسائل انعقاد الزواج، بداية من المرحلة السابقة لانعقاده (الخطبة)، وإلى غاية إبرامه فيما بين طرفيه بعد تحقق ركنه وشروطه. كما تناولنا أثره على المبدأ بمختلف الآثار المترتبة عن عقد الزواج سواءً الشخصية أو المالية، وهذا في ضوء الأحكام التشريعية للقانونين الأسريين الجزائري والمغربي، وكذا في ضوء الاتفاقيات الدولية الداعية لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين، ومنه خلصنا إلى بعض النتائج نجملها كالاتي:

❖ إحرار كلا المشرعين الجزائري والمغربي لتقدم كبير في تبني مبدأ المساواة ضمن التشريعين الأسريين الوطنيين، وتكريسه لحد كبير ضمن مختلف أحكام الزواج وآثاره.

❖ إقرار كلا المشرعين الجزائري والمغربي لمبدأ المساواة بين الجنسين -الخطبيين- في مجال استرداد الهدايا حال عدول أحدهما أو كليهما عن الخطبة.

❖ تبني كلا المشرعين الجزائري ونظيره المغربي للمساواة بين كلا الخطبيين بشأن التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة سواءً كان مادياً أو معنوياً، وذلك متى تأكدت مسؤولية أحد الخطبيين في التسبب بالضرر للطرف الآخر إعمالاً لقواعد عدم جواز التعسف في استعمال الحق.

❖ تبني كلا المشرعين الجزائري والمغربي لمبدأ المساواة بمناسبة تعريف عقد الزواج، وتأكيدهما على ركنه البيولوجي -بمعنى أن يتم عقد الزواج بين شخصين من جنسين مختلفين- بمعنى وجوب الاختلاف الجنسي بين طرفي هذا العقد، وهو ما يترتب عنه إنعقاد عقد الزواج بين رجل وامرأة،

وهذا في سبيل طرد وإخراج كل العلاقات المثلية الأخرى التي يعرفها العصر الحالي عن دائرة عقد الزواج، بإعتبار هذا الأخير نظاماً كونياً هدفه تواصل النسل، وهذا ما يُعدُّ موازنةً من قِبَل كلا المشرعين بين مبدأ المساواة المستقى من الإتفاقيات الدولية الذي لا يخضع لهذه الإعتبارات، ويؤسس للمساواة النظرية على إطلاقها، وبين مبدأ المساواة بين الجنسين الذي يعترف به التشريع الإسلامي ويؤسسه على الإعتدال.

❖ تأكيد كلا المشرعين الجزائري والمغربي على ركنية الرضا في عقد الزواج وإنعقاده، وبالمقابل أكد كلا المشرعين على الحرية الكاملة والمطلقة لكلا الزوجين في إختيار شريكه المستقبلي.

❖ التأكيد الواضح والجلي لكلا المشرعين الجزائري والمغربي على حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، وذلك من خلال توسيع دورها في إختيار الشريك بملىء إدراتها وكامل حريتها، بما يتوافق مع مبدأ المساواة الذي كرسته مختلف المعاهدات والإتفاقيات الدولية.

❖ التكريس الواضح لكلا المشرعين لمبدأ المساواة بشأن السن الأدنى للزواج بما يتماشى مع الإلتزامات الملقة على عاتق كلا المشرعين إزاء المجتمع الدولي.

❖ تبني كلا المشرعين الجزائري والمغربي لمبدأ المساواة بين الجنسين بشأن إخضاع كلا طرفي عقد الزواج للفحص الطبي المسبق، وإعتبار الشهادة الطبية آلية وقائية في شكل شرط شكلي يتوجب إستيفاؤه لأجل إبرام عقد الزواج، وهو الأمر الذي يتوافق من جهة مع أحكام التشريع الإسلامي، ومن جهة أخرى مع ما دعت إليه الإتفاقيات الدولية الرامية لتكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في مرحلة إنعقاد الزواج.

❖ إعادة تنظيم كلا المشرعين الجزائري والمغربي للحقوق والواجبات الزوجية في شكل حقوق وواجبات مشتركة بين كلا الزوجين، بعد التعديلات الأخيرة التي مست التشريعات الأسرية الوضعية -الجزائرية والمغربية- وبالتالي فإن كلا الزوجين أصبحا يخضعان لنفس الحقوق والواجبات المشتركة، بما يضمن إرساء قواعد الإشتراك والتعاون والتشاور وكذا تكريس مبدأ المساواة بين كلا الزوجين.

❖ إقرار كلا المشرعين الجزائري والمغربي لمبدأي الحرية والمساواة لكلا الزوجين بشأن اختيار النظام المالي للزوجين، من خلال تبني مبدأ الاستقلالية المالية لكلا الزوجين كأصل عام، ومبدأ الإشتراك المالي كاستثناء الهدف منه التسيير المشترك لأموال الأسرة.

❖ قيام كلا المشرعين الجزائري والمغربي بمجهودات كبيرة للحفاظ على التوازن بين المصدر المادي للتشريعات الأسرية (قانون الأسرة الجزائري، ومدونة الأسرة المغربية) وبين المبادئ المستقاة من المواثيق الدولية، ومن أبرزها مبدأ المساواة بين الجنسين.

إلا أنه من خلال هذه الدراسة، اتضح بجلاء تمسك المشرع الجزائري بالثوابت الشرعية والموروث الحضاري، على خلاف المشرع المغربي الذي حاول بشكل كبير الوفاء بالتزاماته الدولية إزاء المجتمع الدولي، من خلال تكريس وتجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين عامةً وكذا الزوجين خاصةً، وهو ما يبرر بإقدام المشرع المغربي على إلغاء كافة تحفظاته التي أبدتها بشأن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، متجاهلاً أحكام المصدر المادي - أحكام الفقه المالكي - لمدونة الأسرة المغربية، وهو ما وضعه محل تناقض في أحيان كثيرة.

كما يمكن أن نستنتج من خلال هذه الدراسة أيضاً، أن إقرار حقوق المرأة هو مما يتماشى مع الدين الإسلامي الحنيف، إلا أن التكريس النظري لمبدأ المساواة بين الزوجين في كنف الأسرة من شأنه أن يخالف الفطرة البشرية، وهو ما يمكن أن يترتب عنه الإضرار بالمرأة في حد ذاتها وتحميلها ما لا تطيق، على غرار إلزام المرأة في ظل بعض التشريعات الوضعية الحديثة بالإنفاق على الأسرة مناصفة مع الرجل، وهو ما قد يتقل كاهل المرأة باعتباره التزاماً ملقى على عاتقها ويتوجب عليها الوفاء به تحت سلطان القانون.

وعلى ضوء ما خلصنا إليه من خلال هذه الدراسة، وفي سبيل سد النقص التشريعي يمكن رفع وإقتراح بعض التوصيات على النحو الآتي:

❖ إقتراح تعديل المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري على النحو الآتي: "الخطبة وعد بين رجل وإمرأة على الزواج، على نحو غير ملزم..."، ويستهدف هذا التعديل تحديد طبيعة وخصوصية الخطبة كوعد غير ملزم، وتمييزها عن عقد الزواج بإعتبارها مقدمة ومرحلة تمهيدية لعقد الزواج، والتأكيد على الركن البيولوجي لعقد الزوج بين كونه علاقة تربط بين شخصين من جنسين مختلفين رجل وإمرأة.

❖ دعوة كلا المشرعين الجزائري والمغربي للعمل على توضيح القيمة غير الإلزامية للخطبة من خلال إعتبارها وعداً غير ملزم، ولا ترقى للعقد النهائي.

❖ دعوة كلا المشرعين الجزائري والمغربي للتطرق لمآل الهدايا المقدمة في مرحلة الخطبة، في حال وفاة أحد الخطيبين.

❖ دعوة المشرع الجزائري إلى إعادة إدراج أحكام الوكالة في إبرام عقد الزواج بما يتماشى مع أحكام التشريع الإسلامي، مع إحاطة هذه الأحكام بتنظيم يسمح بالتأكد الحقيقي من رضا الزوج أو الزوجة حسب الحالة، بما يضمن الحرية الكاملة لكلا الجنسين وخصوصاً المرأة في اختيار الشريك المستقبلي لإبرام عقد الزواج معه.

❖ دعوة المشرع الجزائري إلى تحديد وتوضيح المقصود بقدرة الطرفين على الزواج (القدرة المالية أو الجنسية... الخ)، في معرض معالجته للإستثناء الوارد على أحكام تحديد السن الأدنى للزواج.

❖ دعوة المشرع الجزائري إلى إعادة النظر في أحكام المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، بما يضمن تدخل ضابط الحالة المدنية في حال وجود مرض خطير أو معدي من شأنه تهديد حياة أحد الزوجين، أو الحيلولة دون تحقيق أهداف عقد الزواج.

❖ التأكيد على المشرع الجزائري لإعادة النظر في إمكانية إدراج الاتفاق بين الزوجين حول الإشتراك المالي في عقد الزواج، وهذا ما من شأنه الإخلال بقدرسية وخصوصية عقد الزواج بوصفه ميثاقاً غليظاً.

وخلاصة القول، أن المشرع الجزائري قد سعى جاهداً للتوفيق والمزاوجة بين مصدرية الشريعة الإسلامية لأحكام قانون الأسرة الجزائري، وبين المبادئ التي دعت إليها الاتفاقيات الدولية، وإن وفق أحياناً، ووقع أحياناً في مثالب تشريعية تستدعى إعادة النظر في أحكام قانون الأسرة، لاسيما بعد مرور أكثر من 15 سنة على تطبيقه مما خلق العديد من الإشكالات في ظل وجود العديد من النقائص والثغرات.

وبالمقابل، فإن المشرع المغربي سعى هو الآخر لتحقيق توازن بمناسبة إعداد مدونة الأسرة لتعويض مدونة الأحوال الشخصية، إلا أن مساعيه طغى عليها إنسياقه الواضح نحو الوفاء بالتزاماته الدولية، والعمل على تكريسها ضمن أحكام مدونة الأسرة.



قائمة الملاحق



الملحق رقم 01

التقريران الدوريان الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

CEDAW/C/DZA/3-4

الأمم المتحدة

Distr.: General
24 May 2010
Arabic
Original: French

اتفاقية القضاء على جميع
أشكال التمييز ضد المرأة

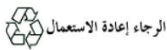


اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة
النظر في التقارير المقدمة من العدد ٥٩
الأطراف بموجب المادة ١٨ من اتفاقية القضاء
على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

التقارير الدورية الجمّعة الثالثة والرابعة للدول الأطراف

الجزائر*

* هذا التقرير صادر بصيغته التي ورد بها دون تحوير رسمي.



030610 030610 10-28818X(A)



CEDAW/C/DZA/3-4

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية والشعبية

التقريران الدوريان الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية
القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

١٨ أيار/مايو ٢٠٠٩

المحتويات

الصفحة

٥ مقدمة
٦ الجزء الأول
٦	أولا - معلومات عامة وردود على انشغالات وتوصيات اللجنة
٦	ألف - معلومات عامة
٨	ثانيا - الإطار القانوني العام لتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها
٩	ألف - الآليات السياسية
٩	باء - الآليات القضائية
١٠	ثالثا - الإعلام والدعاية
١٢	رابعا - حقوق الإنسان ومكافحة الإرهاب
	باء - ردود الحكومة الجزائرية على التوصيات التي تقدمها بما لجنة حقوق المرأة في
١٢ أثناء النظر في التقرير الدوري الثاني
٦١ الجزء الثاني - أحكام الاتفاقية
٦٠	المادة ٢ - السياسة الرامية إلى القضاء على التمييز ضد المرأة
٦٣	المادة ٣ - تدابير لتحقيق المساواة بحكم الواقع بين الرجل والمرأة
٧٠	المادة ٤ - التدابير المؤقتة الخاصة الرامية إلى تعجيل تحقيق المساواة بحكم الواقع بين الرجال والنساء
٧٠	المادة ٥ - مكافحة الدور النمطي للرجال والنساء
٧٢	المادة ٦ - التدابير الرامية إلى قمع جميع أشكال الاتجار بالنساء واستغلال بغائهن
٧٥	المادة ٧ - القضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامة في البلاد
٨٤	المادة ٨ - مشاركة المرأة في اللقاءات الدولية أو الإقليمية
٨٤	المادة ٩ - القضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان اكتساب الجنسية أو تغييرها أو الاحتفاظ بها
٨٤	المادة ١٠ - القضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان التعليم
٩٤	المادة ١١ - القضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل

CEDAW/C/DZA/3-4

- ١٠٠ القضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العلاج الصحي
- ١١٥ القضاء على التمييز في ميادين الحياة الاقتصادية والاجتماعية الأخرى
- ١١٥ القضاء على التمييز ضد المرأة في المناطق الريفية
- ١٢٩ القضاء على التمييز ضد المرأة أمام القانون
- المادة ١٦ - القضاء على التمييز ضد المرأة في جميع المسائل المنجّرة عن الزواج وفي العلاقات
١٣٠ العائلية

مقدمة

صدّقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في ٢٢ كانون الثاني/يناير ١٩٩٦، بموجب الأمر الرئاسي ٩٦-٥١. وقد صدر هذا التصديق في العدد ٦ من الرائد الرسمي للجمهورية الجزائرية الديمقراطية والشعبية بتاريخ ٢٤ كانون الثاني/يناير ١٩٩٦.

وعملاً بالمادة ١٨ من الاتفاقية، قدّمت الجزائر إلى اللجنة حتى الآن تقريرين:

- تقريرها الأولي (CEDAW/C/DZA/1) في ٢١ و ٢٦ كانون الثاني/يناير ١٩٩٩،

- تقريرها الدوري الثاني (CEDAW/C/DZA/2) في ١١ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٥.

وقدّم الوفد الجزائري لدى عرض تقريره الدوري الأخير، استعراضاً للإنجازات التي تم تحقيقها لفائدة المرأة منذ تاريخ النظر في تقريره الأولي. وأبرز الوفد التحديات التي تعرقل الأعمال الكاملة لتلك الحقوق وبيّن التدابير التي اتخذتها السلطات العمومية لتخطيها.

وأعلن الوفد الجزائري كذلك أن سلطات بلده قد حرصت، على الصعيد الدولي، على مواصلة عملية الانضمام إلى مختلف الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، وهي عملية تجعل من الجزائر بلداً موقعاً على كل هذه الاتفاقيات تقريباً.

وأبدى أعضاء اللجنة، من جهتهم، عدداً من الملاحظات والتعليقات سيقدم هذا التقرير بشأنها ردود الحكومة الجزائرية، كما سيرعرض التوضيحات اللازمة بشأن التغييرات المستحقة منذ ذلك الحين.

ووفقاً للتوجيهات المتعلقة بإعداد التقارير من جانب الدول الأطراف فإن هذا التقرير الدوري موحد، إذ يتضمن التقريرين الثالث والرابع مجعّين في وثيقة واحدة. وهو يتكون من جزأين رئيسيين:

- يعرض الجزء الأول المعنون "معلومات عامة وردود الحكومة الجزائرية على انشغالات وتوصيات اللجنة" الهيكل السياسي العام للبلد، كما يذكّر بالإطار الذي يتحقق فيه تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها. ويتضمن هذا الجزء كذلك ردود الحكومة الجزائرية على الملاحظات والتعليقات التي أبدتها أعضاء اللجنة لدى تقديم التقرير الدوري الثاني في كانون الثاني/يناير ٢٠٠٥؛

- ويتضمن الجزء الثاني معلومات متعلقة بالأحكام الجوهرية للاتفاقية التي أحررت التغييرات وفقاً لها.

”...لا يمكنه أن يمارس القضاء في منطقة قرينه إن كان هذا الأخير يمارس مهنة المحاماة فيها“. وتنطوي هذه الحالة على الاستحالة القانونية للتعايش. وخصوص العازبة الراشدة، فإنه لا يوجد أي حكم قانوني أو تنظيمي يمنعها من حرية اختيار مكان سكنها أو إقامتها. وهذا قانون دستوري راسخ (مبدأ حرية التنقل داخل حدود الإقليم الوطني).

الرد على التوصيتين ٢٥ و ٢٦

١ - مجلة الأسرة

صدرت مجلة الأسرة بموجب القانون ٤٨-١١ المؤرخ ٩ حزيران/يونية ١٩٨٤ ولم يُدخل عليها أي تعديل منذ صدورها.

وقد وجب تعديلها وفقا للتحوّلات التي شهدتها المجتمع الجزائري ومطالبات العديد من شرائح المجتمع من جهة، وبغية مواكبتها مع الاتفاقيات الدولية، ولا سيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة واتفاقية حقوق الطفل من جهة أخرى.

ذلك هو المنظور الذي تقرر وفقا له وضع مشروع قانون يستجيب للانشغالات المرتبطة بمجلة الأسرة ووضع المرأة في المجتمع.

وقد لاحظت اللجنة الوطنية المنشأة لذلك الغرض أن الأسرة الجزائرية تطوّرت من أسرة يرأسها الزوج إلى وحدة عائلية تقوم على أساس تقاسم المهام والتعاون فيما بين الرجل والمرأة.

وهكذا فإن التغييرات الرئيسية التي أُدخلت بموجب المرسوم ٢-٠٥ المؤرخ ٢٧ شباط/فبراير ٢٠٠٥ على القانون ٨٤-١١ المؤرخ ٩ حزيران/يونية ١٩٨٤ والمتضمّن مجلة الأسرة تناول ما يلي:

(أ) الزواج

أصبح الزواج يُعتبر في قانون الأسرة عقدا توافقيا يتطلب موافقة زوجي المستقبل. وقد ترتّب على ذلك الإلغاء التام لممارسة الزواج بالإتابة. وبالفعل، فإن المادة ٩ تنص على أن ”عقد الزواج يُرمم بموافقة الزوجين معا“.

وتُعتبر الموافقة بحكم القانون ”عنصرا مؤسسا للزواج. وفي صورة 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.

وبخصوص هذه النقطة، يجب إبراز الدور الذي يؤديه المدعي العام في مجال الأحوال الشخصية التي يعتبرها القانون الجزائري مشمولة بأحكام النظام العام. وبهذه الصورة، يجوز لوكيل الجمهورية أن يستعمل جميع السبل القانونية المتاحة لتصحيح الأوضاع وفقا للقانون في الحالات المعروضة عليه.

وهكذا فإن المادة ٣ مكررا من المرسوم ٠٥-٠٦ المؤرخ ٢٧ شباط/فبراير ٢٠٠٥ الذي عدّل وأكمل القانون ٨٤-١١ المؤرخ ٩ حزيران/يونية ١٩٨٤ المتضمّن مجلة الأسرة ينص على أن "المدعي العام طرف رئيسي في جميع القضايا الرامية إلى إعمال أحكام هذا القانون".

وتنص المادة ١٣ من المرسوم ذاته على أنه "ممنوع على الولي، سواء كان الأب أو شخصا آخر، أن يُرغم على الزواج الشخص القاصر الموجود في كفالته، كما أنه لا يمكنه تزويجه بدون رضاه". فضلا عن الموافقة، يجب أن تتوفر في الطرفين في الزواج القدرة الكاملة على عقد القران.

وقد حدّدت السن القانونية لتوفّر القدرة على عقد الزواج بتسعة عشرة (١٩) سنة كاملة، وفي هذا شكل من أشكال الضمان لصون حقوق الشخص المعني، ولا سيما المرأة، الذي يمكنه هكذا أن يبدي موافقته عن دراية.

وتعرّف مجلة الأسرة الجديدة، في مادتها ٣٦، الحقوق والواجبات التي يجب أن يلتزم بها القرينان. وهكذا فإن مفاهيم طاعة الزوج واحترام والديه وأقاربه قد حُذفت ولم يحلّ مكانها سوى حقوق وواجبات متبادلة فيما بين الزوجين، ولا سيما "الحفاظ على العلاقات الزوجية والتعايش في وئام واحترام متبادل...".

وفيما يلي نص المادة ٣٦:

"فيما يلي التزامات الزوجين:

- الحفاظ على علاقات الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،
- التعايش في وئام واحترام متبادل وحسن المعاملة،
- المساهمة معا في الحفاظ على مصالح الأسرة، وحماية الأطفال وتربيتهم تربية سليمة،
- التشاور فيما بينهما بشأن إدارة شؤون الأسرة وبخصوص الفترات الفاصلة بين الولادات،
- احترام والدي كل من الزوجين وأقاربهما وزيارتهم،
- الحفاظ على صلات القرابة والعلاقات الطيبة مع الوالدين والأقارب،

- لكل واحد من الزوجين الحق في أن يزور والديه وأقاربه وأن يستقبلهم ويُحسن معاملتهم“.

(ب) تعدد الزوجات

يشكل تعدد الزوجات حالة استثنائية في المجتمع الجزائري.

وقد أضاف المشرع اشتراطات مشددة زادت من صعوبة ممارسته. وبالفعل، فإن المرسوم المؤرخ ٢٧ شباط/فبراير ٢٠٠٥ فرض قواعد جديدة يتحتم على الزوج احترامها.

يتحتم على الزوج أن يحصل على موافقة صريحة من زوجته الأولى وكذلك من زوجته المقبلة لكي يتمكن من عقد زواج جديد والحصول على إذن من رئيس المحكمة. والقاضي مطالب بالتحقق من أن الطلب المقدم له ما يبرره وأن الزوج له القدرة على تحقيق المساواة والظروف اللازمة للحياة الزوجية بالنسبة للزوجتين.

وفي حالة ارتكاب غش أو تدليس، يمكن لأي زوجة أن ترفع دعوى في الطلاق ضد الزوج (المادة ٨ مكررا). ويتقرر إبطال الزواج الجديد، قبل الدخول، في حالة عدم حصول الزوج على الإذن من القاضي (المادة ٨ مكررا-١).

(ج) الطلاق

بموجب أحكام القانون الجديد، تم توسيع نطاق الأسباب التي يمكن أن تستند الزوجة إليها بحيث أصبح بإمكان هذه الأخيرة أن ترفع دعوى قضائية، ولا سيما بسبب عدم التوافق المستمر مع زوجها أو بسبب انتهاك أحكام منصوص عليها في عقد الزواج أو في عقد ميرم لاحقا.

وكل دعوى في الطلاق تستتبع بالضرورة جبر الضرر. وتترتب على عدم تنفيذ حكم بالتعويض ملاحقات جنائية لا مناص منها، ولا سيما ضد الزوج المتعتت. والسوابق القضائية للمحاكم الجنائية الجزائرية صارمة جدا في هذا الشأن.

ولتجنب ممارسات الماضي المتمثلة في مناورات المماطلة التي يقوم بها الزوج الأول لمنع الزوجة المطلقة من التزوج ثانية، فإن قرارات المحاكم الابتدائية بإيقاع الطلاق لا تقبل الطعن. ولأقيل استئناف تلك الأحكام أمام محاكم الدرجة الثانية إلا فيما يتعلق بالجوانب المالية. ومجرد أن تصدر إحدى المحاكم قرار الطلاق، يتولى كاتبها تدوينه في سجلات الحالة المدنية.


الملحق رقم 02

النظر في التقارير المقدمة من الدول الأطراف (المغرب) بموجب المادة 18 من اتفاقية القضاء
على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

CEDAW/C/MAR/4

الأمم المتحدة

Distr.: General
18 September 2006
Arabic
Original: French

اتفاقية القضاء على جميع
أشكال التمييز ضد المرأة 

اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة

النظر في التقارير المقدمة من الدول الأطراف بموجب المادة ١٨ من
اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

التقريران الدوريان المجمعان الثالث والرابع للدول الأطراف

المغرب

* يصدر هذا التقرير دون تحرير رسمي.

للاطلاع على التقرير الأول الذي قدمته حكومة المغرب انظر CEDAW/C/MOR/1، الذي نظرت فيه
اللجنة في دورتها السادسة عشرة، وللإطلاع على التقرير الدوري الثاني الذي قدمته حكومة المغرب انظر
CEDAW/C/MOR/2، الذي نظرت فيه اللجنة في دورتها التاسعة والعشرين.

081206 081206 06-56367 (A)



بدعم من صندوق الأمم المتحدة للسكان وصندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة

المحتويات

الجزء الأول: تحديث الإطار العام لحماية حقوق الإنسان

الجزء الثاني: المواد الموضوعية (المواد من ١ إلى ١٦)

- المادة ١ : تعريف التمييز
- المادة ٢ : التزامات الدول الأطراف
- المادة ٣ : التدابير المناسبة
- المادة ٤ : التدابير الخاصة المؤقتة لمكافحة التمييز
- المادة ٥ : تعديل أنماط السلوك الاجتماعية والثقافية
- المادة ٦ : مكافحة استغلال المرأة
- المادة ٧ : المساواة في الحياة السياسية والعامه على الصعيد الوطني
- المادة ٨ : المساواة في الحياة السياسية والعامه على الصعيد الدولي
- المادة ٩ : المساواة في قوانين الجنسية
- المادة ١٠ : المساواة في التعليم
- المادة ١١ : المساواة في العمل والحقوق المتعلقة بالعمل
- المادة ١٢ : المساواة في استخدام المرافق الصحية
- المادة ١٣ : التمويل والضمان الاجتماعي
- المادة ١٤ : النساء القرويات
- المادة ١٥ : المساواة في الشؤون القانونية والمدنية
- المادة ١٦ : المساواة في الحقوق داخل الأسرة

مكافحة العنف ضد المرأة

الجزء الثالث: متابعة المؤتمرات الدولية

- متابعة إعلان ومنهاج عمل بيجين
- متابعة المؤتمر العالمي لمناهضة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب
- متابعة دورة الجمعية العامة للأمم المتحدة الاستثنائية المعنية بالطفل

CEDAW/C/MAR/4

- ١ - بمقتضى أحكام المادة ١٨ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، يقدم المغرب التقريرين الدوريين الثالث والرابع في شكل تقرير موحد، عملاً بتوصيات اللجنة التي صدرت عند النظر في التقرير الدوري الثاني (CEDAW/C/MOR/2) في جلستها ٦٢٧ و٦٢٨ في ١٥ تموز/يوليه ٢٠٠٣ (CEDAW/C/SR.627 و628).
- ٢ - وجرى في وضع هذا التقرير الالتزام بتوجيهات اللجنة. وهو نتاج مشاركة جميع الجهات الفاعلة التي تعمل في مجال المرأة، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، وهي الجهات الحكومية، وغير الحكومية، والتعاون الدولي، وكذلك الوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة.
- ٣ - وقد تعززت عملية الإعداد بالعمل، في ٢٣ أيار/مايو ٢٠٠٦، على عقد اجتماع إعلامي لتذكير جميع المشاركين بجدوى وأهمية وضع تقارير دورية، وشرح ذلك لهم وتوعيتهم به. وفي ٢٩ حزيران/يونيه ٢٠٠٦، عقدت حلقة تصديق على هذا التقرير شاركت فيها الإدارات الوزارية، والمنظمات غير الحكومية، وصندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة، وصندوق الأمم المتحدة للسكان.
- ٤ - وقد لاحظت الحكومة المغربية بارتياح الجوانب الإيجابية التي شددت عليها اللجنة في مكافحة التمييز ضد المرأة، ووضعت في اعتبارها أيضاً اقتراحات اللجنة وتوصياتها (CEDAW/C/SR.627 و628).
- ٥ - وسيقدم هذا التقرير ردوداً على توصيات اللجنة وشواغلها، ويعرض تنفيذ الاتفاقية منذ تقديم التقرير الثاني.

الجزء الأول:

- ٦ - ترد المعلومات الأساسية المتصلة بالإقليم والسكان وبالبنية السياسية العامة للبلد في الوثيقة HRI CORE/Add.23/Rev.1، المؤرخة ١٥ نيسان/أبريل ٢٠٠٢.
- ٧ - إن تقديم التقريرين الدوريين الثالث والرابع يبيّن المكاسب التي تحققت مؤخراً في مجال حقوق الإنسان وترسيخ دولة القانون.
- ٨ - وتشهد الإصلاحات التي أجريت في المغرب على الإرادة الملكية في ترسيخ الديمقراطية في الواقع والسلوك وتأسيس دولة القانون. ومما يشهد على ذلك الإجراءات التالية:

CEDAW/C/MAR/4

٣٣٦ - ومنوط بالمكاتب الجهوية لتحسين الفلاحة، الكائنة في المناطق المروية، الحفاظ على مكنسيات مشروع دعم التنمية الفلاحية الخاص بالأنشطة النسائية، وذلك بالإبقاء على الموظفين وتوفير التجهيزات المادية والموارد الميزانية الكافية لمواصلة الجهود البذولة.

٣٣٧ - إن برنامج المشاريع المدرة للدخل، الذي بدأته مديريةية التعليم والبحث والتنمية، يهدف إلى تحسين الأحوال الاجتماعية والاقتصادية للنساء الريفيات. وتنفذ هذه المشاريع بشكل فردي أو جماعي، وتتناول تحسين الأنشطة الفلاحية، كالتربية المحدودة، وزراعة الحدائق، وإنشاء تعاونيات نسائية، وكذلك تجهيز المنتجات الزراعية، كرزها، وتعبئتها في زجاجات....

٣٣٨ - وتشير إنجازات برنامج المشاريع المدرة للدخل في الأعوام الأربعة الماضية إلى أن التربية المحدودة هي أشيع الأنشطة بين النساء الريفيات. وبالإضافة إلى ذلك فإنه منذ رصد اعتماد في الميزانية في عام ٢٠٠٢، سجل عدد المستفيدين من هذه المشاريع زيادة صافية، إذ ارتفع من ٢٦٠ ١ مستفيدا في عام ٢٠٠١ إلى ٢٦١٠ في عام ٢٠٠٤، مع ارتفاع بالغ الدلالة في النفقات المتحملة التي بلغت ٤ ٠٠٠ ٠٠٠ درهم في عام ٢٠٠٤، في مقابل ٩٨١ ٠٠٠ درهم في عام ٢٠٠١.

٣٣٩ - وتستفيد المرأة الريفية أيضا من تدابير الإرشاد الزراعي بالتساوي مع المزارعين وحسب احتياجاتها. وهذه التدابير تقيد النساء باطراد، فقد زاد عددهن من ١٦٨ ٣٣ في عام ٢٠٠١ إلى ٤٣ ٤٧٢ في عام ٢٠٠٢، وإلى ٥٨ ٩٦٩ في عام ٢٠٠٣، و٧٤ ١٢٤ في عام ٢٠٠٤، أي أكثر من الضعف بالمقارنة بعام ٢٠٠١.

المادتان ١٥ و ١٦

المادة ١٥: المساواة في الشؤون القانونية والمدنية

٣٤٠ - يعترف الإطار المعياري المغربي بوضوح بالمساواة بين المرأة والرجل أمام القانون وبحقهما في محاكمة عادلة.

وبالإضافة إلى البيانات الواردة في الوثيقة الأساسية (HRI/CORE/Add.23/Rev.1) المؤرخة ١٥ نيسان/أبريل ٢٠٠٢ والمتعلقة بالحقوق في اللجوء إلى القضاء، يجدر بالذكر وضع مشروع قانون بإنشاء محاكم استئناف إدارية، مما سيساعد على تدعيم الضمانات المكفولة للحقوق في اللجوء إلى القضاء.

واكتسبت المساواة في الحقوق المدنية مزيدا من التعزيز بعدة أحكام تهدف إلى تكريس المساواة بين المرأة والرجل.

٣٤١ - وبذلك وفي المجال الجنائي فإن القانون الجديد للإجراءات الجنائية، الصادر في ٣ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٣، ألغى الحكم الذي كان يلزم الزوجة التي تبدي رغبتها في الادعاء بالحق المدني على زوجها بالحصول على إذن بذلك من المحكمة.

وينطبق ذلك على تعديلات القانون الجنائي السابق ذكرها في الجزء الأول من هذا التقرير والمتعلقة بجرائم الزنا والجرائم التي ترتكب في غياب أحد الزوجين في الخارج، وهو ما تناوله المادتان ٤١٨ و ٤٩١ من القانون الجنائي (راجع الجزء الأول من التقرير).

٣٤٢ - وفي مجال قانون الأسرة فإن سنّ قانون جديد يكرس المساواة بين الزوجين قبل الزواج وفي أنثائه، بتأكيد مسؤولية كلا الزوجين ووضع أشكال جديدة لفسخ الزواج تحقق مصلحة الزوجة، قد وضع حداً لشطر كبير من التمييز ضد المرأة، فقانون الأسرة يعتبر في العادة بامتياز المجال الذي يدوم فيه عدم المساواة.

٣٤٣ - وحدد قانون الأسرة الجديد سنّ عقد الزواج ببلوغ الرجل والمرأة الثامنة عشرة من العمر، مما ساعد على تطابق سن الرشد المدني والسياسي، فتحقق بذلك الاعتراف بالمساواة بين الرجل والمرأة في الأهلية القانونية.

٣٤٤ - وقد كرس القانون الجديد المنظم للأسرة أيضاً المساواة بين الفتيات والفتيان اعتباراً من سن الخامسة عشرة، فاعترف لهم بإمكان اختيار الشخص الذي تؤول إليه الحضنة، بعد أن كانت هذه السن تتحدد بـ ١٢ عاماً للفتى و ١٥ عاماً للفتاة في القانون السابق للأحوال الشخصية.

ويمكن أيضاً للأحفاد من جهة الابنة أن يرثوا حدهم، تماماً كالأحفاد من جهة الابن.

٣٤٥ - ويُعترف للمرأة والرجل بحقوق متساوية فيما يتعلق بإبرام العقود وإدارة الممتلكات. والواقع أنه لم تعد هناك أحكام تمييزية في مسألة التعاقد بعد إلغاء المادة ٦ من قانون التجارة والمادة ٧٢٦ من قانون الالتزامات والعقود، اللتين كانتا تشترطان موافقة الزوج على إبرام العقود الخاصة بكراء خدمات المرأة المتزوجة في الإرضاع وعلى ممارسة التجارة.

٣٤٦ - وللمرأة المغربية كل الحرية في الاحتفاظ بممتلكاتها وإدارتها والتنصرف فيها. والقيود الوحيدة هي ما نص عليه القانون وما يؤدي إلى انعدام الأهلية. وهذا الانعدام قد يتمثل في العجز عن الحماية بفعل عدم بلوغ سن الرشد، أو السفه، أو ضعف القوى العقلية،

CEDAW/C/MAR/4

أو العته، وقد تنعدم الأهلية من جراء إدانة جنائية. وفي الحالتين تطبق هذه القيود على الجميع دون أي تمييز.

٣٤٧ - وللمرأة المغربية أهلية كاملة في الذمة المالية، وليس للزواج أي تأثير على هذه الذمة. ويأخذ القانون المغربي بأحكام المذهب المالكي التي تنص على أن الزواج لا يؤدي إلى اختلاط الذمم المالية، مع الإبقاء على مبدأ فصل الأموال.

٣٤٨ - على أن المادة ٤٩ من قانون الأسرة الجديد تقضي بأن بإمكان الزوجين الاتفاق على سبل إدارة الأموال التي يجوزاتها في فترة الزواج واستثمارها وتقسيمها. ويدون هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، ويشير العدول على الطرفين، عند عقد الزواج، بهذه الإمكانية. وفي عام ٢٠٠٤ سجل ٣١٢ اتفاقاً بين الأزواج على الإدارة المشتركة للأموال التي يحصلون عليها في فترة الزواج، وإن كان قد حدث بعض التراجع في عام ٢٠٠٥ بنسبة ٥,٤٥ في المائة، إذ سجل ٢٩٥ اتفاقاً بين الأزواج.

٣٤٩ - ولا تعني الأحكام الجديدة في قانون الأسرة النص على شيوع الأموال، فهي لا تتعلق إلا بالأموال المتحققة في فترة الزواج، وإن كانت تبسح الاعتراف بالعمل المتري للمرأة ومسئولتها الكاملة في إدارة شؤون الأسرة.

٣٥٠ - وإذا كانت حرية تجول المرأة على غرار الرجل مكفولة دستوريا واكتسبت بعض الفعالية بعد إلغاء موافقة الزوج على استخراج جواز للسفر، فإن المساواة في حرية اختيار محل الإقامة والمسكن كانت موضوع إعلان قدمه المغرب عند التصديق على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وقد ورد أنفاً أن المغرب قد سحب هذا الإعلان وأصبح بذلك معترفاً بأحكام الفقرة ٤ من المادة ١٥.

المادة ١٦: المساواة في الحقوق داخل الأسرة

٣٥١ - تميّز وضع تقرير المغرب الدورين الثالث والرابع بشأن متابعة وتقييم تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة باعتماد قانون الأسرة الجديد الذي يعتبر منعطفاً في تاريخ القانون المغربي الناظم للأسرة.

٣٥٢ - ودون تمحيص للمنجزات التي أوردت في مواضع شتى من هذا التقرير (الجزء الأول، المادة ١٥)، يجدر بالذكر أن وضع هذا الصك التشريعي جاء استجابة للتطلعات المشروعة للقوى الاجتماعية المغربية، وخصوصاً الحركة النسائية، والمنظمات غير الحكومية المعنية بحقوق المرأة، والمنظمات غير الحكومية المعنية بحقوق الإنسان، والمفكرين، والسياسيين، من أجل تشريع للأسرة يتسم بالمساواة والعدل والإنصاف.

٣٥٣ - وأُتخذت تدابير مواكبة لقانون الأسرة تمثلت في إنشاء دوائر لقضاء الأسرة وتعيين قضاة متخصصين، وإنشاء وحدة مكلفة بمتابعة هذه الدوائر، وتوفير التكوين والتكوين المستمر لقضاة الأسرة، وإتاحة اختيار للتكوين المتخصص في قانون الأسرة، وإنشاء وحدات إيواء للنساء ضحايا العنف داخل المحاكم.

٣٥٤ - وأُتخذت مبادرات شتى لنشر قانون الأسرة على نطاق واسع وضمان تنفيذه بشكل أفضل في الخارج، وذلك بترتيب لقاءات مع القضاة الملحقين بسفارات المغرب وفصلياته في الخارج؛ وتعيين قضاة أسرة لعقد الزواج في البلدان الأوروبية التي توجد بها جالية مغربية كبيرة، مثل فرنسا وهولندا وبلجيكا وإيطاليا وألمانيا وإسبانيا؛ وإعداد تعميم تفسيري عن طرائق تطبيق قانون الأسرة على الجالية المغربية في الخارج.

٣٥٥ - ومنذ بدء سريان قانون الأسرة، تجرى الحكومة والمجتمع المدني تقييما كل عام. وفي ١٢ حزيران/يونيه ٢٠٠٦، نظمت وزارة العدل، بالتشارك مع المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان وبالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، حلقة دراسية لتقييم قانون الأسرة بعد عامين من نفاذه. ورغم نسبة هذه العملية وصعوبتها بسبب قصر الفترة الزمنية التي يقوم عليها التقييم، فإن هذه الإجراءات تتيح مع ذلك إلقاء نظرة ما على درجة فعالية قانون الأسرة والوقوف على ما يجب التصدي له من العوائق والتحديات. وقامت لجنة برلمانية أيضا بزيارة لدوائر قضايا الأسرة في محاكم الدار البيضاء وبنسليمان للاطلاع على ظروف ومدى تطبيق القانون.

٣٥٦ - وكان قانون الأسرة أيضا مجالاً لحركة واسعة النطاق للنشر والتعميم، وذلك بتنظيم مناسبات من جانب جميع الجهات الفاعلة، من الحكومة ووسائل الإعلام والمجتمع المدني والجامعة، إلخ.

٣٥٧ - ويشار على سبيل المثال إلى وضع وزارة التربية الوطنية دليلاً لإدراج مبادئ الإنصاف والمساواة والعدل التي ينطوي عليها القانون في الكتب المدرسية؛ ووضع وزارة العدل دليلاً عملياً لتطبيق قانون الأسرة؛ وإعداد مواد داعمة سمعية وبصرية للتعميم، ومنها مواد بالعامية المغربية، بمبادرة من جمعيات حقوق المرأة؛ وقيام كتابة الدولة لشؤون الأسرة والطفولة والمعوقين، بالتعاون مع الوكالة الألمانية للتعاون التقني، بإعداد نسخة مبسطة ومصورة لقانون الأسرة بالعربية والفرنسية.

٣٥٨ - وأهلية عقد الزواج متاحة للرجل والمرأة المتمتعين بقواهما العقلية عند بلوغ تمام الثامنة عشرة من العمر. على أنه يمكن إعفاء الفتى أو الفتاة من ذلك قبل بلوغ هذه السن

- والسماح لهما بالزواج. ويكون ذلك على يد قاضي الأسرة المكلف بالزواج بناء على قرار مسبب يوضح وجه المصلحة بعد الاستماع إلى الطرفين المرشحين للزواج ومثليهما.
- ٣٥٩ - ويكرس قانون الأسرة المساواة بين الرجل والمرأة في عقد الزواج واختيار الشريك بحرية. ويعرّف هذا القانون الزواج بأنه اتفاق يقوم على القبول المتبادل، ورباط شرعي دائم بين رجل وامرأة من أجل تكوين أسرة مستقرة يدير الزوجان شؤونها. وقد أمّى هذا الحكم السلطة الزوجية التي كانت مكرسة في المادة ١ من القانون السابق للأحوال الشخصية.
- ٣٦٠ - إن مبادئ الحرية والمساواة في عقد الزواج تركزها القواعد الناظمة للقبول والإيجاب، التي تعد شروطاً أساسية لصحة الزواج، ويمكن أن يؤدي نقصها إلى بطلان الزواج.
- ٣٦١ - وعلاوة على ذلك فإن الزوج الذي يتعرض للضغط أو لأعمال الغش لحمله على قبول الزواج يمكن أن يطلب فسخه في غضون شهرين، اعتباراً من يوم التخلص من الضغط أو كشف الغش، مع حقه في طلب تعويض.
- ٣٦٢ - ويمكن الآن للمرأة الرشيدة أن تزوج نفسها أو تفوض والدها أو أحد أقاربها، مما يضع حداً لفرض وجود وكيل للزوجة، وهو ما يعدّ حقاً للمرأة تمارسه الرشيدة حسب اختيارها ومصحتها.
- ٣٦٣ - ومنذ بدء سريان قانون الأسرة، تؤكد إحصائيات وزارة العدل حدوث تطور إيجابي في عدد عقود الزواج، الذي زاد من ٢٣٦ ٥٧٤ في عام ٢٠٠٤ إلى ٢٤٤ ٧٩٥ في عام ٢٠٠٥، أي زيادة بنسبة ٣,٤٨ في المائة.
- ٣٦٤ - وفي الوقت ذاته زاد عدد الزيجات التي تتولاها المرأة بنفسها دون وكيل، من ٣٤ ٤٧٥ في عام ٢٠٠٤ إلى ٤٩ ١٧٥ في عام ٢٠٠٥، أي زيادة بنسبة ٤٢,٦٤ في المائة، وهذا يعني مزيداً من استيعاب المجتمع لهذا الحكم.
- ٣٦٥ - وقد أمّى قانون الأسرة الجديد، الذي سيرد نصه الكامل في مرفق هذا التقرير، الأحكام السابقة لقانون الأحوال الشخصية التي كانت تنص على حقوق للزوجة على زوجها وحقوق للزوج على زوجته، وكان بذلك يكرس السلطة الزوجية. أما قانون الأسرة فلم ينص، وفقاً لتعريف الزواج والغرض منه، إلا على حقوق وواجبات متبادلة في إطار المادة ٥١ منه، فأمّى بذلك وجوب طاعة الزوجة وكرس المسؤولية المشتركة للزوجين.
- ٣٦٦ - والحقوق والواجبات المتبادلة للزوجين في فترة الزواج هي: المساكنة الشرعية والمعاملة المتساوية في حالة تعدد الزوجات؛ والاحترام والمودة والحفاظ على مصالح الأسرة؛

وتدبير شؤون الأسرة وحماية الأطفال؛ والتشاور في القرارات المتصلة بتدبير شؤون الأسرة وتنظيم الأسرة؛ والعلاقات الطيبة لكل من الزوجين مع أقارب الزوج الآخر، والحق المتبادل في الميراث.

٣٦٧ - وإذا كان قانون الأسرة قد أبقى على نظام تعدد الزوجات، فإن هذا التعدد أصبح منذ الآن يتم بترخيص من القاضي. ويجب أن يتضمن طلب الترخيص بالزواج الثاني الأسباب الموضوعية والاستثنائية التي تبرر التعدد، وأن يكون مرفقا به بيان بالحالة المادية للطلب، وفقا لأحكام المادة ٤٢ من قانون الأسرة.

٣٦٨ - ويحظر تعدد الزوجات إذا خيف وقوع ظلم على الزوجات أو إذا كانت الزوجة قد ضمنت عقد الزواج شرطا بعدم التعدد، وفقا للمادة ٤٠ من قانون الأسرة.

٣٦٩ - ويجبّد قانون الأسرة سبل الوساطة والتوفيق حفاظا على استقرار الأسرة وتماسكها. ويحافظ القانون أيضا على حقوق الزوجة الأولى. يمثل ما يحافظ على حقوق الثانية، بأن تستدعي الزوجة الأولى للاستماع إليها في غرفة المشورة في محاولة للتوفيق. فإذا فشلت هذه المحاولة وطلبت الزوجة الطلاق، لا يصدر الترخيص بعقد الزواج إلا إذا أودع الزوج في قلم المحكمة، في غضون سبعة أيام، مبلغا يغطي حقوق الزوجة والأطفال إن وجدوا. فإذا انتهت المدة دون إيداع، كان معنى ذلك أن الزوج قد عدل عن طلب الترخيص بتعدد الزوجات.

٣٧٠ - وحقوق الزوجة الثانية مكفولة أيضا، إذ يتحتم إبلاغها بالحالة الزوجية للمتقدم للزواج، والحصول على رأيها وموافقتها وتدوينهما في محضر رسمي، وذلك بموجب المادة ٤٦ من قانون الأسرة.

٣٧١ - وقد تراجعت حالات تعدد الزوجات من ٩٠٤ حالات في عام ٢٠٠٤ إلى ٨٤١ في عام ٢٠٠٥، أي تراجع بنسبة ٦,٩٧ في المائة، مما يعني إمكان انتهاء هذه الحالات في آخر الأمر.

٣٧٢ - ويتم منذ الآن فسخ الزواج بواسطة القضاء في حضور الزوجين، بعد محاولة للتوفيق، وبعد محاولة ثانية في حالة وجود أطفال، ويتم في حضور الزوجين فيما عدا الطلاق لغياب الزوج.

٣٧٣ - وحدد قانون الأسرة أيضا وسيلتين أخريين لفسخ الزواج، وهما الطلاق بالاتفاق المتبادل، واللجوء إلى دعوى الشقاق التي تضع حدا للحياة الزوجية نتيجة لخلافات تجعل هذه

- الحياة مستحيلة، وذلك بناء على تقرير يضعه الوسطاء المختارون للتوفيق بين الزوجين. ويجري فسخ الزواج بسبب الشقاق تبسيطا للإجراءات.
- ٣٧٤ - ونظم المشرع الطلاق أيضا عن طريق التعويض، وذلك لوضع حد للتعويضات المفرطة التي تؤثر على حقوق الزوجة ويمكن أيضا أن تنال من حقوق الأطفال، مثل العوض، وتنازل الزوجة عن حضانة الأطفال أو عن نفقتهم.
- ٣٧٥ - على أن من الجدير بالذكر أنه إذا كان يحق للزوجة طلب الطلاق القضائي للأسباب الواردة في المادة ٩٨ من القانون وهي: عدم وفاء الزوج بأحد الشروط المنصوص عليها في عقد الزواج، أو الإيذاء، أو عدم الإنفاق، أو الغياب، أو وجود علة مبطللة للزواج، أو عدم الالتزام بالعفة، أو الحجر، فإنه لا يحق لها الطلاق مقابل تعويض.
- ٣٧٦ - وقد ازداد اهتمام المشرع بالحفاظ على حقوق الزوجة والأطفال، فوضع أحكاما تضمن مصالح جميع الأطراف، ولا سيما الأطفال، بالنص على النفقات المتصلة بسكن الأطفال غير نفقة الإعالة، منعا لطردهم الزوجة والأطفال بعد انتهاء العدة.
- ٣٧٧ - ويجدر بالذكر تبسيط الإجراءات وسرعتها، وبخاصة في فسخ الزواج الذي لا ينبغي أن يتجاوز ٦ أشهر، وفي النفقة الواجب البت فيها فيما لا يزيد على شهر. وفي كل الأحوال يظل لمصلحة الطفل الاعتبار الأساسي.
- ٣٧٨ - ومن الجوانب الأخرى للمساواة في الحقوق والمسؤوليات عند فسخ الزواج، يجدر بالإشارة أن الطلاق الذي يمكن الرجوع فيه لا يترتب عليه الحق في الرد التلقائي للزوجة الذي يمارسه الزوج قبل انتهاء العدة. ويجب أن يتم الرد أمام شاهدين يحظران به القاضي على الفور. وقبل التصديق على عقد ردّ الزوجة، يستدعي القاضي الزوجة لإخطارها، فإذا رفضت كان بإمكانها اللجوء إلى دعوى الشقاق وفقا لأحكام المادة ١٢٤ من قانون الأسرة.
- ٣٧٩ - وتم إلى حد ما القضاء على انعدام المساواة الذي كانت تنسم به آثار الطلاق، وخصوصا فيما يتصل بسقوط حق الحضانة إذا تزوجت الزوجة مرة أخرى، فلم يعد سقوط الحق حتميا، بل لا يحدث إلا لمصلحة الطفل. ثم إن زواج الأم مرة أخرى لا يفقدها الحق في الحضانة إذا كان الطفل دون السابعة من العمر أو إذا كان انفصاله عن أمه سيلحق به الضرر؛ أو كان يعاني مرضا يجعل حضانة غير أمه له صعبة؛ أو كانت الأم الولي الشرعي للطفل وكان الزوج قريبا للطفل من المحارم.
- ٣٨٠ - وتراجعت نسبة الطلاق كثيرا بعد نفاذ قانون الأسرة، فهبطت من ٩٢٢ ٤٤ حالة طلاق في عام ٢٠٠٣ إلى ٩١٤ ٢٦ في عام ٢٠٠٤، أي تراجع بنسبة ٤٠,٠٩ في

المائة. ورغم الزيادة في عام ٢٠٠٥، بنسبة ١٠,٢٣ في المائة، إلى ٢٩ ٦٦٨ حالة طلاق بالنسبة إلى عام ٢٠٠٤، فإن هذه النسبة تعد انخفاضاً صافياً بالمقارنة بفترة ما قبل قانون الأسرة. ومن المثير للاهتمام ملاحظة الزيادة في حالات الطلاق بالاتفاق المتبادل الذي أُدخل حديثاً، فقد ازدادت من ١ ٨٦٠ في عام ٢٠٠٤ إلى ٤ ٩٤٩ في عام ٢٠٠٥.

٣٨١ - وإذا كان قانون الأسرة قد نص صراحة على المسؤولية المشتركة للزوجين في جميع المجالات المتصلة بتدبير شؤون الأسرة والأطفال، فإنه لا يزال هناك شيء من عدم المساواة، ولا سيما في مسألة الوصاية والتمثيل القانوني، فلا تكون الأم الولي الشرعي إلا في حالة غياب الأب أو عجزه أو فقده لحقوق السلطة الأبوية. كذلك لا تستطيع الأم الحاضنة السفر مع الطفل إلى الخارج إلا بموافقة الولي الشرعي.

٣٨٢ - وللمرأة والرجل حقوق متساوية في البيت في المسائل المتصلة بتنظيم الأسرة والاطلاع على المعلومات والوسائل المتاحة في هذا الصدد (راجع المادة ١٢). وقد سبق القول إن المغرب سحب التحفظ على هذه الفقرة الفرعية.

٣٨٣ - ويسمح التشريع الجديد الخاص بتنظيم الكفالة للمرأة العربية بالتكفل بطفل، بعد أن كانت هذه الإمكانية متاحة للمتزوجين فقط.

٣٨٤ - وليس لزواج المرأة في المغرب أي أثر على لقبها، أو اختيار عمل أو مهنة، أو حيازة الممتلكات وتنظيمها وإدارتها والانتفاع بها؛ وتظل الذمة المالية للمرأة المتزوجة كاملة (راجع المادتين ١١ و ١٥).

٣٨٥ - وتقضي أحكام الفقرة ٢ من المادة ١٦ بتحديد سنّ للزواج، ويخضع الزواج في غير هذه السن لإذن قضائي يكون محاطاً بضمانات عديدة للحفاظ على المصلحة العليا للطفل. وتدون حالات الزواج، شأنها شأن حالات الطلاق، في سجلات المحاكم المجعولة لهذا الغرض، وترسل نسخة في غضون ١٥ يوماً إلى موظف الأحوال المدنية في محل ميلاد الزوجين. فإذا لم يكن أحد الزوجين أو كلاهما قد ولد في المغرب، ترسل النسخة إلى وكيل الملك في المحكمة الابتدائية بالرباط. ويدون موظف الأحوال المدنية مضمون المستخرج في هامش شهادة ميلاد كل من الزوجين.

٣٨٦ - وقد سحب المغرب التحفظ الذي كان قد أبداه على الفقرة ٢ من المادة ١٦.

٣٨٧ - ويمكن مما سبق أن نرى أن أحكام قانون الأسرة تستجيب لشواغل وتوصيات اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الواردة في الفقرة ٢٦ من الوثيقة CEDAW/C/2003/CRP.3/Add.7.

CEDAW/C/MAR/4

- ٣٨٨ - وحتى إذا كان من السابق لأوانه تقييم مدى فعالية قانون الأسرة بعد عامين فقط من تطبيقه، فإن هناك معوقات ومصاعب تستحق الذكر. والمقصود أساسا المصاعب المادية المرتبطة بعدم كفاية الهياكل الأساسية اللازمة، ووسائل الإدارة، وتوعية وتكوين من سيناط بهم السهر على تطبيق هذا القانون وتعميمه ونشره على مجمل النسيج الاجتماعي.
- ٣٨٩ - إن مشاكل الوصول إلى دوائر قضاء الأسرة في المحاكم تحدّ من فعالية هذا القانون، فما زالت النساء يفضلن التوجه إلى مراكز التوجيه والدعم القانوني والنفسي، على أساس أنهما أسهل منالا. ومن هنا ضرورة إنشاء محاكم مستقلة للأسرة.
- ٣٩٠ - وأيضاً فإنه على الرغم من تبسيط وتعجيل الإجراءات التي يحددها القانون، فما زالت الأجال المحددة للبت في طلبات الطلاق والنفقة طويلة.
- ٣٩١ - ويمكن الإشارة أيضاً إلى مشاكل على مستوى النص ذاته الذي لم ينص على الحد الأدنى الذي لا يسمح بتجاوزة عند عقد الزواج، بصفة استثنائية، قبل السن المحددة وهي ١٨ عاماً، وهذا ينطبق أيضاً على إمكانية الإدارة المشتركة للأموال المتحققة في أثناء الزواج. ولم يحدد القانون أيضاً طرائق تقييم مساهمة المرأة بعملها المنزلي في حالة عدم وجود عقود بين الزوجين.

مكافحة العنف ضد المرأة

- ٣٩٢ - منذ مطلع التسعينات خاضت الجمعيات النسائية معركة حامية أدت إلى إنهاء السكوت على مسألة العنف ضد المرأة، إذ انضمت السلطات العامة على نطاق واسع إلى مكافحة هذه الآفة. وتدابير المجتمع المدني في هذا المجال متعددة، وتشمل الدعوة، والتوعية، وإجراء البحوث والدراسات، وعقد محكمة رمزية سنويا في موضوع العنف ضد المرأة.
- ٣٩٣ - وقد اتخذت تدابير عديدة أشير إلى الكثير منها في التقرير الدوري الثاني للمملكة المغربية (CEDAW/C/MOR/2). وينطبق ذلك أيضاً على مختلف الأحكام التشريعية التي ورد ذكرها أكثر من مرة أعلاه (راجع أعلاه المواد ١ و ٢ و ٣ و ١١).
- ٣٩٤ - وتوجّه هذا النشاط في عام ٢٠٠٢ بوضع استراتيجية وطنية لمكافحة العنف ضد المرأة، بمبادرة من الوزارة المكلفة بوضعية المرأة، وبالتشارك مع صندوق الأمم المتحدة للسكان وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي وصندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة.
- ٣٩٥ - واستند تنفيذ هذه الاستراتيجية إلى دراسة ميدانية نوعية اشترك فيها شتى الجهات الفاعلة المؤسسية والمجتمع المدني المعني بالمسألة على نحو مباشر أو غير مباشر، مما ساعد على حصر وتصنيف الأشكال المختلفة التي يتخذها العنف ضد المرأة.

الملحق رقم 03

التعليقات الختامية بمناسبة النظر في التقرير الدوري الثاني المقدم من طرف الجزائر

CEDAW/C/DZA/CC/2

15 February 2005
Arabic
Original: French

اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة
الدورة الثانية والثلاثون
10-28 كانون الثاني/يناير 2005

التعليقات الختامية: الجزائر

1 - نظرت اللجنة في التقرير الدوري الثاني للجزائر (CEDAW/C/DZA/2) في جلسيتها 667 و668 المعقودتين في 11 كانون الثاني/يناير 2005 (انظر CEDAW/C/SR.667 و668).

عرض الدولة الطرف للتقرير

2 - ذكر الممثل، في العرض الذي قدمه، أن الجزائر في عام 2005 تختلف عما كانت عليه في عام 1999، تاريخ تقديم التقرير الأولي. فقد عاش البلد عقدا طويلا من المحن المتمثلة في الإحرام والإرهاب، والتي استهدفت النساء بوجه خاص. ومع اعتماد سياسة الوفاق المدني التي شرعت عملية تطبيع الحالة الأمنية، فإن الإرهاب الأخذ في التراجع لم يعد يشكل اليوم تهديدا خطيرا للمؤسسات والسكان.

3 - وأشار الممثل إلى أن مبدأ المساواة بين المرأة والرجل يكفله الدستور ومختلف القوانين. فلا يوجد على سبيل المثال، أي حكم تشريعي أو تنظيمي يمنع أو يقيد مشاركة المرأة في الحياة السياسية. وشهدت انتخابات عام 2002 زيادة في عدد المرشحات. ونظرا لإلغاء ممارسة التصويت بالوكالة، وتقلص العنف الإرهابي وتوافر إرادة قوية للتعبير عن المواطنة بالاقتراع، لوحظت في الانتخابات الرئاسية التي جرت مؤخرا مشاركة كبيرة من جانب النساء. كما تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من انخفاض عدد النساء المنتخبات، فإن عدد اللواتي يشغلن مناصب عليا في الدولة قد سجل زيادة كبيرة.

05-23914 (A)
0523914

- 4 - والتعليم الجنائي إلزامي بدون تمييز على أسس نوع الجنس، وهو من الأسس التي يقوم عليها تحرر المرأة. وقد ارتفعت مشاركة الفتيات في المعاهد والمدارس الكبرى من 39.5 في المائة في عام 1990 إلى 55.4 في المائة في عام 2003. وجرى تنقيح الكتب المدرسية. ويلاحظ تحول تدريجي في السلوك الاجتماعي-الثقافي وتراجع في العقليات والقوالب النمطية السلبية إزاء المرأة.
- 5 - وفيما يتصل بالعمل والتحرر الاقتصادي، أشار إلى أن عدد النساء العاملات بأجر سجل زيادة هائلة شملت الوسط الريفي، بالرغم من أن النسبة العامة لهؤلاء لا تزال ضعيفة. والمرأة ممثلة بأعداد كبيرة في مجالات التعليم والتربية والطب والصيدلة والعدالة. ومبدأ المساواة بين الجنسين هو المتبع عادة فيما يخص الضمان الاجتماعي والتقاعد. وأضاف الممثل أن حماية الأم والطفل متطورة. ولاحظ أن السياسة المطبقة في مجال تنظيم الأسرة أفضت إلى زيادة سنتين في معدل العمر المتوقع للمرأة ومكنت من تقليص وفيات الرضع والنسوانس وخفض معدل خصوبة الأزواج.
- 6 - ولم يعد موضوع العنف المنزلي من المحرمات العرفية. وقد تضاغفت المعلومات المتصلة به وشبكات الاستماع إلى النساء الضحايا. وأدرج التحرش الجنسي في قانون العقوبات المنقح. وأصبحت توافر للضحايا وسيلة للمطالبة بحقوقهن. كما أشار الممثل إلى أن الحكومة الجزائرية قررت توجيه دعوة إلى المقررة الخاصة المعنية بالعنف ضد المرأة.
- 7 - وأضاف أنه أصبح من الضروري إدخال تعديلات على قانون الأسرة نظرا للتحويلات التي طرأت في المجتمع وللتصديق على اتفاقيات دولية منها خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وفي 8 آذار/مارس 2004، طلب رئيس الجمهورية من الحكومة اتخاذ إجراءات لمواءمة التشريعات الوطنية مع تطور القانون الدولي، وإعادة النظر في وحاجة التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية.
- 8 - وتجري حاليا مراجعة قانون الجنسية للاستجابة للشواغل التي أعرب عنها المجتمع الجزائري، وكذلك لمواءمة التشريع ذي الصلة مع الاتفاقيات الدولية المصدق عليها. واقترحت الحكومة مشروع قانون يعدل ويكمل قانون الأسرة ويكرس المساواة بين المرأة والرجل.
- 9 - وأشار الممثل إلى أن قانون الأسرة يشكل الأداة الأساسية لتنظيم العلاقات الأسرية؛ وقد تحتمت مراجعته لأنه لم يشهد أي تعديل منذ عام 1984. وفي عام 2003، استقبل رئيس الجمهورية مراجعة ترمي إلى تعزيز مجموعة القوانين المعمول بها لتمكين المرأة من مجابهة التحديات الاجتماعية والتمتع التام والفعلي بالحقوق التي يكفلها الدستور. ومن المنتظر أن

مراجعة قانون الأسرة وقانون الجنسية ستمكّن من رفع عدد هام من التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية. وترمي التعديلات إلى توحيد سن الزواج الذي تقرر في حدود 19 سنة، والرضا بالزواج وإلغاء الوصاية وتعديل أحكام الطلاق من أجل حماية أفضل للأطفال.

10 - وخلص الممثل إلى أن الجزائر ملتزمة التزاما راسخا بمواكبة العصر وتحقيق التقدم. وأشار إلى أن من أولويات بلده المواءمة التدريجية لتشريعته الوطنية مع أحكام الاتفاقية.

التعليقات الختامية للجنة

مقدمة

11 - تعرب اللجنة عن تقديرها للدولة الطرف على تقريرها الدوري الثاني، والردود الخطية على قائمة القضايا والمسائل التي أثارها الفريق العامل لما قبل الدورة، والعرض الشفوي الذي قدم إجابة عن الأسئلة التي طرحتها اللجنة.

12 - وترحب اللجنة بوفد الدولة الطرف المؤلف من ممثلين عن مختلف الوزارات التي تشمل مسؤوليتها العديد من مجالات الاتفاقية، وهي تقدر الحوار البناء الذي جرى بين الوفد وأعضاء اللجنة.

الجوانب الإيجابية

13 - تعرب اللجنة عن تقديرها للتقدم المحرز في مجال صحة المرأة، بما في ذلك خفض وفيات النفوس والرضع وزيادة معدل العمر المتوقع للمرأة.

14 - وتلاحظ اللجنة بارتياح زيادة قيد النساء في مؤسسات التعليم العالي، التي ارتفعت من 39.5 في المائة في عام 1990 إلى قرابة 55.4 في المائة في عام 2003. كما تعرب عن تقديرها لكون الفتيات أصبحن يشكلن 57.53 في المائة من تلاميذ التعليم الثانوي.

15 - وترحب اللجنة بزيادة عدد النساء في سلك القضاء، حيث يشكلن قرابة ثلث القضاء، وفي المناصب القيادية مثل رئاسة مجلس الدولة والهيئات القضائية والمحاكم.

16 - وتلاحظ اللجنة تحسُّن مشاركة المرأة في الحياة العامة، وترحب بتعيين أربع وزيرات في الحكومة الحالية.

17 - وتثني اللجنة على الدولة الطرف لإدراج جريمة التحرش الجنسي في قانون العقوبات المنقح.

مجالات القلق الرئيسية والتوصيات

18 - تلاحظ اللجنة أن الدولة الطرف ملزمة بتنفيذ جميع أحكام الاتفاقية بشكل منتظم ومستمر. وفي الوقت ذاته، ترى اللجنة أن الشواغل والتوصيات المبينة في هذه التعليقات الختامية تقتضي من الدولة الطرف أولوية الاهتمام من الآن حتى تقديم التقرير الدوري المقبل. وعليه، تدعو اللجنة الدولة الطرف إلى التركيز على هذه المجالات عند تنفيذها للأنشطة، والإبلاغ عن الإجراءات المتخذة والنتائج المحققة في تقريرها الدوري المقبل. وتدعو الدولة الطرف إلى تقديم التعليقات الختامية هذه إلى جميع الوزارات ذات الصلة إلى البرلمان لضمان تنفيذها تنفيذا كاملا.

19 - وتأسف اللجنة لأن الدولة الطرف لم تتخذ خطوات كافية لتنفيذ التوصيات المتصلة ببعض الشواغل التي أثيرت في تعليقاتها الختامية السابقة المعتمدة في عام 1999 (A/54/38/Rev.1). وعلى وجه الخصوص، ترى أن الدولة الطرف لم تعالج بالقدر الكافي ما أعربت عنه اللجنة من قلق في الفقرة 77 بشأن آثار العنف الجسدي الذي تتعرض له المرأة على أيدي الجماعات الإرهابية، وفي الفقرة 81 بشأن حالة زوجات المفقودين.

20 - وتعيد اللجنة تأكيد تلك الشواغل والتوصيات وتحث الدولة الطرف على تنفيذ التوصيات بدون تأخير، وعلى إجراء دراسات شاملة بشأن آثار الإرهاب على النساء والفتيات.

21 - وتلاحظ اللجنة أن الدستور ينص في مادتيه 29 و31 على المساواة أمام القانون بدون تمييز، بما في ذلك على أساس نوع الجنس، ويساورها القلق لأن تشريعات الدولة الطرف لا تتضمن تعريفا للتمييز وفقا للمادة 1 من الاتفاقية، أو أحكاما بشأن الحقوق المتساوية للمرأة، تمشيا مع المادة 2 (أ) من الاتفاقية.

22 - وتوصي اللجنة بأن يُدرج في الدستور أو في غيره من التشريعات الملائمة تعريف للتمييز تمشيا مع المادة 1 من الاتفاقية، فضلا عن أحكام بشأن الحقوق المتساوية للمرأة، تمشيا مع المادة 2 (أ) من الاتفاقية.

23 - وتعيد اللجنة تأكيد ما يساورها من قلق إزاء تمسك الدولة الطرف بتحفظاتها على المواد 2 و9 (2) و15 (4) و16. وتلاحظ اللجنة أن التحفظات على المادتين 2 و16 تتعارض مع هدف الاتفاقية ومقصدتها.

24 - وتحث اللجنة الدولة الطرف على الإسراع بإصلاحها التشريعي، ولا سيما إصلاح قانون الأسرة، حتى يتسنى لها الشروع في سحب تحفظاتها على الاتفاقية في غضون مهلة زمنية محددة.

- 25 - ويساور اللجنة القلق إزاء عدم التقدم في مراجعة التشريعات التمييزية. وتعرب عن قلقها خاصة إزاء عدم إتمام مراجعة قانون الجنسية الجزائرية الذي اعتمد بموجب الأمر رقم 70-86 المؤرخ 15 كانون الأول/ديسمبر 1970، وقانون الأسرة لسنة 1984، مما يديم الأحكام التمييزية التي تحرم المرأة من الحقوق المساوية لحقوق الرجل في إعطاء الجنسية لأطفالها، وكذلك التمييز في مسائل متصلة بالزواج والحياة الأسرية، منها الطلاق وحضانة الأطفال. كما تعرب عن القلق لأن التعديلات المقترحة إدخالها على قانون الأسرة لا تشمل إلغاء تعدد الزوجات وحق المرأة في الوصاية القانونية.
- 26 - وتحث اللجنة الدولة الطرف على إعطاء أولوية عالية لتنفيذ الإصلاحات التشريعية وحفز عملية مراجعة قانون الجنسية الجزائرية وقانون الأسرة قصد الإسراع بمواءمتهما مع المادتين 9 و16 من الاتفاقية. ولهذا الغرض، تطلب اللجنة إلى الدولة الطرف أن تحدد إطارا زمنيا واضحا لمراجعة هذين القانونين من جانب مجلس الوزراء وإحالتهم إلى المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وأن تكثف جهودها من أجل توعية الرأي العام بأهمية الإصلاح القانوني.
- 27 - ويساور اللجنة قلق لأن القانون وإن كان يضمن فرص وصول المرأة إلى العدالة، فإن قدرة المرأة عمليا على ممارسة هذا الحق وعرض قضايا التمييز على المحاكم محدودة.
- 28 - وتطلب اللجنة إلى الدولة الطرف أن تزيل العقوبات التي قد تواجهها المرأة في الوصول إلى العدالة، وذلك بوسائل منها التوعية بسبل الانتصاف القانونية المتاحة ضد التمييز وأن ترصد نتائج تلك الجهود.
- 29 - وتلاحظ اللجنة قلة المعلومات المرتكزة على النتائج في التقرير، بما فيها البيانات المبوية حسب نوع الجنس.
- 30 - وتوصي اللجنة بوضع منهجية شاملة لتجميع البيانات وتحث الدولة الطرف على إدراج الإحصاءات ذات الصلة والمبوية حسب نوع الجنس حتى يتأتى تقييم توجهات وأثر البرامج على الإناث من السكان وإدراج تلك البيانات والتحليلات ذات الصلة في تقريرها الدوري المقبل.
- 31 - ويساور اللجنة قلق إزاء كثرة حالات العنف المرتكب ضد المرأة بما فيه العنف المنزلي، وإزاء استمرار انعدام تشريع محدد يعالج العنف ضد المرأة ويقضي عليه.
- 32 - وعلى ضوء توصيتها العامة 19، تحث اللجنة الدولة الطرف على أن تولي الأولوية القصوى لصوغ واعتماد تشريع لمكافحة العنف ضد المرأة، بما فيه العنف المنزلي، الذي يعد شكلا من أشكال التمييز ضد المرأة وانتهاكا لحقوق الإنسان الواجبة لها. وتوصي اللجنة الدولة الطرف بأن تنفذ التدابير الرامية إلى منع كافة أشكال العنف

المرتكب ضد المرأة، بما فيه العنف المتري، عن طريق تثقيف وتوعية المسؤولين عن إنفاذ القوانين والجهاز القضائي وموظفي الرعاية الصحية والمساعدين الاجتماعيين وعامة الجمهور. كما توصي بإحداث تدابير لتوفير المساعدة الطبية والنفسية والقانونية لضحايا العنف.

33 - ويساور اللجنة قلق أيضا حيال قلة التقدم المحرز في تحقيق المساواة الفعلية بين المرأة والرجل في كافة القطاعات، وإزاء ما أبدته الدولة من عدم فهم للغرض من التدابير الخاصة المؤقتة وأسباب تطبيقها.

34 - وتوصي اللجنة الدولة الطرف بأن تتخذ تدابير ملموسة، بما فيها التدابير الخاصة المؤقتة وفقا للفقرة 1 من المادة 4 من الاتفاقية والتوصية العامة 25 في كافة القطاعات لضمان تمتع المرأة بالمساواة الفعلية مع الرجل.

35 - وتعرب اللجنة عن قلقها إزاء استمرار الممارسات التمييزية وقوة المواقف المقولبة بشأن أدوار ومسؤوليات المرأة والرجل في الأسرة والمجتمع، مما يؤثر سلبا على تمتع المرأة بحقوقها ويعيق التطبيق الكامل للاتفاقية.

36 - وتحث اللجنة الدولة الطرف على زيادة جهودها الرامية إلى تصميم وتنفيذ برامج التوعية الشاملة للتشجيع على زيادة فهم ودعم المساواة بين الرجل والمرأة على جميع مستويات المجتمع. وينبغي أن ترمي تلك الجهود إلى تغيير المواقف المقولبة والقواعد التقليدية المتعلقة بمسؤوليات وأدوار المرأة والرجل في الأسرة والمجتمع وتعزيز الدعم المجتمعي للمساواة بين المرأة والرجل.

37 - ولئن كانت اللجنة ترحب بالتقدم المحرز مع مرور الوقت في المشاركة السياسية للمرأة، فإنها تظل قلقة إزاء انخفاض مستوى تمثيل المرأة في مناصب اتخاذ القرار، لا سيما تمثيلها السياسي على كافة المستويات، وتمثيلها في الإدارة والسلوك الدبلوماسي.

38 - وتشجع اللجنة الدولة الطرف على أن تتخذ تدابير دؤوبة، بما في ذلك تدابير خاصة مؤقتة وفقا للفقرة 1 من المادة 4 من الاتفاقية والتوصية العامة 25 للجنة للإسراع في زيادة تمثيل المرأة في الهيئات المنتخبة والهيئات المعنية في جميع مجالات الحياة العامة. كما تقترح اللجنة أن تنفذ الدولة الطرف برامج تدريبية على القيادة وأن تقوم بمحملات توعية بأهمية مشاركة المرأة في اتخاذ القرار، وتقييم أثر تلك التدابير.

39 - وتلاحظ اللجنة غياب معلومات عن حالة المرأة في القطاع غير النظامي، وتعرب عن قلقها لكون المرأة لا تشكل إلا 14.18 في المائة من مجموع السكان العاملين.

40 - وتطلب اللجنة إلى الدولة الطرف أن تقوم بدراسات لتقييم حالة المرأة العاملة في القطاع غير النظامي وتقديم في تقريرها المقبل معلومات مفصلة في ذلك الصدد. كما

تطلب اللجنة إلى الدولة الطرف أن تكثف جهودها لمعالجة العقبات التي تواجه انضمام المرأة إلى القوة العاملة، وأن تنفذ تدابير ترمي إلى تشجيع التوفيق بين مسؤوليات الأسرة ومسؤوليات العمل للمرأة والرجل. وتحت اللجنة الدولة الطرف كذلك على استخدام التدابير الخاصة المؤقتة، وفقا للفقرة 1 من المادة 4 من الاتفاقية والتوصية العامة 25، للإسراع في تطبيق المادة 11 من الاتفاقية.

41 - وتلاحظ اللجنة نقص المعلومات المقدمة بشأن حالة المرأة الريفية.

42 - وتطلب اللجنة إلى الدولة الطرف أن تضمن إدراج احتياجات وشواغل المرأة الريفية إدراجا تاما في صوغ وتنفيذ السياسات والبرامج القطاعية وتطبيق التدابير الخاصة المؤقتة المتخذة وفقا للفقرة 1 من المادة 4 من الاتفاقية والتوصية العامة 25، كلما اقتضت الضرورة ذلك للإسراع في تحقيق المساواة الموضوعية للمرأة الريفية. وتطلب اللجنة تقديم معلومات مفصلة عن حالة المرأة في المناطق الريفية في تقريرها الدوري المقبل، وخاصة المعلومات المتعلقة بأثر الخطوات المتخذة.

43 - اللجنة قلقة بشأن انتفاء التعاون الواضح بين السلطات والمنظمات غير الحكومية في تنفيذ الاتفاقية بما في ذلك متابعة التعليقات الختامية. وتلاحظ اللجنة بقلق عدم استشارة المنظمات غير الحكومية النسائية في عملية إعداد التقرير.

44 - وتحت اللجنة الدولة الطرف على التعاون بفعالية أكبر مع المنظمات غير الحكومية والمنظمات النسائية في تنفيذ الاتفاقية، بما في ذلك في مجال متابعة التعليقات الختامية. وتوصي اللجنة الدولة الطرف كذلك بأن تتشاور مع المنظمات غير الحكومية أثناء إعداد التقرير الدوري المقبل.

45 - وتشجع اللجنة الدولة الطرف على أن تصدق على البروتوكول الاختياري للاتفاقية وتقبل، في أقرب وقت ممكن، تعديل الفقرة 1 من المادة 20 من الاتفاقية المتعلقة بوقت اجتماع اللجنة.

46 - وتطلب اللجنة إلى الدولة الطرف أن تستجيب للشواغل المعرب عنها في التعليقات الختامية الحالية، وذلك في التقرير الدوري المقبل الذي تقدمه بموجب المادة 18 من الاتفاقية. وتدعو اللجنة الدولة الطرف إلى تقديم تقريرها الدوري الثالث، المطلوب في حزيران/يونيه 2005، وتقريرها الدوري الرابع المطلوب في حزيران/يونيه 2009، في تقرير موحد في عام 2009.

47 - ومراعاة للأبعاد الجنسانية للإعلانات والبرامج ومناهج العمل التي اعتمدها مؤتمرات الأمم المتحدة ذات الصلة ومؤتمرات قمتها ودوراتها الاستثنائية، من قبيل دورة الجمعية العامة الاستثنائية لإجراء استعراض وتقييم شاملين لتنفيذ برنامج عمل المؤتمر

الدولي للسكان والتنمية (الدورة الاستثنائية الحادية والعشرون)، ودورة الجمعية العامة الاستثنائية المعنية بالطفل (الدورة الاستثنائية السابعة والعشرون)، والمؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب والجمعية العالمية الثانية للشيخوخة، تطلب اللجنة إلى الدولة الطرف أن تدرج معلومات عن تنفيذ جوانب من هذه الوثائق تتعلق بمواد ذات صلة من الاتفاقية في تقريرها الدوري المقبل.

48 - وتلاحظ اللجنة أن انضمام الدول إلى الصكوك الدولية الرئيسية السبعة لحقوق الإنسان، أي العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، واتفاقية حقوق الطفل، والاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، يعزز تمتع المرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية الواجبة لها في جميع جوانب الحياة. ولذلك، فإن اللجنة تشجع حكومة الجزائر على النظر في إمكانية التصديق على المعاهدة التي ليست طرفاً فيها بعد وهي الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم.

49 - وتطلب اللجنة النشر الواسع لهذه التعليقات الختامية في الجزائر حتى يكون عامة الناس في الجزائر بمن في ذلك القائمون على الأجهزة الحكومية والسياسة والبرلمانيون والنساء ومنظمات حقوق الإنسان على بينة من الإجراءات التي اتخذت لضمان المساواة القانونية والفعالية بين الرجل والمرأة والإجراءات اللازمة اتخاذها مستقبلاً في هذا الصدد. كما تطلب إلى الدولة الطرف أن تنشر باستمرار على نطاق واسع، ولا سيما لدى المنظمات النسائية ومنظمات حقوق الإنسان، الاتفاقية وبروتوكولها الاختياري والتوصيات العامة للجنة وإعلان ومنهاج عمل بيجين وكذا نتائج الدورة الاستثنائية الثالثة والعشرين للجمعية العامة المعنونة "المرأة عام 2000: المساواة بين الجنسين، والتنمية والسلام في القرن الحادي والعشرين".

الملحق رقم 04

قرارات وتوصيات الدورة السادسة عشرة (16) لمجلس مجمع الفقه الإسلامي



القرارات ٢ - ٢٤

القرارات ١ - ٢٣٨

١٤٠٦ - ١٤٤١ هـ = ١٩٨٥ - ٢٠١٩ م





قرارات وتوصيات
مجمع الفقه الإسلامي الدولي
المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي
الدورات ٢ - ٢٤
القرارات ١ - ٢٣٨
١٤٠٦ - ١٤٤١ هـ = ١٩٨٥ - ٢٠١٩ م
مجمع الفقه الإسلامي الدولي
حقوق الطبع محفوظة
لـ «مجمع الفقه الإسلامي الدولي»
الإصدار الرابع
١٤٤٢ هـ - ٢٠٢٠ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين،
وعلى آله وصحبه أجمعين.

قرار رقم: ١٤٤ (١٦/٢)
بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر
الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية
المتحدة) من ٣٠ صفر إلى ٥ ربيع الأول ١٤٢٦ هـ، الموافق ٩ - ١٤ نيسان
(إبريل) ٢٠٠٥ م،
بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع
اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت
حوله،

قرر ما يأتي:

أولاً: انفصال الذمة المالية بين الزوجين:

للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة، ولها الحق المطلق
في إطار أحكام الشرع بما تكسبه من عملها، ولها ثرواتها الخاصة، ولها حق

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي | ٤٧٣ |

التملك وحق التصرف بما تملك ولا سلطان للزوج على مالها، ولا تحتاج لإذن الزوج في التملك والتصرف بمالها.

ثانياً: النفقة الزوجية:

تستحق الزوجة النفقة الكاملة المقررة بالمعروف، وبحسب سعة الزوج وبما يتناسب مع الأعراف الصحيحة والتقاليد الاجتماعية المقبولة شرعاً، ولا تسقط هذه النفقة إلا بالنشوز.

ثالثاً: عمل الزوجة خارج البيت:

(١) من المسؤوليات الأساسية للزوجة رعاية الأسرة وتربية النشء والعناية بجيال المستقبل، ويحق لها عند الحاجة أن تمارس خارج البيت الأعمال التي تتناسب مع طبيعتها واختصاصها بمقتضى الأعراف المقبولة شرعاً مع طبيعتها واختصاصها بشرط الالتزام بالأحكام الدينية، والآداب الشرعية، ومراعاة مسؤوليتها الأساسية.

(٢) إن خروج الزوجة للعمل لا يسقط نفقتها الواجبة على الزوج المقررة شرعاً، وفق الضوابط الشرعية، ما لم يتحقق في ذلك الخروج معنى النشوز المُسقط للنفقة.

رابعاً: مشاركة الزوجة في نفقات الأسرة:

(١) لا يجب على الزوجة شرعاً المشاركة في النفقات الواجبة على الزوج ابتداءً، ولا يجوز إلزامها بذلك.

(٢) تطوع الزوجة بالمشاركة في نفقات الأسرة أمر مندوب إليه شرعاً لما يترتب عليه من تحقيق معنى التعاون والتأزر والتألف بين الزوجين.

٤٧٤ | قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي

(٣) يجوز أن يتم تفاهم الزوجين واتفقهما الرضائي على مصير الراتب أو الأجر الذي تكسبه الزوجة.
(٤) إذا ترتب على خروج الزوجة للعمل نفقات إضافية تخصصها فإنها تتحمل تلك النفقات.

خامساً: اشتراط العمل:

(١) يجوز للزوجة أن تشتراط في عقد الزواج أن تعمل خارج البيت فإن رضى الزوج بذلك ألزم به، ويكون الاشتراط غنلاً للعقد صراحة.
(٢) يجوز للزوج أن يطلب من الزوجة ترك العمل بعد إذنه به إذا كان الترك في مصلحة الأسرة والأولاد.
(٣) لا يجوز شرعاً ربط الإذن (أو الاشتراط) للزوجة بالعمل خارج البيت مقابل الاشتراك في النفقات الواجبة على الزوج ابتداءً أو إعطائه جزءاً من راتبها وكسبها.
(٤) ليس للزوج أن يجبر الزوجة على العمل خارج البيت.

سادساً: اشتراك الزوجة في التملك:
إذا أسهمت الزوجة فعلياً من مالها أو كسب عملها في تملك مسكن أو عقار أو مشروع تجاري فإن لها الحق في الاشتراك في ملكية ذلك المسكن أو المشروع بنسبة المال الذي أسهمت به.

سابعاً: إساءة استعمال الحق في مجال العمل:

(١) للزوج حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين، وهي محددة شرعاً وينبغي أن تقوم العلاقة بين الزوجين على العدل والتكافل والتناصر والتراحم،

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي | ٤٧٥ |

والخروج عليها تعد محرم شرعاً.

(٢) لا يجوز للزوج أن يسيء استعمال الحق بمنع الزوجة من العمل أو مطالبتها بتركه إذا كان بقصد الإضرار، إلا إذا ترتب على ذلك مفسدة وضرر يربو على المصلحة المرجاة منه.

(٣) ينطبق هذا على الزوجة إذا قصدت من البقاء في عملها الإضرار بالزوج أو الأسرة أو ترتب على عملها ضرر يربو على المصلحة المرجاة منه.

التوصيات:

- يوصي المجمع بإجراء دراسات اجتماعية واقتصادية وطبية لآثار عمل الزوجة خارج البيت على الأسرة وعلى الزوجة نفسها لما لهذه الدراسات من أثر في تجلية حقائق الموضوع، وتكون عينات الدراسة من مجتمعات مختلفة.
 - يؤكد المجمع على وجوب غرس مفهوم التكامل بين الزوجين وحرص الإسلام على أن تكون العلاقة بينهما قائمة على المودة والرحمة.
 - عقد ندوة متخصصة تتناول شؤون المرأة المسلمة بعامة، ودورها في تنمية المجتمع الإسلامي بخاصة، بمعايير أكاديمية فسيرة التطور الحضاري، وفق المعايير الشرعية، ليصار إلى اعتماد قرارات المجمع وتوصياته، لدى جميع الحكومات والهيئات الإسلامية أمام المؤتمرات الدولية بشأن المرأة والسكان.
- والله أعلم؛؛





قائمة المراجع



أولاً: المصادر.

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

ثانياً: المراجع.

أ. المراجع العامة:

1. إبراهيم مصطفى وآخرون، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ج.01، دار الدعوة، د ذ ب ط، د ذ س ط، مقتبس عن: موقع المكتبة الشاملة الحديثة، تاريخ الولوج للموقع: 2021/02/10، الساعة: 22:05، الرابط: <https://al-maktaba.org/book/7028/37>
2. ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المختار على الدر المختار، ج.03، ج.06، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط.02، 1412هـ/1992م.
3. ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، سنن ابن ماجه، رقم الحديث: 1968، أبواب النكاح "باب الأكفاء"، ج.03، دار الرسالة العالمية، د ذ ب ط، ط.01، 1430هـ/2009م.
4. ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، سنن ابن ماجه، رقم الحديث: 2001، كتاب النكاح "باب التي وهبت نفسها لـ النبي صلى الله عليه وسلم"، ج.01، ج.02، دار إحياء الكتب العربية، د ذ ب ط، د ذ س ط.
5. أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، تحقيق: عبد الحميد هندراوي، المحكم والمحيط الأعظم، ج.01، ج.05، ج.07، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.01، 2000.
6. أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدار قطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، سنن الدار قطني، ج.04، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط.01، 2004.

7. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي "الشهير بالماوردي"، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي "شرح مختصر المزني"، ج.09، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.01، 1999.
8. أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، تحقيق: محمد عبد الرزاق حمزة، موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، د ذ س ط.
9. أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي الشهير بـ "الصاوي المالكي"، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بـ "حاشية الصاوي على الشرح الصغير"، ج.02، دار المعارف، د ذ ب ط، د ذ س ط.
10. أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، تفسير القرآن العظيم، ج.02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.01، 1419 هـ.
11. أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ج.03، مؤسسة قرطبة، مصر، ط.01، 1995.
12. أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: ماهر ياسين الفحل، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ج.01، دار القبس للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط.01، 2014.
13. أبو القاسم الطبراني سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مسند الشاميين، ج.04، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط.01، 1405هـ/1984م.
14. أبو القاسم الطبراني سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، المعجم الكبير، ج.22، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط.02، د ذ س ط.

15. أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية؛ مقتبس عن: موقع المكتبة الشاملة الحديثة، تاريخ الولوج للموقع: 2022/04/11، الساعة: 23:58، الرابط: <https://al-maktaba.org/book/6193/138#p1>
16. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: محمد حجي، المقدمات الممهديات، ج.01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط.01، 1408هـ/1988م.
17. أبو بكر بن أبي شيبة عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، المصنف في الأحاديث والآثار، ج.03، مكتبة الرشد، الرياض، ط.01، 1409هـ.
18. أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك "شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك"، ج.02، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط.02، د ذ س ط.
19. أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيديّ اليميني الحنفي، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، ج.01، المطبعة الخيرية، ط.01، 1322 هـ.
20. أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصري تقي الدين الشافعي، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهي سليمان، كفاية الأختيار في حل غاية الإختصار، دار الخير، دمشق، سوريا، ط.01، 1994.
21. أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدميّاطي الشافعي المشهور بـ "البكري"، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين "حاشية على فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين"، ج.03، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د ذ ب ط، ط.01، 1997.
22. أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، ج.09، الناشر: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، د ذ ب ط، التوزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط.01، 1434هـ/2013م.

23. أبو بكر محمد بن هارون الرُّوياني، تحقيق: أيمن علي أبو يماني، مسند الروياني، ج.02، مؤسسة قرطبة، القاهرة، مصر، ط.01، 1416هـ.
24. أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بـ "الطحاوي"، تحقيق: محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، شرح معاني الآثار، ج.03، دار عالم الكتب، د ذ ب ط، ط.01، 1994.
25. أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البُستي، تحقيق: محمد علي سونمز وخالص آي دمير، صحيح ابن حبان "المسند الصحيح على التقاسيم والأنواع من غير وجود قطع في سندها ولا ثبوت جرح في ناقلها"، ج.03، ج.05، دار ابن حزم، بيروت، ط.01، 1433هـ/2012م.
26. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، إحياء علوم الدين، ج.02، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ذ س ط.
27. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتَانِي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، سنن أبي داود، ج.02، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، د ذ س ط.
28. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتَانِي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل قره بللي، سنن أبي داود، ج.03، دار الرسالة العالمية، د ذ ب ط، ط.01، 2009.
29. أبو ذر القلموني عبد المنعم بن حسين بن حنفي بن حسن بن الشاهد، ففروا إلى الله، ج.01، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر، ط.04، 1424 هـ.
30. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، فتاوي الإمام النووي "المسائل المنثورة"، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1996.

31. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، المجتبى من السنن "السنن الصغرى للنسائي"، ج.06، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، 1986.
32. أبو عبد الرحمن عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح بن حمد بن محمد بن حمد بن إبراهيم البسام التميمي، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ج.05، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، السعودية، ط.01، 2003.
33. أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج.04، ج.07، ج.21، ج.35، ج.36، ج.37، ج.39، مؤسسة الرسالة، د ذ ب ط، ط.01، 2001.
34. أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بـ "ابن البيع"، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، المستدرک علی الصحیحین، ج.02، ج.04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.01، 1990.
35. أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج.06، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط.01، 1416هـ/1994م.
36. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الجامع لأحكام القرآن، ج.03، ج.13، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط.02، 1384 هـ/1964م.
37. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الأدب المفرد، رقم الحديث: 206، باب العبد راع، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط.03، 1989.
38. أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء البصري البغدادي المعروف بابن سعد، تحقيق: إحسان عباس، الطبقات الكبرى، ج.01، دار صادر، بيروت، لبنان، ط.01، 1968.

39. أبو عوانة يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم النيسابوري الإسفراييني، تحقيق: أيمن بن عارف الدمشقي، مستخرج أبي عوانة، ج.03، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط.01، 1998.
40. أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، ج.03، المكتبة التوفيقية، مصر، 2003.
41. أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج.05، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط.01، 1997.
42. أبو محمد عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بـ "ابن بزيّة"، تحقيق: عبد اللطيف زكاغ، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ج.01، دار ابن حزم، د ذ ب ط، ط.01، 1431هـ/2010م.
43. أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بجرام بن عبد الصمد الدارمي التميمي السمرقندي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، مسند الدارمي "سنن الدارمي"، ج.03، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط.01، 2000.
44. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، المحلى بالآثار، ج.09، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ذ س ط.
45. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، تحقيق: أحمد عبد الرزاق الكبيسي، منحة السلوك في شرح تحفة الملوك، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط.01، 2007.
46. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بـ "ابن قدامة"، المغني لابن قدامة، ج.04، ج.06، ج.07، مكتبة القاهرة، د ذ ب ط، 1388هـ/1968م.

47. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بـ "ابن قدامة"، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، المغني، ج.09، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط.03، 1417هـ/1997م.
48. أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج.02، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط.04، 1987.
49. أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي الموصلي، تحقيق: حسين سليم أسد، مسند أبي يعلى، ج.12، دار المأمون للتراث، دمشق، سوريا، ط.01، 1984.
50. أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.03، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، ط.01، 1415هـ/1994م.
51. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُوْجْردي الخراساني أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، السنن الكبرى، ج.06، ج.07، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.03، 2003.
52. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُوْجْردي الخراساني أبو بكر البيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، السنن الصغير للبيهقي، ج.02، ج.03، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط.01، 1410هـ/1989م.
53. أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج.09، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ذ س ط.
54. أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، معجم مقاييس اللغة، ج.05، دار الفكر، 1399هـ/1979م.

55. أحمد بن محمد بن علي الأنصاري أبو العباس نجم الدين المعروف بابن الرفعة، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، كفاية النبيه في شرح التنبيه، ج.13، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط.01، 2009.
56. أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج.07، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1983.
57. بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي ابن قاضي شهبة، بداية المحتاج في شرح المنهاج، ج.03، دار المنهاج، جدة، السعودية، ط.01، 1432هـ/2011م.
58. بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا "المصادر الإرادية: العقد والإرادة المنفردة"، ج.01، دار هومة، الجزائر، 2015.
59. الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، تحقيق: بشار عواد معروف، الجامع الكبير "سنن الترمذي"، ج.02، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1998.
60. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجموع الفتاوى، ج.15، ج.32، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ/1995م.
61. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي دمشقي، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ج.03، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط.01، 1987.
62. تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بـ "ابن النجار"، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، منتهى الإرادات، ج.04، مؤسسة الرسالة، د ذ ب ط، ط.01، 1419هـ/1999م.

63. جلال الدين محمد بن أحمد المحلي وجمال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تفسير الجلالين، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط.01، د ذ س ط.
64. جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، المنتظم في تاريخ الأمم والملوك، ج.06، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.01، 1992.
65. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، مختار الصحاح، ج.01، المكتبة العصرية والدار النموذجية، بيروت؛ صيدا، لبنان، ط.05، 1999.
66. زين الدين المنجى بن عثمان بن أسعد ابن المنجى التنوخي الحنبلي، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، الممتع في شرح المقنع، ج.03، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، السعودية، ط.03، 2003.
67. زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج.04، دار الكتاب الإسلامي، د ذ ب ط، ط.02، د ذ س ط.
68. سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، تحقيق: أحمد عزو، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ج.02، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط.01، 2002.
69. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط.02، 1988.
70. سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب "حاشية البجيرمي على الخطيب"، ج.03، دار الفكر، د ذ ب ط، 1415هـ/1995م.
71. سيد سابق، فقه السنة، ج.02، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط.03، 1397هـ/1977م.
72. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، سير أعلام النبلاء، ج.04، مؤسسة الرسالة، د ذ ب ط، ط.03، 1985.

73. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي "المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي"، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج.03، دار الفكر، د ذ ب ط، ط.03، 1992.
74. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي "المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي"، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط.01، 1404 هـ / 1984 م.
75. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، دار المعرفة، بيروت، د ذ س ط.
76. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.06، دار الفكر بيروت، لبنان، 1984.
77. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.04، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط.01، 1994.
78. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.04، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، ط.01، 1994.
79. صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، د ذ س ط.
80. عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني، ج.03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.01، 2002.
81. عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الحاوي للفتاوي، ج.01، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2004.
82. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.04، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.02، 1424 هـ / 2003 م.

83. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "نظرية الإلتزام بوجه عام"، ج.01، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ذ س ط.
84. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، ج.01، دار الهنا للطباعة والنشر، د ذ ب ط، 1954.
85. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن "تحرير لمسائله ودراستها دراسة نظرية تطبيقية"، ج.05، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط.01، 1420هـ/1999م.
86. عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع "المعاملات المالية"، ج.02، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط.01، 1429هـ/2008م.
87. عبد الله بن محمد الطيار وآخرون، الفقه الميسر، ج.05، مدار الوطن للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط.02، 2012.
88. عبد الله محمد بن الطيار وآخرون، الفقه الميسر، ج.11، مدار الوطن، المملكة العربية السعودية، ط.01، 2011.
89. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي ركن الدين "الملقب بإمام الحرمين"، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج.12، دار المنهاج، د ذ ب ط، ط.01، 2007.
90. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع، مطبعة المدني، د ذ ب ط، د ذ س ط.
91. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج.08، دار إحياء التراث العربي، د ذ ب ط، ط.02، د ذ س ط.

92. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.05، ج.07، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.02، 1406هـ/1986م.
93. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.02، مطبعة شركة المطبوعات العلمية، مصر، 1327هـ.
94. علي الحفيف، الضمان في الققه الإسلامي، دار الفكر العربي، مصر، د ذ س ط.
95. علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط.01، 1403هـ/1983م.
96. علي حيدر خواجه أمين أفندي، ترجمة: فهمي الحسيني، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج.02، دار الجيل، د ذ ب ط، ط.01، 1991.
97. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام "مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.03، سبتمبر 2003.
98. فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفقه الإسلامي، دار قتيبة، د ذ ب ط، د ذ س ط.
99. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، ط.03، 2008.
100. مأمون الكزبري، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي "مصادر الإلتزامات"، م.01، د ذ د ط، د ذ ب ط، د ذ س ط.
101. مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، لقاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط.08، 1426هـ/2005م.
102. محمد الطيب النجار، القول المبين في سيرة سيد المرسلين، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان، د ذ س ط.

103. محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد "فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح"، ج.03، دار القلم، دمشق، سوريا، ط.03، 2007.
104. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج.04، بيت الأفكار الدولية، د ذ ب ط، ط.01، 2009.
105. محمد بن أحمد ابن جزي الكلبي الغرناطي، تحقيق: ماجد الحموي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط.01، 1443هـ/2013م.
106. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، كتاب النكاح، ج.04، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993.
107. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.03، دار الفكر، د ذ ب ط، د ذ س ط.
108. محمد بن أحمد بن محمد عlish أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج.03، دار الفكر، بيروت، 1409هـ/1989م.
109. محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، ج.01، ج.04، ج.06، ج.07، ج.08، ج.09، دار طوق النجاة، د ذ ب ط، ط.01، 1422هـ.
110. محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: مصطفى ديب البغا، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، ج.01، دار ابن كثير ودار اليمامة، دمشق، سوريا، ط.05، 1414هـ/1993م.
111. محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسيني الكحلاني ثم الصنعاني أبو إبراهيم عز الدين، سبل السلام، ج.02، دار الحديث، د ذ ب ط، د ذ س ط.

112. محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار اشبيليا، الرياض، السعودية، ط.01، 1999.
113. محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي أبو جعفر الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، جامع البيان في تأويل القرآن، ج.14، مؤسسة الرسالة، د ذ ب ط، ط.01، 2000.
114. محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ج.09، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.01، 1408هـ/1988م.
115. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، تحقيق: عصام الدين الصبابي، نيل الأوطار، ج.06، دار الحديث، مصر، ط.01، 1993.
116. محمد بن عيسى بن سَوْرَة بن موسى بن الضحاك الترمذي أبو عيسى، تحقيق: بشار عواد معروف، سنن الترمذي، ج.02، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط.02، 1998.
117. محمد بن عيسى بن سَوْرَة بن موسى بن الضحاك الترمذي أبو عيسى، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، سنن الترمذي، ج.03، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط.02، 1395هـ/1975م.
118. محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني أبو الفيض الملقّب بـ "مرتضى الزّيدي"، تاج العروس من جواهر القاموس، ج.02، دار الهداية، د ذ ب ط، د ذ س ط.
119. محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، ج.01، ج.02، ج.03، ج.12، ج.14، دار صادر، بيروت، لبنان، ط.03، 1414 هـ.
120. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني "النظرية العامة للإلتزامات"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط.04، د ذ س ط.
121. محمد عبد اللطيف قنديل، فقه النكاح والفرائض، د ذ د ط، د ذ ب ط، د ذ س ط.
122. محمد عمارة، قاسم أمين "الأعمال الكاملة"، دار الشروق، القاهرة، مصر، د ذ س ط.

123. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي "المدخل، المصادر، الحكم الشرعي"، ج.01، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط.02، 1427هـ/2006م.
124. محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف بـ "بدر الدين العيني الحنفى"، تحقيق: أيمن صالح شعبان، البناية شرح الهداية، ج.05، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.01، 1420هـ/2000م.
125. مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ج.01، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، مصر، 1373هـ/1955م.
126. مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ج.01، ج.02، ج.04، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ذ س ط.
127. مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، سوريا، ط.01، 1988.
128. مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج.04، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط.04، 1413هـ/1992م.
129. مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيباني الدمشقي الحنبلي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج.05، المكتب الإسلامي، د ذ ب ط، ط.02، 1415هـ/1994م.
130. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، الرياض، السعودية؛ مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.01، 1417هـ/1996م.

131. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات "دقائق أولي النهى لشرح المنتهى"، ج.02، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط.01، 1414هـ/1993م.
132. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن محمد المطلق، المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد، ج.02، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط.01، 1427هـ/2006م.
133. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع "كتاب النكاح وخصائص النبي صلى الله عليه وسلم"، ج.05، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403هـ/1983م.
134. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع "كتاب النكاح وخصائص النبي"، ج.05، دار الكتب العلمية، د ذ ب ط، د ذ س ط.
135. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج.24، دار الصفوة، الكويت، ط.01، د ذ س ط.
136. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج.12، ج.19، دار السلاسل، الكويت، ط.02، د ذ س ط.
137. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.09، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط.04، د ذ س ط.
138. وهبة بن مصطفى الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، طبع مشترك بين: دار الفكر ودار الفكر المعاصر، دمشق وبيروت، سوريا ولبنان، ط.09، 2012.

ب. المراجع المتخصصة:

❖ باللغة العربية:

1. المؤلفات:

1. إبراهيم رمضان إبراهيم عطايا، صور الزواج المستحدثة في ظل العولمة وحكمها الشرعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط.01، 2014.
2. أحمد الخمليشي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة "الزواج"، ج.01، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2012.
3. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج.01-02، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط.01، 2009.
4. أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط.02، 2005.
5. أعمار يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
6. أماني على المتولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، مصر، 2010.
7. باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
8. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد "وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا"، ج.01، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط.01، 2012.
9. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.

10. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - أحكام الزواج - "وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهدات المحكمة العليا"، ج.01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.06، 2010.
11. بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، مارس 2015.
12. جبيري ياسين، حقوق الفئات الخاصة "نساء، أطفال، الأقليات"، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.01، 2017.
13. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.01، 2009.
14. جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج "الخطبة في الفقه والقانون"، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.01، 2009.
15. جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، جانفي 2001.
16. خالد برجايوي، قانون الزواج بالمغرب بين مدونة الأحوال الشخصية ومقتضيات الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان "سلسلة دليل قانون الأسرة بالمغرب" دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، ط.02، 2001.
17. خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
18. خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق "دراسة فقهية مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2012.
19. خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، دار النفائس لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.01، 2010.

20. دار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، د ذ س ط.
21. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.01، 2015.
22. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية"، دار الخلدونية، الجزائر، ط.01، 2008.
23. رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية"، دار الثقافة، عمان، ط.02، 2010.
24. زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج "دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني"، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
25. عباس محمود العقاد، المرأة في القرآن، ط.03، شركة نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2005.
26. عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، مصر، 2001.
27. عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري "الزواج وآثاره"، ج.01، منشورات جامعة دمشق، سوريا، د ذ س ط.
28. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق "في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له"، دار الخلدونية، الجزائر، ط.01، 1428هـ/2007م.
29. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة لجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
30. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج.01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط.01، 2006.

31. عبد الله (بن الطاهر) التناي السوسي، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته "الزواج"، ج.01، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، ط.02، 1435 هـ/2014 م.
32. عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية "دراسة فقهية"، دار النفائس، الأردن، ط.01، 2011.
33. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط.02، 1938.
34. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ديسمبر 2014.
35. العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، ط.01، 2013.
36. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، عمان، الأردن، ط.01، 1997.
37. عمر صلاح حافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط.01، 2010.
38. عيسى حداد، عقد الزواج "دراسة مقارنة"، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.
39. غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام "الأحكام الفقهية وتبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين"، دار الساقى، بيروت لبنان، ط.01، 2004.
40. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.01، جانفي 2005.
41. فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج "دراسة مقارنة"، دار النفائس، الأردن، ط.01، 2011.

42. فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
43. قاسم أمين، تحرير المرأة، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، مصر، 2012.
44. كركري الطاهر، العدالة الأسرية، دراسة في ضوء مدونة الأسرة "كتاب الزواج"، مطبعة آنفو-برانت، فاس، المغرب ط.01، يناير 2009.
45. كريمة محروق، أحكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع "دراسة مقارنة"، ألفا للوثائق، الجزائر، ط.01، 2019.
46. كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد "دراسة تحليلية مقارنة"، دار ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، ط.01، 2019.
47. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ذ س ط.
48. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ذ س ط.
49. محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، ط.04، 2010.
50. محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا "دراسات قانونية وحالات شاذة"، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط.01، 2001.
51. محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي "حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي 2004-2010"، سلسلة البحوث القانونية، العدد 19، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط.01، د ذ س ط.
52. محمد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط.07، جانفي 2002، ص.107.

53. محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة "الزواج"، ج.01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط.04، 2018.
54. محمد طاهر الجواي، المجتمع والأسرة في الإسلام، دار عالم الكتب، د ذ ب ط، ط.03، 2000.
55. محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط.01، 1996.
56. محمد أمين لوعيل، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والإجتهد القضائي، دار هومة، الجزائر، ط.02، 2012.
57. محمد أمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط.02، 2006.
58. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام "دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط.04، 1983.
59. محمود السرطاوي، فقه أحوال شخصية، مقرر دراسي بكلية التربية "جامعة القدس المفتوحة"، منشورات جامعة القدس المفتوحة، عمان، الأردن، ط.02، 2012.
60. محمود على السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط.03، 2010.
61. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج.01، دار النيرين ودار الورق، بيروت، دمشق، ط.09، 2001.
62. منال محمود المشني، حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.01، 2011.

63. نهي القاطرجي، المرأة في منظومة الأمم المتحدة "رؤية إسلامية"، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط.01، 2006.

64. وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والإتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط.01، 2009.

❖ باللغة الفرنسية:

1. BATTEUR Annick, droit des personnes-des familles-et des majeurs protégés, éd L.G.DJ - Montchrestien, 05 édition, paris, 2010.

2. COURBE Patrick, droit de la famille, 03^{ème} édition, 2003, armand colin, paris.

3. CORNU.G, Droit civil la famille, Montchrestien, 7e édition, Paris, 2000.

4. SALAH-BEY Mohammed chérif, le statut juridique de la femme algerienne, algerie, 2014.

5. TCHOUAR Djilali, Réflexions sur les questions épineuses du code algerien de la famille, O.P.U, Mai 2004.

2. أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير والدراسات المعمقة:

▪ أطروحات الدكتوراه:

1. بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، 2015-2016.

2. بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، 2018-2019.

3. خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017-2018.
4. سعادي ليلي، الزواج والخلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.
5. عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015.
6. محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009.
7. محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016.
8. مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2005-2006.
9. وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018-2019.

■ مذكرات الماجستير:

1. إيمان قيدوم بوزياني، نظام الأموال المشتركة بين الزوجين في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013-2014.

2. بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، 2013-2014.

3. عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014.

4. مقنانة مبروكة، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.

■ مذكرات الدراسات المعمقة:

❖ باللغة العربية:

1. عمر المزكلدي، حق الكد والسعاية "محاولة في التأسيس"، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة أكادال، الرباط، 2005-2006.

2. فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، جامعة محمد الأول، 2009-2010.

3. محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله "ظهر المهرارز" بفاس، 2005-2006.

❖ باللغة الفرنسية:

1. STEHLIN Laure, le mariage : un contrat ou une institution? , Mémoire de fin de Master 2 Droit Notarial, Université de La Réunion -UFR Droit et économie, Année Universitaire: 2016-2017, **Site-web:** <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02176290/document>

3. المقالات:

1. برباح زكرياء، أثر مبدأ المساواة بين الجنسين على تحديد السن القانوني للزواج "دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والمغربي"، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، تصدر عن المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة تلمسان، المجلد 06، العدد 02، 2021.
2. تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 02، 2007.
3. تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، المجلد 36، العدد 04، 2007.
4. تشوار جيلالي، "الجنس، الزواج والقانون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 01، المجلد 32، العدد 04، 1995.
5. خدام هجيرة، حرية الزوجة في التصرف في مالها "بين نقائص التشريع والواقع الأسري المعاش"، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، تصدر عن المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 03، العدد 01، 2018م.
6. خدام هجيرة، فرض الركن البيولوجي باسم النظام العام الأسري حماية لمؤسسة الزواج، جامعة تلمسان "المخبر المتوسطي للدراسات القانونية"، المجلد 05، العدد 02، 2020.
7. سعيدة شيبوط، نظام استقلال الذمة المالية للزوجين وتأثره بحق الكد والسعاية "دراسة تفصيلية للمادة 49 من مدونة الأسرة المغربية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلة أكاديمية عملية محكمة دولية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّة لخضر بالوادي، الجزائر، المجلد 10، العدد 03، ديسمبر 2019م.
8. شندارلي توفيق، الخطبة والعدول عنها: دراسة تحليلية فقها وتشريعا وقضاء، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة بسكرة، المجلد 12، العدد 01، مارس 2020.

9. عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق "مجلة فصلية محكمة تعنى بنشر الدراسات القانونية والشرعية"، جامعة الكويت، مارس 2001، المجلد 25، العدد 01.
10. عبد المنعم نعيمى، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الإحياء، مجلة علمية دورية تصدر عن كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر بباتنة، الجزائر، المجلد 13، العدد 01، 2012م.
11. العربي بلحاج، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، مجلة علمية دورية تصدر عن مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق، جامعة وهران 02، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، 2012م.
12. محروق كريمة، أموال الزوجين بين الاستقلالية والاشتراك على ضوء الفقه وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، دورية أكاديمية متخصصة تصدر عن كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، المجلد 06، العدد 11، جوان 2017م.
13. محمد أمين تيراوي، استقلالية الذمة المالية للزوجة بين الشريعة الإسلامية والقانون "دراسة مقارنة"، مجلة الشريعة والاقتصاد، دورية أكاديمية متخصصة تصدر عن كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، المجلد 08، العدد 02، ديسمبر 2019م.
14. محمد رشيد بوغزالة، طبيعة الخطبة وحكم العدول عنها وأثره "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، العدد 08، جوان 2009.
15. مسعودي أم الخير، الزواج والأسرة، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة البليدة 02، المجلد 02، العدد 02 (العدد 12)، 2015.

16. يوسف عبد الله الشريفين وأحمد صالح بني سلامة، المضامين التربوية في الخطبة وأحكامها، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 01، العدد 33، د ذ س ط.

4. المحاضرات:

1. جيلالي تشوار، قانون الأسرة المقارن، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016.

5. المدخلات في التظاهرات العلمية:

1. بوالزيت ندى، العقد المالي كآلية لضمان حق الزوجة في الأموال المشتركة بين التأيد والمعارضة، مداخلة أقيمت بمناسبة يوم دراسي موسوم بعنوان: "النظام المالي للزوجين في الجزائر بين القصور وخصوصية المجتمع"، إنعقد بتاريخ 2020/12/04، جامعة الإخوة منتوري "قسنطينة 01"، دار ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، ط.01، 2021.

2. كريمة محروق، نظام الكد والسعاية كنموذج أمثل لتدبير أموال الزوجين، مداخلة أقيمت بمناسبة يوم دراسي موسوم بعنوان: "النظام المالي للزوجين في الجزائر بين القصور وخصوصية المجتمع"، إنعقد بتاريخ 2020/12/04، جامعة الإخوة منتوري "قسنطينة 01"، دار ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، ط.01، 2021.

3. نصر سلمان، نماذج تطبيقية للنزاعات المالية بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مداخلة أقيمت بمناسبة يوم دراسي موسوم بعنوان: "النظام المالي للزوجين في الجزائر بين القصور وخصوصية المجتمع"، إنعقد بتاريخ 2020/12/04، جامعة الإخوة منتوري "قسنطينة 01"، دار ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، ط.01، 2021.

4. هاجر عبد الدايم، علاقة الكد والسعاية بنظام الإشتراك المالي، مداخلة أقيمت بمناسبة يوم دراسي موسوم بعنوان: "النظام المالي للزوجين في الجزائر بين القصور وخصوصية المجتمع"، إنعقد بتاريخ 2020/12/04، جامعة الإخوة منتوري "قسنطينة 01"، دار ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، ط.01، 2021.

ج. الإتفاقيات والمواثيق الدولية:

❖ باللغة العربية:

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948.
2. اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج عرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1763 ألف (د-17) المؤرخ في 07 تشرين الثاني/ نوفمبر 1964، تاريخ بدء النفاذ: 09 كانون الأول/ ديسمبر 1964.
3. توصية بشأن الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج اعتمدت بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2018 (د-20) المؤرخ في 01 تشرين الثاني/ نوفمبر 1965.
4. إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 2263 (د-22) المؤرخ في 07 تشرين الثاني/ نوفمبر 1967.
5. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966، على أن يكون تاريخ نفاذه بداية من 03 كانون الثاني/ يناير 1976.

6. إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "CEDAW" اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/180 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979، على أن يكون تاريخ نفاذها بداية من 03 أيلول/سبتمبر 1981.
7. إتفاقية حقوق الطفل اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1989.
8. التوصية العامة رقم 21 "المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية" المنبثقة عن الدورة 13 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 13، 1992.
9. إعلان ومنهاج عمل بيجين، والذي تم إعتمده في الجلسة العامة رقم 16 وذلك في إطار المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة، المنعقد ببيجين (جمهورية الصين الشعبية) ما بين 04-15 أيلول/سبتمبر 1995.

❖ باللغة الفرنسية:

1. Recommandation générale N° 21: égalité dans le mariage et les rapports familiaux, treizième session (1994), document A/49/38.

د. النصوص القانونية:

1. النصوص القانونية الجزائرية:

❖ باللغة العربية:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1963.
2. الأمر رقم 76-97 مؤرخ في 30 ذي القعدة عام 1396 الموافق لـ 22 نوفمبر سنة 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية؛ ج.ر.ج عدد 94 مؤرخة في 24 نوفمبر سنة 1976م.
3. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989.

4. المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق لـ 07 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996؛ ج.ر.ج رقم 76 المؤرخة في 27 رجب عام 1417 هـ.
5. القانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق لـ 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري؛ ج.ر.ج عدد 14 مؤرخ في 07 مارس سنة 2016.
6. المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020؛ ج.ر.ج عدد 82 مؤرخة في 30 ديسمبر سنة 2020.
7. القانون رقم 63-224 المؤرخ في 1963/06/29، المتضمن السن الأدنى للزواج.
8. القانون رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم؛ ج.ر.ج عدد 49 لسنة 1966 المؤرخة في 11 يونيو 1966؛ المعدل والمتمم عدة مرات أهمها: بموجب القانون رقم 82-04 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1402 الموافق لـ 13 فبراير سنة 1982، ج.ر.ج عدد 07 المؤرخة في 16 فبراير سنة 1982؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1427 الموافق لـ 20 ديسمبر سنة 2006؛ ج.ر.ج عدد 84 لسنة 2006 المؤرخة في 24 ديسمبر 2006؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 09-01 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2009؛ ج.ر.ج عدد 15 لسنة 2009 المؤرخة في 08 مارس سنة 2009؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 ربيع الثاني عام 1435 الموافق لـ 04 فبراير سنة 2014؛ ج.ر.ج عدد 07 لسنة 2014 المؤرخة في 16 فبراير سنة 2014.
9. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج عدد 78 المؤرخة في 1975/09/30؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق لـ 20 يونيو سنة 2005، ج.ر.ج عدد 44 المؤرخة في 26 يونيو سنة 2005؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ 13 مايو سنة 2007؛ ج.ر.ج عدد 31 المؤرخة في 13 مايو سنة 2007.

10. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري؛ ج.ر.ج عدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975؛ المعدل والمتمم بآخر تعديل بموجب القانون 22-09 المؤرخ في 04 شوال عام 1443 الموافق لـ 05 مايو سنة 2022؛ ج.ر.ج عدد 32 المؤرخة في 14 مايو سنة 2022.
11. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري؛ ج.ر.ج عدد 24 لسنة 1984 المؤرخة في 12 يونيو 1984؛ المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005؛ ج.ر.ج عدد 15 لسنة 2005 المؤرخة في 27 فبراير 2005.
12. المرسوم الرئاسي 89-67 المؤرخ في 11 شوال عام 1409 الموافق لـ 16 مايو سنة 1989 يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1966؛ ج.ر.ج عدد 20 المؤرخة في 17 ماي سنة 1989، ص.531.
13. المرسوم الرئاسي 92-461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق لـ 19 ديسمبر سنة 1992، المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989؛ ج.ر.ج عدد 91 المؤرخة في 28 جمادى الثانية عام 1413.
14. المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ 02 رمضان عام 1416 الموافق لـ 22 يناير سنة 1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ على المواد: (02، 09 فق 02، 15 فق 04، 16، 29) إلى إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979؛ ج.ر.ج عدد 06 المؤرخة في 24 يناير سنة 1996.
15. المرسوم الرئاسي رقم 08-426 المؤرخ في 30 ذي الحجة عام 1429 الموافق لـ 28 ديسمبر سنة 2008، المتضمن رفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة 2.9 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979؛ ج.ر.ج عدد 05 المؤرخة في 21 يناير سنة 2009.

16. المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق لـ 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة؛ ج.ر.ج عدد 31 المؤرخة في 14 مايو سنة 2006.

❖ باللغة الفرنسية:

1. L'ordonnance n° 59-274 du 04 février 1959 relative au mariage contracté dans les départements d'Algerie, des Oasis et de la Saoura par les personnes de statut civil local.

2. النصوص القانونية المغربية:

1. الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور.

2. ظهير 09 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الإلتزامات والعقود المغربي، المعدل والمتمم -المحين- بعدة تعديلات لاحقة، أهمها: تم بموجب القانون رقم 24.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.140 الصادر في 16 رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)، ج.ر.م عدد 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 (22 سبتمبر 2011)، ص.4678؛ كما تم تعديله بموجب القانون رقم 31.18 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.114 بتاريخ 7 ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019)، ج.ر.م عدد 6807 بتاريخ 24 ذو الحجة 1440 (26 أغسطس 2019)، ص.5885؛ وآخرها: تم بموجب القانون رقم 43.20 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.100 بتاريخ 16 من جمادى الأولى 1442 (31 ديسمبر 2021)، ج.ر.م عدد 6951 بتاريخ 27 جمادى الأولى 1442 (11 يناير 2021)، ص.271.

3. الظهير الشريف رقم 1.57.190 المؤرخ بـ 22 محرم 1377 الموافق 19 غشت 1957 (الجريدة الرسمية عدد 2341 بتاريخ 10 صفر 1377 الموافق لـ 06 شتنبر 1957، ص.1980)، المتعلق بإحداث لجنة لوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي.
4. المرسوم رقم 2.57.1040 المؤرخ بـ 24 محرم 1377 الموافق 21 غشت 1957 (الجريدة الرسمية عدد 2341 بتاريخ 10 صفر 1377 الموافق لـ 06 شتنبر 1957، ص.1980) الذي بموجبه تم تعيين اللجنة المنصوص عليها في الظهير الشريف 1.57.190 المؤرخ بـ 22 محرم 1377 الموافق 19 غشت 1957.
5. الظهير الشريف رقم 1.57.343 المؤرخ بـ 28 ربيع الثاني عام 1377 الموافق 22 نونبر سنة 1957، والذي تُطبَّق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الأول والثاني الملحقين بهذا الظهير الشريف، المتعلق أولهما بالزواج وثانيهما بإحلال ميثاقه (الجريدة الرسمية عدد 2354 بتاريخ 13 جمادى الأولى 1377 الموافق لـ 06 دجنبر 1957، ص.2632).
6. الظهير الشريف رقم 1.59.413 الصادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي المغربي؛ المعدل والمحين بعدة تعديلات آخرها بموجب القانون رقم 12.18 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.21.56 بتاريخ 27 شوال 1442 (08 يونيو 2021)، ج.ر.م 6995 بتاريخ 03 ذو القعدة 1442 (14 يونيو 2021)، ص.4162.
7. الظهير الشريف رقم 1.79.186 بتاريخ 17 ذي الحجة 1399 (8 نونبر 1979) بنشر الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية المبرمين بنيويورك يوم 3 رمضان 1386 (16 دجنبر 1966)؛ ج.ر.م عدد 3525 المؤرخة في 06 رجب 1400 (21 مايو 1980).

8. الظهير الشريف رقم 4-93-2 الصادر في 14 يونيو 1993، المتعلق بإيداع أدوات التصديق في 21 يونيو 1993، المتضمن التصديق إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتحفظ على المواد (02، 09 فق 02، 15 فق 04، 16، 29).
9. الظهير الشريف رقم 1.93.363 الصادر في 09 رجب 1417 (21 نوفمبر 1996) المتضمن نشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل؛ ج.ر.م عدد 4440 بتاريخ 08 شعبان 1417 (19 ديسمبر 1996)، ص.2847.
10. الظهير الشريف رقم 1.93.361 الصادر في 29 من رمضان 1421 (26 ديسمبر 2000) بنشر إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979، لتدخل حيز النفاذ بعد نشرها؛ الجريدة الرسمية عدد 4866 بتاريخ 23 شوال 1421 (18 يناير 2001)، ص.226.
11. الظهير الشريف رقم 1.11.51 صادر في فاتح رمضان 1432 (02 أغسطس 2011) بنشر الإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المضمنة في البندين 1 و2 من الفقرة "ب" من وثائق الانضمام إلى إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979؛ الجريدة الرسمية عدد 5974 بتاريخ 02 شوال 1432 (فاتح -01- سبتمبر 2011).
12. القانون رقم 07.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 المؤرخ في 12 من ذي الحجة 1424 (03 فبراير 2004)، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (05 فبراير 2004)، ص.418؛ الذي تم تعديله بالقانون رقم 08.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.103 بتاريخ 03 شعبان 1431 (16 يوليو 2010)، الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 13 شعبان 1431 (26 يوليو 2010)، ص.3837؛ والذي تم تعديله أيضا بالقانون رقم 102.15 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.2 بتاريخ فاتح (01) ربيع الآخر 1437 (12 يناير 2016)،

- الجريدة الرسمية عدد 6433 بتاريخ 14 ربيع الآخر 1437 (25 يناير 2016)، ص.420؛
والذي تم تعديله أيضا بالقانون رقم 65.21 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.21.73
بتاريخ 03 ذي الحجة 1442 (14 يوليو 2021)؛ الجريدة الرسمية عدد 7008 بتاريخ 18
ذو الحجة 1442 (29 يوليو 2021)، ص.5774.
13. القرار المشترك لوزير العدل ووزير الصحة رقم 347.04 صادر في 10 محرم 1425 (02
مارس 2004) بتحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج؛
ج.ر.م عدد 5192 بتاريخ 12 محرم 1425 (04 مارس 2004)، ص.975.
14. الظهير الشريف رقم 1.06.56 الصادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)
بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، ج.ر.م عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر
1427 (02 مارس 2006)، ص.566.

3. النصوص القانونية الأجنبية الأخرى:

1. قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في
1953/09/07.
2. قانون الأحوال الشخصية العراقي، الصادر بموجب القانون رقم 188 لسنة 1959.
3. قانون الأحوال الشخصية الكويتي الصادر بموجب القانون رقم 51 لسنة 1984؛ المنشور
بالجريدة الرسمية عدد 1570 المؤرخة في 24 شوال 1404 الموافق لـ 1984/07/23 -السنة
الثلاثون (30)- المعدل بآخر تعديل بموجب القانون رقم 66 لسنة 2007؛ المنشور بالجريدة
الرسمية عدد 852 السنة الرابعة والخمسون 54.
4. مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، المعتمد بمجلس وزراء العدل العرب في
دورته السادسة المنعقد بجامعة الدول العربية؛ قرار الاعتماد رقم 105-د06 المؤرخ في
1408/08/17هـ - 1988/04/04م.

5. قانون عدد 91 لسنة 1998 مؤرخ في 09 نوفمبر 1998 يتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 91 المؤرخ في 23 رجب 1419-13 نوفمبر 1998، ص.2284.
6. قانون الأحوال الشخصية اليمني، الصادر بموجب القرار الجمهوري بالقانون رقم 20 لسنة 1992، المعدل بالقانون رقم 27 لسنة 1998، والمعدل كذلك بالقانون رقم 24 لسنة 1999، وكذا القانون رقم 34 لسنة 2003.
7. مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية الصادرة بموجب القانون رقم 2001-052 بتاريخ 19 يوليو 2001؛ المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية في العدد 1004 المؤرخة في 15 أغسطس 2001.
8. قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بموجب القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005؛ منشور بالجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة في العدد رقم 439 الصادرة بتاريخ 30 نوفمبر 2005).
9. قانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر بموجب القانون رقم 36 لعام 2010.
10. القانون الليبي رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 2015.

هـ. القرارات والتقارير الدولية:

1. التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18 أيار/ مايو 2009.
2. التعليقات الختامية للجزائر، المقدمة للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة خلال الدورة 32 المنعقدة ما بين 10-28 كانون الثاني/ يناير 2005، أين نظرت في التقرير الدوري الثاني في جلستها 667 و668 المنعقدتين في 11/01/2005.

3. التقرير الجامع للتقريين الدورين الثالث والرابع للمغرب، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 2006/09/18.

4. القرار رقم 144 (16/2) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السادسة عشرة (16) المنعقد بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) بتاريخ 30 صفر-05 ربيع الأول 1426 هـ الموافق لـ 14-09 نيسان (أبريل) 2005م.



الفهرس



الفهرس

أ	قائمة المختصرات
1	مقدمة
10	الفصل الأول: تطبيقات مبدأ المساواة على المرحلة السَّابقة لإبرام عقد الزواج
13	المبحث الأول: أثر مبدأ المساواة على مفهوم الخطبة
14	المطلب الأول: تعريف الخطبة ومشروعيتها وشروطها
14	الفرع الأول: تعريف الخطبة
23	الفرع الثاني: مشروعية الخطبة
26	الفرع الثالث: شروط صحة الخطبة
26	أولاً: خلو المرأة من الموانع الشرعية
32	ثانياً: ألا تكون مخطوبة للغير خطبة شرعية
35	المطلب الثاني: أثر مبدأ المساواة على التكييف الشرعي والقانوني للخطبة
36	الفرع الأول: تكييف الخطبة على أساس العقد
37	أولاً: الأساس التاريخي
38	ثانياً: الأساس القانوني
40	الفرع الثاني: تكييف الخطبة على أساس الوعد
48	الفرع الثالث: موقف المشرعين الجزائري والمغربي
53	المطلب الثالث: مظاهر المساواة بين الجنسين في الإعلان عن الخطبة
54	الفرع الأول: جواز إعلان المرأة عن الخطبة بنفسها
57	الفرع الثاني: جواز إعلان الخطبة من طرف ولي المرأة أو غيره
60	الفرع الثالث: موقف المشرعين الجزائري والمغربي من الإعلان عن الخطبة
63	المبحث الثاني: أثر مبدأ المساواة على آثار الخطبة والعدول عنها

64	المطلب الأول: أثر مبدأ المساواة على حرية النظر لكلا الخطييين
66	الفرع الأول: آراء الفقه الإسلامي بشأن جواز تبادل النظر بين الخطييين
72	الفرع الثاني: رأي المشرعين الجزائري والمغربي بشأن جواز النظر
76	المطلب الثاني: تطبيقات مبدأ المساواة على طرق انتهاء الخطبة
78	الفرع الأول: أثر المساواة على ممارسة حق العدول عن الخطبة
84	الفرع الثاني: وفاة أحد الخطييين
87	الفرع الثالث: الزواج بأحد محارم الخطييين
88	المطلب الثالث: أثر مبدأ المساواة على آثار العدول عن الخطبة
89	الفرع الأول: تطبيقات مبدأ المساواة على مصير الهدايا
100	الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ المساواة على الحق في التعويض المترتب عن العدول
117	الفصل الثاني: أثر مبدأ المساواة على إنعقاد الزواج
120	المبحث الأول: أثر مبدأ المساواة على مفهوم الزواج وطبيعته القانونية
121	المطلب الأول: أثر مبدأ المساواة على مفهوم عقد الزواج
121	الفرع الأول: تعريف عقد الزواج وخصائصه
122	أولاً: تعريف عقد الزواج
132	ثانياً: خصائص عقد الزواج
138	الفرع الثاني: مشروعية عقد الزواج
144	الفرع الثالث: الحكم الشرعي للزواج
145	أولاً: الحالة الأولى (الوجوب)
149	ثانياً: الحالة الثانية (التحريم)
150	ثالثاً: الحالة الثالثة (الكراهة)
151	رابعاً: الحالة الرابعة (الندب)
152	خامساً: الحالة الخامسة (الإباحة)

155	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للزواج
155	الفرع الأول: الزواج نظام قانوني
160	الفرع الثاني: التكييف العقدي للزواج
170	الفرع الثالث: النظرية المختلطة لتحديد الطبيعة القانونية للزواج
174	المبحث الثاني: أثر مبدأ المساواة على ركن عقد الزواج وبعض شروطه
175	المطلب الأول: أثر مبدأ المساواة على ركنية الرضا في عقد الزواج
176	الفرع الأول: تعريف الرضا وطرق التعبير عنه في عقد الزواج
176	أولاً: تعريف الرضا في عقد الزواج
180	ثانياً: طرق التعبير عن الرضا في عقد الزواج
187	الفرع الثاني: حرية الزوجة في الرضا بعقد الزواج
195	المطلب الثاني: أثر مبدأ المساواة على بعض الشروط الموضوعية والشكلية لإنعقاد الزواج
196	الفرع الأول: تطبيقات مبدأ المساواة على شرط الأهلية في عقد الزواج
203	الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ المساواة على الفحص الطبي للمقبلين على الزواج
211	الفصل الثالث: أثر مبدأ المساواة بين الزوجين على بعض الآثار الشخصية والمالية لعقد الزواج ...
214	المبحث الأول: أثر مبدأ المساواة على الحقوق والواجبات المشتركة للزوجين
215	المطلب الأول: الحقوق والواجبات المرتبطة بالحياة الزوجية
216	الفرع الأول: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة
231	الفرع الثاني: المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، والحفاظ على مصالح الأسرة
239	المطلب الثاني: الحقوق والواجبات الزوجية المرتبطة بتسيير شؤون الأسرة، والعلاقة مع الأصول والفروع والأقارب
240	الفرع الأول: الحقوق والواجبات المرتبطة بتسيير شؤون الأسرة وإنجاب وتربية الأولاد
240	أولاً: التعاون على مصلحة الأسرة من حيث التسيير
247	ثانياً: التشاور بشأن تسيير شؤون الأسرة وتنظيم النسل

260	الفرع الثاني: الحقوق والواجبات المرتبطة بعلاقة الزوجين مع أصولهم وأقاربهم
261	أولاً: حسن معاملة كل واحد من الزوجين لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم، وزيارتهم واستضافتهم بالمعروف.
266	ثانياً: المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف
269	المبحث الثاني: أثر مبدأ المساواة على النظام المالي للزوجين
270	المطلب الأول: أثر مبدأ المساواة على نظام الإستقلال المالي للزوجين
273	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من مبدأ إستقلال الذمة المالية للزوجين
275	الفرع الثاني: موقف المشرع المغربي من مبدأ إستقلال الذمة المالية للزوجين
278	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على استقلال الذمة المالية للزوجين
279	أولاً: حرية تصرف الزوجة في مالها.
283	ثانياً: مساهمة الزوجة في الإنفاق على بيت الزوجية.
287	المطلب الثاني: أثر مبدأ المساواة على نظام الاشتراك المالي للزوجين
288	الفرع الأول: تعريف نظام الاشتراك المالي للزوجين
291	الفرع الثاني: أثر مبدأ المساواة على أشكال وصور الاشتراك المالي بين الزوجين
291	أولاً: الاشتراك المالي بين الزوجين بموجب عقد الزواج أو عقد لاحق.
309	ثانياً: الاشتراك المالي بين الزوجين وفقاً لمقتضيات عقد الشركة.
312	ثالثاً: الاشتراك المالي الضمني للزوجين وفقاً لنظام الكد والسعاية.
322	الخاتمة
328	قائمة الملاحق
329	الملحق رقم 01
337	الملحق رقم 02
349	الملحق رقم 03
357	الملحق رقم 04

363 قائمة المراجع

402 الفهرس

لقد أثر المد التحرري على جملة التشريعات الأسرية المغربية، وهو ما ترتب عنه تجسيد وتكريس لمبدأ المساواة بين الزوجين في مختلف مراحل عقد الزواج، سواء في المرحلة السابقة لهذا العقد (الخطبة)، وكذا أثناء انعقاده وحتى في خضم الحياة الأسرية.

ومن هذا المنطلق، فقد استجاب كلا المشرعين الجزائري والمغربي لجملة التوصيات والمبادئ التي تضمنتها مختلف المعاهدات والمواثيق الدولية الرامية لتكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في شتى مراحل بناء الأسرة الحديثة، وحاول كلاهما الموازنة بين المصدر المادي لهذه التشريعات الأسرية من جهة، وبين الأفكار والمبادئ المستقاة من هذه الاتفاقيات الدولية لاسيما التي صادق عليها كلا البلدين وحاولا تجسيدها في تشريعاتهما الوطنية، من خلال إضفاء مبدأ المساواة على كل مراحل بناء الرابطة الزوجية ووصولاً لقيام الأسرة بمفهومها الحديث أين يعتبر كلا الزوجين شريكين متكاملين في كنفها.

الكلمات المفتاحية: زواج، عقد، زوجين، مساواة، اتفاقيات، قانون، الجزائر، المغرب.

Résumé :

Le courant émancipateur a affecté l'ensemble de législations maghrébines sur la famille, ce qui a abouti à la consécration du principe d'égalité entre les époux dans les différentes étapes de l'acte de mariage, aussi bien dans la phase précontractuelle (les fiançailles), que lors de sa conclusion, voire même au sein de la vie familiale.

De ce point de vue, tant le législateur algérien que son homologue marocain ont répondu à un certain nombre de recommandations et de principes contenus dans divers conventions et pactes internationaux visant à consacrer le principe de l'égalité entre les époux aux différentes étapes de l'édification d'une famille dans son concept moderne. Tous deux ont essayé d'équilibrer la source matérielle de leurs législations familiales et les idées et principes dérivés desdites conventions, notamment celles ratifiées par les deux pays. Ils ont essayé de les incorporer dans leur législation nationale afin d'aboutir à une conception familiale où les deux époux sont considérés comme des partenaires complémentaires dans ses soins.

Mots-clés : Mariage, acte, époux, égalité, conventions, droit, Algérie, Maroc.

Abstract:

The emancipatory trend has affected all Maghreb legislation on the family, which has led to the enshrinement of the principle of equality between spouses at the various stages of the marriage contract, both at the pre-contractual stage (betrothal), at the time of its conclusion, and even within family life.

From this point of view, both the Algerian legislature and its Moroccan counterpart have responded to a number of recommendations and principles contained in various international conventions and covenants aimed at enshrining the principle of equality between spouses at the various stages of building a family in its modern conception. Both have tried to balance the material source of their family laws with the ideas and principles derived from those conventions, particularly those ratified by both countries. They have tried to incorporate them into their national legislation in order to achieve a family concept where both spouses are seen as complementary care partners.

Keywords: marriage, contract, spouse, equality, conventions, law, Algeria, Morocco.