

جامعة البليدة 2  
كلية الحقوق و العلوم السياسية

محاضرات في قانون الأسرة المقارن  
(خاص بطلبة السنة الأولى ماستر)  
-السداسي الأول-

إعداد: د/ صارة بن شويخ

السنة الجامعية: 2021/2020

## تقديم:

حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز وإظهار مكانة ومكانة النظام الأسري ، من خلال تحديد ضوابط العلاقة الأسرية التي تقوم على الزواج كمنطلق لتكوين الأسرة، كما رسمت معالم وأهداف هذا الزواج وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية من التشتت والضياع، ويكفي أن القرآن الكريم سمى عقد الزواج بالميثاق الغليظ تعظيما له، و قد سارت على هذا النهج كل قوانين الأسرة في البلاد الإسلامية.

و في بلادنا شكل صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 مفقا هاما أظهر من خلاله المشرع الجزائري أهمية بالغة لنظام الأسرة الجزائرية المسلمة، اجتهدت من خلاله السلطة التشريعية في البلاد بغية تنظيم أمثل يعمل على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأسرة من جهة، على أن يتم هذا التنظيم في إطار مؤسسات الدولة.

و من أهم المسائل التي راعاها المختصون الواضعون لقانون الأسرة الجزائري، ما سبقهم من قوانين في البلاد الإسلامية، كون أن القانون المقارن واحد من الآليات الهامة التي تساعد المشرع في أي مجال قانوني على حسن تنظيم الأحكام وفق النصوص قانونية سبق تطبيقها على أرض الواقع على مجتمعات تتميز بالخصوصية ذاتها، و هو ما يدفعنا إلى التعرف على كيفية تنظيم الأحكام الأسرية في قوانين الأسرة التي طبقت على الشعوب المجاورة لنا و التي تجمعنا و إياها الخصائص ذاتها،

و من هنا وقع اختيارنا على قوانين الدول المغاربية، التي قطعت شوطا كبيرا في تشريعاتها الأسرية، قبل أن يصدر قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>، و الحال ذاته بالنسبة للتعديلات التي شملته سنة 2005.

---

<sup>1</sup> الأمر رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ففي المملكة المغربية صدرت مدونة الأحوال الشخصية منذ سنة 1957 ، وعدلت سنة 1993 ، ثم صدرت مدونة الأسرة الجديدة سنة 2004 والمعمول بها حاليا، وفي الجمهورية التونسية صدرت مجلة الأحوال الشخصية التونسية سنة 1956 ، وخضعت موادها لعدة تعديلات كان آخرها سنة 2003، و في الجمهورية الموريتانية صدرت مدونة الأحوال الشخصية لسنة 2001،<sup>2</sup> أما في الشقيقة ليبيا فقد كان قانونها الأسري مصاحب لقانوننا في الجزائر فصدر سنة 1984<sup>3</sup>، و قد لحقه التعديل مرتين في عدة مواد<sup>4</sup>.

و سنتصب الدراسة في هذا المقام على مواضيع إنشاء الرابطة الزوجية و آثارها، و إنهاؤها و توابع إنهاؤها في قانون الأسرة الجزائري الذي سنتعمق في دراسته و تحليل نصوصه ثم التعرّيج على قوانين الأسرة المغاربية المحددة سابقا، للمقارنة فيما بينها مع بيان أوجه الاتفاق و الاختلاف بينها و بين قانون الأسرة الجزائري في كل المواضيع المحددة للدراسة.

و سنتابع دراستنا في هذا المقياس بتقسيم هذه المواضيع إلى عدة محاضرات حسب حجم و أهمية كل موضوع، وفق المخطط التالي:

المحور الأول: إنشاء الرابطة الزوجية في قوانين الأسرة المغاربية

المحاضرة الأولى: الخطبة ( مفهومها و طبيعتها القانونية)

المحاضرة الثانية: الخطبة (العدول عنها و أحكامه)

المحاضرة الثالثة: انعقاد الزواج (الأركان و الشروط)

المحاضرة الرابعة: توثيق عقد الزواج و تسجيله

المحاضرة الخامسة: آثار عقد الزواج (العقود المقترنة بالزواج)

---

<sup>22</sup> القانون رقم 052-2001 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 1004 بتاريخ 15 أوت 2001، ص 43.  
<sup>3</sup> القانون رقم 10 لسنة 1984، صادر بتاريخ 4 أبريل 1984، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6 لسنة 1984 ص 640.  
<sup>4</sup> القانون رقم 91/22 صادر بتاريخ 1 سبتمبر 1991، منشور بالجريدة الرسمية عدد 22 لسنة 1991، ص 739.  
القانون رقم 9 لسنة 1423 ميلادية، صادر بتاريخ 19 جانفي 1423 ميلادية منشور بالجريدة الرسمية عدد 5 لسنة 1423، ص 112.

المحاضرة السادسة: آثار عقد الزواج (الحقوق الزوجية)

المحاضرة السابعة: آثار عقد الزواج (النسب)

المحور الثاني: إنهاء الرابطة الزوجية في قوانين الأسرة المغربية

المحاضرة الثامنة: الطلاق بإرادة الزوج

المحاضرة التاسعة: التطلق بطلب الزوجة

المحاضرة العاشرة: أحكام الخلع

المحاضرة الحادية عشر: الآثار الناتجة عن إنهاء الرابطة الزوجية

المحاضرة الثانية عشر: أحكام الحضانة

## المحور الأول: إنشاء الرابطة الزوجية في قوانين الأسرة المغربية

### المحاضرة الأولى: الخطبة ( مفهومها و طبيعتها القانونية)

إن العلاقة الزوجية التي تربط الرجل بالمرأة إنما تبنى على أسس معنوية عمادها الألفة و حسن المعاشرة، و هذه المثل لا تأتي من فراغ، و إنما ينبغي التأسيس لها، و لهذا شرعت الخطبة كمرحلة تمهيدية للزواج، يمكن للخطيبين من خلالها تكوين قناعة مبدئية حول مقومات شخصية الطرف الآخر من خلال النسب و التدين و المال و الجمال، و هي مقومات أوصى بها رسولنا الكريم في اختيار النساء.

وقد دلت على مشروعية الخطبة أدلة شرعية كثيرة منها قوله تعالى: {وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَ لَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ}5.

و قوله صلى الله عليه و سلم: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"<sup>6</sup>، ما ثبت عنه و أصحابه الخلفاء الراشدين في شأن الخطبة أنهم كانوا يخطبون النساء، و أن الرسول عيه الصلاة و السلام، حث على إتباع الخلفاء الراشدين من بعده<sup>7</sup>.

و التعرف على المرحلة التمهيدية للزواج، المتمثلة في الخطبة ، يتطلب التطرق في مرحلة أولى لمفهومها في المطلب الأول، ثم التطرق لحق العدول عنها في المطلب الثاني.

### مفهوم الخطبة

سنتطرق إلى تعريف الخطبة من الناحية اللغوية و الاصطلاحية ، و من ثم، دراسة طبيعتها القانونية، و يدخل في حكمه اقتران الخطبة بالفتحة.

### أولاً: تعريف الخطبة

الخطبة لغة بكسر الخاء، و خطب المرأة خطبا، و خطبة<sup>8</sup> .

5 سورة البقرة، الآية 235.

6 سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني أبو داود، سنن أبي داود، دار الرسالة العلمية، بيروت، 1430-2009، ط1، كتاب النكاح، باب الرجل ينظر إلى المرأة يريد تزوجها، حديث رقم 2082.

7 محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر بيروت، ط2، 1412-1992، ص:534

قال الرازي في تعريف الخطبة: "حَطَبَ، الخطب: سبب الأمر، تقول ما خطبك؟ قلت: قال الأزهري: أي ما أمرك، وتقول: هذا حَطَبٌ جليل، وحَطَبٌ يسير، وجمعه: حُطُوبٌ".<sup>9</sup>

و هي في اصطلاح الفقهاء، "سؤال الرجل المرأة أمرا و شأنًا في نفسها"<sup>10</sup> و هي التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة<sup>11</sup>، و هي بذلك من مقدمات الزواج و تحتاج إلى صيغة يتم بها تطابق الإيجاب و القبول، و يشترط فيها أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية، و أن لا تكون مخطوبة للغير.

و يعتبرها فقهاء الشريعة الإسلامية تمهيدا للزواج و ليست عقدا، وهم متفقون على كونها وعد بالزواج، غير أنهم في الوقت ذاته مختلفون حول مدى إلزامية هذا الوعد، إذ يرى جانب منهم في الخطبة وعد لازم بالزواج، واجب الوفاء به، موافقة مع القواعد الشرعية التي تحت على الوفاء بالوعد و عدم النكول بها. ووجه الدلالة في هذا الرأي لقوله تعالى: "و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً". وقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا له تقولون ما لا تفعلون، كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون"<sup>12</sup>.

و سندهم من السنة قوله صلى الله عليه و سلم: "آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، و إذا أؤتمن خان"<sup>13</sup>.

أما الرأي المخالف فيصّب في خانة اعتبار الخطبة وعد غير ملزم، على اعتبار أن الخطبة هي مجرد اتفاق على الزواج في مرحلة لاحقة، وليست زواجا تبيح الاختلاط بينهما<sup>14</sup>. خاصة وأن الوعد بالتعاقد غير ملزم، و به أخذ معظم الفقهاء القدامى و المعاصرين<sup>15</sup>.

8 الفيروز آبادي، المعجم الوسيط، الجزء الأول، فصل الخاء، باب الباء، دون طبعة أو مطبعة، ص435.

9 محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ج1، دار الكتب العلمية بيروت، 1990، ص 108.

10 زين الدين بن محمد بن نجم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص....

11 مغني المحتاج، 166/3.

12 سورة الصف، الآيتان 2 و 3.

13 محمد ابن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، المجلد الأول، الجزء الأول، دار طوق النجاة، لبنان، ص 16.

14 جميل فخري محمد جاثم، مقدمات عقد الزواج، (الخطبة) في الفقه و القانون، طبعة 2009، دار الحامد، الأردن، ص 224.

15 الإمام مالك، و الشيخ أبو زهرة، و الأستاذ وهبة الزحيلي و غيرهم...

و الخطبة من الناحية القانونية هي: أن يطلب الرجل من المرأة الزواج منها، و يتم الوعد بذلك، وقد عرفتها قوانين الأسرة المغربية على أنها وعد بالزواج<sup>16</sup> و مواعدة به، و قد زاد المشرعان الموريتاني و الليبي على ذلك التعريف أنها طلب الزواج أو التزوج<sup>17</sup>، و اضاف المشرع الموريتاني حكاما خاصا لا نجده في بقية التشريعات الأسرة الأخرى يتعلق بجواز خطبة الرجل على خطبة غيره شرط أن ينعقد الزواج<sup>18</sup>.

### ثانيا: الطبيعة القانونية للخطبة

حدد قوانين الأسرة المغربية مفهوم الخطبة بالتركيز على طبيعتها القانونية و ذلك في مطلع المادة الخامسة من قانون الأسرة التي كيف فيها المشرع الخطبة على أنها: "الخطبة وعد بالزواج...". إذ تعتبر الخطبة مرحلة تمهيدية للزواج، و في هذا الصدد جاء قرار المحكمة العليا مطابقا لما ورد في المادة، إذ جاء فيه: " من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج..."<sup>19</sup>

فقد اعتبر المشرع الجزائري الخطبة وعدا بالزواج من جهة، و في الوقت ذاته ترك للطرفين حق العدول عنها، و هو ما يمكن القول معه بأن المشرع الجزائري كان متناقضا مع الأحكام القانونية المنظمة للوعد، خاصة ما جاءت به المادة 72 من القانون المدني التي نصت على أنه: " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافر، قام الحكم مقام العقد".

و في السياق ذاته نصت مدونة الأسرة المغربية في مادتها الخامسة على أن: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج.

16 الفقرة الأولى من المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري، الفقرة الأولى من المادة 5 من مدونة الأسرة المغربية، و المادة 3 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، و الفقرة أ من المادة 1 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

17 المادة الثالثة من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، و الفقرة أ من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

18 الفقرة الثانية من المادة الرابعة من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

19 قرار رقم 81129، صادر بتاريخ 17 مارس 1992، منشور بالمجلة القضائية، العدد 3 لسنة 1994، ص 62.

تحليلاً لهذا النص يرى أستاذنا الدكتور إدريس الفاخوري من المملكة المغربية ما يلي: " فالخطبة إذن من الناحية القانونية لا تعدوا أن تكون وسيلة لتعرف الخطيبين ببعضهما البعض، ولتحديد الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عقد الزواج. ونتيجة لذلك لا تتمتع الخطبة بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين معا ولو طال تراكبهما، أو كان الإيجاب والقبول فيها مكتوباً. فما دام عقد الزواج لم يكتب بشكله القانوني، اعتبر ما دون ذلك خطبة غير ملزمة قانوناً"<sup>20</sup>.

كما نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل الأول على ما يلي: " كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به"<sup>21</sup>، وفي هذا الإطار قررت محكمة التعقيب التونسية بأن الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية لم يترتب عن الخطبة زواجا ولا يقضى بأحكام الزواج فيما بين الخطيبين فكل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به..."<sup>22</sup>

يتضح من خلال سياق النص أن المشرع التونسي اعتبر الوعد والمواعدة في الخطبة غير ملزم، لأن هذا الوعد لا يعد زواجا.

يرى الدكتور حامد الجندلي من تونس في شرحه لهذا النص القانوني ما يلي: "فالمشرع قد نفى عن الوعد والمواعدة صفة الإلزام وأبقاهما في درجة الوعد المجرد قانوناً، وهو حسب مجلة الالتزامات والعقود، مجرد الوعد لا يترتب عنه التزام (فصل 18). في هذه المرحلة بالذات، يمكن الحديث عن تبني المشرع لنظرية معينة حول الطبيعة القانونية للخطبة، على اعتبار أنها تصرف قانوني غير ملزم..."<sup>23</sup>.

هذا وقد اعتبر المشرع الموريتاني أن الخطبة وعد بالزواج من خلال المادة الثالثة من مدونة الأحوال الشخصية، ليؤكد في المادة الرابعة أن الخطبة لا تترتب أي أثر قانوني.

<sup>20</sup> د/ إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، منشورات مجلة الحقوق، ج1، ط1، دار نشر المعرفة، الرباط 2016، ص99.

<sup>21</sup> مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بالأمر 13 أوت 1956 المعدل والمتمم.

<sup>22</sup> قرار تعقيبي مدني 26431 بتاريخ 2 جوان 1992. نزار كرمي، مجلة الأحوال الشخصية مائة بقرارات تعقيبية، ط1، الشركة التونسية للنشر، 2018، ص09.

<sup>23</sup> د/حامد الجندلي، قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011، ص112 و113.



وقد نص مشروع قانون الأحوال الشخصية الليبي في المادة الأولى فقرة- أ- الخطبة طلب التزوج والوعد به<sup>24</sup>.

وفي المجال التطبيقي قضت المحكمة العليا الليبية بأن الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست زواجا تترتب عليه آثار الزواج الذي لا يتم إلا بانعقاد العقد المعتد به شرعا، بل يظل كل من الخاطب والمخطوبة أجنبيا عن الآخر...<sup>25</sup>

### ثالثا: حكم اقتران الفاتحة بالخطبة

لم تتعرض كل التشريعات الأسرية المغاربية إلى موضوع اقتران الفاتحة بالخطبة رغم أن الأعراف التي تسود مغربنا العربي فرضت المسألة بقوة، كون هذه المجتمعات تعتمد على هذا الاقتران في عقود الزواج لدرجة اختلط فيها الأمر و المعنى، و أضحي من الضروري الفصل في المقصود من هذا الاقتران، بل و أن بعض هذه التشريعات اتجهت نحو حضر هذه الطريقة في الزواج، نظرا للمشاكل التي تطرحه المسألة (حينما لا يلجأ الطرفين لتوثيق العقد) تتعلق بإمكانية التنصل من هذا الزواج و بالتالي ضياع حقوق أفراد العلاقة الزوجية بما في ذلك الأولاد.

فبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع نص على تكييفين لاقتران الفاتحة بالخطبة، أحدهما لا يغير من مدلولها شيئا، و الثاني يجعل منها زواجا مكتمل الأركان و الشروط، و السبب في هذا الاختلاف في الحكم مرده أن المشرع لم يعطي مدلولاً للفاتحة، هل هي مجرد قراءة سورة الفاتحة، أم يتعدى ذلك إلى كونها عقد زواج، خاصة و أن الأمر يختلف من حيث الآثار القانونية والشرعية المترتبة في الحالتين.

إذ جاء نص المادة السادسة من قانون الأسرة كالتالي: "إن اقتران الخطبة بالفاتحة لا

يعد زواجا.

<sup>24</sup> قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10 لسنة 1984 المعدل والمتمم.

<sup>25</sup> المحكمة العليا الليبية، طعن شرعي، 2002/1/31، الطعن رقم 48/49ق، غير منشور، نقلا عن الدكتور الهادي علي زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، الجزء الأول الزواج وأحكامه، مؤسسة شرق دار البلد 2013، ص 104.

غير أن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

و من خلال استقراء الفقرتين نقول بأن العبرة في تكييف اقتران الخطبة بالفاتحة زواجا، هو اقترانه بها بمجلس العقد ما يعني توافر ركن الرضا و شروط الزواج من ولي و شهود و صداق و انتفاء للموانع الشرعية.

أما القانون المغربي وعلى ما يبدو قد فسر الفاتحة على أنها ليست عقدا في المادة الخامسة، من مدونة الأسرة، حيث اعتبرت الخطبة تواعد بالزواج، وأضافت عبارة "ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل للهدايا". من هنا فإن الواضح من النص أن المقصود من الفاتحة هو قراءة سورة الفاتحة وليست عقدا.

أما المشرع الليبي و الموريتاني فلم يأتي على ذكر مصطلح الفاتحة، و لم ينص على حالة اقترانها بالخطبة، و هو ما نجده كذلك عند المشرع التونسي و الذي حاسم المسألة منذ الفصل الأول من المجلة باعتبار الوعد بالزواج و المواعدة به لا يعد زواجا و لا يقضى به. و إن كان المشرع التونسي قد حسم المسألة بعدم الاعتراف بالزواج الشرعي المبرم وفق الأعراف المحلية "الفاتحة" أو مجلس العقد بالمصطلح الشرعي، بل و يمنع إثباته و يذهب إلى حد تجريمه لمخالفة الشروط الشكلية القانونية للزواج، نجد أن المشرعين المغربي و الموريتاني يعترفان بالزواج المخالف للإجراءات القانونية بشرط اللجوء إلى إثباته عن طريق القضاء، و هو ما يقودنا إلى القول بأن كل من المشرعين المغربي و الموريتاني يتفقان مع المشرع الجزائري في المسألة، غاية ما في الأمر أن المشرع الجزائري وضح المسألة منذ البداية بالتنصيص على حكيم للخطبة (مجرد الخطبة في مفهومها الشرعي و القانوني) و الخطبة التي تقترن بالفاتحة- بالمصطلح العرفي(التي تنصرف إلى مجلس العقد)، و في جميع الأحوال تحتاج الحالة الأخيرة إلى الإثبات القضائي عند التشريعات الثلاث.

## المحاضرة الثانية: الخطبة (العدول عنها و أحكامه)

سيتم فيه التطرق لمشروعية الخطبة، ثم حكم الضرر المترتب عن العدول عنها ، ثم الآثار الناتجة عن العدول عنها.

### أولاً: مشروعية العدول عن الخطبة

سبق و أن تبين بأن الخطبة مجرد وعد غير ملزم و ليست بعقد، الأمر الذي يجوز معه لطرفيها العدول عنها من دون أن يترتب عن هذا العدول أي أثر قانوني مادام استعمال حق العدول وفق ضوابطه الشرعية.

و العدول عن الخطبة ينصرف معناه إلى التحلل من الوعد الذي بين الطرفين بإبرام عقد الزواج في المستقبل، مادامت الخطبة وعدا متبادلا بين طرفين و مقدمة للزواج حتى لو اقترنت بفاتحة تم فيها تقديم الهدايا و دفع المهر.

و قد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>26</sup> على حق كل طرف في العدول عن الخطبة، لأنها غير ملزمة لهما، حتى و إن كان التراجع عن الوعد غير مستحب في الشريعة الإسلامية، و غير سوي من الجانب الأخلاقي إلا للضرورة، لقوله تعالى: { وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَ أُوفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا }<sup>27</sup>.

فإذا كان سبب عدول الخاطب عن مخطوبته هو عدم اقتناعه بها، كان له ذلك بلا أدنى حرج أو تردد، و للمخطوبة أم وليها الحق نفسه، وفق ما ثبت عن ابن قدامة أنه قال: "و لا يكره للولي الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك... و لا يكره لها أيضا الرجوع في حظها، و ان رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من إخلاف الوعد و الرجوع عن القول، و لم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمها<sup>28</sup>.

و على الصعيد القانوني، فقد أجمعت قوانين الأسرة المغاربية على منح حق العدول عن الخطبة لطرفيها، إذ تجد مسألة العدول عن الخطبة سندا لها في الفقرة الثانية من المادة

<sup>26</sup> المنتقى شرح الموطأ مالك: 6/5، 7، المغني: 335/9، نهاية المحتاج: 195/6، كشاف القناع: 23/5.

<sup>27</sup> سورة الإسراء، الآية 34.

<sup>28</sup> المغني: 335/9.

الخامسة من قانون الأسرة. و هو ما أكدت عليه التطبيقات القضائية للمحكمة العليا، جاء في أحدها: " الخطبة هي وعد بالزواج، و لكل من الطرفين العدول عنها"<sup>29</sup>.

و قد نص المشرع المغربي على حق العدول عن الخطبة في الفصل و الموريتاني في المادة الرابعة، والليبي في الفقرة ب من المادة الأولى، أما المشرع التونسي فلم ينص صراحة على حق العدول و إنما أشار إليه سياق تنصيبه على استرداد الهدايا في الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية.

### ثانيا: حكم الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة

إن تقرير التعويض في العدول عن الخطبة مستمد من القاعدة الشرعية "لا ضرر و لا ضرار و الضرر يزال".

أما القول الثاني، فيمثله معظم علماء الشريعة الإسلامية المتأخرين، مفاده وجوب التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، في حال ثبوت الضرر بغض النظر عما إذا كان ماديا أم معنويا، كون أن العدول عن الخطبة و إن كان مشروعا لكلا الطرفين، إلا أن هذا الحق مشروط بعدم إلحاق الضرر بالآخرين، لأن الحق في الإسلام مقيد و ليس مطلق، فإذا أصاب غيره ضرر بسبب عدوله حكم عليه بالتعويض<sup>30</sup>.

و الضرر قسمان:

ضرر ينشأ عن مجرد ممارسة حق العدول، و لا يكون للطرفين دخل فيه، و هذا النوع لا يوجب التعويض.

و ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير العدول عن الخطبة، و تسبب في إلحاق ضرر بالطرف الآخر و هذا النوع يوجب التعويض<sup>31</sup>.

و هنا تجب الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتطرقوا إلى المسألة وفق نظرية التعسف في استعمال الحق أو قواعد المسؤولية التقصيرية بالشكل الذي ينظمه

<sup>29</sup> قرار في الملف رقم 81129، صادر بتاريخ 17/03/1992، منشور بالمجلة القضائية العدد 3 لسنة 1994، ص 62.

<sup>30</sup> عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، عمان، الأردن، 2007، ص 52.

<sup>31</sup> إدريس الفاخوري، الزواج و الطلاق في مدونة الأحوال الشخصية المغربية، طبعة 1993، دار النشر الجسور، وجدة، المملكة المغربية، ص

القانون، و إنما كان تعاملهم مع النوازل الخاصة بهذا الشأن عن طريق التفصيل في المسألة و التدقيق فيها مركزين على تطبيق مبدأ الشريعة الإسلامية المتعلق بعدم الإضرار، و من ثم رفعه إن أمكن، و ذلك بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه<sup>32</sup>.

و في مرحلة لاحقة نجد آراء لعلماء الشريعة الإسلامية انتهجوا فيها نهج تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في العدول عن الخطبة، مختلفين فيما بينهم حول وجوب التعويض من عدمه، و نوع الضرر الذي يجب التعويض عنه.

فهناك جانب من العلماء يقولون بالأ تعويض إطلاقاً في حالة العدول عن الخطبة على أساس أن الخطبة ليست بعقد و أن الأحكام الشرعية تجيز لكلا الطرفين العدول عنها، و القول بالتعويض عند العدول عن الخطبة مع جواز العدول عنها، فيه إكراه ضمني على الطرف العادل لإتمام عقد الزواج الذي يقوم أساساً على مبدأ الرضا بالزواج.

إضافة إلى أن القول بالتعويض في العدول عن الخطبة يوجب إبراز المبررات و الأسباب التي دعت على العدول عن الخطبة و تقدير حجم الضرر لتحديد التعويض الملائم، و في ذلك كشف لأسرار العائلات و هتك لحرمة البيوت أمام المحاكم.

أما الجانب الثاني من علماء الشريعة الإسلامية فيقولون بوجوب التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة مختلفين في ذلك إلى قولين:

أحدهما للشيخ محمد أو زهرة والدكتور عبد الرزاق السنهوري بأن الضرر الموجب للتعويض هو الضرر المادي الثابت دون المعنوي، كون أن تقدير الضرر المادي يكون أسهل و أظهر، و لأن الأضرار المعنوية غالباً ما تكون نتيجة الاغترار لا التغيرير<sup>33</sup>.

و من الناحية القانونية، اتفقت معظم قوانين الأسرة المغاربية على تقرير التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة بدأ بالمشروع الجزائري الذي نص في الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

<sup>32</sup> عيبر ربيحي شاكرا القديومي، المرجع السابق، ص63

<sup>33</sup> محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، 1971، ص 35.

فهذه الفقرة جاءت لتقرر الحق في طلب التعويض عن الضرر، اللاحق عن ممارسة حق العدول عن الخطبة، فإذا تجاوز أحد الطرفين هذا الحق أو مارس التعسف في استعماله، و نتج عن هذا التعسف أو التجاوز ضرر للآخر، جاز للمتضرر رفع دعوى التعويض عن الضرر اللاحق عن العدول عن الخطبة، و يمكن للقاضي الحكم بالتعويض متى تأكد من ادعاء المدعي الذي يكون عليه إثبات الضرر من جهة، و إثبات العلاقة السببية بين العدول عن الخطبة والضرر الذي لحق به من جهة ثانية.

أما بخصوص الضرر الذي يمكن معه الحكم بالتعويض، فإن الملاحظ من خلال نص المادة أن المشرع جمع نوعين من الضرر المادي و المعنوي، مما يمكن معه القول بأن جميع الدعاوى المتعلقة بالعدول عن الخطبة يستجيب فيها القاضي لطلب التعويض، خاصة و أن العدول في حد ذاته لا يخلو من إحداث ضرر معنوي للطرف الآخر و لو على سبيل الخدش في المشاعر، و قد لا يحتاج إلى إثبات. أما الضرر المادي فإنه واجب الإثبات.

من خلال ما نصت عليه المادة الخامسة، يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يحدد بدقة الطرف الذي يقع عليه عبئ التعويض عن الضرر المترتب عن ممارسة حق العدول عن الخطبة، هل بالضرورة هو العادل؟ خاصة و أن المسألة كما سبق و أشرنا تحتاج إلى إثبات.

إن القراءة السطحية للمادة تظهر بأن العادل هو المطالب بالتعويض في حال اقترن عدوله بالتعسف، أما الصحيح فهو أن المطالب بالتعويض عن الضرر لا يكون حتما العادل و إنما كان ينبغي تقرير التعويض على المتسبب في العدول كائنا من كان<sup>34</sup>، و هو ما تظن إليه المشرع الليبي من خلال الفقرة د من المادة 1 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

فقد يكون العادل مدفوعا إلى العدول دون أن يكون راغبا فيه، كأن يمارس عليه الطرف الآخر ضغوطات أو أفعالا بقصد دفعه إلى العدول، حتى لا يتقرر العدول في حقه هو، و هو نوع من التحايل كان على المشرع الجزائري التفطن إليه، و التنصيص على هذه

34 محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت لبنان، ص 89.

الحالة، و يكون على القاضي التأكد من ذلك بالتركيز على الأسباب التي دفعت العادل إلى عدوله، فإن تبين له تدخل الطرف الآخر في ذلك، يمكن أن يحكم للعادل بالتعويض إذا كان متضررا منه.

أما مدونة الأسرة المغربية فقد تضمنت حكما جديدا في هذا المجال، حيث نصت المادة السابعة على ما يلي:

" مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض.

غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

وبالتالي فإن العدول المجرد لا يمكن التعويض عنه ولو حصل فيه ضرر، فالتعويض المنصوص عليه إنما يكون في حالة ما إذا صاحب العدول أفعال أو أقوال كان لها سبب رئيس في الضرر الحاصل، وحسنا فعل المشرع المغربي حيث بنا وبوضوح مسألة التعويضات على المتسبب بخطئه الشخصي.

و لم يتطرق المشرع التونسي و لا الموريتاني على ترتب الضرر جراء العدول عن الخطبة،

### ثالثا: آثار العدول عن الخطبة

و ستم فيه دراسة الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة من نواحي محددة هي:

#### أ: أثر العدول عن الخطبة على الهدايا

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة، فيرى الأحناف بأنها تأخذ حكم الهبة، و الرجوع فيها متى كان الموهوب قائما، فإن هلك لا رجوع فيها.

فيما يرى الشافعية أن للخطاب الحق في استرجاع كل ما قدمه من هدايا، فإن كانت قائمة استردها، و إن كانت هالكة استرد قيمتها. و يستوي في هذين الرأيين أن يكون العدول من الخطب أو من المخطوبة.

أما المالكية فقد اتجهوا إلى اعتبار حالات تفصيلية للمسألة على النحو التالي:

- إذا كان العدول من جهة الخاطب، لا يسترد شيئاً.
  - إذا كان العدول من جهة المخطوبة، فيسترد الخاطب كل الهدايا قائمة أو قيمتها<sup>35</sup>.
- أما الحنابلة فلا يجيزون استرداد الهدايا، لأنها تأخذ حكم الهبة، و الهبة عندهم لا رجوع فيها.

نظم المشرع الجزائري حكم الهدايا في العدول عن الخطبة بمقتضى الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون الأسرة على النحو التالي: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه، و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

و إن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

وهو ما تبنته المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها جاء في أحدها: "من المقرر أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إذا كان العدول منه.

ومتى تبين من قضية الحال ان الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف و القاضي برفض إتمام الزواج و إلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه من هدايا و حلي و نقود و اعتبارها صداقاً دون الرد على دفع الطاعنة أخطئوا في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب"<sup>36</sup>.

ما يلاحظ على نص المادة في هذا المجال، هو تأثير المشرع الجزائري برأي المالكية في مسألة رد الهدايا، في مطلع الفقرة، غير أنه ما لبث وأن عدل عن هذا الرأي إلى رأي الحنفية حينما قرر عدم رد الهدايا المستهلكة. وهو ما يثير الإستغراب، إذ يعد هذا العدول الجزئي في الرأي مخلاً بالحكمة من تقرير هذا الرأي أو ذاك، فلا هو أخذ برأي المالكية، و لا هو تبنى رأي الحنفية، و هو ما لا يستقيم.

<sup>35</sup> سالم عبد الغني الراجعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، الطبعة الأولى 2002، دار حازم، بيروت، لبنان، ص 222.

<sup>36</sup> قرار في الملف رقم 219313 صادر بتاريخ 16/03/1999، منشور بالمجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 39.



كما أن من شأن تقرير عدم رد الهدايا المستهلكة، مما يستفاد من قراءة الفقرة أعلاه، أن يفتح باب التحايل في هذا المجال، فيمكن لهذا أن يدفع المخطوبة مثلا إلى استهلاك الهدية التي قدمها لها الخاطب و التصرف فيها باي شكل من الأشكال، ثم تعدل عن الخطبة، خاصة وأن النص لا يلزمها برد الهدية المستهلكة. لذلك ندعو المشرع الجزائري إلى إعادة النظر في صياغة الفقرة، و الأخذ برأي المذهب المالكي على إطلاقه لأنه رأي وجيه، يحمل العادل عن الخطبة، قدرا من المسؤولية في رد الهدايا التي قدمت له<sup>37</sup>.

هذا و لم يبين المشرع الجزائري مصير الهدايا في حالة وفاة أحد الطرفين و كذا في حال و جود إتفاق بين الخطيبين على العدول عن الخطبة، والرأي فيما أعتقد أن حالة الوفاة لا استرداد فيها للهدايا، لأن الاسترداد إنما قرر في حالة العدول مما يسبب بفعله ضررا للطرف الآخر، وهو ما لا يتوفر في حالة الوفاة، فهي حكم الله سبحانه و تعالى و قدره، ولا يسأل المتوفى عن تقصير أو تعسف في استعمال الحق.

أما الحالة الثانية، والمتمثلة في حالة العدول بالإتفاق، فإن المسألة تخضع على إطلاقها للإتفاق، أي أن الهدايا يطبق عليها ما اتفق عليه بين الطرفين، فغن اتفقا على استرداد الهدايا، كان لهما ذلك، و إذا اتفقا على عدم استردادها فلهما ذلك.

أما في مدونة الأسرة المغربية، فقد أخذت على ما يبدو برأي المالكية، حيث نص في المادة الثامنة على ما يلي: "كل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله.

ترد الهدايا بعينها ، أو بقيمتها حسب الأحوال".

ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يعالج لم ينص على حالة العدول باتفاق الطرفين شأنه شأن المشرع التونسي في الفصل الأول فقرة 2، الذي اكتفى بالتنصيص على استرداد كل واحد لهداياه بشرط ألا يكون العدول منه، وزاد على المشرعين المغربي و الجزائري عبارة "أو

---

37 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، 1429 هـ \_2008م دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 42.

وجد شرط خاص"، إذ بمقتضى وجود الشرط لا يتمسك القاضي بحرفية النص فيما يتعلق باسترداد الهدايا لفائدة المعدول عنه دون العادل. و قد جاءت الفقرة كما يلي:

" لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن المعدول من قبله أو وجد شرط خاص".

و قد تطرق المشرع الليبي للمسألة من خلال الفقرة ج من المادة 1 من قانون الأحوال الشخصية الليبي على النحو التالي: "ج- فإذا كان المعدول لمقتضى، له أن يسترد ما أهدها للآخر عينا أو قيمة يوم القبض ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك." مشترطا لاسترداد الهدايا أن يكون المعدول مبررا.

فالمشرع الليبي و إن كان يتفق مع نظيره التونسي بأن حكم استرداد الهدايا يمكن مخالفته في حالة وجود شرط أو عرف يقضي بخلاف ذلك- هو ما لم يتطرق إليه المشرعين الجزائري و المغربي- إلا أنهما يختلفان في شرط استرداد الهدايا، ففي الوقت الذي يشترط فيه المشرع التونسي ألا يكون المعدول ممن يطلب استرداد هداياه، يشترط المشرع الليبي أن يكون المعدول بمقتضى أي أن يكون مبررا.

و خلافا لقوانين الأسرة المغاربية لم يتطرق المشرع الموريتاني لمسألة الهدايا من أصله، تاركا المسألة للإحالة على المادة 311، التي تحيل على مشهور المذهب المالكي.

### **ب: أثر العدول عن الخطبة على الصداق:**

الصداق شرط من شروط صحة الزواج، و قد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر، و الأصل في الصداق، أنه يمنح بمناسبة عقد الزواج، غير أن العرف دأب على أن يعطى الصداق في فترة الخطوبة طالت مدتها أو قصرت، لتتمكن المخطوبة من تجهيز نفسها للزواج، إذن فقد يسبق منح الصداق إبرام الزواج بفترة معتبرة. قد يحدث خلالها كثير من الأمور تؤدي إلى تغيير الظروف التي كانت قائمة أثناء منح الصداق، بل و قد تصل إلى حد عدول أحد أطراف الخطبة عن الخطبة، الأمر الذي يثير التساؤل حول مصير المهر في هذه الحالة، خاصة وأن المشرع لم يتعرض لهذه الحالة.

فالتبيعة القانونية للخطبة، تعتبرها مجرد وعد بالزواج، لذلك فإن الحديث عن الصداق في هذه المرحلة التمهيدية يكون مبكرا ، فما بلك بمنحه، لذلك فإن المسألة تقتضي أن يسترد الخاطب الصداق الذي منحه للمخطوبة عينا إن وجد، و قيمة ما استهلك منه، و ذلك بغض النظر عن من هو العادل أو أسباب العدول ومن المتسبب فيه<sup>38</sup>، لأن الصداق لا علاقة له بالخطبة، و إنما منح للمخطوبة بغرض إتمام الزواج، و ما دام الغرض قد انتفى، فإنه لا مجال لاستحقاق المخطوبة للصداق، و تطبق هذه القاعدة على حالة وفاة أحد طرفي الخطبة قبل إبرام الزواج.

أما إذا كنا بصدد مجلس العقد (الزواج العرفي)، فإن المسألة تختلف عن سابقتها، إذ أن الأمر يتعلق بالطلاق قبل الدخول، فتتطبق عليها المادة 16 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

وما يؤخذ على نص المشرع هو عدم التفرقة بين ما إذا كان طلب الطلاق من طرف الزوج أو من طرف الزوجة، لأن هذه المساواة في الحكم يمكن أن تكون سببا في التحايل من قبل الزوجة، إذ أنها تبادر إلى رفع دعوى الطلاق قبل الدخول بعد أن تقبض الصداق، لعلمها بأحقيتها في نصفه عند الطلاق قبل الدخول، فيجتمع على الزوج ضرران ضرر الطلاق و ضرر خسارته لنصف الصداق. و لقد تفتنت المحكمة العليا لهذا الأمر حينما قررت أنه: "من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من الهدايا و غيرها، و لا تستحق نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول".

و لما ثبت في قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج ومن دون مبرر شرعي أو قانوني فإنه لا يمكن في هذه الحالة تحميل المطعون ضده الخسائر و الأضرار المترتبة عن ذلك، و إن دفع الطاعنة المتعلق بأحقيتها في نصف الصداق إنما

---

<sup>38</sup> العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2012-2013، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ص 129.

يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج. مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم و يتوجب رفض الطعن"<sup>39</sup>.

وأما مدونة الأسرة المغربية فقد تضمنت حكما جديدا في الموضوع في المادة التاسعة ، حيث جاء النص عليها كما يلي:

" إذا قدم الخاطب الصداق أو جزء منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه.

إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز ، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه".

#### **ج: الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة**

نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض". يتضح من خلال هذه الفقرة أن قانون الأسرة الجزائري رتب الحق في طلب التعويض عن الضرر لمجرد العدول كما هو واضح من صياغة النص. فمن جهة كرس للخاطب الحق في العدول عن الخطبة. وفي المقابل يطالبه بالتعويض عما يترتب على العدول من نتائج.

والقاعدة أنه ما دام هذا العدول مكرس بمقتضى القانون فلا التزام فيه ولا يرتب شيئا، لأن الطرف الذي مارس حق العدول عن الخطبة في الحقيقة لم يستعمل سوى حقه المقرر قانونا. والآراء الفقهية في هذا الموضوع متعددة<sup>40</sup>.

وأما نص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري فإنها على ما يبدو، كرست مبدأ الحق في طلب التعويض شريطة حصول الضرر، وتركت المسألة تقديرية للقاضي يقررها حسب الإثباتات المقدمة من خلال الوقائع.

<sup>39</sup> قرار في الملف رقم 92714 صادر بتاريخ 1993/07/13، منشور بالمجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1995، ص 128.

<sup>40</sup> د/ ادريس الفاخوري ، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية ، دار النشر الجسور المملكة المغربية 1993، ص 31-34.

-/ العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 68 وما بعدها.

يرى الدكتور بن شويخ رشيد في تعليقه على هذا الموضوع ما يلي: وفي الحقيقة، فإن أي عدول عن الخطبة لابد أن يصاحبه ضرر ما، ولو من باب الخدش في الشعور. إلا أن هذا الضرر في اعتقادي لا يمكن التعويض عنه، لأنه يعد من الأضرار المألوفة في هذا المجال، ولأن كل طرف يعلم مسبقاً بأن حق العدول مقرر لكليهما<sup>41</sup>. و بالرجوع إلى مدونة الأسرة المغربية نجدها تنص على حكم لا يختلف عما جاء به المشرع الجزائري، حيث جاء في المادة السابعة منها ما يلي: " مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض.

غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

جاء في الدليل العملي لمدونة الأسرة المغربية ما يلي: "التراجع عن الخطبة حق لكل واحد من الخطيبين، فلا يترتب عن ممارسته تعويض ولا تتحقق صفة التعسف فيه وإن لم يكن له مبرر ظاهر، لأن الرضا بالزواج أمر شخصي يرجع ما يرغب فيه أو عنه إلى المقدم عليه وحده، ولا يخضع للقواعد العامة المتعلقة باستعمال الحق.

نعم إذا صدر من أحد الطرفين فعل أو تصرف ألحق ضرراً بالطرف الآخر ثم اختار التراجع عن الخطبة، أمكن للمتضرر مطالبته بالتعويض طبقاً للقواعد العامة مثل أن يحمل الخطيب خطيئته على الانقطاع عن الدراسة أو الاستقالة من الوظيفة ثم يفسخ الخطبة دون سبب أو أن تحمل الخطيبة خطيئتها على تغيير مهنته أو إنفاق مصاريف لكراء أو تأثيث محل، ثم تتراجع دون أي سبب عن الخطبة"<sup>42</sup>.

يتضح من خلال ما سبق بأن العدول المجرى لا يمكن التعويض عنه ولو حصل فيه ضرر، وحسنا فعل المشرع المغربي حيث رتب وبوضوح مسألة التعويضات على المتسبب بخطئه الشخصي في إشارة واضحة لعنصر الخطأ باعتباره أساس المسؤولية، وقد يصل

---

<sup>41</sup> د/ بن شويخ الرشيد، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب بالبلدية، السنة الجامعية: 2002-2003، ص188.

<sup>42</sup> الدليل العملي لمدونة الأسرة، منشورات وزارة العدل، المملكة المغربية، جمعية نشر المعلومة القانونية، سلسلة الشروح والدلائل، الطبعة الثانية لسنة 2006، العدد 01 لسنة 2004، ص20.

هذا الخطأ إلى حد التعسف في استعمال الحق في إشارة إلى كلمة العدول دون سبب بعد أن أدخل الطرف الآخر في وضع معين.

أما المشرعان التونسي و الموريتاني فلم ينصا على التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، و لم يذكرنا احتمال ترتب الضرر جزاء العدول، رغم ذلك فإنه مطبق من قبل القضاء التونسي، حيث جاء في قرار لمحكمة التعقيب ما يلي: الوعد بالزواج وإن كان غير ملزم بإتمامه، لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم إساءة استعماله، وإساءة استعماله تمكن من المطالبة بجبر الضرر على قاعدة الجنحة المدنية لا من الغرم الناتج عن عدم الوفاء بالالتزام<sup>43</sup>.

واضح أن القضاء التونسي قد طبق قواعد المسؤولية التقصيرية بالإشارة إلى مسألة التعسف في العدول، ضمن سياق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

وفي هذا السياق ترى الأستاذة فاطمة الزهراء بن محمود ما يلي: .... لكن الخطبة تصرف خطير والعدول عنها تنتج عنها أضرار اجتماعية ومالية، لذلك وجدت محكمة التعقيب في نظرية عدم جواز التعسف في استعمال الحقوق التي تبناها التشريع التونسي سندا لإقرار إمكانية المطالبة بجبر الضررين المادي والمعنوي الناجمين عن النكول عن الخطبة<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 1556 بتاريخ 03 مارس 1959. عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية محينة ومثارة بفقهاء القضاء، تونس 2013، ص11، مع التنبيه إلى أن القرارات الموالية من القضاء التونسي مأخوذة منه.

<sup>44</sup> فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، قراءة في فقه القضاء، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص 2015، ص33 .

## المحاضرة الثالثة: انعقاد الزواج (الأركان و الشروط)

قام الزواج في العصور الأولى على الرضا المتبادل بين الزوجين، ثم صار في ظل الشرائع السماوية يحظى بشروط تحرص على قيامه صحيحا، و قد كانت الشريعة الإسلامية الأدق في تحديد أركان و شروط عقد الزواج تحديدا دقيقا نافيا للجهالة، لرفع الزواج عن كل ما من شأنه أن يفسده أو يؤدي إلى إبطاله.

وقد اهتمت الشريعة الإسلامية و كذا قوانين الأسرة المغاربية تعريف الزواج<sup>45</sup> وتحديد أركانه و شروطه، حرصا منها على إظهارها لأهميته في حياة الأسر و المجتمعات المسلمة . منه سأنترق لأركان الزواج و شروطه

### أولا: أركان الزواج

هناك اختلاف بين الشريعة الإسلامية و قوانين الأسرة المغاربية بشأن تحديد أركان الزواج و شروطه، بل و هنا اختلاف بهذا الشأن حتى بين المذاهب الفقهية، و لذلك نجد أن قوانين الأسرة المغاربية اختلفت فيما بينها في تحديد أركانه و شروطه، فاعتبر المشرع الجزائري و المغربي و التونسي و الليبي الرضا ركنا أساسيا في الزواج على اعتبار أنه النقطة المتفق فيها بين المذاهب الفقهية، و جعلت الضوابط المختلف فيها شروطا<sup>46</sup> ، فيما حدد المشرع الموريتاني أركانه في الزوجين و الولي و الصداق و الصيغة.<sup>47</sup>

### أ: ركن الرضا بالزواج

يشكل ركن الرضا قوام عقد الزواج، فلا ينعقد صحيحا إلا برضا طرفيه رضاء كاملا لا إكراه فيه. وقد اعتنت بعنصر الرضا كل التشريعات المغاربية، حيث اعتبرته ركنا

45 المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري، المادة الرابعة من مدونة الأسرة المغربية و المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

46- الرشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليلة، السنة الجامعية: 2001-2002، ص 197.

حيث قررت المحكمة العليا الجزائرية في قراراتها بأنه لا وجود للزواج بدون رضا.

- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في الملف رقم 249128 صادر بتاريخ 2000/07/18، منشور بالمجلة

القضائية عدد 2، لسنة 2003، ص 267.

47 المادة 5 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

أساسيا في العقد، فجعله كل من المشرعين الجزائري و المغربي ركنا وحيدا في عقد الزواج، بل و أدرجه المشرع المغربي ضمن تعريف الزواج الذي صار "ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة..."<sup>48</sup>، وعلى نفس النهج سار مشرع قانون الأسرة الجزائري في تعريف الزواج<sup>49</sup>.

ولا تكفي أن توجد الإرادة وأن تتجه إلى إحداث أثر قانوني وأن يعبر عنها في العالم الخارجي، كما يشترط أن يكون التراضي صحيحا و خاليا من عيوبه.

### **1: التعبير عن الرضا بالزواج**

التعبير عن الإرادة هو مظهرها الخارجي، ويتم ذلك بإتباع إحدى سبل التعبير عن الإرادة بالكلام أو بالكتابة أو الإشارة صراحة أو ضمنا.

و قد نص المشرع الجزائري على تبادل الرضا بالزواج في المادة 9 من قانون الأسرة، و المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية، و الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية الليبي، فيما عبر عنه المشرع الموريتاني بالصيغة في المادة 5 من المدونة، آخذة هذه التشريعات أحكام الرضا بالزواج من أحكام الشريعة الإسلامية، منها من فصلت في المسألة و منها من اقتصرت على الأحكام العامة في الموضوع، كما سيتم بيانه.

و التعبير عن الرضا بالزواج يكون بتبادل الإيجاب والقبول، وذلك باستعمال عبارات تدل عليه، تعد صيغة للتعاقد.

### **- الإيجاب والقبول**

نص المشرع الجزائري على الإيجاب و القبول من خلال الفقرة الأولى من المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري، و المغربي في المادة 10 من مدونة الأسرة ، و الموريتاني في الفقرة الأولى من المادة 26 من مدونة الأحوال الشخصية، و الليبي في الفقرة أ من المادة

<sup>48</sup>- راجع المادة 4 من مدونة الأسرة.

<sup>49</sup>- المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري.



11 من قانون الأحوال الشخصية الليبي مبينا شروطه في الفقرة الموالية، فيما لم يفصل المشرع التونسي في المسألة.

الإيجاب: "الإيجاب هو تعبير لازم بات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه رغبته في إبرام عقد معين بقصد الحصول على قبول هذا الأخير، فإذا حصل عليه انعقد العقد،

القبول: "هو تعبير بات عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب، ويترتب عليه، إذا تطابق مع الإيجاب، أن ينعقد العقد. وبعبارة أخرى إن القبول هو التعبير الثاني الذي يتكون العقد من اقترانه بالتعبير الأول وهو الإيجاب.

و للإيجاب والقبول صيغة يصدران بها وتنتج آثارها إذا وردت صريحة، بأن تكون شفاهة أو كتابة أو إشارة متداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في اتجاه النية لإبرام عقد الزواج، و هو ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري، و المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية، و المشرع الموريتاني في الفقرة الأولى من المادة 26 من مدونة الأحوال الشخصية، و كذا الفقرتين أ و ب من المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

ويجوز في الإيجاب إذا كان عن طريق الكلام أو الكتابة أن يصدر بصيغة المضارع وأن يصدر القبول بصيغة الماضي، شريطة وجود قرينة تدل على إرادة المتعاقدين في إنشاء عقد الزواج في الحال على أن لا تتم هذه الصيغة بالوعد بالزواج، والقرينة المقصودة هنا قد تتمثل في دعوة بعض الأشخاص لحضور مجلس العقد.

كما يجوز أيضا أن يكون الإيجاب والقبول إحداهما بصيغة الأمر والآخر بصيغة الماضي، كأن يقول الرجل الراغب بالزواج "زوجيني نفسك" وتقول المرأة "زوجتك نفسي" أو "تزوجتك" أو "قبلت الزواج منك".

كما يشترط في الصيغة التي يصدر بها الإيجاب والقبول أن تكون منجزة<sup>50</sup>، إذ يجب أن تصدر الصيغة بألفاظ تنشئ العقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول، فلا يجوز صدور

50 المادة 11 من مدونة الأسرة المغربية.

الصيغة معلقة على شرط مستقبل كأن يقول الرجل "تزوجتك إذا غيرت مكان إقامتك" وتقول هي "تزوجتك"، كما لا يصح أن ترد الصيغة مضافة إلى زمان كقول الرجل للمرأة "تزوجتك بعد أسبوع" وتقول هي "قبلت زواجك بعد أسبوع"، فالعقد لا يمكن أن ينعقد بهذه الصيغة لأن صيغة عقد الزواج على خلاف العقود المدنية الأخرى لا بد أن تكون مطلقة غير مقيدة حتى ينعقد العقد<sup>51</sup>.

هذه الصيغة ينعقد بها الزواج في حالة اتحاد مجلس العقد، أي في حالة التعاقد بين حاضرين في مجلس عقد واحد وقادرين على الكلام، فبالنسبة لهذه الحالة لا يكون التعاقد إلا بالصيغة اللفظية المتمثلة في الكلام، أما في حالة عجز أحد المتعاقدين أو كلاهما على الكلام فإنه يصح منهما الإيجاب والقبول طبقاً للفقرة الثانية من المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو شرعاً، كالكتابة والإشارة المعلومة.

على أنه لا يصح العقد بالإشارة ممن يحسن الكتابة، لأن الكتابة أبين في الدلالة، فإنه من يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى<sup>52</sup>، وهو ما يتطابق مع ما نص عليه المشرع المغربي في الفقرة الثانية من المادة 10 من المدونة، والمشرع الليبي في الفقرة ج من المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

والصادر منه الإيجاب أو القبول بالإشارة يصح رضاه إذا كانت الإشارة مفهومة أو متداولة عرفاً، وإذا كان الشخص من ذوي العاهتين، كأن يكون أصماً أبكماً أو أصماً أعماً أو أبكماً أعماً وتعذر عليه التعبير عن إرادته في الزواج، وهو ما جاء في نص الفقرة ج من المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية الليبي، و الفقرة الثانية من المادة 24 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

أخيراً فيما يخص وسائل التعبير عن الإرادة في الزواج، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية توسعوا في المسألة إلى درجة اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة في الزواج،

<sup>51</sup>- ممدوح عزمي، الزواج العرفي، دون ذكر الطبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 21.

<sup>52</sup>- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 191.

وهي قاعدة مستثناة من الأصل، لأن القاعدة العامة عندهم أنه: "لا ينسب لساكت قولاً"، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان.<sup>53</sup> فالفقهاء اعتبروا استثناء سكوت البكر -دون الثيب- أثناء توجيه الإيجاب إليها بمثابة قبول ضمني، لقوله عليه الصلاة والسلام: "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صممتها".<sup>54</sup>

### -انعقاد الزواج بتطابق الإرادتين

عقد الزواج من العقود الرضائية، فالرضا هو المكون لعقد الزواج، يتم بالإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، فلا بد من أن يبدأ أحد الطرفين بالإيجاب، ثم لا بد من أن يقترن به قبول من الطرف الآخر، وأن يتطابق معه، ولتطابق الإرادتين شروط عديدة تتمثل في:

أولاً: اتحاد مجلس العقد<sup>55</sup>

ثانياً: موافقة القبول للإيجاب<sup>56</sup>

ثالثاً: عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول

رابعاً: سماع كل من العاقدين كلام الآخر وفهم المراد منه<sup>57</sup>

## 2: صحة الرضا بالزواج

من المسلم به فقها وقانوناً أن رضا الرجل والمرأة أول ما يتأسس به عقد الزواج الذي من أهدافه إنشاء أسرة مستقرة على أسس من المودة والرحمة، خاصة وأنه ينبثق عنه مجموعة من الآثار غاية في الأهمية. وما دامت هذه الآثار مشتركة بينهما فإن العلاقة الزوجية التي تجمعهما لا بد أن تكون من البداية مبنية على أسس متينة تتمثل أساساً باقتناع كل منهما بالآخر ورضاه به رضاه سليماً.

<sup>53</sup>- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 192.

<sup>54</sup>- صحيح مسلم، شرح النووي، الجزء الثاني، كتاب النكاح، الطبعة الأولى، 1929/1371، دار إحياء التراث العربي، بيروت، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، حديث رقم 1461، ص 103.

<sup>55</sup> والبند 3 من الفقرة د من المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

<sup>56</sup> البند الثاني من المادة 11 من مدونة الأسرة المغربية، البند 2 من الفقرة د من المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

<sup>57</sup> البند 4 من الفقرة د من المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

حتى يتوافر الرضا بالعقد، لا بد أن توجد إرادة صحيحة في كل من طرفيه، والإرادة يقصد بها أن يكون الشخص مدركا لما هو مقدم عليه ويكون صالحا لصدور الرضا منه، فلكي يكون الرضا بالزواج سليما لا بد من

### - خلو الطرفين من الموانع الشرعية

نص التشريع السماوي والتشريعات الوضعية على الحرمة بين الرجل والمرأة لقوله تعالى في الذكر الحكيم: " **حرمة عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم الآتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم التي هي محبوركم من نسائكم التي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أحسابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان عفورا رحيفا**"<sup>58</sup>.

والتحريم إما أن يكون مؤبدا أو مؤقتا، وسبب التحريم إما القرابة أو المصاهرة أو الرضاع، فالتحريم المؤبد<sup>59</sup> بالقرابة يتمثل في أصول الشخص وفروعه، من الأم والبنات والأخت والعمة والخالة وبنات الأخ وبنات الأخت، وفروع أبويه وفروع أجداده وجداته. أما المصاهرة فيحرم بها مؤبدا، فروع نسائه المدخول بهن ، أصول نسائه، ومطوعات الآباء. والمحرمات بالرضاع تطبق عليهم قاعدة أنه يحرم من الرضاع مؤبدا ما يحرم من النسب. كما زاد المشرع الموريتاني على هذه الحالات التي تكون معها الحرمة مؤبدة حالة الفرقة للعان، و هو ما تفتن إليه في المادة 43 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، فيما لن تنص باقي التشريعات المغاربية على المسألة، راجعين في كل مرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية و فق الإحالات المنصوص عليها في الأحكام الختامية من هذه القوانين.

<sup>58</sup>- سورة النساء، الآية 23.

<sup>59</sup>- المواد 23، 24، 25، 26، 27 من قانون الأسرة الجزائري، و المواد 36 و 37 من مدونة الأسرة المغربية، والفصول 14 و 15، 16، 17 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و المواد 31، 32، 33، 34، من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، فيما اقتصر المشرع الليبي على مادة وحيدة هي المادة 12 في فقرتها الأولى من دون التفصيل في أشخاص الحرمة المؤبدة، تاركا المسألة لإعمال المادة 47 بتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه النص.

والتحريم المؤقت<sup>60</sup> يشمل تحريم الجمع بين الأم وابنتها وبين الأختين، أو المرأة وخالتها أو عمتها، كما لا يجوز الزواج بمن طلقها طلاقاً بائناً بينونة كبرى، إلا أن تتزوج من غيره ويدخل بها ثم تطلق منه أو يتوفى عنها، ولا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم<sup>61</sup>، و هو ما لم يتم التنصيص عليه في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و لا في مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

كما يحرم مؤقتاً زواج المسلم بالمشاركة ما لم تكن كتابية، و إن كان هذا الحكم نص عليه كل من المشرعين المغربي و الليبي<sup>62</sup> غير منصوص عليه في كل من قانون الأسرة الجزائري و مجلة الأحوال الشخصية التونسية و مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

كما لا يجوز الزواج بزوجة الغير أو المعتدة، وأيضاً الزيادة في عدد الزوجات على العدد المسموح به شرعاً، و للمشرع التونسي في هذا حكم خاص يقضي بإدراج تعدد الزوجات في خانة التحريم المؤقت، ناصاً على هذا المنع من خلال الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية وهو ما يعد مخالفة صارخة لأحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز تعدد الزوجات.

كما زاد المشرع الموريتاني سبباً آخر للحرمة المؤقتة لا نجد لها مثيلاً في باقي التشريعات المغاربية، تتمثل في حالة الإصابة بمرض مخوف، و هو ما نص عليه في البند 2 من المادة 44 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

### - أهلية المتعاقدين في الزواج

يندرج عقد الزواج ضمن التصرفات القانونية التي يحتاج أصحابها في إنشائها إلى إدراك تام لما هم مقبلون عليه، خصوصاً وأن الزواج تترتب عليه آثار بالغة الأهمية من

60 المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 39 من مدونة الأسرة المغربية، و الفصول 18 19 20 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المادة 44 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

61 البند الثاني من الفقرة الثانية من المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري، المادة 46 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، و الفقرة ج من المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

62 البند الرابع من المادة 39 من مدونة الأسرة المغربية، و الفقرة ب من المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

شأنها تغيير الوضع القانوني للشخص بمجرد إبرامه صحيحا، من أجل ذلك يتعين على المتعاقدين (الزوجين) أن يكونا مؤهلان تمام التأهيل لذلك<sup>63</sup>.

مراعاة لهذه الأوضاع حدد المشرع الجزائري سن الرشد بتمام تسعة عشر سنة للجنسين، أما المغربي والتونسي و الموريتاني فقد حددوا سن الرشد بثمانية عشر سنة كاملة<sup>64</sup>، فيما حدده المشرع الليبي بسن العشرين، غير مميزين في ذلك بين الذكر و الأنثى.

و يمكن النزول عن هذا السن القانوني بناء على ترخيص من المحكمة، يكتسب من خلاله القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد المحددة في هذه القوانين، كافة الحقوق المترتبة عن عقد الزواج، كما يكسبه الترخيص القضائي أيضا أهلية التقاضي في جميع الدعاوى الناتجة عن هذا العقد، و هو ما جاء في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، و المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية، و في الفقرة الثانية من المادة 6 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، و الفقرة ج من المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

#### - خلو الرضا بالزواج من عيوبه

الملاحظ بداية أن المشرع الجزائري لم يأت على ذكر عيوب الرضا بالزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، و لم ينص على الآثار المترتبة عنها محيلا بذلك المسألة للتطبيق اعتمادا على نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل بدورها على أحكام الشريعة الإسلامية، و الشأن ذاته عند المشرع التونسي، و الموريتاني، و الليبي، بينما نص عليها المشرع المغربي صراحة من خلال المادة 12 من مدونة الأسرة المغربية التي جاء

<sup>63</sup>- حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، طبعة 1986، مطبعة نوري القاهرة، مصر، ص 253.

<sup>64</sup>- المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، و المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية قانون صادر بتاريخ 10 ماي 2017، معدل للفصل 6 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و الفقرة الأولى من المادة 6 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، و الفقرة ب من المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

فيها: " تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و66 بعده".

فالغلط والتدليس والإكراه، عيوب من شأنها إبطال الرضا المنشئ للالتزام أو العقد فهي من العيوب التي تخول للشخص الذي وقع ضحيتها إبطال العقد.

من ثمة فإن الغلط في الشخص المتعاقد في الزواج أو في صفة من صفاته يترتب عنه عدم اقتران الإيجاب بالقبول، فيجوز للمتعاقد المتضرر وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله<sup>65</sup>، و لم ينص عليه المشرع المغربي في نص المادة أعلاه و أخرجه من دائرة العيوب المشوب بها الإرادة في الزواج.

هذا التوجه أخذنا عن موقف المالكية الذين قرروا بأن نكاح المكره غير لازم لديهم ويجب فسخه بعد زوال الإكراه حتى لو أجازته المكره، وهو الخلاف الموجود بين حكم المالكية والحكم الذي أضفاه المشرع الأسري بشأن توقف فسخ عقد الزواج على إرادة الزوج المكره.

و كمبدأ عام لا يعد المرض من عيوب الرضا بالزواج حتى ولو كان في مرض الموت، على اعتبار أن القانون لم يتطرق لصحة الطرفين في خضم تعداده لأركان الزواج وشروطه.

غير أن المحكمة العليا الجزائرية وفي السياق ذاته قررت أنه رغم أن صحة الزوجين لا تدخل في أركان وشروط الزواج إلا أنه في الحالة التي يكون فيها المرض مؤثرا على الرضا بالزواج بالنسبة للطرف المتعاقد الآخر، فلو أنه علم بالمرض لما أبرم عقد الزواج، فإنه في هذه الحالة يعتبر عيبا من عيوب الرضا على غرار الغلط والتدليس والإكراه، ومن أمثلة الأمراض التي تؤثر في الرضا وفق ما جاء في قراراتها، الأمراض الجنسية<sup>66</sup> أو عقم أحد الزوجين<sup>67</sup>، أو الضعف الجنسي<sup>68</sup>.

<sup>65</sup>- حامد زكي، المرجع السابق، ص 212.

<sup>66</sup>- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم 269594 بتاريخ 2001/07/18 منشور بالمجلة القضائية عدد 1، لسنة 2003، ص 349.

## ثانياً: شروط الزواج

اعتنت الشريعة الإسلامية وعلى إثرها قانون الأسرة الجزائري بعقد الزواج عناية فائقة بحيث وضعت له أحكاماً ترتفع به عن كل ما قد يحيد بالزواج عن مقاصده، خاصة وأن هذا الأخير يتعلق بالأعراض التي هي في مقدمة دائرة الحماية التي قررتتها الشريعة. وتتجلى مظاهر الحماية في كونها اشترطت في العقد أن يتولى ولي المرأة أمر زواجها فحول له معظم الفقهاء مهمة مباشرة عقد الزواج نيابة عن المرأة.

كما تتجلى حماية الشريعة الإسلامية لعقد الزواج من خلال اشتراط الإشهاد على الزواج، لأن يكون علنياً معلوماً للناس ولأن لا يكون عرضة للإنكار، كما شرعت الصداق لإبداء صدق النية في ارتباط الخاطب بالمخطوبة.

### أ- شرط الولاية في الزواج

اختلفت آراء الفقهاء حول اعتبار الولاية شرطاً في صحة الزواج، من عدمه، أما على الصعيد القانوني فقد عرف تنظيم الولاية في قانون الأسرة الجزائري مراحل مختلفة، غير المشرع فيها توجهه نحو اشتراط الولاية في الزواج. فالجمهور يعتبرون الولاية في الزواج شرطاً لازماً، لا ينعقد صحيحاً بدونه<sup>69</sup>، ويقع باطلاً كل نكاح تم بدون ولي أو من ينوب عنه<sup>70</sup>، على اعتبار الولي ركناً في صحة الزواج، غير أن الإمام مالك يعدها سنة لا فرضاً<sup>71</sup>، أي أنها من شروط التمام لا من شروط الصحة<sup>72</sup>.

<sup>67</sup>- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم 87301 بتاريخ 1992/12/22، منشور بالمجلة القضائية عدد 2، لسنة 1995، ص 92.

<sup>68</sup> قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم 52850 بتاريخ 1989/03/13، أورده العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 171.

<sup>69</sup>- الأنصاري الرصاص، شرح حدود ابن عرفة، الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الغمام بن عرفة، القسم الأول، الطبعة الأولى 1993، دار الغرب الإسلام، ص 241.

<sup>70</sup>- ففي رواية أشهب عن مالك "لا يكون نكاح إلا بولي فالولاية شرط في الصحة، فلا تعقد المرأة على نفسها ولا على غيرها بكراً كانت أو ثيباً، شريفة أو دنيئة، رشيدة أو سفية أذن لها ولها أم لم يأذن.

- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 1989/1409، دار الجيل، بيروت، ص 8. فإن وقع فسوخ قبل الدخول وبعده وإن طال وولدت الأولاد.

- ابن جزي القوانين الفقهية، بدون طبعة، دار الفكر المعاصر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان ص 172.

<sup>71</sup>- محمد بن يوسف الكافي أحكام الإحكام على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي الطبعة الأولى 2003، المكتبة العصرية، ص 60.

<sup>72</sup> ابن رشد، المرجع السابق، ص 9.



أما الشافعية فيرون بأن الولي شرط في النكاح لا يصح العقد بدونه فلا تملك المرأة تزويج نفسها ولا مباشرة العقد سواء أذن لها وليها أو لم يأذن مهما كان سنها أو وصفها.<sup>73</sup> وقد سائر هذا الرأي الحنابلة الذين قرروا بدورهم أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها<sup>74</sup>. واستدل الجمهور في حكمهم على آيات من الكتاب الحكيم في قوله تعالى: "فلا تعلموهن أن ينكحن أزواجهن"<sup>75</sup>، وقوله تعالى: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"<sup>76</sup> وقوله أيضا: "وانكحوا الأيامى منكم والحاليين من عبادكم وإيمانكم"<sup>77</sup>.

ودليلهم من السنة النبوية ما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: "لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"<sup>78</sup>. وكذلك ما رواه أبو موسى الأشعري عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا نكاح إلا بولي"<sup>79</sup>. وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال:

"أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"<sup>80</sup>.

خلافا لجمهور الفقهاء، يقرر الحنفية جواز مباشرة المرأة عقد زواجها بنفسها دون ما حاجة لإشراك وليها في ذلك، وبناء عليه يمكنها مباشرة عقد غيرها، وقد بنوا حكمهم بهذا الخصوص على مجموعة من الأدلة من الكتاب والسنة وبعض ما ورد عن الصحابة

<sup>73</sup> أبي عبيد بن محمد بن إدريس الشافعي، الأم، مع مختصر المرني، الجزء الخامس، طبعة 1990/1410، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ص 21 و 22.

<sup>74</sup> وروي عن الإمام أحمد أنه لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فإن فعلت كان النكاح موقوفا على إجازته فإن أجازته صح وإلا فهو باطل.

شمس الدين ابني قدامي، المغني، الجزء السابع، طبعة 1348 هـ مطبعة المنار جمهورية مصر العربية، ص 337.

<sup>75</sup> سورة البقرة، الآية 232.

<sup>76</sup> سورة البقرة، الآية 221 .

<sup>77</sup> سورة النور، الآية 32.

<sup>78</sup> الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، المجلد الثاني الجزء الثاني، الطبعة الأولى، حديث رقم 1882، دار الكتب العلمية بيروت، ص 434.

<sup>79</sup> سنن ابن ماجه، مرجع سابق، حديث رقم 1880، ص 127

<sup>80</sup> نفس المرجع، حديث رقم 1880 ص 434.

وأخرجه كذلك السجستاني، في صحيح أبي داود، المجلد الأول، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم 2083، الطبعة، الأولى 1998، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ص 584.

في هذا الشأن. فيرون بأنه لا يجوز للولي أبا كان أو غيره إجبار البالغة العاقلة البكر على النكاح، لأن علة ولاية الإيجار في النكاح هي الصغر، وقد زالت ببلوغها عاقلة، ومن ثم صارت المرأة مكلفة شرعا وأهلا لأن توجه إليها الخطابات الشرعية، كما أن بإمكانها ممارسة حقوقها الشخصية بنفسها ولم تعد لأحد عليها ولاية إجبار<sup>81</sup> ولو تعلق الأمر بزواجها فمن حقها أن تزوج نفسها بالأصالة سواء كان الزوج كفوا أو غير كفؤ، بمهر المثل أو بغير مهر المثل، لأنها تتصرف في خالص حقها فلا يملك أحد منعها من ذلك<sup>82</sup>. وفي جميع الأحوال يبقى تفويض أمر زواجها لوليها مستحبا لأن فيه صوتا لها عن التبذل إن هي تولت العقد بمحض الرجال الأجانب عنها<sup>83</sup>.

ويبقى حق المرأة في عقد زواجها أصالة عن نفسها أو نيابة عن غيرها حقا غير مطلق، كونه مقيد بوجود ولي المرأة على قيد الحياة، وبأن يكون الزوج كفوا وأن يكون مهرها مثل مهر مثلها<sup>84</sup>.

أما دليل الحنفية من الكتاب فقوله تعالى: **"فإن طلقها فلا تحمل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا"**<sup>85</sup> وقوله جل جلاله: **"فلا تحملوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف"** ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى أضاف النكاح إليهن ونهى الأولياء عن منعهن منه لأنه خالص حقهن فيصح منهن، وهذا دليل على جواز النكاح بعبارتهن. وكذلك قوله تعالى: **"فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف"**<sup>86</sup>.

أما أدلتهم من السنة ما رواه الجماعة عن عبد الله بن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: **"الأيام أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"**<sup>87</sup>.

<sup>81</sup>- علاء الدين أبي بكر الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الجزء الثاني، الطبعة الثانية 1969 دار الكتاب العربي، ص: من 248 و149.

<sup>82</sup>- مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص: 261.

<sup>83</sup>- سيد سابق، المرجع السابق، ص 128

<sup>84</sup>- علاء الدين أبي بكر الكساني، مرجع سابق، ص 248.

<sup>85</sup>- سورة البقرة، الآية 230.

<sup>86</sup>- سورة البقرة، الآية 234.

<sup>87</sup> صحيح مسلم، مرجع سابق، الجزء الثاني، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، حديث رقم 1461، ص103.

و المشرع الجزائري عدل عن رأي الجمهور بخصوص الولاية في الزواج حينما أثبت الواقع المعاش في ظل تقرير الولاية على الراشدة، تعسف الأولياء في تزويج من هن تحت ولايتهم، سواء بتزويجهن دون موافقتهن، أو بالامتناع عن تزويجهن رغم رغبتهن في ذلك، وهو ما قرره المحكمة العليا الجزائرية في أحد قراراتها جاء فيه: "... لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه..."<sup>88</sup>، نتيجة لذلك وتحت عدة ضغوطات داخلية وخارجية بادر المشرع الجزائري<sup>89</sup> إلى تعديل المقتضيات المتعلقة بالولاية في الزواج بالنسبة للراشدة بشكل أو بآخر.

فقد حافظ بمقتضى تعديل قانون الأسرة على الولاية في الزواج رغم أنه أنزلها إلى مرتبة الشرط بعد أن كانت ركنا، كما أنه لم يعتبر الولي ركنا كما كان عليه الحال سابقا، وإنما أعده بمقتضى المادة التاسعة مكرر شرطا في الزواج. كما أنه في ذات الوقت عدل في مفهوم الولاية حينما نص في المادة 11 من القانون نفسه على مايلي: "تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

وبه يمكن القول بأن دور الولي في الزواج في قانون الأسرة الجزائري إنما أصبح يقتصر على مجرد الحضور وإبداء الرأي دون أن يلزم بمباشرة عقد الزواج إلا إذا فوضت له المرأة ذلك، والتفويض هنا هو تكريس لواقعنا المعاش، فقد جرت العادة على أن تترك المرأة أمر تزويجها لوليها إحساسا منها بأنها مسؤولة من رجل يتولى حمايتها إلى حين الدخول.

غير أن ما يعاب على المشرع الجزائري في هذه المادة هو ذلك التخيير الذي وضعه بشأن صفة الولي في الزواج، فاستعماله لعبارة "وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص

---

<sup>88</sup> قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية في الملف رقم 249128 بتاريخ 2000/07/18، منشور بالمجلة القضائية، عدد 2 لسنة 2003، ص 267.

<sup>89</sup> يرى أحد الفقهاء أن قانون الأسرة الجزائري في مادته 11 بشكل عام لا يشترط الولي لإبرام عقد زواج المرأة الراشدة، وأن حضوره هو حسب اختيارها ومصحتها.

- علي فيلال، تعليق على قرار المحكمة العليا في الملف رقم 90468، صادر بتاريخ 1993/03/30، منشور بالمجلة الجزائرية، عدد 1 لسنة 2000، ص 76.

تختاره" يحيد بالولاية عن معناها، فهل يعقل أن توكل المرأة أمر تزويجها لشخص لا يربطها به أية قرابة رغم وجود أبيها أو أخيها أو جدها على قيد الحياة لمجرد أن النص القانوني يسمح بذلك، لذلك فإن على المشرع الجزائري الإسراع بتعديل المادة بحيث يحتفظ بالأولياء على سبيل الترتيب لا على سبيل التخيير.

و على صعيد قوانين الأسرة المغربية، اعتبرت مدونة الأسرة الولاية حقا للمرأة الراشدة تمارسه بحسب اختيارها ومصحتها، إن شاءت عقدت على نفسها، دون حاجة لحضور وليها أو حتى موافقته، وإن شاءت فوضت ذلك لأبيها أو لأحد من أقاربها. الشرط الوحيد الذي قيد به المشرع حرية ممارسة الحق في الولاية ينحصر في الرشد، فالراشدة وحدها من تملك هذا الحق،<sup>90</sup> و هو ذات اتجاه المشرع التونسي<sup>91</sup>.

أما المشرع الموريتاني فقد اعتبر الولاية في الزواج شرط صحة في الزواج و كذلك الحال بالنسبة للمشرع الليبي<sup>92</sup>، وإن كان ذلك بصفة ضمنية، فالمرأة لا يمكن لها أن تعقد زواجها إلا بوليها، وقد حدد كلاهما شروط الولي ووظيفته في عدة مواد<sup>93</sup>.

و في جميع الأحوال اتفقت التشريعات المغربية كلها على وجوب الولاية في حالة ناقص الأهلية كونها تشكل حماية له<sup>94</sup>، كما اتفقت على منع الولي من إجبار أو عضل المولى عليه على الزواج و لا أن يمتنع عن تزويجها رغم رضاها و بدون مبرر<sup>95</sup>.

## ب- شرط الإشهاد على الزواج

الشهادة في اللغة تحمل عدة معان في القرآن الكريم إذ ذكرها سبحانه و تعالى في مواقع كثيرة. من هذه المعاني مثلا: الحضور في قوله تعالى: "فمن شهد منكم الشهر

90 المادة 24 و 25 من مدونة الأسرة المغربية.

91 الفصل 9 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية

92 المادة 9 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، المادة 9 من قانون الأحوال الشخصية الليبي

93 المادة 10، 11، 12، 13 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، المادة 8، 9، 10 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

94 المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، و البند الرابع من المادة 13 من مدونة الأسرة المغربية، و الفصل 6 من مجلة الأحوال الشخصية

التونسي، و المواد 6، 8، 7، من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، و المادتين 6، 10 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

95 المادة الفقرة الثانية من الفصل 6 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و المادة 9، 13 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، و المادة 8

من قانون الأحوال الشخصية الليبي .

**فليحده**"<sup>96</sup>، أو القسم واليمين في قوله تعالى: "**فشهدوا أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن السادقين**"<sup>97</sup>، وهي بمعنى الإقرار في قوله تعالى: "**شاهدين على أنفسهم بالكفر**"<sup>98</sup>، وبمعنى العلم في قوله جل جلاله: "**شهد الله أن لا إله إلا هو والملائكة وأولوا العلم قائما بالقسط**"<sup>99</sup>، والشهادة تعني العلانية في قوله الحكيم: "**علم الغيب والشهادة**"<sup>100</sup>، وهي تعني الموت في سبيل الله لقوله عز من قائل: "**ومن يطع الله والرسول فأولئك مع الذين أنعم الله عليهم من النبيين والصديقين والشهداء والصالحين**"<sup>101</sup>، وهي بمعنى التوحيد في شهادة الإسلام، والمعينة في قوله القدير: "**وجعلوا الملائكة الذين هم عباد الرحمن إناثا أهم خلقهم منكم** شهداء **ويسألون**"<sup>102</sup>، كما تعني الخبر اليقين في قوله سبحانه: "**وما شهدنا إلا بما علمنا وما كنا للغيب حافظين**"<sup>103</sup>.

والشهادة في اصطلاح الفقهاء حددها الحنفية في: "**إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء**"<sup>104</sup>، والشهادة عند الشافعية هي: "**إخبار عن شيء بلفظ خاص**"<sup>105</sup> وزاد المالكية على هذا التعريف أن الشهادة هي: "**إخبار عدل حاكما بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه**"<sup>106</sup>.

أما سند الشهادة من القرآن الكريم فقوله تعالى: "**وأشهدوا شهدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتين ممن ترضون من الشهداء**"<sup>107</sup>، وقوله تعالى: "**وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله**"<sup>108</sup>، وقوله أيضا: "**ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم**

<sup>96</sup>- سورة البقرة، الآية 185.

<sup>97</sup>- سورة النور، الآية 06.

<sup>98</sup>- سورة التوبة، الآية 17.

<sup>99</sup>- سورة آل عمران، الآية 18.

<sup>100</sup>- سورة الأنعام، الآية 73.

<sup>101</sup>- سورة النساء الآية 59.

<sup>102</sup>- سورة الزخرف، الآية 19.

<sup>103</sup>- سورة يوسف، الآية 81.

<sup>104</sup>- ابن الهمام الحنفي، فتح القدير، الجزء السابع، الطبعة الأولى، 1995، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 339.

<sup>105</sup>- مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشريجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، 1998،

دار القلم، دمشق، ص 563.

<sup>106</sup>- الدردير، الشرح الصغير، الجزء الرابع، دون ذكر الطبعة، سنة 1992، مؤسسة المنشورات الإسلامية، الجزائر، ص 31.

<sup>107</sup>- سورة البقرة، الآية 281.

<sup>108</sup>- سورة الطلاق، الآية 02.

قلبه"<sup>109</sup>، فالهامة أمانة والمرء ملزم بأداء الأمانة، ومرد تخصيص الإثم للقلب كونه العالم  
بها<sup>110</sup>.

ومن السنة الشريفة قوله صلى الله عليه وسلم: "شاهدك أو يمينك"، وقوله أيضا:  
"خير الشهداء من أدى شهادته قبل أن يسألها"، وعن الشهادة في الزواج قال صلى الله عليه  
وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"<sup>111</sup>، وقال أيضا: "البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن  
بغير بينة"<sup>112</sup>.

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب الإشهاد على الزواج، و اشتراطوا  
في الشاهدين العدالة، فاعتبر الحنفية أن العدالة المشروطة في الشاهدين هي العدالة  
الظاهرة، فيكفي أن يعرف الشاهد بالعدالة من حيث الظاهر حتى يكون أهلا للإشهاد على  
عقد الزواج، وقال المالكية: إن وجد العدل فلا بديل عنه إلى غيره، وإن لم يوجد فتصح  
شهادة الذي لم يعرف بالكذب<sup>113</sup>.

كما أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية أيضا على وجوب الإشهاد على الزواج، لكنهم لم  
يتفقوا حول الوقت الذي يجب فيه الإشهاد، فيرى الحنفية والشافعية والحنابلة وجوبه وقت  
إبرام العقد وأعدوه من شروط صحته<sup>114</sup>، أما المالكية فيشترطون الإشهاد لصحة الدخول لا  
العقد، فالشهادة عندهم شرط للإعلان فأجازوا صحة انعقاد الزواج بغير شهود على أن يظل  
الدخول موقوفا إلى حين تمام الإشهاد عليه<sup>115</sup>.

<sup>109</sup>- سورة البقرة، الآية 283.

<sup>110</sup>- القرطبي، تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث، تقديم هاني الحاج، تحقيق عمار زكي البارودي وخيري سعيد،  
دون ذكر الطبعة والسنة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ص 268.

<sup>111</sup>- رواه الدار قطني في سننه، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة 1413 هـ، دار العلم للكتب والطباعة والنشر، ص 226.

<sup>112</sup> الترميذي، سنن الترميذي، الجزء الثالث، طبعة 1983، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، ص 284.

<sup>113</sup> عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 25.

<sup>114</sup> جمال الخياط الدري، مركز العدلين المنتصبين للإشهاد في إبرام عقد الزواج وانحلال ميثاقه، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا  
المعمقة في القانون الخاص، قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك  
السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص 30.

<sup>115</sup>- في الخلاف الوارد بين الفقهاء بشأن وقت الإشهاد على الزواج يقول ابن رشد: "واتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن  
الشهادة من شروط النكاح، واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد، واتفقوا على  
أنه لا يجوز نكاح السر."

و يشترط في الشهادة في الزواج أن تكون من قبل شاهدين عدلين مسلمين، فقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن نصاب الشهادة في الزواج اثنين استنادا إلى الآية الكريمة الخاصة بالنصاب، غير أن اتفاقهم لم يسقط على جنس الشاهدين هل يجب أن يكونا ذكراين أم تصح شهادة المرأة في الزواج؟.

أجاز الحنفية إمكانية شهادة المرأة في عقد الزواج واستندوا في ذلك إلى قوله تعالى: **"وأشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان"**<sup>116</sup>. فالآية الكريمة رغم أنها وردت في الشهادة في الأموال فإن ذلك لا يمنع من تطبيقها في النكاح لأن المرأة أهل لتحمل الشهادة وأدائها<sup>117</sup>، على خلاف الجمهور الذين لم يجيزوا إسهاد المرأة على الزواج<sup>118</sup>.

و قد أخذت قوانين الأسرة المغربية برأي الجمهور، فاشتترطت الإسهاد على الزواج وقت إبرام العقد وهو ما يستنتج من نصوصها القانونية، إذ نصت المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: ...شاهدين"، فقررت المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها أنه: "...لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل..."<sup>119</sup>. بل وتشتترط في قرار آخر إلى جانب الإسهاد على الزواج ضرورة إسهاره وإعلانه<sup>120</sup>. مفسرة توجهها بكون الإسهار والإعلان يرفع الشبهات والشكوك ومقالة السوء في العلاقة بين الرجل والمرأة بالزواج<sup>121</sup>.

---

- ابن رشد، المرجع السابق، ص 47.

<sup>116</sup>- سورة البقرة، الآية 281.

<sup>117</sup>- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السادس، دون ذكر الطبعة، مطبعة الكتاب العربي، بيروت لبنان، ص 75.

<sup>118</sup>- الشافعي، الأم، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 22.

<sup>119</sup>- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية في الملف رقم 34438 بتاريخ 1984/09/24، منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد 1 لسنة 1990، ص 64.

<sup>120</sup>- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية في الملف رقم 75344 بتاريخ 1990/04/30، منشور بالمجلة القضائية عدد 4 لسنة 1992، ص 65.

<sup>121</sup>- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية في الملف رقم 34137 بتاريخ 1984/01/08، منشور بالمجلة القضائية عدد 4 لسنة 1989، ص 79.

و نصت المادة 13 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية:...4- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه."، وفي مجلة الأحوال الشخصية التونسية نص الفصل 3 على أنه: " ويشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين..."، كما جاء في المادة 27 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية أنه:"يشترط إشهاد عدلين على النكاح"، و نصت المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية الليبي على: "يشترط لصحة عقد الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين أو رجل و امرأتين فاهمين أن كلام المتعاقدين مقصود به الزواج."، أخذا بالمذهب الحنفي بشأن جواز شهادة المرأة على النكاح.

فمن التشريعات المغربية من فصل في مسألة الشاهدين فذكر شخصهما ما إذا كانا ذكرين أم غير ذلك، و منها من حدد الشروط الواجب توافرها فيهما، على خلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص على اشتراط العدالة في الشاهدين، على عكس باقي قوانين الأسرة المغربية، بل و منها من أسندت الإشهاد إلى مؤسسة خاصة يصطلح عليها بمؤسسة العدلين تطويرا لمفهوم "شاهدي عدل"<sup>122</sup>، و هو ما سيتم التطرق له لاحقا.

### ج- شرط الصداق

الصداق أو المهر مقرر بمقتضى نصوص قرآنية كريمة في قوله تعالى: " **فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة**"<sup>123</sup> وقوله جل جلاله: " **وأتوا النساء صدقاتهن نحلة**"<sup>124</sup>، والنحلة هي العطاء لكون المهر شرع ليكون هدية من الزوج لزوجته، وهي لازمة لزوما متراخيا من غير شطط ولا عنت ولا إجهاد، فالهدية هنا شرعت من أجل

<sup>122</sup> المادة 13، الفقرة الرابعة من مدونة الأسرة المغربية، و المادة؟؟؟؟ من قانون الأحوال الشخصية الليبي، و المادة؟؟؟ من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>123</sup> - سورة النساء، الآية 24.

<sup>124</sup> - سورة النساء، الآية 05.



تقريب القلوب<sup>125</sup>. أما من السنة النبوية الشريفة فقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: "تزوج ولو بخاتم من حديد"<sup>126</sup>.

للصداق تسميات كثيرة منها المهر، الفريضة، النحلة، الأجر، العطية، العلائق، العقر، الخرس، الحباء.<sup>127</sup> والصداق كحق خالص للزوجة يعد شرطاً في عقد الزواج، تناولته فقهاء الشريعة الإسلامية بالتفصيل وأضافوا عليه مجموعة من الأحكام تم تكريسها في قانون الأسرة الجزائري في المادة التاسعة مكرر الصداق لغة: هو أصدق صداقا وصداقا وصدقة والجمع صدقات، وقيل هو ما يدفعه الرجل للمرأة في عقد الزواج<sup>128</sup>.

أما شرعا فقد اختلف الفقهاء في تعريفه، إذ عرفه البعض منهم على أنه: "المال الذي جعل للزوجة في مقابل الاستمتاع بها"<sup>129</sup>، وبهذا المفهوم أخذت المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها جاء فيه بأن: "...محل الصداق هو حل الاستمتاع بينهما، وهو المعقود عليه وفقا لنص المادة 4 من قانون الأسرة..."<sup>130</sup>، فيما عرفه البعض الآخر بكونه: "ما يقدمه الزوج لزوجته إزاء احتباسها عنده"<sup>131</sup>.

أما الفقهاء المعاصرون فقد عرفوا الصداق بأنه: "كل متمول أوجبه الشرع على الرجل وجعله حقا للمرأة في مقابل الاستمتاع بها في النكاح الصحيح والفاقد والوطء بشبهة"<sup>132</sup>.

<sup>125</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، طبعة أغسطس 1950، دار الفكر العربي، بيروت، ص 169.

<sup>126</sup> - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن المغيرة البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، الجزء الخامس، باب المهر بالعروض وخاتم من حديد، حديث رقم 4842، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت الطبعة الثالثة، 1987، ص 1973.

<sup>127</sup> - محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 158.

<sup>128</sup> - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص 26.

<sup>129</sup> - الدردير، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 119.

<sup>130</sup> - قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية، في الملف رقم 52850، بتاريخ 1989/03/13، أورده العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 270.

<sup>131</sup> - السرخسي، كتاب المبسوط، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، 1993، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 62.

<sup>132</sup> - محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، الطبعة الأولى، 2000، دار الشهاب، الجزائر، ص 250.

و قد نصت قوانين الأسرة المغربية على اشتراط الصداق في عقد الزواج في المادتين 9 مكرر، و المواد من 14 إلى 18 من قانون الأسرة الجزائري، و المادة 13 من مدونة الأسرة المغربية والفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية، فيما اعتبرته مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية ركنا في الزواج من خلال نص المادة 5، و بينت أحكامه في المواد من 14 إلى 25 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

أما المشرع الليبي فقد نص على المهر في الفصل الخامس المتعلق بآثار الزواج ، و بالتحديد في المادتين 19 و 20، بعد المواد المنظمة لحقوق الزوجة على زوجها، واضعا مجموعة من الأحكام المتعلقة به.

" الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

يشترط في الصداق أو المهر أن يكون مشروعاً حتى يؤدي معناه، فيجب أن يكون الصداق مما يصح تسميته شرعاً، وطبقاً لذلك يمكن أن يكون كل شيء مقوم بالمال سواء كان يدخل في خانة المنقولات أو العقارات قيماً أو مثلياً، وفي كل منفعة تقابل بالمال<sup>133</sup> وأكثر المهور تداولاً بين الناس هو دفعه نقداً.

ولم يحدد فقهاء الشريعة الإسلامية قيمة الصداق، غير أنه ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "التمس ولو خاتم من حديد"، وفي حديث آخر روي عنه أنه أجاز زواج امرأة من بني فزاز على نعلين بعد أن تأكد من رضاها بالزواج على نعلين فسألها: "أرضيت من نفسك ومالك بنعلين"، قالت: "نعم"، فأجاز الزواج<sup>134</sup>. وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على كون الصداق يعقد بقليله الزواج كما يعقد بكثيره إن طابت عنه نفس مانحه وقابضه.

133 - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 161.

134 - سنن الترمذي، حديث رقم 1115، باب النكاح، ص 421، منشور بالموقع الإلكتروني [www.Islamonline.net](http://www.Islamonline.net) ، بتاريخ

أما عن وقت دفعه فإن الصداق كما سبق بيانه عطاء يمنح للزوجة من طرف الزوج إظهارا لرغبته في الزواج منها وتحليلا للاستمتاع بها. من هذا المنطلق فإنه لزاما عليه دفعه، غير أن هذا الإلزام لا يشمل تحديدا لوقت دفعه كون أنه يستوي أن يتم تأجيله كله أو بعضه بناء على اتفاق طرفي العلاقة الزوجية، وهو ما نصت عليه قوانيننا الأسرية المغربية المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري، رغم أن المحكمة العليا الجزائرية قررت سابقا أنه لا يجوز قانونا الاتفاق حول تأجيل الصداق كله إلى ما بعد الدخول، بل يجب لها كله أو بعضه قبل الدخول<sup>135</sup>. وتستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول بها<sup>136</sup>، أو بوفاء الزوج<sup>137</sup>. كما قضت أيضا بأنه: "... ليس للزوج أن يجبر زوجته على الدخول حتى يمكنها من حال صداقها فإذا سلمت نفسها له ليس لها بعد ذلك سوى المطالبة بالصداق كدين في ذمة الزوج..."<sup>138</sup>

و في إطار باقي التشريعات المغربية التي نصت على وقت منح الصداق نجد المادة 30 من مدونة الأسرة المغربية، والفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و المادة 14 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، و المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

وفي هذا السياق قضت محكمة التعقيب التونسية بأنه: "لا يجوز للزوج أن يجبر الزوجة على البناء إذا لم يدفع المهر، ويعتبر المهر بعد البناء دينا في ذمة الزوج ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق وفقا لنص الفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية..."<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup>- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية، في الملف رقم 55116، بتاريخ 1989/10/12، منشور في المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1991، ص 34.

<sup>136</sup>- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية في الملف رقم 74375، بتاريخ 1991/06/18، منشور بالمجلة القضائية عدد 1 لسنة 1993، ص 61.

<sup>137</sup>- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية في الملف رقم 45301، بتاريخ 1987/03/09، منشور بالمجلة القضائية عدد 3 لسنة 1992، ص 66.

<sup>138</sup>- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية في الملف رقم 264555، بتاريخ 2001/10/17، منشور بالمجلة القضائية عدد 2 لسنة 2000، ص 440.

<sup>139</sup>- قرار صادر عن النقض المدني التونسي تحت رقم 246، بتاريخ 1988/10/12، مجموعة الفكاهي، الجزء الأول، ص 86.

وفي جميع الأحوال فإن الصداق إما أن يحدد وقت العقد وهو المتعارف عليه، وإما أن يسكت عن تحديده، وفي هذه الحالة يعتبر زواج تفويض طبقاً للمادة 27 من مدونة الأسرة المغربية<sup>140</sup>، ولا يجوز في جميع الأحوال الاتفاق حول إسقاطه لأن ذلك يبطله تطبيقاً لما اتجه إليه المجلس الأعلى المغربي في قرار قضى فيه بأن: "عقد الزواج لا يتم إلا بذكر جميع أركانه لقول الإمام خليل: "وركنه ولي وصداق ومحل وصيغة، وعقد الزوجية المدلى به وكذا اللفي لم يذكر بهما مقدار الصداق ولا اسم الولي، واختلال ركن من أركان النكاح يؤدي إلى بطلان العقد..."<sup>141</sup> أما في التشريع الجزائري فإن عدم ذكر الصداق يفسد العقد فيفسخ قبل الدخول ويصح بعده بصداق المثل وهو ما نصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري، وأخذت به المحكمة العليا الجزائرية<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup>- وفي هذه الحالة تستحق الزوجة مهر المثل طبقاً لنص المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري.  
<sup>141</sup>- قرار صادر عن المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 1986/01/28، منشور بمجلة المجلس الأعلى، المغرب، عدد 43 و42، ص 159.

<sup>142</sup>- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية، في الملف رقم 210422، بتاريخ 1998/11/17، أورده العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 269.

## المحاضرة الرابعة: تسجيل عقد الزواج

لتسجيل عقد الزواج لا بد من إتباع بعض الشروط الشكلية، وهي تلك الضوابط القانونية التي فرضها قانون الأسرة الجزائري<sup>143</sup> قصد الوصول إلى تنظيم محكم لإبرام عقد الزواج من الناحية القانونية، وهي على العموم تتلخص في وجوب الإدلاء بمجموعة من الوثائق الضرورية التي من شأنها أن ترفع اللبس عن هذا التصرف.

نظرا لأهمية التوثيق التي تتضاعف حينما يتعلق الأمر بعقود الزواج، فإن قانون الأسرة الجزائري، ومراعاة من المشرع لخصوصية عقد الزواج، أولى عناية به من خلال تحديد إجراءات تسجيله.

### المطلب الأول: إجراءات تسجيل عقد الزواج

حددت قوانين الأسرة المغربية إجراءات توثيق و تسجيل عقد الزواج، من أجل تسهيل عملية إثباته، و لألا يكون محلا للإنكار، لما ينطوي عليه من أهمية في حياة الأسر، كونه يتعلق بالأعراض، منه سندرس في هذا المطلب الإجراءات المتبعة في تسجيل عقد الزواج في قوانين الدول المغربية كل حسب خصوصيته، و ذلك بالمقارنة فيما بينها بخصوص الملف الإداري المشترط في التوثيق(الفرع الأول)، و كذا الجهات المكلفة بالتوثيق (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: ملف عقد الزواج

لتوثيق الزواج و تسجيله، إجراءات مسطرة من قبل المشرع الجزائري منها ما نص عليه في قانون الحالة المدنية، و منه ما نص عليه في قانون الأسرة، و هناك ما ورد في نصوص تنظيمية وضعت لهذا الغرض.

نصت قوانين الأسرة في دول المغرب العربي مع اختلاف فيما بينها - على جملة من الإجراءات والشكليات الواجب إتباعها من أجل الوصول إلى توثيق عقد الزواج، تتمثل أساسا في ضرورة اشتغال

<sup>143</sup> الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 118.

طالب الزواج على مجموعة من الوثائق والمستندات التي رأى المشرعون ضرورة الإدلاء بها على وجه الإلزام، من أجل حماية حقوق طرفي العلاقة الزوجية.

هذه المقتضيات تعد تعبيراً عن قدسية عقد الزواج، وإماماً بأهميته، خاصة مع إلزام المكلفين بإبرامه وتوثيقه ببذل الكثير من العناية في جميع مراحل إنشائه، والتي من ضمنها إيداع ملف الزواج، والإدلاء ببعض الوثائق التي تساعد في التعرف على هوية طالبه تعرفاً نافياً للجهالة، وتمكن من التعرف على الحالة العامة للمقبلين على الزواج.

و الجدير بالذكر أن المشرع المغربي يعد الوحيد الذي نظم المسائل التنظيمية لعقد الزواج من داخل مدونة الأسرة على خلاف باقي القوانين المغاربية التي منها من اكتفى بالتنصيص على الجهات المكلفة بإبرامه تاركا المسائل الإدارية لقوانين الحالة المدنية و اللوائح التنظيمية أو التعليمات التي تصدر في هذا الشأن كما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري، أو ما يسمى بقانون كتيب العائلة في التشريع الليبي<sup>144</sup>.

فعملية توثيق الزواج تبدأ بتجهيز الملف الخاص بطرفي العلاقة الزوجية، يتكون من مجموعة من الوثائق نجملها فيمايلي:

### أولاً: الوثائق العامة في ملف الزواج

هذه الوثائق نص عليها المشرع الجزائري من خلال البند الأول من المادة 74 من قانون الحالة المدنية الجزائري،<sup>145</sup> و تلتها لوائح تنظيمية كثيرة وجهت لمصالح الحالة المدنية شرعت لهذه الوثائق، و هذه الوثائق على العموم تتمثل في: شهادة الميلاد و بطاقة التعريف و شهادة الإقامة و شهادة عدم الزواج و عدم إعادته.

---

<sup>144</sup> قانون رقم 36 لسنة 1968 صادر بتاريخ 25-05-1968، منشور بالجريدة الرسمية عدد 26 لسنة 1968، ص3 المتعلق بقانون الأحوال المدنية المعدل بموجب القانون رقم 7 لسنة 1428 صادر بتاريخ 15-12-1428 منشور بالجريدة الرسمية عدد 2 لسنة 1429، ص 2. -القانون رقم 71/44 صادر بتاريخ 1-7-1971 منشور بالجريدة الرسمية العدد 42-1971، ص 42.

<sup>145</sup> أمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق لـ: 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية رقم 21 بتاريخ 27-02-1970، ص 274.

أما المشرع المغربي فقد كان أكثر تحديدا لملف الزواج، من خلال التنصيص من داخل مدونة الأسرة على هذه الوثائق تكملة للإجراءات الإدارية لتوثيق الزواج، فقد نصت المادة 65 من المدونة في الفقرة الأولى منها على أنه: "أولا: يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحله إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية، وهي:

- 1) مطبوع خاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج يحدد شكله ومضمونه بقرار من وزير العدل؛
- 2) نسخة من رسم الولادة ويشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة المدنية، إلى تاريخ منح هذه النسخة ومن أجل الزواج؛
- 3) شهادة إدارية لكل واحد من الخطيبين تحدد بياناتها بقرار مشترك لوزير العدل والداخلية؛...

بالإضافة إلى هذه الوثائق يجب على طالبي الزواج الإدلاء بشهادة طبية لا يزيد تاريخها على ثلاثة أشهر، طبقا للمادة 7 مكرر من قانون الأسرة، كذا في الفقرة الرابعة من المادة 65 من مدونة الأسرة المغربية التي نص فيها على: " 4-شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزير العدل الصحة".<sup>146</sup> في حين أوردها المشرعين الجزائري والتونسي و الليبي في مجموعة من المواد تارة في قانون الحالة المدنية لكل منهما أو في قانون كتيب العائلة في التشريع الليبي، وتارة أخرى من خلال بعض النصوص التنظيمية كلما اقتضت الضرورة ذلك.

في السياق ذاته أصدر المشرع التونسي قانونا خاصا بالشهادة الطبية السابقة للزواج<sup>147</sup> ثم أتبعه بقرارين بين من خلالهما كيفية العمل بهذا القانون،<sup>148</sup> بعد أن اشترط على ضابط الحالة المدنية أو العدول الذين وقع عليهم اختيار طالبي الزواج لتحرير العقد ضرورة استلام شهادة طبية لا يزيد تاريخها على

---

<sup>146</sup> قرار مشترك لوزير العدل ووزير الصحة رقم 347.04 صادر في 10 محرم 1425 (2 مارس 2004)، بتحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5192 في محرم 4/1425 مارس 2004، ص 975.

<sup>147</sup> قانون عدد 46 لسنة 1964 مؤرخ في 3 نوفمبر 1964.

<sup>148</sup> قرار مؤرخ في 28 جويلية 1995 يتعلق بتعميم الشهادة الطبية السابقة للزواج على كامل تراب الجمهورية.

- قرار مؤرخ في 16 ديسمبر 1995 يتعلق بضبط أنموذج الشهادة الطبية السابقة للزواج و البيانات التي يجب أن تتضمنها.

الشهرين تثبت خضوع الطرفين للفحص الطبي، ثم بين في الفصل الثالث والرابع على التوالي كيفية الفحص والجهة الموكلة إليها إجرائه<sup>149</sup>.

الجدير بالذكر هنا، هو أن قانون الأسرة الجزائري و المغربي و كذا التونسي، قد أخذوا بعين الاعتبار ما قد يخلفه وجود بعض الأمراض في أحد الزوجين على الحياة الزوجية، من أجل ذلك بادرا إلى اتخاذ خطوة علاجية لهذه المسألة من خلال النص على وجوب توفر الخطيبين قبل زواجهما على شهادة طبية تثبت خلوهما من أي مرض من شأنه الحيلولة دون تحقيق مقاصد الزواج.

كما أورد مشروع قانون الحالة المدنية الجزائري في البند الأول من المادة 74 من قانون الحالة المدنية الجزائري استثناء جاء فيه: "...شهادة ميلاد الزوج والزوجة، فإن تعذر عليهما يجوز لهما تقديم بطاقة التعريف الوطنية، أو الدفتر العائلي للأبوين، وبإمكان الزوج تقديم الدفتر العسكري<sup>150</sup>"، إذ بمقتضى هذا البند يمكن الاستعاضة عن شهادة الميلاد بتقديم بطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي أو حتى العسكري إذا كان طالب الزواج عسكريا، والحقيقة أنه الأمر مستغرب، إذ كيف يمكن السماح بالإدلاء ببطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي للأبوين في حالة تعذر الإدلاء بشهادة الميلاد، خاصة وأن البطاقة والدفتر لا يحملان أية بيانات تكشف عن الحالة العائلية لطالب الزواج<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> غير أن المثير للتساؤل هي العبارة التي استعملها المشرع في الفقرة الثالثة من الفصل الثالث من القانون نفسه حينما قرر وجوب رفض الطبيب تسليم الشهادة الطبية للطرفين إذا ما تبين له أن هذا الزواج غير مرغوب فيه، ومرد التساؤل هو استعماله لمصطلح الرغبة التي أرى بأنها غير صائبة كون أن الرغبة في الزواج من عدمها تتقرر وفق إرادة طرفيه دون غيرهما، وإنما الأمر هنا يتعلق بنتائج التحاليل التي أسفر عنها الفحص الطبي، فإذا ما تبين للطبيب وجود أي مرض من شأنه التأثير سلبا على العلاقة الزوجية أو النسل فإنه يتمتع عن تسليم الشهادة الطبية منعا للزواج وحماية للطرفين، وهو ما يظهر من روح النص، خاصة وأن بقية الفقرة تحدثت عن وجوب تأجيل تسليم الشهادة إلى أن يزول خطر العدوى من المريض أو تصير حالته الصحية غير مضرّة لزيته.

- صارة بن شويخ، دور إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2008/2009، ص 52.

<sup>150</sup> تجدر الإشارة هنا إلى أن ترخيص المشرع الجزائري لطالب الزواج بالإدلاء بالدفتر العسكري عوضا عن شهادة الميلاد في حالة تعذرها، يتعلق بفئة العسكريين، والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن في هذا الصدد هو: كيف يمكن أن يحل الدفتر العسكري محل شهادة الميلاد؟ مع العلم أن لكل منهما خصوصية يتمتع بها وتختلف عن الوثيقة الأخرى.

<sup>151</sup> فيتصفح بطاقة التعريف الوطنية نجدها تقتصر في بياناتها على الاسم واللقب وتاريخ ومكان الميلاد والإقامة وما إذا كان يحمل صاحبها علامة خصوصية وكذا صورته وتوقيعه وبصمته، دون أي ذكر لما إذا كان صاحبها متزوجا أو أرملًا أو مطلقًا، مما يتعذر معه السماح بتوثيق زواجه دون العلم بحالته العائلية التي اشترطت شهادة الميلاد من أجلها، وهذا الأمر ينطبق كذلك بالنسبة للدفتر العائلي للوالدين.



وقد أيده في هذا الشأن المشرع التونسي حينما أصدر وزير الداخلية التونسي مرسوم عدد 59<sup>152</sup> الذي اشترط فيه ضرورة إيداء المقبلين على الزواج ببطاقة التعريف الوطنية أو أي وثيقة رسمية أخرى تثبت هوية الزوجين.

إضافة إلى شهادة الميلاد، اشترط المشرع الجزائري على طالب الزواج استخراج شهادة الإقامة إذ نص المشرع في البند الثاني من المادة 74 من قانون الحالة المدنية على ما يلي: "...شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي إلى الاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية." والغرض الأساسي من اشتراط هذه الشهادة هو إثبات محل الإقامة بالإضافة إلى اختصاص المحكمة<sup>153</sup> أو البلدية.

كما يشترط في ملف الزواج في التشريعات المغاربية الشهادات الخاصة بإثبات الحالة العائلية، ويتعلق الأمر بالشهادة الإدارية الخاصة بالخطيبين أو بعدم الزواج وإعادته، إذ اشترط المشرع الجزائري لطالبي الزواج الإيداء بما سماه بشهادة عدم الزواج وعدم إعادة الزواج صادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، يصادق بمقتضاها رئيس البلدية على البيانات المدلى بها من طرف المعني بالأمر والمتعلقة بالأساس بأنه لم يسبق له الزواج وعدم إعادته بعد تبيان البيانات الشخصية المتعلقة بطالب الشهادة، في الوقت الذي اشترط فيه المشرع المغربي على اشتراط استصدار الشهادة الإدارية الخاصة بالخطيبين تكون من ممثل السلطة الإدارية.

## ثانيا: الوثائق الخاصة في عقد الزواج

الوثائق الخاصة هي الوثائق التي تشترط في فئات مهينة و تنقسم بدورها إلى نوعين: تراخيص إدارية صادرة عن جهات إدارية، وأخرى قضائية تصدرها المحاكم المختصة.

### أ- التراخيص الإدارية:

---

<sup>152</sup> منشور وزير الداخلية تحت عدد 59، صادر بتاريخ 2004/11/23.

<sup>153</sup> بالنسبة لاختصاص المحكمة وجبت الإشارة إلى أنها لم تعد تختص بتوثيق عقود الزواج بعد صدور قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 الذي استبدل القاضي بالموتق، ولا يتصور تدخل القاضي في توثيق عقد الزواج سوى في حالة واحدة وهي الحالة التي يلجأ فيها الزوجان إلى رفع دعوى إثبات الزوجية.

**1- الترخيص بزواج الأجانب:** أو شهادة الكفاءة في التشريع الجزائري، نص المشرع المغربي على شرط حصول الأجنبي الراغب في الزواج بالمغرب على شهادة الكفاءة أو ما يقوم مقامها في المادة 65 من مدونة الأسرة في بندها السادس إذ جاء فيها: "شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب أو ما يقوم مقامها". في هذا الصدد نص الفصل 38 من قانون الحالة المدنية التونسي على أنه: "يحرر عقد زواج الأجانب بالبلاد التونسية طبقا للقوانين التونسية استنادا على بينة من قنصلهم تشهد لهم بإمكانية عقد الزواج ويمكن لأجنيين من جنسية واحدة أن يتزوجا أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل الممثلين لبلادهما بتونس وفي هذه الصورة يعلم العون الدبلوماسي أو القنصل ضابط الحالة المدنية الذي بمنطقته بانعقاد الزواج...". هذا إلى جانب شرط حصول الأجنبي على شهادة تبين عدم ارتباطه بأية علاقة زوجية داخل تونس أو خارجها.

**2- الترخيص بزواج أسلاك الأمن والدبلوماسيين:** اشترط المشرع الجزائري هذه الرخصة في المادة 74 من قانون الحالة المدنية الجزائري، و منشور صادر عن وزير العدل،<sup>154</sup> وقد اشترط المشرع التونسي بموجب منشور وزير العدل عدد 59 حصول معتنقي الإسلام الراغبين في إبرام زواجهم مع تونسيات مسلمات على شهادة في اعتناق الدين الإسلامي إذا كان الزوج غير مسلم.

إلى جانب ذلك اشترط المشرع المغربي وجوب إضفاء الرقابة القضائية على زواج الأجانب ومعتنقي الإسلام وذلك بوضع زواج الأجانب ومعتنقي الإسلام بيد القضاء، الذي يقع عليه واجب إصدار إذن قضائي بالزواج متى تحقق قاضي الأسرة المكلف بالزواج من الشروط الموضوعية والشكلية، إذ نص في البند الخامس من المادة 65 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " الإذن بالزواج في الحالات الآتية، وهي: -زواج معتنقي الإسلام والأجانب" وهو ما لا نجده في التشريعين الجزائري والتونسي الذين لم ينظما الإجراءات الإدارية لزواج معتنقي الإسلام على ترابهما الوطني.

**3- عقد الوكالة:** من الوثائق الخاصة التي تشترط في فئة معينة، الوكالة و يشترطها المشرع في حال الإنابة في الزواج، بان يوكل شخص لشخص آخر أمر تزويجه و اتباع الإجراءات الإدارية للزواج نيابة

<sup>154</sup> منشور عدد 14613 صادر عن وزير العدل، حول زواج الجنود والمؤرخ في 29 ربيع الثاني عام 1377 والموافق 22 نوفمبر 1957.

عنه، و يشترط في التوكيل في الزواج أن يكون بموجب وكالة خاصة يعين فيها الموكل للوكيل الشخص المراد إبرام عقد الزواج تعيينا دقيقا.

والوكالة الخاصة في الزواج، كان ينص عليها الشرع الجزائري في المادة 20 من قانون الأسرة و كان معمولا بها، إلى غاية صدور تعديل 2005 الذي حذف بمقتضاه نص المادة، المتعلق بالزواج بالوكالة الخاصة، ربما رغبة منه في منعها على اعتبار أنها طرحت قبل التعديل العديد من المشاكل، خصوصا وأن عقد الزواج بما ينطوي عليه من أهمية يستدعى فيه الحضور الشخصي للزوجين، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا الجزائرية من خلال قرار جاء فيه: "حضور الزوجين في مجلس العقد أمام شاهدين وبحضور ولي الزوجة يسمح للموظف المؤهل قانونا التأكد من وجود رضا الزوجين شخصيا وعلنيا وبكل حرية واختيار".

غير أنه إذا كانت إرادة المشرع الجزائري قد اتجهت فعلا إلى منع الوكالة في الزواج فإنه في ذات الوقت لم ينص صراحة على منعها مما يستوجب معه الرجوع إلى مقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص في قانون الأسرة ومختلف المذاهب الفقهية تجيز الوكالة في الزواج، وهنا يطرح التساؤل حول مغزى المشرع الجزائري من حذف النص.

أما المشرع المغربي فقد نظمها من خلال المادة 17 من مدونة الأسرة، وعلى صعيد التشريع التونسي أجاز المشرع الزواج بالوكالة بمقتضى الفصل التاسع من مجلة الأحوال الشخصية الزواج عن طريق التوكيل حينما نص على أنه: "للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلوا به من شاء أو للولي حق التوكيل أيضا."، و هو ما نص عليه المشرع الموريتاني في المادة 12 من مدونة الأحوال الشخصية، فيما لم نجد نصا في قانون الأحوال الشخصية الليبي يبيح التوكيل في الزواج.

## ب- التراخيص القضائية:

يقصد بالتراخيص القضائية الأذونات الصادرة عن المحكمة المختصة و التي تخول لصاحبها الحق في إبرام عقد الزواج، و يصطلح في تسميتها حسب الفئة الطالبة له.

## 1- التراخيص بزواج التعدد:

تعد ظاهرة تعدد الزوجات من الأمور المسلم بها في التشريعات الأسرية الإسلامية على العموم ومعظم التشريعات الأسرية المغاربية على وجه الخصوص عملا بقوله تعالى: "وإن خفتن ألا تؤمنوا بهن البيهات فانكهن ما طاب لهن من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتن ألا يحملن فواحدة أو ما ملكن أيمانكن ذلك أدنى ألا تعولن"<sup>155</sup>.

لكن غياب الوازع الديني في الوقت الحاضر لدى الرجل والمرأة على حد سواء، و الخوف من ضياع الأنساب و حقوق الأبناء، اقتضى تنظيم زواج التعدد بشكل يمنع أي وجه لتعسف الزوج في استعمال هذا الحق الممنوح له شرعا، أو في تعسف الزوجة بإرغام الزوج على الإبقاء على وحدانية الزواج مع عدم توافر أهدافه السامية التي وضع من أجلها. لذلك سطرت التشريعات المغاربية<sup>156</sup> مجموعة من المقتضيات لتنظيم المسألة بحيث أخضعتها لشروط معينة حتى يسمح بالتعدد، وسطرت مجموعة من الإجراءات الواجب إتباعها لضبطه.

**\*الشروط الواجبة لمنح الإنن بالتعدد:** يعتبر موضوع التعدد من أهم مواضيع قانون الأسرة في تشريعات الدول المغاربية، و لا أدل على ذلك من أنه أدخلت عليه عدت تعديلات بغية تنظيمه تنظيميا محكما يقطع الطريق أمام كل من يستعمله كذريعة للتحايل والإضرار بالزوجة والأولاد، والملاحظ أن جل هذه التعديلات صبت في خانة تقييد التعدد بيد القضاء و هو ما نجده عند المشرع الجزائري في المادة 8، و المغربي في المادة 41 و ما بعدها، على خلاف المشرع الموريتاني الذي لم يصحب قانونه بتعديل فأبقى المسألة على عمومها من خلال نص المادة 45 من مدونة الأحوال الشخصية، بينما منعه المشرع التونسي بموجب الفصل 18 من المجلة.

فوردت المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري كمايلي: " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل."

<sup>155</sup> سورة النساء، الآية 3.

<sup>156</sup> فقد عرفت المجتمعات المغاربية تعدد الزوجات كظاهرة منبثقة عن التشريع الإسلامي كونها منتمة إلى عالمه، وحاولت التشريعات في هذه الدول تقنين المسألة بما يناسب ظروفها الراهنة، مع وجود اختلاف رؤية كل منها للموضوع ومدى اقترابه أو ابتعاده عما قرره الشريعة الإسلامية من أحكام في هذا الصدد.

و كان المشرع المغربي قبله قد عدل النصوص المبيحة للتعدد فمنعته بمقتضى المادة 40 كلما خيف عدم إمكانية العدل بين الزوجات،<sup>157</sup> ومتى وجد شرط من الزوجة السابقة يقضي بعدم الزواج عليها<sup>158</sup>، ولم تسمح بالإذن به بمقتضى المادة 41 في حالة ما إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي،<sup>159</sup> أو لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان<sup>160</sup> ومساواة في جميع أوجه الحياة، وعلى القاضي التأكد من توافر هذه الشروط مجتمعة حتى يأذن بالتعدد، وفي حال تخلف أحدها أو عجز طالب التعدد عن إثبات إحداها فإن طلبه سيواجه بالرفض.

فالمشرع الجزائري على غرار نظيره المغربي اشترط وجود المبرر الشرعي وتوافر شروط ونية العدل حتي يتمكن الراغب في التعدد من الحصول على الإذن به، غير أن هذا التعديل لم يسلم من الانتقاد، إذ انتقد أحد الفقهاء<sup>161</sup> إيراد المشرع الجزائري لمصطلح "المبرر الشرعي" على اعتبار أنها عبارة عامة لأن المبررات الشرعية كثيرة ومتنوعة وتختلف بحسب الوجهة التي ينظر إليها، وقد حدد أحد الفقهاء المبرر الشرعي بعدم القدرة على العدل بين الزوجات أو انعدام القدرة على الإنفاق من جانب الزوج والذين إذا لم يتوافرا فإن القاضي لا يأذن بالتعدد<sup>162</sup>.

---

<sup>157</sup> ويستفاد من نص المادة 40 أن مجرد الخوف من عدم العدل يعتبر من حالات منع التعدد، غير أن ما يؤاخذ عليه المشرع المغربي في صياغته لهذه المادة هو استعماله كلمة "خيف"، لارتباط الكلمة بالجانب النفسي الذي لا يمكن الحكم عليه قبل بلورته على أرض الواقع، لذلك كان من الأفضل صياغة هذه المادة صياغة محددة للإجراءات التي يتبعها القاضي حتى يأذن بالتعدد دون استعمال مصطلح يحمل عدة تأويلات أو غير مؤكد الوقوع.

محمد الأهر، شرح مدونة الأسرة، مطبعة دار النشر المغربية، الرباط، طبعة 2000، ص 164، 165.

<sup>158</sup> فاشتراط الزوجة السابقة عدم الزواج عليها يحرم الزوج من حقه في التعدد حتى ولو طرأت ظروف أصبح معها الشرط مرهقا له، وهو ما يفهم من نص المادة 48 في فقرتها الثانية، فيبقى تراجع الزوجة على الشرط الحل الوحيد لحصول الزوج على الإذن بالتعدد متى توافرت باقي شروطه.

<sup>159</sup> وأمام عدم تحديد المشرع المغربي للمقصود من عبارة "المبرر الموضوعي الاستثنائي" بادر بعض الفقهاء إلى تفسير المبرر الموضوعي الاستثنائي على أنه: "المبرر المشروع الذي يساير مقاصد الشريعة والذي يشكل مصلحة شرعية وضرورة قصوى وحاجة ملحة".

عبد الكريم شهبون، الشافي في مدونة الأسرة، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 2006، ص 128.

أو هي: "ما لا يستقر بغيره جوانب مادية ومعنوية من حياة الإنسان".

محمد الكشور، المرجع السابق، ص 213.

<sup>160</sup> وهو ما جاء في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا الجزائرية في الملف رقم 189339، بتاريخ 19/05/1998، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، لسنة 2000، ص 216.

<sup>161</sup> الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 110.

<sup>162</sup> CF Tchouar Djilali, Le mariage polygamique entre le Figh et le droit positif Algérien, Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politique, Université d'Alger, 1997, N° 2, P : 538.

من بين الانتقادات<sup>163</sup> التي وجهت للمشرع الجزائري أيضا إيراد لعبارة " نية العدل"، فكيف يمكن بناء الأحكام على مجرد النية؟ وكيف يمكن للقاضي التأكد من وجودها من عدمه؟ لذلك على المشرع الجزائري حذف مصطلح "نية" والإبقاء على عبارة "شروط العدل" كونها أشمل وممكنة الإثبات خاصة ما يتعلق منها بالموارد المالية والقدرة المادية من مبيت وسكن ونفقة على الزوجتين وأولادهما.

و الانتقاد ذاته يمكن توجيهه للمشرع الموريتاني الذي استعمل العبارة ذاتها حين إيراده لشروط التعدد التي حصرها في شروط و نية العدل و إعلام الزوجة السابقة و اللاحقة بهذا الزواج ان كان هناك شرط يستوجب هذا العلم، فوردت المادة 45 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية كمايلي: "يسمح بتعدد الزوجات إذا توفرت شروط و نية العدل

و يتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة و اللاحقة إن كان ثمة شرط."

و زاد المشرع الليبي على هذا و ذلك القدرة الصحية كشرط لقبول المحكمة طلب التعدد دون أن يشترط موافقة الزوجة السابقة أو علمها، إذ نص في المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية الليبي على أنه: " يجوز للرجل أن يتزوج بزوجة أخرى بإذن تصدره المحكمة المختصة بعد التأكد من ظروفه الاجتماعية و قدرته المادية و الصحية..."

**\*الإجراءات الواجب إتباعها لمنح الإذن بالتعدد:** ألزم قانون الأسرة الجزائري في المادة 8 منه، و كذا مدونة الأسرة المغربية من خلال المادة 42 ، طالب التعدد بالحصول على إذن أو ترخيص بذلك عن طريق إتباع مسطرة محددة، فقد أصبح على الزوج أن يتقدم إلى قسم شؤون الأسرة في التشريع الجزائري و إلى قسم قضاء الأسرة في التشريع المغربي، التابعين للمحكمة الابتدائية المختصة مكانيا للنظر في هذا الطلب.<sup>164</sup>

<sup>163</sup> الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 110.

<sup>164</sup> تنص المادة الثانية من ظهير التنظيم القضائي على أن: "تُنظر أقسام قضاء الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة".

يجب أن يشتمل طلب التعدد على مجموعة من البيانات العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية،<sup>165</sup> والمتمثلة في طبقا للفقرة الثانية من المادة 42 من المدونة.

يجب أن يشتمل الطلب على الأسماء العائلية والشخصية والصفة والمهنة وموطن أو محل الإقامة، كما يجب أن يرفق بعدد من النسخ مساوية لعدد الأطراف بما فيهم النيابة العامة عند الاقتضاء مع تحديد الوقائع التي تتمثل في بيان مراجع عقد الزواج، بالإضافة إلى تحديد المبرر الموضوعي الاستثنائي وإثبات الوضعية المادية لطالب التعدد.

تبدأ المحكمة بالنظر فيه فتقوم باستدعاء الزوجة المراد التزوج عليها، و هو ما لم يبينه المشرع الجزائري، لكن العمل القضائي دأب على أن يتم تقديم طلب الإذن بالتعدد للقضاء وإرفاقه بالملف الخاص بالوثائق المثبتة للمبرر الشرعي، وكذا شروط العدل المتمثلة في القدرة المادية الذي يشترط فيها عادة الإدلاء بكشف الراتب أو ما يثبت مقدار الكسب الخاص، أو كل ما من شأنه أن يبين القدرة المادية للزوج<sup>166</sup>. إضافة إلى الوثائق العامة لتوثيق أي زواج، مع نسخة من عقد الزواج الأول، يسجل طلب التعدد بمصلحة الصندوق ويدفع الرسوم المتمثلة في 300 دج.

يرفع الطلب أولا إلى رئيس قسم شؤون الأسرة المختص مكانيا لفحص الملف والنظر فيما إذا كان الزوج يتوفر على شروط التعدد المحددة في القانون، وقد اتجه الاجتهاد القضائي في الجزائر إلى وجوب توافر العدل بين الزوجات في المسائل المادية والمعنوية على حد سواء<sup>167</sup>.

و بعد رفع الطلب يقوم القاضي باستدعاء الزوجة الأولى والمرأة المراد التزوج بها للحضور أمامه بغية الاستماع إليهما بهذا الخصوص، بعد أن يخبرهما الزوج برغبته في التعدد<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> قانون المسطرة المدنية المغربية: -ظهير شريف بمثابة قانون رقم 447.74.1 بتاريخ 28/09/1974 المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 72.03 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 23.01.04 بتاريخ 03/02/2004 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 05 فبراير 2004.

<sup>166</sup> هذه الإجراءات أدلى بها رئيس محكمة البلدية في مقابلة أجريت معه بتاريخ 28/11/2010.

<sup>167</sup> قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية، في الملف رقم 411445، بتاريخ 05/05/1985، أورده العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 251.

<sup>168</sup> قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية في الملف رقم 122443 بتاريخ 26/09/1995، منشور بنشرة القضاء الصادرة عن وزارة العدل، عدد 55، الجزائر، 1999، ص 171.

يحرر محضر سماع بعد التأكد من هويتهما وتدون النتائج التي توصل إليها، ويكون على القاضي التأكد من موافقة الزوجة الأولى والمرأة المراد الزواج منها<sup>169</sup>، ففي حال وافقتا تدون الموافقة وتوقع كلاهما على المحضر إلى جانب توقيع الزوج ورئيس قسم شؤون الأسرة، وهو ما تبنته المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها قضت فيه بأنه يجب إثبات رضا الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى.<sup>170</sup> يرفع المحضر إلى رئيس المحكمة ليأذن للزوج بالتعدد بناء على محضر السماع والوثائق المرفقة بالملف والمتوفر فيها كل الشروط اللازمة للتعدد.

أما في حالة عدم موافقة الزوجة الأولى والمرأة المراد التزوج منها أو إحداهما فإن رئيس قسم شؤون الأسرة يدون ذلك ويرفع الملف إلى رئيس المحكمة الذي لا بد عليه أن يحزر قرارا يرفض طلب التعدد بناء على عدم موافقة أي منهما تفعيلا للفقرة الثالثة من المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري، على أن يكون القرار معللا بأسباب الرفض، ويمكن لطالب التعدد رفع طلبه مرة أخرى متى زالت أسباب الرفض.

ويرى أحد المتخصصين في قانون الأسرة الجزائري أن بإمكان القاضي أن يعتمد على وثيقة رسمية صادرة عن الموثق<sup>171</sup> يدون فيها موافقة المرأتين على التعدد وأن يعتمدها طالب التعدد لإثبات الموافقة، غير أن هذا الرأي في نظري منتقد على اعتبار أنه يمكن التحايل في الحصول على الموافقة خاصة إذا اعتمد طالب التعدد على إكراه إحداهما على الزواج، فمن شأن القاضي أن يدقق في موافقتهما.

أما المشرع المغربي فقد كان أكثر دقة وتحديدا للإجراءات، فقد نص عليها تفصيليا من خلا مواد متتالية في مدونة الأسرة و بين فيها إجراءات الاستدعاء بدأ من المادة 43 من مدونة الأسرة المغربية، فإذا توصلت الزوجة بالاستدعاء وحضرت فإنه يبيت في الطلب في حضورها، أما إذا امتنعت عن الحضور رغم توصلها بالاستدعاء أو امتناعها عن تسلّم هذا الأخير، فإن المحكمة تقوم باستدعائها للمرة الثانية عن طريق عون كتابة الضبط يكون على شكل إنذار تشعرها فيه بالزامية حضورها، فإذا امتنعت ثانية فإنها

<sup>169</sup> وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي من خلال قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية، في الملف رقم 334060، بتاريخ 2005/01/19، منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد 1 لسنة 2005، ص 325.

<sup>170</sup> قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا الجزائرية في الملف رقم 334060 بتاريخ 2005/01/19، منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد 1 لسنة 2005، ص 325.

<sup>171</sup> الحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة، مفسرا مادة، مادة للمبتدئين والممارسين، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى 1429هـ-2008م ص 20.



تبت في الطلب بغيابها فتنظر في مدى توافر شروط التعدد فتأذن به، أو عدم توافر هذه الشروط فلا تأذن به<sup>172</sup>.

كما تبت فيه بغيابها أيضا إذا لم تتوصل المحكمة عن طريق النيابة العامة بمقر إقامتها أو موطنها، على أن لا يثبت أن سبب عدم توصل النيابة العامة بعنوان الزوجة أو موطنها ناتج عن تدليس من الزوج، ففي هذه الحالة يمكن أن يطبق عليه الفصل 361 من القانون الجنائي إذا ما طالبت الزوجة بتطبيقه.

فإذا حضرت الزوجة بعد توصلها بالاستدعاء، فإن المحكمة تقوم بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين في غرفة المشورة، حيث تستمع إليهما بخصوص المبررات الموضوعية الاستثنائية للطلب وقدرة الزوج على الإنفاق والمساواة بين الأسرتين في جميع أوجه الحياة، ويمكن للزوجة أن ترد ادعاءات الزوج وتثبت العكس.

ففي هذه الحالة تتدخل المحكمة للإصلاح بينهما باستعمال كافة الوسائل التي تراها محققة للهدف من أجل الوصول إلى التوفيق بين الطرفين، وهذا التوفيق لا يتحقق إلا بعدول الزوج عن طلب الإذن بالتعدد، أو اقتناع الزوجة بمنح الإذن به.

وإذا نجحت المحكمة في التوفيق بينهما يصدر رئيس المحكمة قرارا يقضي بمنح الإذن بالتعدد، ويكون القرار معللا بأسباب منح الإذن، كما يكون غير قابل لأي طعن، وهو ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 43 من مدونة الأسرة المغربية التي كانت واضحة في هذا الخصوص.

---

<sup>172</sup> جاء في المادة 43 من مدونة الأسرة المغربية مايلي: "تستدعي المحكمة الزوجة المراد التزوج عليها للحضور، فإذا توصلت شخصيا ولم تحضر أو امتنعت من تسلم الاستدعاء، توجه إليها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذار تشعرها فيه بأنها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار فسيبت في طلب الزوج في غيابها. كما يمكن البت في الطلب في غيبة الزوجة المراد التزوج عليها إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه.

إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتجا عن تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة، تطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي، وذلك بطلب من الزوجة المتضررة".

أما إذا عجزت المحكمة عن الإصلاح بينهما فإنها تبت في الطلب بالنظر لتوافر شروط التعدد من عدمها، فإذا تمسك الزوج بحقه في التعدد تحيل الزوجة الراضة للتعدد إلى مسطرة الشقاق من أجل الحصول على التطليق.

هذا على خلاف المشرع الجزائري الذي جعل موافقة الزوجة على التعدد محددًا أساسيًا لقبول القاضي الإذن بالتعدد، وهو ما يتجلى من خلال إعمال مفهوم المخالفة للفقرة الثالثة من المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

و ما يجب التنبيه إليه هو أن المشرع التونسي منع التعدد منعا مطلقا دون قيد أو شرط بل وقد جعله جريمة يعاقب عليها قانونا، فطبقا للفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "تعدد الزوجات ممنوع".

كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون...". وهو ما يعد مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية النابعة من نص شرعي في القرآن الكريم و سنة دأب عليها نبينا الكريم و صحابته.

على هذا المسار سار القضاء التونسي بأعلى هيئة فيه حيث فسرت محكمة التعقيب التونسية هذا الفصل بمناسبة قضية عرضت عليها، بأن الزواج المجرم هو زواج التعدد الفعلي والمشاهد والعلني، أما مجرد العلاقة الغرامية فهي لا تكون الجريمة<sup>173</sup>.

## 2- الترخيص بزواج القاصر و المجنون:

---

<sup>173</sup> قرار صادر عن النقض الجزائري بمحكمة التعقيب التونسية، في الملف رقم 6757، بتاريخ 1970/10/26، منشور في نشرة محكمة التعقيب التونسية لسنة 1970، ص 217.

سبق و أن بينا أن قوانين الأسرة المغاربية حددت سنا للزواج،<sup>174</sup> و هو عند المشرع الجزائري تسعة عشر سنة للجنسين، و ثمانية عشرة سنة للجنسين عند المغربي والتونسي و الموريتاني ، و عشرون سنة للجنسين عند المشرع الليبي.

و يمكن للمحكمة السماح بزواج القاصر الذي لم يبلغ الن القانونية للزواج بناء على طلبه أو طلب وليه بموجب رخصة قضائية تؤهله للزواج و تكسبه كافة الحقوق المترتبة عنه، كما تصبح لديه أهلية التقاضي في جميع الدعاوى الناتجة عنه، و هو ما جاء في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، و المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية، و في الفقرة الثانية من المادة 6 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، و الفقرة ج من المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

بعد تقديم طلب الإذن بزواج القاصر إلى المحكمة المختصة، يقوم القاضي بفحصه ولا يصدر مقرره إلا بعد الاستماع لولي القاصر أو نائبه الشرعي تطبيقا لما قرره المشرعين المغربي والجزائري، فقد نص الأول في المادة 20 من المدونة على أنه: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية...بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي...".

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 454 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد<sup>175</sup> على أنه: "يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

1- سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.

2- سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك..".

مع العلم أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الإجراء في قانون الأسرة وإنما أورده في خضم المقتضيات التي أدرجها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد تحت عنوان الولاية على النفس،

---

<sup>174</sup> المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، و المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية، قانون صادر بتاريخ 10 ماي 2017، معدل للفصل 6 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و الفقرة الأولى من المادة 6 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، و الفقرة ب من المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

<sup>175</sup> قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية منشور بالجريدة الرسمية رقم 21 مؤرخة في 2008/04/23.

لذلك ليس هناك ما يمنع تعميم هذه الإجراءات على زواج القاصر، خاصة وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاحق على قانون الأسرة، ومضيفا له بعض الإجراءات الخاصة بشؤون الأسرة.

كذلك اشترط المشرع التونسي موافقة الولي والأم في زواج القاصر في الفقرة الأولى من الفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

وعموما، إذا وافق الوالدان أو النائب الشرعي على الزواج إلى جانب موافقة القاصر، فإن القاضي ينظر في باقي الشروط، أما إذا لم يبد هؤلاء موافقتهم على الزواج، فإن قاضي الأسرة يبت في الموضوع وفق ما قرره المشرعين المغربي<sup>176</sup> والتونسي<sup>177</sup> دون أن يتطرق إلى ذلك المشرع الجزائري المقصر في هذا الجانب.

وفي حالة ما إذا وافق أبوي القاصر على تزويجه ورفض هو، فإن المشرع الجزائري عالج هذه المسألة عندما قرر عدم إجبار الولي لمن هو تحت ولايته على الزواج كما لا يجوز تزويج القاصر دون موافقته<sup>178</sup>.

بعد الاستماع للقاصر وأبويه، وفي حالة موافقة الأطراف على الزواج ينظر القاضي المختص في جدية الأسباب التي استند عليها القاصر وأبويه أو نائبه الشرعي لرفع طلب الإذن بالزواج، والتي يجب أن يخلص فيها القاضي إلى حالة الضرورة والمصلحة المشتركة.

هذا وقد نصت المادتان 20 من مدونة الأسرة المغربية و454 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على استعانة القاضي بالخبرة الطبية أو البحث الاجتماعي لتوجيهه وتكوين قناعته عند إصدار مقرره، غير أن ما يعاب على هذين القانونين رغم الالتفاتة المستحسنة في الموضوع هو أن المشرع المغربي ورغم إلزامه القاضي بالقيام بهذا الإجراء، إلا أنه جعل وجوب استعانة القاضي بالخبرة الطبية أو

---

<sup>176</sup> تنص الفقرة الثالثة من المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع."

<sup>177</sup> جاء في الفقرة الثانية من الفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنه: "وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي."

<sup>178</sup> المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري.

البحث الاجتماعي على سبيل التخيير في الوقت الذي ينبغي إعمال الإجراءات في آن واحد<sup>179</sup> لأن الإجراءات يختلفان في فحواهما والجوانب التي يختصان بها.

أما بخصوص زواج المصاب بإعاقة ذهنية أو الشخص الذي تتعطل مداركه العقلية لسبب أو لآخر،<sup>180</sup> من جنون وعته وسفه، فإن المشرع الجزائري لم يورد أي نص صريح يسمح بزواج المصاب بإعاقة ذهنية.

على خلاف باقي قوانين الأسرة المغربية، فقد سمح به المشرع المغربي من خلال المادة 23 من مدونة الأسرة المغربية التي جاء فيها: "يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة."، فيما جاء في الفصل السابع من مجلة الأحوال الشخصية التونسية مايلي: "زواج المحجور عليه لسفه لا يكون صحيحا، إلا بعد موافقة المحجور له، وللمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء."

كما ركز المشرع الليبي على توفر شرط الولي في الحصول على ترخيص قضائي من المحكمة لتزويج المجنون أو المعتوه، و لا تأذن المحكمة بالزواج طبقا للمادة 10 إلا بتوافر شروط حصرها المشرع في المادة كالاتي:

1- قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد اطلاعه على حاله.

2- كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله.

3- كون زواجه فيه مصلحة له.

و يتم التثبت من الشرطين الأخيرين بتقرير لجنة من ذوي الإختصاص".

**الفرع الثاني: الجهات المكلفة بتوثيق عقود الزواج في الدول المغربية**

<sup>179</sup> إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص 69.

<sup>180</sup> المقصود من مصطلح المصاب بالإعاقة الذهنية، الشخص الذي يصيبه طارئ مستمر أو عارض يؤثر في ملكاته الذهنية، وقد يتخذ الطارئ صورة عديدة يصعب حصرها في القاموس الطبي.

- محمد الكشور، المرجع السابق، ص 172.

نظرا لأهمية التوثيق التي تتضاعف حينما يتعلق الأمر بعقود الزواج، فإن التشريعات المغربية ومراعاة منها لخصوصية عقد الزواج، أولت عناية به من خلال تحديد الجهة المصدرة التي ينعقد لها الاختصاص في توثيق عقد الزواج تحديدا دقيقا، و هي حسب تشريعات الدول المغربية إما ضباط الحالة المدنية أو الموثق، في التشريع الجزائري أو العدلين المنتصبين للإشهاد في التشريع المغربي، و ضابط الحالة المدنية أو العدلين في التشريع التونسي، و أمام المأذون الشرعي في التشريع الليبي، فيما لم يحدد المشرع الموريتانية الجهة المكلفة بتوثيق الزواج في نصوص مدونة الأحوال الشخصية.

### أولا: توثيق الزواج بواسطة ضابط الحالة المدنية أو الموثق في التشريع الجزائري

أ-توثيق الزواج بواسطة ضابط الحالة المدنية: إن ضباط الحالة المدنية المختصون بتوثيق الزواج في الدولة الجزائرية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه وذلك بعد نجاحهم في الانتخابات البلدية المحلية، وينعقد الاختصاص لهاتين الفئتين بالأصالة وذلك بصريح نص المادة الأولى من قانون الحالة المدنية الجزائري الذي جاء فيها: "إن ضباط الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه....".

يمكن أن يعقد الاختصاص في القيام بالمهام الموكلة لرئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يوجد بدائرة اختصاصه مسكن الخطيبين أو أحدها ، أو الذي يوجد بدائرة اختصاصه محل إقامة أحدهما، كما ينعقد الاختصاص كذلك لنوابه بصفتهم ضباطا للحالة المدنية أو إلى الأعوان الذين يشغلون وظائف دائمة على مستوى البلدية التي يعملون فيها وبالبالغين من العمر 21 سنة، شريطة أن يتم تكليفهم بأداء مهام ضابط الحالة المدنية من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي عن طريق التفويض، أي أنه يجوز لهذا الأخير أن يفوض مهامه كضابط للحالة المدنية إلى أحد الأعوان وفق إجراءات تم تحديدها في المادة الثانية من قانون الحالة المدنية الجزائري.

ويختص ضابط الحالة المدنية بتوثيق عقود الزواج تطبيقا لنص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري، ومنه قررت المحكمة العليا الجزائرية أن عقد الزواج يعتبر صحيحا متى تم برضا الطرفين وحضور ولي الزوجة والشاهدين والصدّاق وأبرم العقد أمام ضابط الحالة المدنية<sup>181</sup>.

<sup>181</sup> قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم 248683 بتاريخ 2000/09/19، منشور بالمجلة القضائية عدد 2، لسنة 2003، ص 276.

و يسأل ضابط الحالة المدنية المختص بتسجيل الزواج طبقاً للمادة 77 من قانون الحالة المدنية والتي بمقتضاها يعاقب ضابط الحالة المدنية بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 441 المقطع الأول من قانون العقوبات، في حالة ما إذا حرر عقد الزواج دون الحصول على الرخص المشتركة في الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين على حد تعبير المادة، واللافت للانتباه هو المقصود من عبارة "الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين"، فمن هؤلاء الأشخاص هل هم الولي والشهود، وإذا كان الأمر كذلك هل يشترط في هؤلاء استصدار رخصة من أجل حضور عقد الزواج؟ وفي هذا يمكن أن يكون المشرع قد أخطأ في صياغة النص إذ أن الرخصة تنصرف إلى المتعاقدين أنفسهم والذين يمكن أن يكونوا من الفئات التي تشترط فيها تراخيص إدارية، كأن يكون الزوج عسكرياً، أو قضائية كأن يكون أحدهما أو كلاهما قاصراً.

وفي حالة ما إذا لم يطبق ضابط الحالة المدنية الإجراءات المقررة في المادة 77 يعاقب بغرامة لا يمكن أن تتجاوز 200 دج بموجب حكم صادر عن المحكمة النازرة في المسائل المدنية. وفي هذا ندعو المشرع إلى إعادة النظر في القيمة المالية المقررة كعقوبة، إذ أن 200 دج لا تساوي في قيمتها إلا مقدار وجبة خفيفة لشخص بسيط الحال.

ويعاقب ضابط الحالة المدنية الذي يحرر وثيقة الحالة المدنية في ورقة عادية مفردة في غير السجلات القانونية المعدة لذلك. والذي لا يتحقق من موافقة الوالدين أو غيرهما من الأشخاص إذا اشترط القانون هذه الموافقة لصحة الزواج، وكذا الذي يتلقى عقد زواج امرأة سبق زواجها وذلك قبل مضي الميعاد الذي حدده القانون.

و يعد ضابط أو وكيل الحالة المدنية الجهة الموكلة إليها مهمة تسجيل عقود زواج الموريتانيين بناء على المادة 75 من مدونة الأحوال الشخصية خلال أجل أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ انعقاده، ثم بينت المادة 76 البيانات التي يجب أن يسجلها ضابط أو وكيل الحالة المدنية في عقد الزواج

## 2: توثيق الزواج بواسطة الموثق

بصريح المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري يختص الموثق إلى جانب ضابط الحالة المدنية في توثيق عقود الزواج، والغرض من هذا المقتضى هو إضفاء الرسمية على عقد الزواج الذي يدخل ضمن اختصاص الموثق كون أن الزواج يشترط فيه القانون الصيغة الرسمية.

وعرفت الموثق المادة 3 من قانون التوثيق الجزائري وكذلك القرار المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثق<sup>182</sup> في مادته الثالثة على أنه: " الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الطبيعة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة."

ويشترط في الموثق حسب نص المادة السادسة من القانون نفسه، الآتي:

-التمتع بالجنسية الجزائرية.

-حيازة شهادة ليسانس على الأقل أو ما بعدها.

-بلوغ خمسة وعشرين سنة (25).

-التمتع بالحقوق المدنية والسياسية.

-التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة.

هذا وقد أحالت المادة شروطاً أخرى وكيفية تطبيق مجموع الشروط السالفة الذكر على تنظيم خاص. أما عن كيفية الالتحاق بمهنة التوثيق في هذا القانون فقد نصت المادة الخامسة منه على مايلي: "تحدث شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق.

تنظم وزارة العدل مسابقة الالتحاق بالتكوين للحصول على شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق، بعد استشارة الغرفة الوطنية للموثقين في هذا الشأن.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

ولا يستأنف الموثق مهنته بهذه الصفة إلا بعد تأديته اليمين أمام المجلس القضائي لمحل تواجد

مكتبه<sup>183</sup>.

<sup>182</sup> قرار صادر في 14 نوفمبر 1992 المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 92 لسنة 1992.

<sup>183</sup> وتشمل اليمين طبقاً للمادة الثامنة من القانون المنظم لمهنة التوثيق في الجزائر القسم التالي: "أقسم بالله العلي العظيم، أن أقوم بعملتي أحسن قيام، وأن أخلص في تأدية مهنتي وأكتم سرها وأسلك في كل الظروف سلوك الموثق الشريف، والله على ما أقول شهيد.



هذا وينعقد الاختصاص للموثق في توثيق عقود الزواج فوق كامل التراب الوطني دون تحديد لمحل معين، فجميع الموثقين عبر التراب الوطني يمكن لهم توثيق عقود الزواج داخل القطر الجزائري بغض النظر عن موطن طرفيه أو محل إقامتهما، أو مكان تواجدهما، ويخضع في ذلك لرقابة إدارية وقضائية الغرض منهما السهر على حسن تطبيق الموثقين للنصوص القانونية ومساءلة كل من تسول له نفسه التلاعب بالوثائق المراد توثيقها.

### ثانيا: توثيق الزواج بواسطة العدلين في التشريع المغربي

إن ما يميز مهنة العدول في التشريع المغربي أنها لا تقتصر على الشهادة فحسب بل تتعداها إلى الكتابة والتوثيق، على عكس التشريع الجزائري الذي فصل بين الإشهاد والتوثيق، فأسندا الأول لمسلمين من عامة الناس، وخصا الثاني بجهات إدارية تم تحديدها على سبيل الحصر للقيام بمهمة التوثيق عامة، وتوثيق عقد الزواج على وجه الخصوص، وهي إما ضابط الحالة المدنية أو الموثق العصري.

إن العدول في التشريع المغربي كمؤسسة أصبح اختيار أعضائها أو المنتسبين إليها مناطا بوزير العدل بعد أن كانت في السابق من اختصاص القاضي، فأضحت مهنة التوثيق العدلي تتنافى مع كثير من الأعمال والوظائف والمهن التي لا تتماشى وحساسية وأهمية هذه المهنة.

وردت هذه الشروط في التشريع المغربي في المادة الرابعة من القانون رقم 19.03 المتعلق بخطة العدالة وهي كالاتي:

1- أن يكون مسلما مغربيا مع مراعاة قيود الأهلية المشار إليها في قانون الجنسية المغربية؛

2- أن يكون بالغا من العمر خمسا وعشرين سنة وألا يزيد عن خمس وأربعين سنة بالنسبة لغير المعفين من المباراة والتمرين وذلك حسب التقويم الميلادي؛

3- أن يكون متمتعا بحقوقه الوطنية وذا مروءة وسلوك حسن؛

4- أن يكون متوفرا على القدرة البدنية المطلوبة لممارسة المهنة؛

5- أن يكون في وضعية صحيحة تجاه القوانين المتعلقة بالتجنيد العسكري؛

6- ألا يكون قد حكم عليه من أجل جنائية مطلقا، أو بحبس منفذ أو موقوف التنفيذ من أجل جنحة باستثناء الجنح غير العمدية، أو بغرامة ولو موقوفة التنفيذ من أجل جنحة تتعلق بالأموال؛

7- ألا يكون مشطبا عليه بقرار تأديبي بسبب يمس شرف المهنة، أو الوظيفة المشطب عليه منها؛

8- ألا يكون قد حكم عليه بإحدى العقوبات المالية المنصوص عليها في قانون التجارة في حق مسيري المقاوله أو سقوط الأهلية التجارية ما لم يرد اعتباره؛

9- أن ينجح في مباراة تنظم لولوج الخطة ما لم يعفه القانون منها."

وقد أضافت المادة التاسعة من القانون ذاته ضرورة أنه: "يتعين على كل عدل التحلي بالأمانة والوقار والحفاظ على شرف المهنة وأسرار المتعاقدين". وما يزيد في تأكيد الحماية التي أضفاها المشرع للتوثيق هي تلك الرقابة القضائية القبلية والبعديّة التي قررها لعقد الزواج، فالعدلان المنتصبان للإشهاد في عقد الزواج والمكلفان قانون بتوثيقه، لا يقومان بعملية التوثيق والإشهاد على عقد الزواج إلا بعد تجهيز ملف من قبل قاضي الأسرة المكلف بالزواج وبعد فحصه والتدقيق فيه يحال على العدلين ليقوما بالتوثيق والإشهاد، وبعد ذلك يأتي دور قاضي الأسرة المكلف بالتوثيق للتأشير عليه وإيضفاء الرسمية.

### ثالثا: توثيق الزواج بواسطة العدلين أو ضابط الحالة المدنية في التشريع التونسي

لا تختلف مؤسسة العدلين في التشريع التونسي في مدلولها العام كثيرا عن نظيرتها في التشريع المغربي، فالعدلان ينعقد لهما الاختصاص في توثيق عقود الزواج، إذ نص الفصل 31 من قانون الحالة المدنية التونسي على أنه: " يبرم عقد الزواج بالبلاد التونسية أمام عدلين أو أمام ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من أهل الثقة".

ولعدول الإشهاد في التشريع التونسي صفة المأمور العمومي، وهم يمارسون مهنتهم لحسابهم الخاص، طبقا للقانون<sup>184</sup>، المتعلق بتنظيم مهنة عدول الإشهاد، وهو راجع بالنظر إلى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف ويعملون تحت المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية بالدائرة التي بها مركز انتصابهم، ولا تكون أعمال عدل الإشهاد التي يقوم بها قانونية إلا إذا تولاهم بمعية عدل إشهاد ثان.

### رابعا: توثيق زواج بواسطة المأذون الشرعي في التشريع الليبي

<sup>184</sup> قانون عدد 64 لسنة 1994 مؤرخ في 23 ماي 1994.

شرعت مؤسسة المأذون الشرعي في التشريع الليبي بمقتضى لائحة المأذونين الشرعيين،<sup>185</sup> نظم من خلالها كيفية تعيينهم و اختصاصاتهم و محاسبتهم و نقلهم و إنهاء مهامهم و العديد من الأمور الإجرائية الخاصة بهذه المهنة في المواد من 1 إلى 20.

كما أوكل إليهم مهمة توثيق عقود الزواج انطلاقا من المادة 21 من هذه اللائحة و اشترط على المأذون الشرعي قبل توثيق عقد الزواج أو التصديق عليه، أن يتحقق من شخصية الطرفين، و من خلوهما من الموانع الشرعية طبقا للمادة 22 من اللائحة ذاتها.

### خامسا: الجهات المكلفة بتسجيل الزواج خارج الوطن في القوانين المغربية

حسب نص المادة 103 من قانون الحالة المدنية الجزائري، يكتسب الزواج المبرم بالخارج قوته الإلزامية في التراب الجزائري بعد أن يسجل في سجلات الحالة المدنية الممسوكة من طرف الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو القناصل المختصين إقليميا، ويتم التسجيل إما تلقائيا أو بطلب من المعني بالأمر. وفي حالة عدم وجود علاقات دبلوماسية أو إغلاق المقر الدبلوماسي أو القنصلي المختص إقليميا ولا يمكن التسجيل حسب الشروط المنصوص عليها في المقاطع السابقة.

يودع عقد الزواج بوزارة الشؤون الخارجية التي يمكن أن تسلم منه، وتعمل الوزارة على تسجيل هذه العقود عندما تسمح ظروفها بذلك، وتسلم نسخ عقود الزواج المسجلة وملخصاتها من قبل القنصل والأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو من قبل وزارة الشؤون الخارجية.

وهذه الإجراءات نص عليها المشرع المغربي في المادة 15 من مدونة الأسرة المغربية إذ جاء فيها مايلي: "يجب على المغاربة الذين أبرموا عقد الزواج طبقا للقانون المحلي لبلد إقامتهم، أن يودعوا نسخة منه داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه، بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد.

إذا لم توجد هذه المصالح، ترسل النسخة داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية.

<sup>185</sup> قرار وزير العدل رقم 1981/46، صادر بتاريخ 6-4-1971، منشور بالجريدة الرسمية عدد 26 لسنة 1971، ص 4.

تتولى هذه الأخيرة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، فإن النسخة توجه إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

و في الجانب التونسي نص الفصل 37 من قانون الحالة المدنية التونسي على وجوب ترسيم عقد زواج التونسيين المحرر بالخارج بدفتر الزواج للقنصلية التونسية الاقرب في ظرف ثلاثة أشهر بسعي من الزوجين و تعاقب كل مخالفة لهذا الالتزام بخطيئة قدرها عشرة آلاف فرنك. و يكون على ضابط الحالة المدنية أن يرسم عقد الزواج بدفتر معد لذلك طبقا لأحكام الفصل 39 من القانون ذاته.

و على صعيد مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية نصت المادة 77 منها على أنه: "تسجل عقود زواج الموريتانيين في الخارج طبقا للمقتضيات الواردة في قانون الحالة المدنية و خاصة المادة 3 منه."

### **المطلب الثاني: إثبات الزواج غير الموثق في التشريعات المغربية**

رغم تقنين شرط توثيق عقد الزواج و تسجيله لدى المصالح المختصة و فق ما تمت دراسته، فإن نجاح العملية بقيت مقرونة بمدى فعالية النصوص القانونية ومدى تطبيقها على أرض الواقع، هذا الواقع الذي أثبت أن كثير من الزوجات في الجزائر لا تزال من دون توثيق مما عرض أطرافه لمشاكل عديدة تؤثر سلبيا على الأسرة والمجتمع ككل، كلما تم إنكار العلاقة الزوجية.

### **الفرع الأول: إمكانية الإثبات القضائي لعقد الزواج في التشريعات المغربية**

تقضي القاعدة العامة بأن الزواج غير الموثق لا بد له من إثبات، كما أن الإثبات وجد أصلا للإدلاء به أمام القضاء، منه فإن الزواج غير الموثق لا بد له من إثباته أمام القضاء بإقامة الدليل على وجوده وصحته، باتباع إجراءات محددة، و يتم الإثبات بالاعتماد على الوسائل الشرعية والقانونية للإثبات.

سمحت بالإثبات القضائي لعقد الزواج جل قوانين الأسرة المغربية، فالمرشع الجزائري و المغربي و الموريتاني نصوا على ذلك صراحة من خلال المواد و المادة 16 من مدونة الأسرة المغربية التي اشترط

فيها المشرع لسماع دعوى الزوجية حيولة الظروف الاستثنائية دون توثيق العقد، و كذا رفع الدعوى خلال مدة قانونية قدرت بخمس سنوات من صدور المدونة، ومددت لخمس عشرة سنة أخرى، لعدم كفاية الخمس سنوات الأولى المنصوص عليها في المدونة.

وقد أعطى المجلس الأعلى بعض الأمثلة اعتبر فيها حالة الاستثناء متوفرة، من خلال بعض القرارات الصادرة عنه، اعتبر في أحدها أن وفاة العدل الذي تلقى الإشهاد مبررا استثنائيا يتعين معه سماع دعوى الزوجية والاستجابة للطلب<sup>186</sup>، وكذلك الحال بالنسبة لحالة صعوبة الحصول على الأوراق المشتركة في زواج بعض الفئات كرجال الدرك والشرطة<sup>187</sup>، وكذلك الحالات التي يكون السبب في عدم توثيق الزيجات فيها هو الاستحكام للعادة بالاستغناء عن الإشهاد بسبب جهل الأطراف بوجوبه قانونا<sup>188</sup>، وغيرها من المبررات التي لا يمكن حصرها.

فحالة الاستثناء إذن تختلف من قضية إلى أخرى حسب خصوصية كل واحدة على حدة، ويكون للقضاة سلطة واسعة في تقديرها، وسماع دعوى الزوجية متى ثبتت حالة الاستثناء، أو عدم قبول سماعها متى لم تتوفر ظرف الاستثناء.

و نص على الإثبات القضائي للزواج المشرع الموريتاني في المادة 2 من مدونة الأحوال الشخصية و نصها: " يثبت الزواج بحجة رسمية وفقا لمقتضيات هذه المدونة.

يجوز اعتبارا لوقع معين إثبات الزواج أمام القضاء بالبينة".

و به أخذ المشرع الليبي في المادة 5 من قانون الأحوال الشخصية.

بينما لا يثبت الزواج في التشريع التونسي إلا بالحجة الرسمية طبقا لنص المادة 4 من مجلة الأحوال الشخصية، بل ينص الفصل 36 من القانون المنظم للحالة المدنية التونسي على بطلان الزواج المبرم

---

<sup>186</sup> قرار عدد 1326، في الملف العقاري رقم 84/4886، صادر بتاريخ 1986/12/21، أورده الحسن اليوعيسي، كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في مادة العقار والأحوال الشخصية، سلسلة كرونولوجيا الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، دار الأمان، الرباط، ص 174.

<sup>187</sup> قرار عدد 37 في الملف رقم 74935، صادر بتاريخ 1980/02/11، أورده محمد الكشور، المرجع السابق، ص 278.

<sup>188</sup> قرار عدد 37، صادر بتاريخ 62/02/14، أورده عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقهاء في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 1999-2000، ص 72.

خلافًا للإجراءات الإدارية المتبعة في تسجيل عقود الزواج أمام العدلين أو أمام ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من أهل الثقة، بل وتعد أي مخالفة لهذه الإجراءات جنحة يعاقب عليها القانون بالسجن مدة ثلاثة أشهر، و تضاعف المدة إلى ستة أشهر إذا استأنف الزوجان حياتهما الزوجية أو استمررا فيها رغم التصريح بإبطال زواجهما، و هو ما تضمنه الفصل 36 من قانون الحالة المدنية التونسي.

### الفرع الثاني: الإجراءات القضائية لإثبات الزوجية في التشريعات المغربية

في البداية لا بد عند رفع دعوى قضائية أن تتوفر شروط من شأنها أن تؤدي إلى قبول الدعوى أو عدم قبولها، كما يجب أن يكون حاملا للصفة القانونية عند رفعها، كأن يكون زوجا أو زوجة أو خلفا، وله مصلحة قانونية شخصية ومباشرة من وراء طلب إثبات الزوجية، و هي شروط متفق عليها في تشريعات الدول المغربية، إضافة إلى شرط ثالث مختلف حوله هو شرط أن يكون رافع الدعوى أهلا للتقاضي و هو ما حذفه المشرع الجزائري من نص المادة 13 المتعلقة بشروط رفع الدعوى بمقتضى تعديلي قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،<sup>189</sup> تاركا المسألة للقانون الموضوعي الذي يحدد سن أهلية التقاضي في دعاوى الأسرة، و يبيح النزول عن هذه السن بالنسبة للقاصر الذي رخص له بالزواج قبل بلوغه السن القانوني.

### أولاً: عريضة افتتاح دعوى إثبات الزوجية

طبقا للأحكام القانونية العامة في إجراءات التقاضي عامة، يكون على المتقاضي رفع عريضة افتتاحية لدعوى إثبات الزوجية، و هي الوسيلة الوحيدة التي يمكن بها رفع النزاع إلى القضاء و من ثم التطلع إلى الحصول على الحق المرغوب فيه.

يكون على رافع دعوى إثبات الزوجية بموجب العريضة الافتتاحية،<sup>190</sup> تحديد الجهة المختصة نوعيا و مكانيا،<sup>191</sup> بالنظر في دعوى إثبات الزوجية والمتمثلة في أقسام شؤون الأسرة بالمحاكم الابتدائية الواقع في دائرة اختصاصها محل مسكن الزوجية، أو موطن المدعى عليه.

<sup>189</sup> تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أنه: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة بقرها القانون".

<sup>190</sup> المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

<sup>191</sup> المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

ترفق العريضة بجميع الإثباتات التي تثبت قيام العلاقة الزوجية وصحتها من وثائق وشهادات تتمثل فيمايلي:

1- شهادة ميلاد الزوجين الأصلية

2- شهادة عدم تسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية.

3- شهادة حمل أو عدم حمل الزوجة

4- شهادات ميلاد الأولاد إن وجدوا.

5- نسخة عن بطاقة الحالة المدنية للزوجين.

بالإضافة إلى إحضار شاهدين بالغين عاقلين، ممن حضروا عقد الزواج الشرعي أو حفل الزفاف، والإدلاء بما يثبت هويتهما.

**ثانيا: إجراءات سير دعوى إثبات الزوجية**

تبدأ إجراءات سير الدعوى بتبليغ المدعى عليه وكل طرف معني بالنزاع<sup>192</sup>، وإعلامه بأنه قد قدمت ضده دعوى أمام القضاء، كما يبلغ أيضا بالحضور إلى الجلسة التي تم تحديدها، ويكون على المحكمة بعدها تسيير الجلسات،<sup>193</sup> وصولا إلى المداولة و النطق بالحكم.

هذا و يحكم القاضي بناء على قناعته الشخصية التي يكونها من وقائع القضية بعد عرض الأدلة و الإثباتات التي تساعد في ذلك، إذ تكتسي مادة الإثبات أهمية بالغة في قانون الأسرة، وخصوصا في إثبات العلاقة الزوجية، ومفاد الإثبات هو أن صاحب الحق لكي يتمكن من استيفائه، فإن عليه إقامة الدليل على وجوده، فالإثبات هو "إقامة الدليل على حق أو على واقعة من الوقائع، وبمعنى أخص إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت عليها آثار"<sup>194</sup>.

والإثبات طبقا للقواعد العامة في القانون المدني له أدلة متنوعة حدد حجية كل منها على سبيل الترتيب، بحسب نوع القضية المعروضة على القضاء، وبها أخذ المشرع الجزائري في مجال إثبات العلاقة

<sup>192</sup> المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

<sup>193</sup> المادة 20 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

<sup>194</sup> أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة سنة، ص 14.

الزوجية غير الموثقة تاركا المجال الواسع للقاضي لإعمال السلطة التقديرية في تقدير أدلة الإثبات سواء تم ذلك بالاعتماد على البيينة أو الإقرار أو الخبرة الطبية.

### ثالثا: صدور الحكم القاضي بإثبات الزواج و الأمر بتسجيله في الحالة المدنية

بعد انقضاء اجل الجلسات و القيام بالمداولات، و بعد أن يكون قاضي الأسرة قناعته بالاعتماد على أدلة الإثبات و أقوال الأطراف، يصدر القاضي حكمه بثبوت الزواج متى تكونت قناعته بذلك و يلحق به نسب الأبناء إن وجدوا، و يأمر في الحكم ذاته بتسجيله في سجلات الحالة المدنية، بسعي من النيابة العامة.

و بعد تسجيل الحكم القضائي لدى مصالح الحالة المدنية يتمكن الزوجان من استخراج نسخة من سجلات الحالة المدنية مدون فيها عقد الزواج، كما يحصلان على الدفتر العائلي المثبت لعلاقة الزوجية و المدون فيه الأولاد الذين كانوا نتاج هذه العلاقة.

حددت التشريعات المغربية، البيانات الواجب تضمينها في الحكم القضائي عامة من تحديد للجهة القضائية المصدرة له والبيانات المتعلقة بشخص أطراف النزاع وممثليهما القانونيين إن وجدوا وتاريخ النطق به والهيئة التي أصدرته، بالإضافة إلى الإشارة إلى ممثل النيابة العامة<sup>195</sup>.

كما يحتوي الحكم القضائي ملخصا عن الوقائع المعروضة على القاضي وكذا الإجراءات التي تم اتباعها من قبل المتقاضين، وصولا إلى تسبيب الحكم بالنصوص القانونية التي استند عليها القاضي في تكوين قناعته بعد مناقشة الأدلة المعروضة عليه، وصولا إلى النطق بالحكم في جلسة علنية<sup>196</sup>.

<sup>195</sup> المادة 272 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

<sup>196</sup> المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.



## المحاضرة 5

### آثار عقد الزواج في قوانين الأسرة المغربية

إن الأهمية التي يكتسبها عقد الزواج إنما تفسر بالنظر إلى الآثار التي تنتج عنه و التي تنصرف إلى طرفي العلاقة الزوجية و تتعداهما إلى الغير، خاصة إذا علمنا بأن معظم هذه الحقوق تتعلق بالعرض، ومنها ما يتعلق بالمعاملات الشخصية و المالية.

لقد رسم الله سبحانه وتعالى لهذه الرابطة الشرعية المقدسة حدودا يقف كل طرف عندها ضامنا بأدائه ما عليه تحصيل ماله، وهي تلك العلاقة المتبادلة من الحقوق والواجبات أثناء قيام الحياة الزوجية، لذلك نلاحظ كتب التشريع تعج بأحكام حقوق الزوجين، حيث حظيت بعناية كبيرة سواء من طرف فقهاء القانون أم الشريعة الإسلامية، فكل أصل لها أصولا، وقعد لها قواعد ليلتزم كل من الزوجين بحدوده لا يتعداها، ولا يفرط في حق الآخر، سيما وأن ذلك ينبني عليه أحكام أخرى قد تستدعي تدخلا قانونيا لتسوية الوضع. وقد قسمنا هذه الآثار إلى آثار تنصرف إلى إمكانية إقران عقد الزواج بعقود حددها القانون ذلك من خلال المبحث الأول، و آثار تحدد الحقوق و الواجبات الزوجية في المبحث الثاني، و الآثار المرتبطة بالنسب و هو ما سيكون محطة الدراسة في المبحث الثالث.

### المبحث الأول: الحق في إبرام العقود المقترنة بالزواج

تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء التي تتبع من مبدأ التيسير و رفع الحرج، يحق لطرفي العلاقة الزوجية الاتفاق حول كل ما يتمسكان به من وضعيات يريانها ضرورية في حياتهما الزوجية، و ذلك من خلال اتفاق الزوجين على تضمين عقد زواجهما بعض الشروط بما يخدم مصلحة أي منهما، وهي في الغالب شروط اعتاد الناس على اشتراطها في عقد الزواج، كاشتراط مواصلة الدراسة بالنسبة للمرأة، أو عملها<sup>197</sup>، فإذا ما ضمن أحد الزوجين في عقد الزواج أو في عقد لاحق شرطا، فإنه يكون ملزما وعلى من التزم به تنفيذه وفاء بما التزم به (المطلب الأول)، إلى جانب ذلك منح القانون الحق للزوجين في الاتفاق حول تدبير و تسيير الأموال المكتسبة خلال الزواج بناء على اتحاد إرادتهما حول ذلك (المطلب الثاني).

<sup>197</sup> إدريس الفاخوري، الزواج و الطلاق في مدونة الأحوال الشخصية المغربية، دار النشر الجسور، وجدة، المملكة المغربية، الطبعة الأولى 1993، ص 196.

## المطلب الأول: الحق في الاضطرار في عقد الزواج

بالبحث في حق الزوجين في تضمين عقد الزواج بعض الشروط الاتفاقية، وجدنا رأي للإمام محمد أبو زهرة بأن الإجابة عن هذا التساؤل تكون بمعرفة ما إذا كانت آثار عقد الزواج هي من عمل العاقدان أم من عمل الشارع الكريم، لأنها إذا كانت من عمل الشارع، فإنه ليس للعاقدين أن يشترطوا من الشروط ما لا يتفق مع ما قرره الشارع من مقتضيات العقد.

أما إذا كانت هذه الآثار من عمل العاقدان، فإن كل ما يتفق عليه الزوجان من شروط، لازمة ما دام لا دليل يمنعها من الشارع، فيكون على العاقدان الالتزام بها بالوفاء.

ولما كانت العقود الإسلامية وعلى رأسها عقد الزواج يختص بوضع آثارها وشروطها الشارع الحكيم، حتى وإن كانت قائمة على رضا المتعاقدين، إلا أن الرضا يقتصر فيها على إنشاء العقد، بينما يبقى اختصاص تقرير الشروط والآثار والحقوق والواجبات من عمل الله سبحانه وتعالى، حفاظاً على الحياة الزوجية من العبث والفساد، إذا ما اشترط المتعاقدان شروطاً تتنافى ومقاصد الشرع<sup>198</sup>.

## الفرع الأول: مشروعية الاضطرار في الزواج

بالبحث فيما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص أحقية الزوجين عامة، والزوجة على وجه الخصوص في تضمين عقد الزواج بعض الشروط الاتفاقية<sup>199</sup>، نستشف وجود إجماع بأحقيتهما في ذلك، غير أننا نلمس في ذات الوقت وجود اختلاف بينهم، بين موسع ومضيق بشأن ما يصح اشتراطه وما لا يصح، إذ وسع الحنابلة هذه الشروط وأجازوا الأخذ بكل ما يشترطه الزوجان أو أحدهما، ما لم تكن الشروط منافية لمقتضى العقد<sup>200</sup>، أو يكون الشارع قد نهى عنها<sup>201</sup> عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"<sup>202</sup> وقوله أيضاً: "إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحلتم به الفروج"<sup>203</sup>.

<sup>198</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 156.

<sup>199</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 156.

<sup>200</sup> محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، طبعة 2003، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 163

<sup>201</sup> المرجع نفسه، ص 163.

<sup>202</sup> رواه أبو داود في سننه، المرجع السابق، المجلد الثاني، باب في الرجل يشترط لها دارها، ص 250.

<sup>203</sup> المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

أما الجمهور من المالكية والشافعية والحنفية، فقد ضيقوا من نطاق الشروط التي يجوز للزوجين اشتراطها، فقصروها على التي تكون موافقة لمقتضى العقد، أو التي جاء بها الشارع الحكيم، أو تلك التي جرى العرف على اعتبارها، ويضيف الأحناف نوعا رابعا، وهي الشروط التي تؤكد مقتضى العقد<sup>204</sup>. وهكذا نجد المشرع الجزائري أخذ بالمذهب الحنبلي إذ نص في المادتين 19 و35 على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدد الزوجات، وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

"إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا".

وهكذا نجد المشرع الجزائري نص على الشروط المقترنة بالزواج من خلال المادة 19 من قانون الأسرة، و الشأن ذاته بالنسبة لنظيره المغربي من خلال المادتين 47-48 من مدونة الأسرة، و التونسي في الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية و نصها: "يثبت في الزواج خيار الشرط و يترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكانية طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء".

كما جاء في المادة 28 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية أنه: " للزوجة أن تشترط على الزوج ألا يتزوج عليها أو يغيب عنها مدة معينة أو يمنعها من دراسة أو عمل و كل شرط لا ينافي المقصود من العقد".

### الفرع الثاني: الشروط المباحة في الزواج

الشروط المباحة للاشتراط في عقد الزواج هي تلك التي يقتضيها العقد، و هي التي ورد الشر بها بنص أو جرى العرف به كأن تشترط الزوجة أن ينفق عليها أو حسن معاشرتها، أو يشترط الزوج عليها القرار في البيت و عدم الخروج إلا بإذنه.

<sup>204</sup> محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي، سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 162.

من الشروط التي يمكن أن تكون شرطا في الزواج، اشتراط أحد الزوجين في الزوج الآخر السلامة من العيوب، إذا كان من حق الرجل أن يشترط السلامة من العيوب فيمن تشاركه حياته، وكذلك يجوز للزوجة أن تشترط السلامة من العيوب الخاصة بالزوج التي تحول دون تحقيق الغرض المقصود من الزواج، وهذه العيوب توجد في الزوج خاصة، تمنع الوطاء وتوجب الخيار للزوجة، فإذا تزوجت المرأة على السلامة فوجدت به أحد هذه العيوب كان لها الخيار لقوله تعالى: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"<sup>205</sup> قياسا على أنه لو آل منها كان لها أن توقفه وتطالبه بالفيء مع قدرته على الوطاء.

وفي هذا روى علي و عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها وضع ثوبه، وقعد على الفراش أبصر بكشحاها بيضا، فانحاز عن الفراش ثم قال: خذي عليك ثيابك، وفي رواية والحق بأهلك، ولم يأخذ مما أتاها شيئا، وقال دلستم علي.

و قد أعطى المشرع الجزائري و الموريتاني أمثلة على الشروط التي يمكن للزوجة أن تشترطها الزوجة على الزوج و ذلك على سبيل المثال، نظرا لأهمية هذه الشروط بالذات في الحياة الزوجية، و لكثرة اشتراطها في هذين المجتمعين، و تتمثل هذه الشروط في ألا يتزوج عليها أو يمنعها من العمل، أو يغيب عنها مدة معينة من أو يمنعها من مزاوله الدراسة.

أما الشروط المنافية لعقد الزواج فيعدها فقهاء الشريعة الإسلامية شروطا فاسدة، لكونها تتنافى مع مقتضيات عقد الزواج، كاشتراط الزوج على الزوجة عدم الإنفاق عليها أو إساءة معاملتها و غيرها من الشروط، فيجب عدم الالتزام بها لفسادها، لقوله صلى الله عليه و سلم: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل"<sup>206</sup>.

### الفرع الثالث: مآل عقد الزواج المقترن بشرط ينافيه

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مآل عقد الزواج المشوب بشرط ينافيه، بالنظر إلى اختلافهم في تكييف الشروط المنافية للعقد، و التي فرقوا فيها بين الفاسدة التي تبطل هي و يبقى معها العقد صحيحا، و بين الباطلة التي تبطل العقد على اعتبار أنها جاءت منافية للمقاصد التي يقوم عليها، كان يشترط

<sup>205</sup> سورة البقرة: 228.

<sup>206</sup> رواه البخاري في صحيحه، المرجع السابق، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، حديث رقم 2060.

الزوج على زوجته عدم الإنفاق عليها أو عدم مسها، و هو رأي الشافعية. أما الجمهور فيعتبرون أن كل الشروط المنافية لمقتضى العقد لا تبطل الزواج.

وقد نص المشرع الجزائري على مآل عقد الزواج المشوب بشرط منافع لمقتضياته في كل من المادتين 32 و 35 منه، حيث نص في الأولى على أنه: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، بينما نص في الثانية على أنه: " إذا اشتمل عقد الزواج على شرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا و العقد صحيحا".

إن المستقرى للمادتين، يلاحظ بما لا يدع مجالا للشك وجود تناقض بخصوص ما قرره المشرع الجزائري بشأن مصير عقد الزواج إذا اقترن به شرط يتنافى ومقاصده، هو التناقض الواضح بمقارنة نص المادتين 35 السالفتين الذكر مع ما جاء به في نفس الشأن بمقتضى المادة 32 التي نص فيها على أنه: فأى النصين يرجح القاضي إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه؟ هل يحكم ببطلانه تطبيقا لنص المادة 32 من قانون الأسرة، أم بصحته وإبطال الشرط تطبيقا للمادة 35 من نفس القانون؟

الراجح في حالة وجود التناقض كما هو الحال بالنسبة للمادتين أعلاه هو الأخذ بمقتضى المادة التي توفر أكثر حماية لعقد الزواج وهي المادة 35 من قانون الأسرة، بالتالي على القضاء الحكم بإبطال الشرط وصحة العقد، لأنه المقرر عند الفقهاء بالنظر إلى أهمية الزواج الذي تجب حمايته من جهة، ولكون هذه الشروط لا تدخل في ماهيته وتكوينه ما دام أنه نشأ صحيحا، إلى حين إلغاء المشرع الجزائري الشرط الثاني من المادة 32 بحذف عبارة "أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، والإبقاء على الشرط الأول فقط بحيث يصبح نص المادة كما يلي: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع من موانعه"، و هو ما نصت عليه المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية، على خلاف المشرع الموريتاني الذي اعتبر الشرط المنافي لعقد الزواج باطلا في نص البند الثالث من المادة 49 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، أما المشرع الليبي فلم نجد له نصا المسألة تبعا لعدم تنصيبه على حق الاشتراط في الزواج.

و من بين الاختلافات الموجودة في هذا الشأن بين المشرعين الجزائري و المغربي في تنظيمهما لعقد الاشتراط ، نجد بأن المشرع الجزائري منح للزوجين حرية اشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق،

ما يريانه مناسباً لهما، غير أن هذه الحرية تبقى مقيدة بالأحكام القانونية ومقاصد الزواج الذي يبقى صحيحاً حتى مع بطلانها.

#### الفرع الرابع: جزاء الإخلال بالشروط المقترنة بالزواج

قيام الشرط صحيحاً يصبح الطرف الآخر الذي قبل الشرط، ملزماً بتنفيذه، لقوله تعالى في كتابه المحكم: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"، وقوله صلى الله عليه وسلم: "أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج"، و تماشياً مع القاعدة الفقهية التي تؤكد على أن من التزم بشيء لزمه، كما يستفاد من المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية، جاء فيهما على التوالي: "الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلاً والعقد صحيحاً". والفقرة الأولى من المادة 48 منها التي جاء فيها: "الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين".

مضيفاً في الفقرة الثانية من هذه المادة حكماً ينفرد به عن باقي قوانين الأسرة المغربية التي تجيز الاشتراط بين الزوجين في عقد الزواج، حيث جاء فيها: "إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقاً، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفائه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه".

فقد تفتن المشرع المغربي إلى إمكانية إرهاب المدين بالشرط بالتالي امتناعه عن الوفاء به نتيجة هذا الإرهاب، فأباح له أن يرفع الأمر للمحكمة لتعديله أو إلغائه مع الأخذ بعين الاعتبار شرط عدم التعدد، ليكون بذلك المشرع المغربي قد طبق نظرية الظروف الطارئة على الشروط المقترنة بالزواج في الوقت الذي سكت فيه المشرع الجزائري عن مدى إلزاميتها أصلاً، مرتباً جزاء على مخالفتها ينصب بالأساس على مصير الحياة الزوجية، والمتمثل في حق الزوجة في المطالبة بإنهاء الرابطة الزوجية، بتطبيقها للضرر الذي لحقها من جراء الإخلال، طبقاً للفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، الفقرة الأولى من المادة 99 من مدونة الأسرة المغربية، و الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

وأخيرا فإن الشروط الذي يضمنها أحد الزوجين أو كلاهما ينبغي أن يخصص لها مكان في وثيقة الزواج، كما يكون على الجهة المصدرة للوثيقة، التأكد من علم الطرف الآخر بهذه الشروط والموافقة عليها بإرادته الحرة خالية من أي عيب.

### **المطلب الثاني: الحق في الاتفاق حول تدبير الأموال المكتسبة**

يعد مبدأ استقلالية الذمة المالية لكل من الزوجين من المسلمات في أحكام الشريعة الإسلامية، فلا سلطة للزوج على أموال زوجته و لا سلطة للزوجة على أموال زوجها، و هذا المبدأ متفق عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية، و قوانين الأسرة المغاربية بالتأسيس القانوني (الفرع الأول)، مع فتح باب الاتفاق حول تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية (الفرع الثاني)، على خلاف التشريع التونسي الذي شرع قانونا خاصا يتعلق بالنظام المالي المشترك بين الزوجين(الفرع الثالث).

### **الفرع الأول: الأساس القانوني للاتفاق المالي بين الزوجين**

إذا كان مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين هو عمود العلاقة المالية بينهما، وهو من الآثار الحتمية لإنشاء علاقة الزوجية، ولا يلزم أحدهما بكتابته أو إثباته لأنه لا حياد عنه، فإن مشرع قانون الأسرة الجزائري ترك حيزا لتدخل الإرادة في تسيير الأموال التي تدخل في نمة الأسرة، عن طريق منح الزوجين إمكانية الاتفاق حول تدبير الأموال التي ستكتسب خلال الحياة الزوجية، وهذه إمكانية محددة المعالم عن طريق القانون، إذ أن رخصة تدبير الأموال المكتسبة تقوم بالأساس على الاتفاق فالمتحكم الأساسي فيها هي الإرادة المشتركة لكلا الطرفين، ومنه فإنه يطبق على هذه الإرادة القواعد العامة المتعلقة بالإثبات وعلى رأسها الكتابة.

لقد نص على حق الزوجين في إبرام اتفاق مالي بينهما لتسيير شؤون الأسرة كل من المشرع الجزائري و المغربي و التونسي الذي رجاه إلى نظام مالي قائم بذاته، على خلاف التشريعين الأولين الذين كيفا المسألة على أنها اتفاق مالي حول تدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية، بينما لم نعثر على نص في المسألة عند كل من المشرعين الموريتاني و الليبي.

### **الفرع الثاني: تدبير الأموال المكتسبة في قانون الأسرة الجزائري و المدونة المغربية**

لقد جاء التنصيص على المسالة في قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 37، كمايلي:  
"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".  
و اللافت أن المشرع الجزائري لم يحدد بدقة فحوى الاتفاق الذي يفترض أن يشمل إدارة الأموال المشتركة بين الزوجين، ولا كيفية استثمارها أثناء قيام العلاقة الزوجية، وصولا إلى توزيعها واقتسامها بتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما، وما يعاب عليه أنه لم ينص على ضرورة إخطار القائمين على توثيق عقد الزواج الزوجين بوجود مثل هذا الاتفاق، وأنهما يحق لهما بأن يضمناه في وثيقة الزواج أو في عقد لاحق، شرط أن يتسم بالرسمية.

كما نص المشرع المغربي على حق الزوجين في إبرام اتفاق حول تدبير الأموال المكتسبة من خلال الفقرة الأولى من المادة 49 من المدونة التي جاء فيها: "...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".

إن كان المشرع المغربي نص على ضرورة تضمين الاتفاق في وثيقة مستقلة عن وثيقة الزواج<sup>207</sup> فإن المشرع الجزائري سوى بين أن يضمن الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق تاركا الخيار للمتعاقدين، ومنه يمكن القول أنه من بين البيانات التي يمكن أن تشملها وثيقة الزواج في التشريع الجزائري ما يتعلق باتفاق الزوجين حول الأموال المشتركة بينهما وتحديد النسب التي تؤول لكل منهما.  
وبخصوص الأموال التي تدخل في دائرة الاتفاق فإنها تتمثل في الأموال التي ستكتسب أثناء فترة الزواج نتيجة عمل وجهد الزوجين في تنمية ثروة الأسرة، أما الأموال الناتجة عن الإرث أو الوصية أو الهبة فهي تعد من الأموال الطارئة التي لا علاقة لها بالاتفاق المتعلق بالتدبير.

---

<sup>207</sup> وقد وجه أحد الفقهاء للمشرع المغربي انتقادا بهذا الخصوص متجها في انتقاده إلى أنه كان عليه أن يترك الخيار للمتعاقدين بشأن تضمين هذه الاتفاقات والشروط في صلب العقد أو في اتفاق لاحق كما نص عليه المشرع الجزائري.-  
- إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، المرجع السابق، ص 172.



### الفرع الثالث: نظام الاشتراك المالي بين الزوجين في التشريع التونسي

على صعيد التشريع التونسي، وضع المشرع التونسي أحكاما للاتفاق تختلف تماما عن نظيره المغربي والجزائري حيث أن الاتفاق في إطار العلاقة المالية بين الأزواج في القانون التونسي ينصب على تغيير النظام المالي للزوج، فالمشرع خول للزوجين الحق في اختيار نظام اشتراك في الأموال بين الزوجين بموجب قانون خاص يتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين يضم 26 فصلا في الموضوع.<sup>208</sup>

و عرف الفصل الأول من قانون نظام الاشتراك في الأملاك التونسي، الاشتراك في الأملاك على أنه: "نظام الاشتراك في الأملاك هو نظام اختياري يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق، وهو يهدف إلى جعل عقار أو جملة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة".

كما يحق للزوجين حين يقع اختيارهما على نظام الاشتراك في الأملاك \_المأخوذ من القانون الفرنسي\_ أن يتفقا على توسيع نطاق الاشتراك على أن يتم التنصيص على ذلك صراحة في العقد<sup>209</sup>. إضافة إلى ذلك يشمل القانون عدة مقتضيات تنظم كيفية إدارة الأملاك المشتركة وطرق التصرف فيها والأملاك المستثناة من دائرة الاشتراك وفي انتهاء النظام وغيرها...

<sup>208</sup> قانون عدد 94 لسنة 1998 مؤرخ في 9 نوفمبر 1998 يتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، منشور في الرائد الرسمي عدد 91 المؤرخ في 13 نوفمبر 1998.

<sup>209</sup> الفصل الثاني من قانون نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

## المحاضرة 6

### الحقوق و الواجبات الزوجية في قوانين الأسرة المغربية

عقد الزواج الصحيح يرتب حقوقا وواجبات متبادلة بين الزوجين، من شأن الالتزام بها أن يقوي الروابط الأسرية فيما بينهما، و قد نصت قوانين الأسرة المغربية كلها على حقوق وواجبات الزوجين في باب آثار الزواج

كان المشرع الجزائري قبل التعديل ينص على تقسيم ثلاثي للحقوق وواجبات الزوجية، بين خلالها ما للزوج على زوجته، و ما للزوجة على زوجها، و جمع بينهما في حقوق وواجبات مشتركة في المادة 36، غير أنه عدل عن هذا التقسيم إلى تقسيم آخر أبرز فيه الحقوق وواجبات المشتركة بعد أن وسع من دائرتها، و سكت عما يختص به كواجب كل طرف تجاه الآخر، إلا ما نص عليه القانون في حينه، و هذا التوجه محمود على أساس أنه يبرز التعاون و التكافل بين الزوجين الذين أصبحا مسؤولين على قدم المساواة فيما يخص تدبير شؤون الأسرة.

من ذلك كان لزاما التقيد بمنهجية المشرع الجزائري في تسطير الحقوق والواجبات الزوجية، و دراسة من يشتركان فيها في المطلب الأول، وما يختص به كل طرف على الآخر في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: الحقوق و الواجبات المشتركة بين الزوجين

المقصود من الحقوق المشتركة تلك الحقوق الثابتة للزوجين معا، وعليهما معا، و نص المشرع الجزائري على الحقوق الزوجية المتبادلة بين الزوجين في المادة 36 من قانون الأسرة، و تنقسم المادة إلى فقرات، ابتغى المشرع من خلالها التركيز على الجوانب العديدة التي تربط احد الزوجين بأفراد الأسرة، و منه أدرجت هذه المادة في الفقرات الأربع الأولى الحقوق والواجبات المتبادلة وكيفية العناية بالأبناء. أما الفقرات الثلاثة الأخيرة، فنص من خلالها على توطيد الصلة بين الأقارب والأصول والفروع وهي حقوق معنوية مشتركة بين الزوجين.

### الفرع الأول: الحقوق المعنوية المشتركة بين الزوجين

هذا النوع من الحقوق لا يقدر بمال، يعرف بالحقوق غير المالية، ويمكن أن يطلق عليه اسم الحقوق الأدبية أو الحقوق المعنوية، وبهذه التسمية أو تلك، فإنها حقوق شرعية أثبتتها الله تعالى للزوجين إلى

جانب الحقوق المادية لأن الإنسان لا يستقيم أمره ولا تستقر حياته إلا بوجود أنيس له، يجتمع به شمله وتتنظم معه حياته، فبالزواج يستطيع أن يحقق تلك الحكمة الإلهية البالغة الدالة على كمال الخالق جل وعلا وعلى نقص المخلوق وعجزه واحتياجه، وهذه الحقوق المعنوية المشتركة كما أقرها المشرع والقانون للزوجين، فلوالدين والأبناء منها النصيب الأكبر.

نصت عليها المادة 36 من قانون الأسرة وهي حقوق وواجبات يتساوى فيها الزوجان مطلقا، وسع المشرع منها بمقتضى تعديل 2005، حتى يظهر مدى المساواة بين الزوجين و مسؤوليتهم في العلاقة الزوجية، و قد انتهج هذا النهج قبله، المشرع المغربي في المادة 51 من مدونة الأسرة، والتونسي في الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، بينما فرق المشرعين الموريتاني و الليبي بين ما للزوج على زوجته و ما للزوجة على زوجها.

#### أولا: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

إن عقد الزواج يرتب آثارا شرعية قانونية بمجرد نشوئه صحيحا، و أهم هذه الآثار واجب الزوجين تجاه بعضهما البعض الغرض منها الحفاظ على الروابط الزوجية و المشاركة فيه، و ذلك يقتضي على الزوجين الالتزام بالأهداف التي شرع الزواج من أجلها ومن بينها الحفاظ على النسل، و ذلك يتأتى بتشريع حل الاستمتاع بين الزوجين، و العفاف، و كذا الحفاظ على خصوصية الحياة الزوجية.

#### أ: حل الإستمتاع بين الزوجين

الأصل المتفق عليه عند بعض الفقهاء، للزوج أن يباشر زوجته في أي وقت، ما لم يكن بها عذر شرعي كحيض أو نفاس أو مرض، إلا أنهم اختلفوا فيما يقضى به على الرجل من الوطاء تنفيذًا لحق المرأة قبله، ويجب ألا تشغله عبادته أو عمله عن حقها في قربانها، لما روي عن زوجة عبد الله بن عمرو بن العاص شكت للنبي صلى الله عليه وسلم من عدم قربان زوجها لاشتغاله بالعبادة، فأرسل إليه النبي صلى الله عليه وسلم، فلما جاءه قال له: "يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل" فقال: بلى يا رسول الله فقال له: لا تفعل؛ صم وأفطر، قم ونم، فإن لجسدك عليك حقا، ولعينيك عليك حقا ولزوجك عليك حقا<sup>210</sup>.

<sup>210</sup> رواه البخاري في صحيحه، المرجع السابق، باب لنفسك عليك حق، حديث رقم 5199.

ولم ينص المشرع الجزائري صراحة على واجب الاستمتاع بين الزوجين، و كذلك قوانين الأسرة المغربية، غير أن هذا الواجب أو الحق يمكن أن يدخل في خانة المعاشرة بالمعروف الذي نصت عليه هذه القوانين.

### ب: حق إعفاف الزوجين

العِفَّة: هي الكَفُّ عما لا يَحِلَّ وَيَجْمَلُ، عَفَّ عن المَحَارِمِ والأَطْمَاعِ الدَّنيَةِ يَعِفُّ عِفَّةً وَعَفَاءً وَعَفَافاً وَعَفَافَةٌ فهو عَفِيفٌ وَعَفٌّ أَي كَفٌّ وَتَعَفَّفَ وَاسْتَعَفَّفَ وَأَعَفَّهُ اللهُ فِي التَّنْزِيلِ {وَلَيْسَتَعَفَّفَهُمُ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا} 211.

والاستِعْفَافُ طَلْبُ الْعَفَافِ وَهُوَ الْكَفُّ عَنِ الْحَرَامِ وَالسُّؤَالِ مِنَ النَّاسِ أَي مِنْ طَلْبِ الْعِفَّةِ وَتَكَلُّفِهَا أَعْطَاهُ اللهُ إِيَّاهَا. 212

وهي عند الفقهاء، الابتعاد عن كل ما يدعو إلى الريبة، ومن حقوق الزوج أن تحافظ المرأة على عفتها وشرفها وتصون عرضها وعرض زوجها وبيتها مما يدنسها ويلحق به العار، وفي هذا السبيل سدت الشريعة الإسلامية أمام كل من الزوجين أبواب الفساد التي قد تؤدي إلى الانحراف قال تعالى: "قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَحْضُوا مِنْ أَبْطَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ... وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَحْضُنَّ مِنْ أَبْطَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ" 213.

نص عليها المشرع المغربي في الفقرة 1 من المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية و جعله المشرع الموريتاني من واجبات الزوجة تجاه زوجها و ذلك في البند الثاني من المادة 55 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية معبرا عنه بواجب حفظ العرض، أما المشرعين الجزائري فلم ينص صراحة على هذا الواجب في نص المادة 36 من قانون الأسرة سوى ما ذكره من واجب المعاشرة بالمعروف في الفقرة 2 منها.

### ج: الإلتزام بعدم إفشاء الأسرار الزوجية

211 سورة النور، الآية 33

212 ابن منظور ، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 253.

213 سورة النور، الآية 30-31.

معناه إلتزام كل من الزوجين بألا يذكر أحدهما صاحبه بسوء بين الناس ولا يفشي سره ولا يخبر بما يعلم عنه من العيوب الخفية، قال تعالى: {مَا الصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ} <sup>214</sup>. قال الإمام البيهقي: أي قانمات بحقوق أزواجهن، والقنوت القيام، وهو الدعاء أيضا، وقيل قانمات أي مصليات ومنه قوله تعالى: {أَمَّنْ هُوَ قَانِتٌ آنَاءَ اللَّيْلِ سَاجِدًا وَقَائِمًا} <sup>215</sup>.

وروى ابن جريج والبيهقي من حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: "خير النساء التي إذا نظرت إليها أسرتك، وإذا أمرتها أطاعتك، وإذا غبت عنها حفظتك في مالك ونفسها" <sup>216</sup> ويدخل في هذا أيضا: كتمان ما يكون بينهما في الخلوة ولا سيما حديث الرفث، فما بالك بحفظ العرض، وآيات القرآن الدالة على ذلك فيها أبلغ دقائق آيات النزاهة، فقلوب النساء الصالحات الأمان من تلك الخلجات في المحافظة على الواجبات الزوجية، ناهيك عن وصل حفظ الغيب بما حفظ الله فالانتقال السريع من ذكر ذلك العيب الخفي إلى ذكر الله العلي، يصرف النفس عن التماذي في التفكير بما يكون مراعيًا للاستتار من تلك الخفايا والأضرار وانشغالها بمراقبة الله تعالى، وفسروا قوله تعالى "بما حفظ الله" أي بما حفظه لهن في مهورهن ووجوب النفقة لهن، فهن يحفظن حق الرجال في غيبتهم جزاء على المهر ووجوب النفقة المفروضة لهن في حكم الله تعالى.

## ثانيا: المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة

يدخل تحت لواء المعاشرة بالمعروف، حسن معاملة كل من الزوجين للآخر، و التحلي بحسن الخلق في المعاشرة.

### أ - حسن التعامل بين الزوجين

تنص المادة 03 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الإجتماعية"

<sup>214</sup> سورة النساء، الآية 34.

<sup>215</sup> سورة الزمر، الآية 09.

<sup>216</sup> رواه النسائي في سننه، المرجع السابق، باب جهاد النفس في طاعة الله، حديث رقم 3298.

و أكدت على ذلك الفقرة 2 من المادة 36 الخاصة بالحقوق الزوجية المشتركة بين الزوجين و المقصود من المعاشرة بالمعروف حسن كل من الزوجين للآخر بالتحلي بحسن الخلق في المعاملة بينهما لأن المعاشرة بالمعروف أساس تألف القلوب واستدامة الرابطة الزوجية، و هو ما نص عليه المشرع المغربي في الفقرة 1 من المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية و جعله حقا وواجبا مشتركا بين الزوجين. فعلى الزوجين أن يبذلا وسعهما لإسعاد بعضهما، و حسن صحبة كل منهما للآخر بإشاعة المودة والرحمة في البيت وترك الهجر غير المشروع، لقول تعالى: {وَمَا شَرُّهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنَّ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا}.<sup>217</sup>

حيث ثبت عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال لعائشة رضي الله عنها: "كنت لك كأبي زرع لأم زرع"،<sup>218</sup> أي في حسن العشرة، فتكون المعاشرة بين الزوجين بهذا المعنى بالفضل والإحسان قولاً وفعلاً وخلقاً، لقوله صلى الله عليه و سلم: "خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي".<sup>219</sup>

فالعلاقة بين الزوجين يجب أن تبنى على الاحترام والتقدير ومراعاة كل واحد منهما حقوق الآخر ومشاعره، وهذا يجلب المحبة والمودة بينهما ويظل منزل الزوجية بظلال من الهدوء والسكينة، ويجعل المنزل جنة يفيئ إليها كل واحد من الزوجين ليجد في تلك الضلالة راحة النفس وهدوء البال، لقوله تعالى: {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ}.<sup>220</sup> فمعالم العشرة الحسنة بين الزوجين، إحسان الزوج معاملة زوجته ورعايتها رعاية حسنة يقابل ذلك طاعة المرأة لزوجها.<sup>221</sup>

## ب - التحلي بحسن الخلق

يكون بالكلمة الطيبة غذاء للروح وشفاء لأمراض النفس ولها تأثير قد يغير حياة الإنسان ، من أجل ذلك كان وجوب اقتران القول الحسن مع الأمور الأساسية في العقيدة والعبادة والسلوك، كتوحيد الله وإقامة الصلاة وبر الوالدين وحسن معاملة الزوجة من أهم ما دعت الشريعة إلى تحقيقه وإقامته، فالآية ترشدنا

<sup>217</sup> سورة النساء، الآية 19.

<sup>218</sup> رواه البخاري في صحيحه، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب حسن المعاشرة مع الأهل، حديث رقم 5189، ص 184، ص 184.

<sup>219</sup> رواه الترمذي في سننه، المرجع السابق، كتاب المناقب، باب فرض أزواج للنبي صلى الله عليه و سلم، حديث رقم 3895، ص 709.

<sup>220</sup> سورة الروم، الآية 21.

<sup>221</sup> عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، دون طبعة، ص 293.

إلى القول الحسن في هذه الأمور، ونود أن نعيش لحظات في ظلال قوله تعالى: "وَسْئَلُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا"<sup>222</sup>، نطل من خلالها على حياتنا الاجتماعية والأسرية.

و لنا في رسولنا الكريم أسوة في مكارم الأخلاق و حسن معاملته لزوجاته، فرغم انشغاله بتبعات الدعوة وشؤون المسلمين كان لا يؤلي جهدا عن مجاملة زوجاته، فكان عليه الصلاة والسلام يرخم اسم عائشة رضي الله عنها فيخاطبها: "يا عائشة" و"يا عويش ويا حميراء"، ويدخل السرور على قلبها، وكان عليه الصلاة والسلام يقول لها: "إني لأعلم إن كنت عني راضية، وإذا كنت علي غضباء"، قالت فقلت: ومن أين تعرف ذلك؟ فقال عليه الصلاة و السلام: "أما إذا كنت عني راضية تقولين: لا ورب محمد، وإذا كنت عني غضباء تقولين: لا ورب إبراهيم"، قالت: أجل والله يا رسول الله، ما أهرج إلا اسمك<sup>223</sup>.

### ثالثا: التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم

نصت على هذا الواجب المشترك الفقرة الثالثة من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري، و الفقرة 2 و 3 من المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية و المادتين 55 و 56 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

### أ - التعاون بين الزوجين على مصلحة الأسرة

ولا شك أن لتعاون الزوجين على البر والتقوى آثار عظيمة عليهما وعلى ذريتهما لأن شيوع روح التعاون بين الزوجين من شأنه أن يخفف العبء عليهما، كما أن هذه الروح تنتقل إلى الأولاد فتزيد من قوة الرابطة الأسرية، و تربي الطفل على حب طاعة الله وتعظيمه لشعائر الإسلام، وسهولة انقياده لأمر الله اقتداءً بأبويه، لقوله تعالى: "تَرْبِيَةً بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"<sup>224</sup>.

في هذا السياق ثبت عن ابن عباس أنه لما نزل قوله تعالى: {وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى}،<sup>225</sup> أنزل الله بعدها {أَلْبَعْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ} يعني بإيمان، فأدخل الله عز وجل الأبناء بصلاح الآباء الجنة، في رواية،

<sup>222</sup> سورة البقرة، الآية 83.

<sup>223</sup> رواه البخاري في صحيحه، المرجع السابق، الجزء التاسع، كتاب النكاح، باب غيرة النساء ووجدهن، وفي الأدب، ومسلم رقم 2439 في فضائل الصحابة، باب في فضل عائشة رضي الله عنها، ص285.

<sup>224</sup> سورة آل عمران، الآية 34.

<sup>225</sup> سورة النجم، الآية 39.

قال ابن عباس: إن الله عز وجل يرفع ذرية المؤمنين معهم في الجنة، وإن كانوا دونهم في العمل لتقر بهم أعينهم، ثم قرأ: { وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ } ثم يقول تعالى: { وَمَا نَقَصْنَا لَهُمْ }.

إن تقوى الله تعالى والعمل الصالح الذي يتعاون عليه الزوجان أعظم ذخيرة يدخرها الأبوان لحماية أولادهما، وأوثق تأمين على مستقبل ذريتهما، وأقوى ضمان لسلامتهم ورعاية الله لهم في حياتهما، وبعد رحيلهما خاصة إذا تركاهم ضعافا يتامى لا رحيم لهم ولا عاصم من البشر، قال تعالى: "وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا هُوَ لَنَا حَكِيمٌ"<sup>226</sup>.

### ب: العمل على دعم روابط التماسك والتآلف بين أفراد الأسرة

ليتحقق ذلك يجب أن تكون بين الرجل والمرأة صلة حميمة كصلة النسب، وأن كل الحقوق التي أشرنا إليها تصب نحو غاية واحدة، وهي أن الحياة بين الزوجين ينبغي أن يسودها الود والشعور بالمسؤولية وروح التعاون والتجاوز عن صغائر الأمور ومقابلة السيئة بالحسنة، والصبر على بعض ما يكره الإنسان، لكي يبقى هذا المجتمع الصغير متماسكا ومترابطا.

### ج: رعاية الأولاد وحسن تربيتهم

إن العلاقة بين الآباء والأبناء تحكمها إلى جانب مشاعر الفطرة السليمة في تعلق الأصل بفرعه، وارتباط الفرع بأصله تلك هي مبادئ وقواعد تحدثت عنها آيات القرآن وذكرتها السنة النبوية الشريفة. وإذا كان القرآن قد أمر في أكثر من آية بالإحسان إلى الوالدين وخاصة عند الكبر، لم يأمر الآباء على نحو ما أمر به الأبناء، فلعل مرد هذا إلى ما جبل عليه الآباء لا في عالم الإنسان وحده بل في عالم كل الكائنات الحية من حب فطري لأبنائهم، حب يحمل كل أب على أن يضحى بكل شيء في سبيل أبنائه، لعل هذا الحب الفطري هو الذي أغنى عن أمر الآباء بالإحسان إلى الأبناء كما أمر هؤلاء.

و قد نص المشرع الجزائري على واجب الرعاية المادية والمعنوية للأولاد من خلال الفقرة 3 من المادة 36، أما تفاصيل و أحكام هذه الحقوق، فقد تركها المشرع إلى حين التنصيص على موضوع الحق تجاه



الأبناء في باب النفقة و الحضانة و النيابة الشرعية و غيرها حيث جاء في باب الحضانة مثلا في المادة 62 من قانون الأسرة أنه: " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.

كما بين مشتملات الرعاية المادية حين نص على مشتملات النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة وهي الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته.

كما يكون على الأبوين توفير جانب الرعاية المعنوية، و المتمثلة في الحب والحنان والتوجيه السليم السديد والتربية الرشيدة، فالرحمة والمحبة التي يجب أن يسقطها الآباء على أبنائهم أمر فطري ولا يبخل بها إلا من قسا قلبه وتحجرت مشاعره وعواطفه وانتكست فطرته، فلا يكون أهلا لرحمة الله، ومن الرعاية المعنوية زرع بذور الدين الصحيح في نفوس الأبناء، وتعهدهم بالنصح والتهديب والإرشاد وعدم الغفلة عن ذلك خاصة في مرحلة الطفولة والمراهقة، يقول صلى الله عليه و سلم: "رحم الله والدا رعى ولده على يره". أي لم يحمله على العقوق بسوء تربيته وقسوة معاملته<sup>227</sup>، وقال عليه الصلاة والسلام: "مروا أبناءكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم في المضاجع"<sup>228</sup>، وقال أيضا: "أكرموا أولادكم وأحسنوا آدابهم، فإن أولادكم هدية إليكم"<sup>229</sup>.

أما الرعاية المادية فتتجلى في وجوب الإنفاق عليهم وتنشئتهم تنشئة جسمية قوية ليشبوا مؤمنين أصحاء أقوياء عقيدة وخلقاً وجسماً.

كذلك يجب على الزوجين أن يعدلا بين الأولاد في المحبة و الرعاية المعنوية والمادية ولا يؤثر أحدهم على غيره بشيء حتى لا يحقد أخ على أخيه، ولا يحمله حقد على ارتكاب الآثام والذنوب وتتحول العلاقة بين الأبناء إلى خصام وعداء، وتفقد صلة الأخوة معناها، وتصبح مادية لا أثر لها في توثيق المودة بين أبناء الأسرة.

<sup>227</sup> ربيحة إغاث، الحقوق الزوجية على ضوء الإجتهد القضائي الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010-2011، ص 41.

<sup>228</sup> رواه أبو داود في سننه، المرجع السابق، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام، حديث رقم 495، ص 348.

<sup>229</sup> رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الأدب، باب برّ الولد و الإحسان إلى البنات، حديث رقم 3694، ص 167.

و قد جعل المشرع المغربي نصا خاصا بواجب رعاية الأولاد على أساس الاشتراك بين الزوجين قبل ان يتطرق على كل حق على حدا و يشمله بنصوص تنظيمية، و هذه المادة هي المادة 54 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: " للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

1- حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد؛  
2- العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها خاصة، بالنسبة للاسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية؛

3- النسب والحضانة والنفقة طبقا لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة؛

4- إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة؛

5- اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجا؛

6- التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي، والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل؛

7- التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الآباء أن 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، ولا سيما التعليم والتأهيل المناسب لإعاقته قصد تسهيل إدماجه في المجتمع.

تعتبر الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتهم طبقا للقانون.

تسهر النيابة العامة على مراقبة تنفيذ الأحكام السالفة الذكر.

رابعاً: التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

نصت على هذا الواجب المشترك الفقرة 04 من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري، و الفقرتين 2 و 3 من مدونة الأسرة المغربية و المادتين 55 و 56 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية جاعلا هذا الواجب على عاتق الزوجة، على خلاف المشرعين الجزائري و المغربي الذين أوردها في مجموع الحقوق و الواجبات المتبادلة، و يدخل في هذا الباب:

أ: التشاور في تسيير شؤون الأسرة

حث الإسلام على الشورى وتبادل الرأي، فعلى الرئيس أن يشاور المرؤوس على الحاكم أخذ رأي المحكوم، فقد قال الله عز و جل: "وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ"<sup>230</sup> وقد أمر بها النبي صلى الله عليه و سلم تعريفا لما ينبغي أن يكون وتطيبا لقلوب أصحابه وإشعارا لهم بأنهم أصحاب شأن في كل ما يفيد المجتمع لقوله تعالى: "وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ"<sup>231</sup>.

ولم يجعل للرجل ولا للمرأة حق الاستئثار برأيه دون الرجوع إلى صاحبه، ولنا في آية الطلاق دليل على ذلك، إذ قال تعالى: "فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا مِّن تَرَاحٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا"<sup>232</sup>.

إن إبداء الرأي والتشاور بين الزوجين هو الترجمة الواقعية لاستقرار الحياة العائلية المبنية على أساس المودة والرحمة التي جعلها الله بين الرجل والمرأة، وهو أيضا التعبير الصادق عن الحقوق المتبادلة وحسن تسيير شؤون الأسرة التي أشارت إليها الآية الكريمة في قوله تعالى: { وَلَمَن مِّثْلُ الَّذِي هَلَيْمَنَ بِالْمَعْرُوفِ }<sup>233</sup> فالزوجان مطالبان معا بأن يتدبر كل منهما ويهتم بشؤون الآخر وما تقتضيه حاجيات البيت والأسرة ما استطاعا إلى ذلك سبيلا.

ب: الحرص على تباعد الولادات

<sup>230</sup> سورة الشورى، الآية 38.

<sup>231</sup> سورة آل عمران، الآية 159

<sup>232</sup> سورة البقرة، الآية 233

<sup>233</sup> سورة البقرة، الآية 228.

نص عليه المشرع الجزائري الفقرة 4 من المادة 36 من قانون الأسرة، ونص على ذلك قبله المشرع المغربي على واجب الزوجين المشترك في تنظيم النسل من خلال الفقرة 3 من المادة 51 من مدونة الأسرة.

و يقصد بهذا الواجب المباشرة بين فترات الحمل، والأخذ بأسباب منع الحمل حتى لا يكون الإنجاب متتابعاً، وقد يرى الزوجان في ذلك مصلحة كراحة الأم من أتعاب الحمل مدة قبل أن تحمل بآخر<sup>234</sup>، أو لمزيد من التفرع للعناية بالطفل قبل أن يأتي له أخ جديد، فقد أجاز ذلك مجمع الفقه الإسلامي حيث جاء في هذا الشأن: "يجوز التحكم المؤقت في الإنجاب بقصد المباشرة بين فترات الحمل، أو إيقافه لمدة معينة من الزمان، إذا دعت إليه حاجة معتبرة شرعاً، بحسب تقدير الزوجين عن تشاور بينهما وتراض، بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر، وأن تكون الوسيلة مشروعة، وأن لا يكون فيها عدوان على حمل قائم"<sup>235</sup>.

#### خامساً: المحافظة على روابط القرابة

نصت عليها الفقرات 05 و 06 و 07 من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري، و الحقيقة أن المشرع حرص كل الحرص على الحفاظ على صلة الرحم و حسن معاملة الوالدين من خلال هذه الفقرات لدرجة أنه وقع في التكرار، و نجمل ذلك في:

5- "حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه و احترامهم و زيارتهم،"

6- "المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف،"

7- "زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف"

و بهذا الواجب الزوجي المشترك أخذ المشرع المغربي في الفقرة 5 من المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية جاء فيها أنه: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين: 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف؛"

<sup>234</sup> ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 48.

<sup>235</sup> مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنشأ بمقتضى قرار الصادر عن مؤتمر القمة الإسلامي الثالث "دورة فلسطين والقدس" المنعقد في مكة المكرمة بالملكة العربية السعودية في الفترة من 19 - 22 ربيع الأول 1401 هـ (25 - 28 يناير 1981م).

## أ: حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم

حسن العشرة يقضي بحض الزوج زوجته على بر والديها والإحسان إلى أقاربها وصلتهم<sup>236</sup>، لأن الله عز وجل رفع حق الوالدين إلى المنزلة السامية، فإن ذلك يشير إلى عظم حقهما على الأولاد، ووصية الله بالإحسان إلى الوالدين، وصية عامة تشمل كل أنواع الإحسان التي لا تقع تحت حصر، والتي تتضمن كل ما يمكن إدخاله ضمن هذا المصطلح العام، ثم نهى عن الإساءة عامة وذكر مثالين يمثلان أسوأ أنواع الإساءة ورودا على اللسان، في قوله تعالى: "فَلَا تَقُولُ لَهَا أُنْثَىٰ وَلَا تَنْهَرُهَا وَقُلْ لَهَا قَوْلًا حَرِيمًا"<sup>237</sup>، هذه الوصية تدل على أن الله تعالى تولى بنفسه سبحانه تكريم الوالدين، وهذا كاف لبيان هذه المنزلة<sup>238</sup>.

تعتبر زيارة الزوجة لوالديها حق لها بشرط أن لا تتعسف في هذا الحق، وقد طرح التساؤل حول هذا الحق الممنوح للزوجة وأهميته فهل كان من الضروري تقنين سلوك وتحرك الزوجة ضمن قانون الأسرة؟ أو ليس هذا الأسلوب هو حماية لمركز الرجل في وسط الأسرة، وفي حالة رفض الزوج تنقل الزوجة، فماذا بإمكانها العمل هل يسحق لها طلب التطلاق مثلا؟

لقد ذهب الاجتهاد القضائي في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 25-02-1985 أن عدم رغبة الزوجة في البقاء مع الزوج الذي منعها من زيارة أهلها في فرنسا لا يعد سببا لتطليقها وجاء في حيثيات القرار: "حيث أن الزوجة المطعون ضدها طلبت التطلاق بدعوى أن زوجها منعها من السفر إلى فرنسا لزيارة أهلها وهذا داخلا في باب الضرر ولا تطلق بموجبه وأن القرار المطعون فيه، بعد تعسف الزوجة في طلب الطلاق حكم لها على أساس أنها غير راغبة في زوجها".

ومن أدب الإسلام أن تؤثر الزوجة رضا زوجها على رضا نفسها، وأن تكرم أهله خصوصا والديه، إذا كانت تقيم معهما، وفي إكرامهم إكرام لزوجها ووفاء له وإحسان إليه، لأنه مما يفرحه ويؤنسه ويقوي رابطة الزوجية ويدعم أواصر المودة والرحمة بينهما، قال صلى الله عليه و سلم "إن من أبر البر أن يحفظ الرجل أهل ود أبيه" إذا كان الابن مأمورا شرعا بأن يحفظ ود أبيه تقويه للرابطة الاجتماعية، فإن الزوجة مأمورة

<sup>236</sup> عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، دون طبعة، ص649.

<sup>237</sup> سورة الإسراء، الآية 23.

<sup>238</sup> خالد عبد الرحمن العك، شخصية المرأة المسلمة في ضوء الكتاب والسنة، دار المعرفة للطبع والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة

شرعا بأن تحفظ ود أهل زوجها من باب أولى، وذلك تقوية الرابطة الزوجية والأسرة، كما أن إكرام الزوجة إياهما في سن والديها ذوق إسلامي أصيل.

### ب: المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف

حق الوالدين على الأولاد لا يستطيع إنسان أن يحصيه أو يقدره، لو حاول الأبناء أن يحصوا ما تحمله الآباء والأمهات من التعب والعناء في سبيلهم ما استطاعوا إحصاء ما يستحقونه من البر والتكريم، لأنه أمر فوق الوصف خصوصا ما تحمته الأم من حمل وولادة وإرضاع وسهر بالليل واهتمام بالنهار، في سبيل الرعاية المطلوبة من تنظيف وحماية من الحر والبرد والمرض، وتعهّد لأحوال الوليد من جوع وشبع وعطش وري وتعليم لما تشعر به الأم بحاسة الأمومة وحدها، هذه هي الأم لذلك جعل الله تعالى الجنة تحت قدميها، وجعل حقها على الأبناء ثلاثة أضعاف حق أبيهم عليهم، والوالدان من أرضاهما فقد أرضى الله تعالى، ومن أسخطهما فقد أسخطه، ومن برهما وأحسن إليهما فقد شكر ربه، ومن أساء إليهما فقد كفر بنعمته، وهما الباب الموصل إلى الجنة، فمن بر بهما وصل ومن عقهما منع، روى الإمام الترمذي وابن ماجه عن أبي الدرداء قال: أتاه رجل فقال: إن أمي تأمرني بطلاق امرأتي! فقال له أبو الدرداء: سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول: "الوالد أوسط أبواب الجنة فإن شئت فأحافظ على الباب أو ضيعه" والحديث يشمل الوالد أيضا.

### ج: التعامل مع الوالدين بالحسنى والمعروف

قال تعالى: "وَالْعَبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا"<sup>239</sup>. فالله عز وجل جعل أهمية الإحسان إلى الوالدين بعد توحيدهِ وعبادته، ولم يقدم على الوالدين مخلوقا. قال تعالى: "وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ مِنْكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْنِهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا\* وَأَخِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْنِي كَمَا رَحِمْتَ رَبِّي صَغِيرًا\* رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا فِي نُفُوسِكُمْ إِنَّ تَكُونُوا صَالِحِينَ فَإِنَّهُ كَانَ لِلْأَوَّابِينَ حَقُورًا"<sup>240</sup>.

<sup>239</sup> سورة النساء، الآية 36.

<sup>240</sup> سورة الإسراء، الآية 23-25.

والآية على هذا جامعة لكل صور البر بالوالدين ومحذرة من كل أنواع العقوق، فالبر لازم سواء كان الأولاد أغنياء أو فقراء، وسواء كانوا في حالة نفسية حسنة أو في حالة ضجر واشمئزاز يظهرون ذلك بالنفس الذي تمثله كلمة أف، أو حالة هيجان عصبي تجعل الابن يخرج عن طوره السوي، ثم يؤكد الله تعالى الموقف، فلا يترك الابن يتصرف وهو في حالة هيجان نفسي من شأنه أن يغضب الأبوين، ويؤثر عليهما، بل يقول له: "وقل لهما قولاً كريماً" فيه اعتذار وتلطف ولين، ليذهب كل ما في نفوسهما من شعور الألم والحزن.

ثم زادت الآية أمراً أكثر توضيحاً لما يجب أن يكون عليه الولد دائماً مع أبويه خصوصاً إذا كبراً وعجزاً وصاراً عنده مثلما كان عندهما قبل ذلك، فأمر الله أن يلين لهما جانبه ويتمنى لهما الرحمة بهما والرعاية لحالهما، ثم تواصل الآية بتذكير الأبناء بفضل الوالدين ويجعلهم يطلبون لهم الرحمة من الله الذي وسعت رحمته كل شيء والقادر وحده على مكافأة الوالدين فقال تعالى: "وَقُلْ رَبِّ اجْزَلْنَا كَمَا رَبَّنَا بِئِي صَغِيرًا".

#### د: صلة الرحم

نص على واجب صلة الرحم كل من المشرعين الجزائري و المغربي و جعلاً منها حقاً وواجباً مشتركاً بين الزوجين في كل من الفقرات 5 و 6 و 7 من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري و الفقرة 5 من المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية.

و في هذا الحق قال القاضي عياض: "ولا خلاف أن صلة الرحم واجبة في الجملة، وقطيعتها معصية كبيرة"، ثم قال: "والأحاديث في الباب تشهد لهذا، ولكن الصلة درجات بعضها أرفع من بعض، وأدناها ترك المهاجرة، وصلتها بالكلام ولو بالسلام، ويختلف ذلك باختلاف القدرة والحاجة، فمنها واجب، ومنها مستحب، ولو وصل بعض الصلة لم يصل غايتها لا يسمى قاطعاً، ولو قصر عما يقدر عليه وينبغي له لا يسمى واصلاً".

ومعنى هذا أن العلماء متفقون على أن صلة الرحم واجبة و أن القطيعة حرام من الكبائر وأن أقل درجاتها؛ الكلام، وأن الحكم بالوجوب يرجع إلى الحالة، فمن كان له أخ وعم مثلاً وأخوه غني وعمه فقير





إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة، يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به، أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 بعده.

ثم تلتها المادة 53 التي نص فيها على أنه: " إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته."

فقد بين المشرع المغربي سبل حماية الطرف المعتدي على حقه، و كذا آليات الحماية التي من ضمنها تدخل النيابة العامة لإرجاع الزوج المطرود تعسفا من مسكن الزوجية، و ذلك بعد ان جعل هذه الأخيرة طرفا أصليا في جميع دعاوى الأسرة في المادة 3 من المدونة و التي أخذ بها حرفيا المشرع الجزائري في المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، فحبذا لو بين هو الآخر جزاء عدم تنفيذ الالتزامات الزوجية المنصوص عليها في المادة 36 السابقة الدراسة، و إلزام الطرف المخل بالالتزام على تنفيذ التزاماته الزوجية حفاظا على الأسرة قبل فتح باب الطلاق و التطبيق للضرر.

### الفرع الثاني: الحقوق والواجبات المادية المشتركة بين الزوجين

يعد كل من الإرث، و الشروط المقترنة بالزواج المتعلقة بالأموال المادية كذا الاتفاقات المالية بين الزوجين من الحقوق المادية المشتركة، فإذا مات أحدهما والزواج قائما ورثه الآخر، كما يحق لكليهما تدوين اتفاق مالي بينهما لتسيير شؤون الأسرة.

### أولا: حق التوارث بين الزوجين.

لقد أوجب الإسلام التوارث بين الزوجين حرصا منه سبحانه وتعالى على إعطاء الحقوق إلى أصحابها، ومن أهم الحقوق التي أمر الله تعالى بأدائها أخذ كل من الزوجين ما فرض له من تركة الآخر، إذا أصابته مصيبة الموت، وقد حددها الشارع وبين قدرها أكمل بيان وفصلها أوضح تفصيل، فلم يترك لأحد رأيا فيها، لذلك نجد تطابقا تاما بين قوانين الأسرة المغاربية في تنظيم أحكام الإرث.

### أ: مشروعية التوارث بين الزوجين:

تقرر مبدأ حق المرأة في الميراث قال تعالى: {لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوحًا} <sup>244</sup>.

تعتبر الزوجية أحد أسباب التوارث بين أفراد الأسرة، نظمتها قوانين الأسرة المغربية في نصوص قوانينها حتى تبين ما لكل من الزوجين من الحق اتجاه الآخر، ومقدار ما يستحقه من تركة الآخر، و قد حرصت مدونة الأسرة المغربية على جعل هذا الحق مشتركاً بين الزوجين من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 51 من مدونة الأسرة.

و حتى يتم التوارث بين الزوجين شرعا و قانونا لا بد من توافر شرطين حتى يستقر إرثهما:

- 1- أن يكون عقد الزواج صحيحا شرعا، سواء كان معه دخول أو خلوة أم لا، فلو كان العقد باطلا ومات أحدهما فإنه لا يرثه الآخر ولو كان معه دخول أو خلوة، لأنه ليس نكاحا شرعيا. <sup>245</sup>
- 2- أن تكون الزوجية بين الزوجين قائمة وقت وفاته، كما إذا توفي الزوج والزوجة في عدتها من طلاق رجعي، أو توفيت وهي في عدتها منه، وهذا باتفاق الأئمة الأربعة، أو توفي الزوج وهي في العدة من طلاق بائن وقع منه وهو في مرض موته بغير طلبها أو رضاها، وهو المسمى بطلاق الفار، أي الهارب من الإرث.

فإذا توافرت تلك الشروط وانتفت الموانع فإن كل واحد من الزوجين يرث صاحبه بعد وفاته. <sup>246</sup>

#### ب: مقدار نصيب كل من الزوجين

اعتبر الشرع الإسلامي كل من الزوجين ضمن أصحاب الفروض، فحدد لكليهما نصيبا معيناً في الميراث بعد وفاة صاحبه. حيث فرض الله تعالى للزوج النصف من تركة الزوجة بشرط ألا يكون للزوجة ولد ولا ولد ابن، لقوله تعالى: {وَأَلَّكُم نِسْوَةٌ مَّا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ} <sup>247</sup>، وقد نصت المادة 144 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى الزوج على أنه: " أصحاب النصف.... ويستحق الزوج النصف

<sup>244</sup> سورة النساء، الآية 07.

<sup>245</sup> ابن قدامة، المرجع السابق، ص 213.

<sup>246</sup> الحميدي بن صالح الحميدي، الحقوق الزوجية في الفقه الإسلامي، دار الرشيد للنشر والتوزيع، السعودية، دون طبعة ص 96.

<sup>247</sup> - سورة النساء، الآية 12.

من تركة زوجته بشرط عدم وجود الفرع الوارث لها، و الفصل 93 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية،  
والمادة 254 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

ويستحق الزوج الربع لقوله تعالى: "فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ".<sup>248</sup> ونصت الفقرة الأولى  
من المادة 145 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "أصحاب الربع....الزوج عند وجود الفرع الوارث  
لزوجته"، فالزوجة إذا كان لها ولد من زنا، فلا يستحق الزوج إلا الربع، لأنه ابن لها، فيحجب الزوج إلى  
الربع، أما إن كان هناك مانع كالقتل فلا يحجب الزوج إلى الربع لقوله: "القائل لا يرث"، و الفقرة الأولى  
من الفصل 94 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و الفقرة الأولى من مدونة الأحوال الشخصية  
الموريتانية.

أما الزوجة فتستحق الربع من تركة زوجها بشرط عدم وجود الفرع الوارث، وهو الابن أو ابن الابن  
وإن نزل، لقوله تعالى: {وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ}،<sup>249</sup> فإنه إن لم يكن للزوج ولد ولو من  
غيرها فإنها ترث الربع، وسواء كانت واحدة أو أكثر فإنه مقسم بينهما بالتساوي، ونصت المادة الفقرة الثانية  
من المادة 145 من قانون الأسرة على أنه: " أصحاب الربع...الزوجة أو الزوجات بشرط عدم وجود الفرع  
الوارث للزوج"، و هو ما جاء في الفقرة الثانية من الفصل 94 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و  
الفقرة الثانية من المادة 255 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية .

وتستحق الثمن ولو تعدد بشرط وجود الفرع الوارث لزوجها، وهو الابن وابن الابن وإن نزل لقوله  
تعالى: {فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ}.<sup>250</sup> و هو ما نصت عليه المادة 46 من قانون الأسرة  
و الفصل 95 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و المادة 256 من مجلة الأحوال الشخصية  
الموريتانية.

**ثانيا: واجب النفقة على الأقارب**

<sup>248</sup> سورة النساء، الآية 12.

<sup>249</sup> سورة النساء، الآية 12.

<sup>250</sup> سورة النساء، الآية 12.

تغير أن حصر النفقة على الأقارب بالشكل الذي وردت به في المادة 77، لا يبدو واقعيًا، إذ المشاهد في الحياة العملية هو الإنفاق على الأقارب العاجزين عن الكسب بما في ذلك الأقارب الأبعدون من النسب بل حتى الأقارب من المصاهرة كأبوي الزوجة وإخوتها.

كما أنه لا يبدو متناسقًا مع مبادئ التضامن في الإسلام ومع الأمر الصريح في القرآن الكريم بالإحسان إلى ذوي القربى إذ قال تعالى: {والمعبودوا الله ولا تشركوا به شيئًا وبالوالدين إحسانًا وبذي القربى}،<sup>251</sup> ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى نكر ذوي القربى دون تحديد درجة قرابتهم.

و قد وافق المشرع الجزائري كل من المشرع المغربي في المادة 197 من مدونة الأسرة المغربية حينما نص على أنه: " النفقة على الأقارب تجب على الأولاد للوالدين وعلى الأبوين لأولادهما طبقا لأحكام هذه المدونة."

و جاء في الفصل 43 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أن المستحق للنفقة في صنفان هما:

-الأبوين و الأصول من جهة الأب و إن علوا. ومن جهة الأم في حدود الطبقة الأولى.

-الأولاد و إن سفلوا."

و أكدت على ذلك الماد 44 بعدها من المجلة.

أما المشرع الموريتاني فقد نص على وجوب نفقة الأبناء على الآباء من خلال نص المادة 153 من مدونة الأحوال الشخصية حيث أوجب على الابن الموسر نفقة الأبوين و زوجة الأب، و توزع هذه النفقة حسب يسر الأبناء إن تعددوا. و لم يبين المشرع الليبي الأقارب الذين يستحقون النفقة بصفة صريحة سوى ما جاءت به المادة 27 من قانون الأسرة الليبي بشأن جواز أن تفرض المحكمة نفقة مؤقتة لمن يستحقها شرعا بناء على طلبه..."

**ثالثا: الحق في استقلالية الذمة المالية**

للزوجين الحق في استقلالية الذمة المالية، بحيث لا يجوز للأخر التخل فيها، كما أن الزواج لا يؤثر في مبدأ استقلاله. كما أنه يمكن لهما على قدم المساواة الاتفاق حول إنشاء أموال مشتركة تكتسب أثناء الحياة الزوجية، الغاية منها تحسين ظروف الأسرة و بعث مشاعر التآلف و التعاون و المشاركة في الأعباء الأسرية.

من الخصائص المميزة لشخصية الإنسان، الذمة المالية<sup>252</sup>، وهي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية<sup>253</sup>.

لقد اتجهت قوانين الأسرة المغاربية إلى التنصيص على استقلالية الذمة المالية للزوجين، فأكدت عليه المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري<sup>254</sup> وكذلك المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية<sup>255</sup> و الفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و المادة 58 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية و المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية الليبي<sup>256</sup>، مع اختلاف بين هذه التشريعات فيما يخص القسم المنصوص فيه على هذا المقتضى، إذ نجد المشرع الجزائري و المغربي يعتبرانه حقا مشتركا لكلا الزوجين، باستعمال عبارة: "لكل من الزوجين"، فيما يعده المشرع الموريتاني و الليبي من حقوق الزوجة على زوجها.

فيظل الزوجان شخصان مستقلان في التصرف الكامل في التجارة واقتناء الأملاك، ولا ولاية للرجل على زوجته في أموالها، وهي تنفذ عقودها بلا توقف على إجازة زوجها، ومهما كانت غنية فلا يلزمها شيء من النفقة الواجبة في الأصل على زوجها.<sup>257</sup>

و تعتبر حرية تصرف المرأة في مالها ، من حقوق الزوجة وفقا للمادة 38 من قانون الأسرة الجزائري، وقد أجمع فقهاء الإسلام على حرية تصرف الزوجة في مالها الحاصلة عليه من طرق مشروعة، وليس للزوج حق فيه إلا برضاها الصريح ، و هذا الأمر قرر للمرأة منذ 14 قرنا عندما نزلت الآية الكريمة : { وَلَا تَمْنُنَ مَا فَخَّلَ اللَّهُ بِوَجْهِكَ عَلَىٰ بَعْضِ لِلرِّجَالِ نَحِيبَةٍ مِّمَّا اخْتَسَبُوا وَالنِّسَاءِ نَحِيبَةٍ مِّمَّا

<sup>252</sup> الذمة المالية هي: "ما للشخص وما عليه من أموال وديون منظور إليها كمجموع".

-أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 223 وما بعدها.

<sup>253</sup> إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1992، ص231.

<sup>254</sup> تنص الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

<sup>255</sup> -تنص الفقرة الأولى المادة 49 من المدونة على أنه: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر...".

<sup>256</sup> تنص المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية الليبي على أنه: " يحق للزوجة على زوجها:..ب- عدم التعرض لأموالها الخاصة بها، فلها أن تتصرف فيها كما تشاء.

<sup>257</sup> عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العلمية والمكتبة العصرية، بيروت وصيدا، الطبعة الأولى 1951، ص87.

اِحْتَسِبْنَ وَمَأْتُوا اللَّهَ مِنْ فَخْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِحَلِّ شَيْءٍ غَلِيظًا<sup>258</sup>، حيث أصبح باستطاعة المرأة أن تكسب المال وأن تحوزه كالرجال، تبيع وتشتري وتهب لمن تشاء، لقوله تعالى: {وَأْتُوا النِّسَاءَ حَقَّاتِهِنَّ نَهْلًا فَلَنْ طَرِفْنَ لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَهْمًا مَكْلُومًا صَدِيقًا مَرِيئًا<sup>259</sup>}.  
259

فلا سلطان للزوج على أموال زوجته شرعا وقانونا، الأمر الذي يجعل تصرفها في جميع أموالها بلا إذن زوجها ورضاه تصرفا شرعيا وناظرا، كما لها أن تقبض غلة أملاكها، وتوكل غير زوجها لا دارة مصالحها وتنفيذ عقودها دون أدنى إجازة أو توقف على إرادته<sup>260</sup>. وكذلك الزوج يتمتع بالسلطة الكاملة على ذمته المالية من دون أن يكون للزوجة الحق في التصرف فيها، سوى ما يتعلق بواجب الزوج في الإنفاق شرعا وقانونا على زوجته، من غذاء وكساء وعلاج وسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة وهذا طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة.

#### المطلب الثاني: الحقوق والواجبات المتقابلة للزوجين

إن طبيعة المرأة والرجل من حيث التركيبية الفيزيولوجية ومن حيث تكليف الله سبحانه و تعالى لهما اقتضت تشريع بعض الحقوق التي يختص بها أحدهما دون الآخر (الفرع الأول)، و يمكن أن تكون هذه الحقوق متقابلة فيما بينها (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: حقوق الزوج على زوجته

تتمثل حقوق الزوج على زوجته فيما يلي:

#### أولاً: الحق في الطاعة و القوامة

بمجرد إبرام عقد الزواج، و دعوة الزوج زوجته إلى بيت الزوجية، يكون على الزوجة واجب طاعة الزوج في الأمور المباحة، فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.  
بل الأكثر من ذلك جعل الإسلام طاعة الزوجة لزوجها جهادا في سبيل الله، و في هذا جاء قول علي رضي الله عنه: " جهاد المرأة حسن التبعل " أي حسن معاشرتها زوجها.

<sup>258</sup> سورة النساء، الآية 32.

<sup>259</sup> سورة النساء، الآية 04.

<sup>260</sup> محمد محدة ، المرجع السابق، ص404.

و قد ثبت عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال في الحديثين الشريفين المشهورين: "أيما امرأة ماتت وزوجها عنها راض دخلت الجنة"، "لو كنت آمرًا أحدًا أن يسجد لغير الله لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها، والذي أمر محمد بيده لا تؤدي المرأة حق ربها حتى تؤدي حق زوجها".

و قد جعل الله عز وجل القوامة في الزوج، لقوله: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ}<sup>261</sup>، و قوله أيضا: {وَأَلْهَنَ مَثَلُ الْإِنثِي بِالْمَعْرُوفِ وَالرِّجَالُ مَلِيحِينَ حَارِجَةً وَاللَّهُ تَزَيَّيْتُ حَكِيمٌ}<sup>262</sup> فالإسلام جعل رئاسة الأسرة للزوج و بناها على حسن المعاملة و التشاور بين الزوجين. غير أن اللافت للانتباه هو أن المشرع الجزائري لم يخص حقوق الزوج بنص و لم يأت على ذكرها بل الأغرب أن حق الطاعة كان منصوص عليه قبل التعديل في المادة 39 من قانون الأسرة، و مع تعديله حذف نص المادة، لا ندري أهو تراجع عن تقرير هذا الحق للزوج أم أن الغرض منه جعله من الحقوق المشتركة بين الزوجين خصوصا و أنه وسع من دائرتها في المادة 36 المعدلة، و كذلك الأمر بالنسبة للمشرع المغربي الذي نهج هذا النهج قبله.

و ذلك على خلاف تشريعات مغربية أخرى التي احتفظت برئاسة العائلة للزوج و نصت على ذلك صراحة في الفقرة الرابعة من المادة 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و المادة 56 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

### ثانيا: الحق في التأديب

فإذا صدرت عن الزوجة تصرفات نحو مخالفة واجب الطاعة، فعلى الزوج حق تأديبها، و ذلك عبر مراحل حسب ما تقتضيه الطبيعة المزاجية لزوجته، فمنهن من يكفيها الوعظ والإرشاد والكلمة الطيبة الهادئة، ومنهن من يكفيها الوعظ والهجر وهو لون من ألوان تأديب النفسي أو المعنوي، ومنهن من يستبد بهن الطيش وقبح الخلق فلا يجدي معهن وعظ ولا هجر وإنما يجدي التخويف بالضرب.

ولا شك أن قيام الزوج بتأديب زوجته أصلح للمرأة وأنفع لأسرة وأحسن وأستر لها وأتقى لكرامتها وأحفظ لسرها، وهو من يخالطها ويتطلع على من ظهر ما خفي من أمرها، مع الملاحظة أن القرآن الكريم وجه

<sup>261</sup> سورة النساء الآية 34.

<sup>262</sup> سورة النساء الآية 34.

الرجل إلى إتباع خطوات التأديب قبل الوصول إلى مرحلة النشوز، لأن النهج الإسلامي لا ينتظر حتى يقع النشوز بالفعل وتعلن المرأة راية العصيان.<sup>263</sup>

وقد شرع الله تعالى ثلاث وسائل للتأديب في قوله: {وَالَّذِينَ تَخَافُونَ نَشْوَرَهُمْ فَعَظُوهُمْ وَأَهْبِئُوهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُمْ فَإِنِ اطَّعَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا}.<sup>264</sup>

وهي على النحو التالي:

1- **الوعظ** : لقوله تعالى في الآية السابقة : { فعظوهن } 265 ويجب أن يكون وعظ الزوج لزوجته بأسلوب حكيم رقيق مقنع، رحيمًا لينا خاليا من الشدة و التعنيف والغلظة وروح الاستعلاء مفعما بالحب وإرادة الخير للزوجة، فلعلها تقبل الموعظة وتعود الأمور إلى مجاريها الطبيعية السليمة التي تحقق الهدف الأسمى من الحياة الزوجية بالسكن والمودة و الإستقرار.<sup>266</sup>

2-**الهجر في المضجع** : إذا عجز الزوج عن إصلاح زوجته وردها إلى جادة الصواب بالأسلوب اللين والموعظة الحسنة، انتقل إلى الخطوة الثانية وهي هجر الزوجة في المضجع لقوله عز وجل: {واهبروهن في المضجع} <sup>267</sup>، وللعلماء أقوال عديدة في كيفية الهجر <sup>268</sup> وأصحها وأقواها <sup>269</sup> ، لكن ينبغي أن لا يبلغ الهجر في المضجع، المدة التي ضرب الله أجلا عذرا للمولي ليفيء، وينبغي أن يقصد من الهجر التأديب والاستصلاح، لا تشفي والانتقام والمضار لذاتها.

وقد تطرق المشرع الجزائري للهجر في المضجع في الفقرة 03 من المادة 53 من قانون الأسرة ولكن كأحد الأسباب التي تخول للزوجة طلب التطلاق إذا ما تجاوز الهجر مدته الشرعية و القانونية وهي أربعة أشهر ما لم يكن في ذلك عذر شرعي.

<sup>263</sup> لطبري، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص62.

<sup>264</sup> سورة النساء، الآية 34.

<sup>265</sup> سورة النساء 34 .

<sup>266</sup> الكسائي، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص 334.

<sup>267</sup> سورة النساء 34.

<sup>268</sup> الشرييني، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص 259.

<sup>269</sup> أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، المرجع السابق، ص 15.



3- **الضرب**: إذا أخفقتا الوسيلتان السابقتان في تأديب الزوجة فلم ينفع الوعظ والنصح و التودد ولم يأت الهجر في المضجع بنتيجة، وأصرت الزوجة على النشوز، انتقل الزوج إلى الوسيلة الثالثة من وسائل التأديب وهي الضرب لقوله تعالى: {واضربوهن} ولقوله عليه الصلاة والسلام: "فانقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن أن لا يوطأن فرشكم أحد تكرونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"<sup>270</sup>.

وقد إتفق الفقهاء على جواز ضرب الزوجة التي لا تجدي فيها الموعظة ولا هجر ولا يصلح مثلها إلا به، ولم يستطع الزوج الصبر على نشوزها ومعصيتها.<sup>271</sup>

وعلى الزوج أن لا يستعجل في اللجوء إلى وسيلة الضرب بل يصبر على زوجته ويكرر المحاولة عدة مرات في إصلاحها بالوعظ أولا ثم الهجر ثانيا، فإذا نفذ صبره ولم يعد يحتمل عنادها و عصيانها ونشوزها، ورأى أن الضرب يأتي بالإصلاح ويقوم الاعوجاج باشر الضرب كعلاج للنشوز وليس للانتقام من الزوجة.

هذا ولم تنص قوانين الأسرة المغاربية على حق الزوج في تأديب زوجته إذا ما اتجهت نحو النشوز، رغم أن هذه القوانين أعطت لكلا الزوجين الحق في رفع دعوى الطلاق أو التظليق للسبب ذاته أو بسبب الضرر اللاحق بأحدهما و هو ما نجده في المادة 55 من قانون الأسرة، فكان من باب أولى أن يعترف بهذا الحق.

و في هذه المادة تطبيقات قضائية عديدة، منها ما قرره المحكمة العليا "إن امتناع الزوجة عن الرجوع بيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا"<sup>272</sup>.

فمن المعروف عرفا وقانونا أن ولاية التأديب التي خص بها الرجل إجراء لمحاولة علاج العصيان والتمرد والنشوز، فلا يكون على الزوج التمادي في تأديب الزوجة بنية الإضرار، إذ أنه بمجرد انصياعها له يتوقف حق التأديب و تستأنف الحياة الزوجية بشكلها الطبيعي.

<sup>270</sup> رواه مسلم في صحيحه، المرجع السابق، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه و سلم، حديث رقم 2224 ص886.

<sup>271</sup> ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء السابع، ص 243/7.

<sup>272</sup> قرار المحكمة العليا في الملف رقم 189324 صادر بتاريخ 14-05-1998 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 147 .

وأخيرا فإنه من اللازم الإشارة إلى أن النشوز كما قد تقع فيه الزوجة، قد يقع فيه الزوج هو الآخر، انطلاقا من الآية الكريمة: {وَإِنْ امْرَأَةٌ خَاْفَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا اسْتَحْتَبَا بِهِمَا، فَمَا يَكُونُ لِلزَّوْجِ الْحَقُّ فِي تَأْدِيبِ زَوْجَتِهِ، فَإِنْ لَهَا الْحَقُّ أَيْضًا فِي تَأْدِيبِهِ وَ لَكِنْ بِوَسْطَةِ الْقَاضِي، وَ هُوَ مَا اتَّجَهَ إِلَيْهِ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ.

### الفرع الثاني: حقوق الزوجة على زوجها

يمكن أن نجمل حقوق الزوجة على زوجها في الآتي:

#### أولاً: الحق في العدل عند التعدد

إن اشتراط العدل عند تعدد الزوجات وجد بنص قرآني في قوله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسُطُوا فِيهَا الْيَتَامَى فَانكِسُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعْوِلُوا} <sup>273</sup>.

فالأية الكريمة دالة على اشتراط العدل في التعدد، و هو من واجبات الزوج تجاه زوجاته، و هو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة رغم أو الأدق انه ألغى نص المادة 37 التي كانت تنص على حق الزوجة في العدل عند التعدد، و لا نعلم سبب هذا الحذف، مادام أن المشرع لازال يبيح التعدد و هو ما سبق التطرق له في مسألة الترخيص القضائي بالتعدد.

أما المشرع المغربي فقد نص على هذا الحق بموجب الفقرة الأولى من المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية، فيما لم يذكره المشرع الموريتاني و الليبي.

#### ثانياً: الحق في النفقة

لعل من بين أهم الواجبات المترتبة عن عقد الزواج، ما يتحمله الزوج من واجب الرعاية الاقتصادية للأسرة، وذلك بالإففاق على الزوجة والأطفال، كما يتحمل الأطفال عند بلوغهم مع القدرة على الكسب، واجب الإففاق على والديهم بشروط معينة.

والمقصود بالنفقة لغة هي الإخراج والذهاب، يقال نفقت الدابة، إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع أو الهلاك كما يقال إذا راجت بالبيع، فمصدره النفوق، كالدخول والنفقة اسم المصدر، وجمعها نفقات، ونفاق - بكسر النون - أما في اصطلاح الفقهاء فهي إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته من طعام، وكسوة، ومسكن ونحو ذلك<sup>274</sup>.

إن وجوب النفقة للزوجة ثابت بالكتاب والسنة وإجماع الأمة الإسلامية، فمن الكتاب قوله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"<sup>275</sup>، دلت هذه الآية على أن الملزم بالنفقة هو المولود له وهو الزوج، ذلك أن الأبناء ينسبون إليه، أما الواجب رزقهن وكسوتهن هنا، أي من تجب لهن فهن الوالدات، أي الزوجات<sup>276</sup>.  
ومن السنة النبوية تأكيده عليه الصلاة والسلام، في كثير من أحاديثه على التزام الزوج بالإففاق على زوجته، ومنها ما جاء في خطبة حجة الوداع، إذ قال صلى الله عليه وسلم: "اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"<sup>277</sup>.

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن النفقة و الكسوة واجبتان للزوجة على زوجها.<sup>278</sup>

#### أ- مشروعية استحقاق الزوجة النفقة:

الأصل أن نفقة كل إنسان من ماله، إلا ما استثنى بنص القانون، و المشرع الجزائري نص على أحكام النفقة في المواد من 74 إلى 80 من قانون الأسرة، وقد شملت هذه المواد مختلف القواعد الموضوعية المتحكمة في موضوع النفقات، و التي تشكل الإطار العام لحماية النفقة.  
لقد اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية حول أساس وجوب النفقة فمنهم من ذهب إلى القول بأنه الاستمتاع، ومنهم من جعله في الاحتباس.<sup>279</sup> و تعتبر الزوجية السبب الأول في وجوب النفقة، ذلك أن

<sup>274</sup> عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص55.

<sup>275</sup> سورة البقرة الآية 233.

<sup>276</sup> الإمام أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثالث، الجزء الخامس والسادس، دار الكتب العلمية بيروت، طبعة 1413هـ/1993م، ص 110.

<sup>277</sup> رواه النسائي في سننه، المرجع السابق، كتاب عشرة النساء، باب نفقة المرأة و كسوتها، حديث رقم 7936.

<sup>278</sup> عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة - الطبعة الأولى 2006، ص: 444 .

<sup>279</sup> عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص567.

نظام استقلال الأموال السائد في التشريعات العربية، المستمدة من الشريعة الإسلامية يقضي بإلزام الزوج وحده بالإنفاق<sup>280</sup>، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري، و المغربي في المادة 194 من مدونة الأسرة، و التونسي في الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، و الموريتاني في المادة 147 من مدونة الأحوال الشخصية، و الليبي في المادة 23 من قانون الأحوال الشخصية.

و تستحق الزوجة النفقة من يوم الدخول أو دعوة الزوج لها للبناء عند المشرع الجزائري و المغربي و التونسي و الموريتاني، و من يوم العقد عند المشرع الليبي.<sup>281</sup>

فالنفقة شرعا و قانونا هي من واجبات الزوج تجاه زوجته و إن كانت موسرة.

### ب تقدير النفقة و الحكم باستحقاقها و مراجعتها

إذا كانت الزوجة تقيم مع زوجها في بيت الزوجية، و جب عليه الإنفاق عليها بنفسه، و ذلك بتوفير و إحضار كل ما يلزمها من غذاء و كسوة و سكن أو أجرته و توفير العلاج في حال المرض و غير ذلك مما هو معتاد في الإنفاق، و إذا امتنع الزوج عن الإنفاق، يمكن لها اللجوء إلى القاضي لإلزامه بالإنفاق، على أن يراعي القاضي حين تقديرها أمران: و هما حال الزوجين يسرا أو عسرا، فإن كان موسرا فرص لها نفقة اليسر، و إن كان معسرا فرض لها نفقة العسر، و إن كان متوسط الحال فرض لها نفقة الوسطية بين اليسر و العسر. لقوله تعالى: لينفق ذو سعة من سعته، و من قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاه سيجعل الله بعد عسر يسرا<sup>282</sup>.

و قد نص المشرع على وقت استحقاق النفقة الممسوكة، في المادة 80 من قانون الأسرة جاء فيها:

"تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

---

<sup>280</sup> رعد مفداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و التشريعات العربية و التشريعات الفرنسية، الدار العلمية الدولية، طبعة 2003 ص 94.

<sup>281</sup> المادة 23 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

<sup>282</sup> سورة الطلاق، الآية 7.

فإذا قدم طالب النفقة ما يثبت امتناع الملتزم بها عن أدائها لمدة زمنية معينة قبل رفع الدعوى، فإنه يمكن للقاضي بأن يحكم بالنفقة بأثري رجعي لا يزيد على السنة من تاريخ رفع الدعوى، و في ذلك ما يحمل الدائن بالنفقة إلى الإسراع إلى المطالبة بالوفاء بها.

كما يمكن لصاحب الحق في النفقة المطالبة بمراجعة مقدار النفقة المحكوم بها، إذا ما ثبت عدم وفائها بالغرض المشعر لها، من عدم تلبية المقدار المحكوم به لحاجيات طالب النفقة الأساسية من غذاء و كسوة و علاج و دراسة و ما إلى ذلك، غير أن المشعر الجزائري اشترط لإعادة النظر في مقدار النفقة مرور سنة من تاريخ النطق بالحكم.<sup>283</sup>

أما القانون المغربي فنص في المادة 195 على استحقاقها من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولم يأخذ بما أخذ به القانون الجزائري بالرجوع لمدة سنة إلى الورا فقط بشأن متأخرات النفقة. وإنما اعتبر جميع المتأخرات بمثابة دين في ذمته لا يسري عليه التقادم. والقانون المغربي نص في المادة 192 على أنه: لا يقبل طلب الزيادة في النفقة المتفق عليها ، أو المقررة قضائيا أو التخفيض منها، قبل مضي سنة ، إلا في ظروف استثنائية.

ولقد كانت المادة 37 من قانون الأسرة قبل التعديل تنص على أن النشوز من مسقطات النفقة، لأن هذا الحكم مستمد من الفقه الإسلامي. لكن بعد التعديل ألغيت المادة المذكورة وتركزت فراغا تشريعا في الموضوع، وبالتالي فلا نجد في حالة النشوز سوى المادة 55 التي تقضي بالطلاق فقط في حالة النشوز.

في هذا الشأن اعتبرت مدونة الأسرة المغربية أن من مسقطات النفقة الحكم على الزوجة بالرجوع لبيت الزوجية وامتناعها عن الرجوع و ذلك في المادة 195 من مدونة الأسرة، و نص عليها المشعر الموريتاني في البند الثالث من المادة 150 من مدونة الأحوال الشخصية.

وتبقى قضية عمل المرأة من المسائل ذات الأهمية بالنسبة لهذا الموضوع، حيث نجد جل التشريعات التي تطرقت إليه اعتبرت الزوجة غير ناشز إذا مارست العمل برضا الزوج. أو كانت قد اشترطت عليه ذلك في عقد الزواج كالقانون الجزائري من خلال المادة 19، من قانون الأسرة الجزائري و المادة 57 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>283</sup> المادة 79 من قانون الأسرة.

## ج: إفسار الزوج كأساس لمساهمة الزوجة في الإنفاق

من الأحكام العامة الموطرة لموضوع النفقة، عدم تحمل الإنسان نفقة غيره إلا بعد أن يكون له مقدار نفقة نفسه، فوجوب النفقة مشروط بالغنى واليسار، رغم توفر أسبابها من زوجية وقرابة والتزام.

فالأصل أن الزوج هو المكلف بتحمل الأعباء المادية للأسرة، لكن إذا حدث أن كان معسرا، فإن الزوجة تكون ملزمة على الإنفاق بمقدار عسر الزوج.

### 1: الموقف الفقهي من مساهمة زوجة المعسر في النفقة

لقد تشعبت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، في إجابته عن التساؤل أعلاه، فظهرت ثلاث آراء رئيسية.

الرأي الأول لجمهور الفقهاء من الشافعية<sup>284</sup>، والمالكية<sup>285</sup>، والحنابلة<sup>286</sup>، والحكم عندهم أنه في حالة عسر الزوج بالنفقة، فإن للزوجة الحق في أن تختار بين البقاء معه وتصبر عليه أو أن تطلب التفريق، وبعد طلاقا رجعيًا إذا كان بعد الدخول وبائنا إذا كان قبله، في حين يعتبره المالكية فسحا، واشترط المالكية بأن لا تكون عالمة عند العقد بعسره، وإذا تحقق ذلك فليس لها طلب التفريق، وإذا لم تكن عالمة بعجزه يتلوم له القاضي مدة معينة ثم يطلق عليه بعد انقضاء المدة واستمرار العسر<sup>287</sup>.

واستدل الجمهور على موقفهم هذا بقوله تعالى: "فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان"<sup>288</sup> ووجه الدلالة من الآية الكريمة هو أن الله تعالى خير الزوج بين أمرين، الأول إمساك الزوجة بالمعروف ويكون ذلك بإيفاء الزوجة حقوقها ومنها النفقة، فإذا عجز عن ذلك وجب عليه الثاني وهو التسريح بإحسان وهذا يكون بتفريق القاضي.

واستدلوا كذلك بقوله جل شأنه: {ولا تمسكوهن ضارًا لتعتدوا}<sup>289</sup> فالله سبحانه وتعالى نهى عن إمساك الزوجة على وجه الإضرار بها، وفي إمساك الزوج لزوجته مع عسره بنفقتها إضرارًا بها.

284 الإمام الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص 659.

285 الشيخ محمد الأمير الكبير، المرجع السابق، ص 247.

286 ابن قدامة، المرجع السابق، ص، 360.

287 عبد الباقي الزرقاني، المرجع السابق، ص: 255

288 سورة البقرة، الآية 229

289 سورة البقرة الآية 231

وفي حالة وجود أطفال فإن الجمهور يقرون بأن الأب المعسر لا يجبر على الاكتساب لينفق على ولده ولو كان لذلك الأب صنعة، كما أن الأم لا تلزم بالإنفاق على أولادها ولو كانت موسرة، وإنما تلزم بالرضاع بدون أجر.

أما الرأي الثاني: وهو للحنفية ويذهبون إلى أنه إذا عجز الزوج عن النفقة، فإنه لا يفرق بينهما بهذا العجز، وإنما يفرض القاضي عليه النفقة ويأمرها بالاستدانة، وفائدة أمرها بالاستدانة أن نفقتها لا تسقط بالموت ولا بغيره، متى استدانته، وأيضا يكون لها الحق في أن تحيل عليه رب الدين الذي يستدين منه.<sup>290</sup>

وإذا كان لهم أولاد وكان الأب معسرا فإنه يكلف بالتكسب والإنفاق، فإن عجز عن التكسب والإنفاق، وجب الإنفاق على أقارب الأولاد، وأقربهم إليهم أهم، فإن كانت موسرة أمرت بالإنفاق عليهم، على أن يكون ما تنفقه دينا على الأب، إذا أيسر لها حق الرجوع عليه بما أنفقته.<sup>291</sup>

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: { وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ }<sup>292</sup> والمستفاد من الآية الكريمة، أن الحكم الوارد فيها يوجب إمهال كل معسر في كل دين ومنه إمهال الزوج المعسر بالإنفاق.<sup>293</sup> وكذلك قوله سبحانه: { لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرْ لِحُلِيِّهِ رِزْقَهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفُرْ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا }<sup>294</sup>، بينت هذه الآية الكريمة، أن الإنفاق على الزوجة يكون حسب سعة الزوج وأنه لا يكلف إلا بقدر ما أعطاه الله من الرزق، ولا ترتب هذه الآية أي جزاء ضد الزوج المعسر.

الرأي الثالث: وهو رأي الظاهرية<sup>295</sup>، وفيه أنه في حالة عسر الزوج ببعض النفقة يقضى عليه بما يقدر ويسقط عنه ما دون ذلك، فإن كان عجزه كليا سقطت عنه النفقة ولا يكلف بشيء، وعلى زوجته أن تصبر حتى تيسر، وليس لها أن ترجع عليه بشيء مما أنفقته على نفسها مدة عسره، وإذا كانت موسرة كلفت بالإنفاق عليه ولا تطالبه بشيء مما أنفقته عليه إذا أيسر، واستدل ابن حزم الظاهري على تكليف

290 الكاساني، المرجع السابق، ص 330.

291 محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص: 837.

292 سورة القرة، الآية 280.

293 رعد مقدار الحمداني، المرجع السابق، ص 120.

294 سورة الطلاق، الآية 5.

295 ابن حزم، المحلى بالآثار: الجزء العاشر، أحكام النفقات، مطبعة المنيرية القاهرة، دون طبعة و سنة، ص 92.

الزوجة الموسرة بالإففاق على زوجها المعسر بقوله تعالى: " وعلى الوارث مثل ذلك"<sup>296</sup> إذ تدل هذه الآية على أن الغرم بالغنم فكما ترث الزوجة زوجها يجب عليها الإففاق عليه إن أعسر واحتاج إلى الإففاق.

ويظهر من خلال استعراضنا للآراء الفقهية الثلاث، التباين الذي طبع معالجتهم للموضوع، ذلك أن الجمهور لا يجعلون للزوجة أي دور في الإففاق، ويعتبرون ذلك من الواجبات الملقاة على عاتق الزوج قطعا، فهو في نظرهم يبقى ملزما بذلك ولو كان معسرا، كما اعتبروا إعساره ضررا وجب رفعه بتطبيق زوجته عليه.

هذا الرأي قد يبدو وجيها خاصة إذا لم تثمر العلاقة الزوجية عن وجود أولاد، لكن جمهور الفقهاء لم يضعوا حلا مناسباً في حالة وجود أطفال، يحمي حقهم في الإففاق عليهم، ذلك أنهم اكتفوا بالقول بعدم إلزام الأم بالإففاق عليهم، دون أن يحددوا الجهة التي يجب أن تكلف بذلك.

في حين كان رأي الحنفية، أكثر مسايرة للواقع، ذلك وإن كان يعتبر الأب هو الملزم بالنفقة، حتى في حالة عسره، إلا أنه اقترح حلا عمليا واضحا، إذ جعل نفقة الأولاد واجبة على أهمهم مع منحها حق الرجوع عليه إذا أيسر، أما إذا لم يكن لها مال، فإنه من حقها أن تستدين ويعتبر ذلك دينا في نعمة زوجها.

## 2- موقف قوانين الأسرة المغربية من مساهمة زوجة المعسر بالنفقة

نصت قوانين الأسرة المغربية على وجوب النفقة على الزوجة في حال عسر الزوج، طبقا للمادة 76 من قانون الأسرة الجزائري الذي ألزم فيه المشرع الزوجة بالإففاق على الأولاد في حال عجز الأب عن الإففاق، و هو أمر مستغرب خصوصا و أن المشرع لم يذكر الزوج و ألزمها فقط بالإففاق على الأولاد، الأمر الذي يضرب عرض الحائط بواجب التعاون و الحفاظ على الحياة المشتركة التي سبق و ان حرص عليها المشرع في نص المادة 36 السابقة الدراسة.

أما باقي التشريعات المغربية فقد تفتنت إلى هذه النقطة و أوجبت علة الزوجة بالإففاق على الأسرة في حال عجز الأب عن الإففاق و ذلك ما نجده في كل من المادة 199 من مدونة الأسرة المغربية و الفصل والمادة 23 من قانون الأحوال الشخصية الليبي، على خلاف المشرع الموريتاني الذي لم يلزم الزوجة بالإففاق على الأسرة.



وبنص المشرع التونسي في الفقرة 4 على أنه: "على الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال." يكون قد ألزم الزوجة التي لها مال، أن تنفق على الأسرة، وهو ما لم نجد له سنداً شرعياً ، بل ويقلب الأمور ، لأن إنفاق المرأة على نفسها وعلى أولادها من الناحية الشرعية والقانونية لا يكون إلا في حالة إعسار الزوج ، أو فقدانه إذا لم يكن له مال، أو في حالة وفاته، و هو ما أخذت به بقية قوانين الأسرة المغاربية.

## المحاضرة 7

### النسب في قوانين الأسرة المغربية

عرف النسب الشرعي بأنه القرابة الناشئة من صلة الدم بالتناسل، و البنوة هي نسبة الولد إلى أبيه<sup>297</sup>، و عرف أيضا بأنه إلحاق الولد بأبيه قانونا و دينا و اعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد، فالنسب إذن هو إحدى أهم قواعد تشريع الأحوال الشخصية لأهمية دوره في ضمان انسجام التشريع مع آثاره، و قبل أن يتصف هذا الإلحاق بأية صفة أخرى فهو إحقاق للحق و إبطال للباطل، لأنه إثبات لواقعة اللقاء الجنسي بين ذكر و أنثى كان سببا في هذا النتائج من جهة، و لأنه رفع للظلم الذي يتعرض له طفل بريء بجهل نسبه و لم يفعل ما يجلب له ظلم الظالمين.<sup>298</sup>

و فيه قوله تعالى في كتابه الحكيم : {و هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صمرا و كان ربك قديرا}.<sup>299</sup>

هذا و يعتبر النسب كأثر مترتب عن الزواج حقا أساسيا و أصليا، بواسطته تثبت للشخص جميع حقوقه الشخصية الأخرى، و أمام هذه الأهمية الكبرى للنسب، و سعيا للمحافظة على الأنساب و الروابط الأسرية سعت الشريعة الإسلامية إلى سد جميع سبل اختلاط الأنساب بتحديداتها بدقة و واضحا سبل إثباته، و هو نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة الجزائري، و المغربي في المواد من 142 إلى 162 من مدونة الأسرة المغربية، و الفصول من 68 إلى 76 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و المواد من 59 إلى 72 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، و المواد من 53 إلى 59 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

### المطلب الأول: وسائل إثبات ونفي النسب

حسب ما ورد عند فقهاء الشريعة الإسلامية و كذا قوانين الأسرة المغربية، يمكننا تقسيم الوسائل المعتمد عليها في مادة النسب إلى قسمين : وسائل مثبتة لنسب (الفرع الأول)، ووسائل نافية له (الفرع الثاني).

297 عمر فروخ، المرجع السابق، ص 98.

298 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر طبعة 2007 ص 120.

299 سورة الفرقان الآية 54.

## الفرع الأول: وسائل إثبات النسب

تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة، و بنكاح الشبهة، و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، طبقا للمواد 32، 33 و 34 من هذا القانون.

و نصت على وسائل إثبات النسب المادتين 152 و 158 من مدونة الأسرة المغربية و الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و المواد من 59 إلى 67 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، و المواد من 53 إلى 57 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

و يمكن تقسيم طرق إثبات النسب إلى طريقتين أو سببين : سبب منشئ، ، بمعنى أنه لا يحتاج إلى دليل و هذا السبب تدخل تحت لوائه النكاح، و سبب كاشف له و يدخل تحت لوائه الإقرار و البينة.

### أولاً: الأسباب المنشئة للنسب

ينشأ النسب بالزواج سواء كان صحيحا أو فاسدا، و كذلك بنكاح الشبهة، و قبل التطرق إلى الشروط الواجب توافرها في هذه الأنكحة، و التي حددتها المادة 41 ، لا بد أن نعرف بهذه الأنكحة و ذلك وفقا لما يلي :

أ- **الزواج الصحيح** : فالنسب يثبت بالزواج الصحيح المعبر عنه عند الفقهاء بالفراش لما روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: "الولد للفراش و للعاهر الحجر"<sup>300</sup>، ويقصد به الزواج الذي تتوافر فيه أركان الانعقاد و شروط الصحة و في ذلك إجماع بين الفقهاء،<sup>301</sup> و به أخذت قوانين الأسرة المغربية.

ب- **الزواج الفاسد**: الزواج الفاسد إما أن ينتج عنه البطلان في حال اختلال ركن من أركانه،<sup>302</sup> أو في حال وجود مانع من موانع الزواج، أو الفسخ في حالة اختلال أحد شروط العقد الصحيح. أو اشتماله على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد وفق ما تمت دراسته سابقا.

و قد نصت عليه قوانين الدول المغربية كسبب لثبوت النسب في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، و المادة 152 من مدونة الأسرة المغربية، و الفصل 71 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و المادة 54 من قانون الأحوال الشخصية الليبي التي اشترط فيها لإثبات النسب في الزواج الفاسد، وضع

<sup>300</sup> رواه مسلم في صحيحه، المرجع السابق، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش و توقي الشبهات حديث رقم 1958.

<sup>301</sup> أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلبي، الروض الندي شرح كافي المبتدي، دار النوادر، دون طبعة و سنة، ص 864.

<sup>302</sup> المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري، و الفقرة أ من المادة 45 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

الحمل داخل مدة السنة القمرية من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة.

**ج- نكاح الشبهة :** و يقصد به النكاح الذي يقع خطأ بسبب الغلط الذي يقع فيه الشخص كأن يتزوج الشخص بإحدى المحرمات عليه معتقدا أنها حل، و بعد الدخول تبين أنها أخته مثلا، و يعبر عنه فقهاء بالوطء بشبهة، و قد أخذ به المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة، و عبر عنه المشرع المغربي في الفقرة 3 من المادة 152 بالشبهة،<sup>303</sup> و الشأن ذاته في المادة 63 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، أخذ به المشردون أن نجد تنصيحا على هذه الوسيلة لإثبات النسب عند المشرع التونسي.

و عليه فمتى نتج عن إحدى هذه الأنكحة ولد فان نسبه يثبت لأبيه، و لكن بتوافر شروط أساسية يمكن تحديدها فيما ما نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة، و هذا بيانها:

**1-إمكانية الاتصال الجنسي:** أي إمكانية التلاقي الجنسي بين الزوجين بصورة فعلية، لأنه إذا ثبت أو تأكد عدم الاتصال و عدم التلاقي فلا يثبت النسب، و يتحقق هذا الشرط بالخلوة الصحيحة لأنها قرينة على تسليم المرأة نفسها لاعتبار العقد شرعيا- هذا في الزواج الصحيح أما النكاح بشبهة و النكاح الفاسد فالدخول فيه شرط أساسي لتحقيق هذا الشرط .

و قد نصت قوانين الأسرة المغاربية على شرط إمكانية الاتصال في كل من المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري و الفصل 69 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و المادة 59 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، و الفقرة ب من المادة 53 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

**2-عدم نفي الولد بالطرق الشرعية:** بمعنى أن لا ينفى الزوج عنه بالطرق المشروعة، سواء قبله قبولا ضمنيا أو صريحا، و الطرق المشروعة في نفي النسب هو اللعان، و هو عبارة عن اتهام الزوج زوجته بالخيانة الزوجية أثناء قيام الرابطة الزوجية بعقد صحيح مع إمكانية الاتصال، و صورته حددتها الآيات 5، 6، 7 من سورة النور.

و يعد عدم نفي النسب من قبل الأب بالطرق المشروعة إحدى شروط إثباته بالفراش أو الزواج الصحيح بصريح نص المواد 41 من قانون الأسرة الجزائري و المادة 59 من مدونة الأحوال الشخصية

<sup>303</sup> الفقرة 3 من المادة 152 من المدونة.

الموريتانية و الفقرة د من المادة 53 من قانون الأحوال الشخصية الليبي و التي نص من خلالها المشرع على اللعان بشكل صريح.

**3-ولادة الولد بين أقل و أقصى مدة للحمل :** أجمعت قوانين الأسرة المغاربية على جعل أقل مدت الحمل 6 أشهر<sup>304</sup>، أسوة بفقهاء الشريعة الإسلامية الذين أخذوا بهذه المدة معتبرين أن من أتت زوجته بولد بعد نصف سنة منذ أمكن اجتماعه بها و لا ينقطع الإمكان بالحيض لحقه نسبه لإمكان كونه منه حفاظا على النسب احتياطاً<sup>305</sup>، و اختلفوا في أقصاها فحددت بـ 10 أشهر في قانون الأسرة الجزائري، و سنة كاملة في باقي قوانين الأسرة المغاربية محل الدراسة.

فأما أقل مدة الحمل فتحسب من يوم العقد، أو من يم الدخول، أما أقصى مدة الحمل فتحسب من آخر يوم تلاقى فيه الزوجان، أو آخر اتصال جنسي بينهما في حال الغيبة أو الطلاق أو الوفاة.

#### ثانيا: الأسباب الكاشفة للنسب

إذا انتفت أسباب النشو، المشار إليها أعلاه ، أمكن إثبات النسب إما عن طريق الإقرار أو البينة، حكمهما كمايلي :

أ- الإقرار: الإقرار لغة، هو الإذعان للحق والاعتراف به، يقال: أقر بالحق إذا اعترف به<sup>306</sup>، وأقر بالشيء إقرارا إذا ثبت<sup>307</sup>.

فالإقرار هو الاعتراف، وقالوا عنه أنه سيد الأدلة<sup>308</sup>، ويقال لمن صدر الإقرار منه مقر، ولمن صدر الإقرار لصالحه مقر له، وللحق موضوع الإقرار مقر به<sup>309</sup>.

الإقرار في الفقه هو: الاعتراف بما يوجب حقا على قائله بشرطه<sup>310</sup>، وعرفه الشيخ ابن عرفة بأنه:" خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه"<sup>311</sup>.

<sup>304</sup> عملا بالآيات الكريمة في القرآن الكريم ، إذ ورد النص عليها في الآية رقم 15 من سورة الأحقاف، و الآية 13 من سورة لقمان .

<sup>305</sup> أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلبي، المرجع السابق، ص 864.

<sup>306</sup> ابن منظور، المرجع السابق، ص: 88.

<sup>307</sup> الشرييني، المرجع السابق، ص 238.

<sup>308</sup> أحمد المهدي، أشرف الشافعي، دعوى النسب، دار الطليم للطباعة، القاهرة، الطبعة الأولى 2007، ص78.

<sup>309</sup> محمد الكشور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة - قراءة في المستجدات البيولوجية-، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2007، ص 104.

<sup>310</sup> أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 176.

اللفظة في أصلها كانت تطلق على حمل النسب على الغير فقط، واستعملت أخيراً للجمع بين ما كان إقراراً بثبوت النسب على النفس أو الغير، و من ثمة جمعت لنا القسمين معا<sup>312</sup>.

و الإقرار يعد ثان الوسائل التي يثبت بها النسب عند كل من المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة و التونسي في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية، و الموريتاني في المادة 64 من مدونة الأحوال الشخصية و المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

**1- الإقرار بالنسب على النفس :** وهو ما كان يطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية اسم الاستلحاق، و يعرف بأنه ادعاء المدعي أنه أب لغيره، و من ثمة خرج لنا ادعاء من لم يكن أباً كالأُم اتفاقاً، لأن النسب للأب لا للأُم.

و للإقرار بالنسب على النفس شروط و هي :

- أن يولد لمتله، بأن يكون المقر في سن تسمح له بأن يكون مثل المقر له ابناً له .
- أن يكون المقر له مجهول النسب، لأنه إن كان معلوم النسب لا يصادف الإقرار محلاً للتصديق فيكذب، و لأنه لا يمكن ثبوت نسب ولد من رجلين، بل لا بد أن ينتقي أحدهما، و لا يكفي مجرد الإقرار لنفي نسب الآخر.
- أن لا يذكر أنه ولده من زنا لأنه الزنا لا يصلح سبباً للنسب - كما ذكر قبلاً - لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش"، و لأن نعمة النسب لا تثبت بجريمة الزنا.
- أن يصدق المقر له إن كان من أهل التصديق بأن كان مميزاً و لا حاجة إلى التصديق إذا كان الولد غير مميز.

**2- الإقرار بالنسب على الغير :** أي تحميل النسب على الغير، بمعنى أن الإقرار في هذا النوع لا ينسب فيه الشخص المقر له بالنسب إلى النفس، و لا ينتسب هو إلى غيره، و إنما شخص ثالث يحمل نسبه على غيره، و من ثمة قيل بأن النسب فيه متعدد متى توافرت شروطه الأربعة.

و لكي ينتج هذا النوع من الإقرار أثره، فلا بد من إضافة شرط آخر إلى شروط الإقرار بالنسب على

<sup>311</sup> أبو عبد الله التاودي على هامش، البهجة في شرح التحفة، الجزء 2، ، مطبعة مصطفى محمد، دون ذكر الطبعة و السنة، ص 317.

312 محمد محدة - المرجع السابق، ص 426 .

النفس، و المنصوص عليه قانونا، والمتمثل في:

- تصديق المحمول عليه النسب لهذا الادعاء، و هذا وفق ما جاء في نص المادة 45 من قانون الأسرة، و من هذا يتضح جليا أن الإقرار بالنسب على الغير لا يملكه المقر، و لا يملك غيره إلا بالتصديق له، كما أن الآثار الناتجة عن هذا الإقرار منصرفة إليه دون غيره من الأقارب، بخلاف الإقرار بالبنوة فإنه بثبوت نسبه من أبيه تثبت الأخوة بينه و بين بقية الأبناء، و يشاركونهم في الميراث من أبيهم و إن توفى أحدهم ورثه و لا يستطيع غيره رده أو منعه من ذلك .

إضافة إلى هذا فان المالكية اشترطوا لكي يتم النسب بهذا النوع أيضا شهادة شخصين عدلين أو قيام بينة فان لم يكن هذا و لا ذاك لا يثبت النسب،<sup>313</sup> غير أن هذا الرأي لم ينص عليه المشرع في قانون الأسرة الجزائري .

و من آثار الإقرار أنه حجة قاصرة على المقر دون غيره معنى ذلك أن أثر الإقرار لا يتجاوز المقر من أحكام، و لهذا كان للإقرار آثاره بالنسبة للمقر فقط دون غيره.<sup>314</sup>

بمقتضى المادة 160 من مدونة الأسرة المغربية، فإن الإقرار بالنسب يكون صحيحا ومنتجا لآثاره حتى لو صدر عن المقر في مرض موته، و نص المشرع الليبي في المادة 58 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "متى ثبت بالإقرار على الوجه المبين بالمادة السابقة فلا يقبل النفي و تترتب عليه جميع أحكام النسب المعروف أو الثابت بالدليل."

ب- **البينة** : و يقصد بها كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات القانونية و الشرعية مما ورد النص عليها في قوانين الإجراءات أو لم يرد.<sup>315</sup>

و عرفت أيضا بأنها : الحجة و يطلقها جمهور الفقهاء على معنى مرادف و هو الشهادة، و يعلق ابن القيم على هذا فيقول : "البينة اسم لكل ما يبين الحق و يظهره، و من خصها بالشاهدين لم يوف مسماها،

<sup>313</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص 432 .

<sup>314</sup> عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 175 .

<sup>315</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 190.

و لم تأت البينة في القرآن قط مرادا بها الشهادة، و إنما أتت مرادا بها الحجة " 316

و يكون الإثبات بالبينة الكاملة عن طريق شهادة رجلين عدلين أو رجل و امرأتين عدول و لا يتوقف على إقرار بثبوته. 317

و عليه فانه يبدو جليا من خلال ما تم عرضه أن المشرع الجزائري اعتمد قاعدة أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك و في الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة "إحياء الولد" منتهجا في ذلك منهج الشريعة الإسلامية السمحاء على اعتبار أن الشرع متشوف لإثبات النسب مظنة، و هو ما تم التنصيص عليه صراحة في المادة 151 من مدونة الأسرة المغربية و نصها: " يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي".

و تعد البينة أو الشهادة ثالث طرق إثبات النسب في نصوص قوانين الأسرة المغاربية في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري، و المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية التي زاد عليها المشرع بينة السماع، و الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، 67 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، فيما لم ينص عليها المشرع الليبي في المواد المخصصة للنسب.

### الفرع الثاني: وسائل نفي النسب

نصت قوانين الأسرة المغاربية على نفي الأب لنسب ولده أسوة بأحكام الشريعة الإسلامية، ولقد جاء في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة "، و بذات المعنى و المبنى أخذ المشرع الموريتاني بوسائل نفي النسب في المادة 59 من مدونة الأحوال الشخصية، و نص المشرع التونسي على وسائل نفي النسب في الفصل 69 من مجلة الأحوال الشخصية. وما يهّمنا في هذه المادة هو معرفة الطرق المشروعة التي يقصدها المشرع في نفي النسب

و في جميع هذه الحالات يجب ألا يصدر عن الزوج دلالة على الاعتراف بالنسب، لأنه يشترط لنفيه أن يكون عقب الولادة أو خلال فترة التهنة أو حين العلم بها و أن لا يصدر عنه أي شيء يدل على

<sup>316</sup> محمد محدة - المرجع السابق - ص 432 .

<sup>317</sup> قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في 1989/12/25 ، مجلة قضائية 1991 ، الجزء : 04، ص 110 .



رضاه بالولد، بل أن حتى سكوته خلال هذه الفترة يعتبر اعترافا بالولد، و متى ثبت النسب فلا يجوز نفيه لأنه لا يقبل الفسخ بعد ثبوته".

و صور نفي النسب كما حددها فقهاء الشريعة و القانون هي:

### أولاً: نفي النسب عن طريق إنكار ولادة الولد

يجوز للزوج أن ينكر ولادة زوجته لنفي نسب الولد إذا كان يجهل أنها حامل قبل ولادتها، إذ أن علمه مع سكوته بحمل زوجته لا يتيح له نفي النسب إلا إذا ادعى عدم العلم، و إذا عجز الزوج عن إثبات ذلك فالقول قول المرأة لأن الأصل صحة النسب بصحة الولادة ما دام عقد الزواج صحيحا و شروط النسب متوفرة .

و يجوز للزوجة إثبات الولادة بشهادة القابلة أو غيرها لان شهادة المرأة الواحدة في هذه الحالة تكفي .

ولا يجوز نفي الولادة بعد إقرار الزوج بها صراحة أو دلالة.

### ثانياً: نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب

إذا صحت واقعة الولادة من الزوجة و في عقد زواج صحيح، فلا يثبت نسب الولد إذا كان الزوج ممن لا يتصور منه حدوث الحمل سواء كان صغيرا، مراهقا أو كبيرا ، عقيما أو مصابا بمرض جنسي يحول دون الإنسال، و نفي النسب في مثل هذه الحالة نفي قاطع و لو أقر الزوج أن الولد ابنه لأن من شروط الإقرار بالنسب كما ذكرنا - أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل المقر، و ما دام هناك مانع من الزواج لصغر أو مرض، قرر الأطباء استحالة إنجابها فان نسب الولد لا يثبت.

### ثالثاً: نفي النسب لعدم مرور الفترة المحددة للحمل أو تجاوزها

للزوج نفي نسب الولد إذا جاءت به زوجته لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد أو لأكثر من 10 أشهر في قانون الأسرة الجزائري أو سنة في قوانين الأسرة المغربية الأخرى، غير أنه في هذه الحالة يجوز للزوج الإقرار بنسب الولد، و في جميع الحالات لا يثبت نسب الولد إذا أقر أنه ابنه من زنا.

و هذه الشروط كما بينا سابقا مرتبطة و مكملة لبعضها البعض، و عليه فإن تخلف شرط منها يترتب عليه عدم ثبوت النسب، و من ثمة و إعمالا لمفهوم المخالفة فإنه يمكن الاعتماد على انتفاء شرط من

هذه الشروط لنفي النسب، إذا ما قرناها بشروط إثبات النسب المحددة في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري و هي : - وجود عقد زواج شرعي، و إمكانية الاتصال بين الزوجين، و عدم نفيه بالطرق المشروعة.

و الحال غير ذلك في اللعان الذي تجتمع فيه الشروط المحددة في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري و التي بتوافرها يفترض ثبوت النسب، إلا أن الأب يتدخل بسلوك إيجابي فيقوم بنفي ذلك الولد عن طريق اللعان، و إن كان المشرع الجزائري لم يذكر مصطلح اللعان على خلاف ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 153 من مدونة الأسرة المغربية، وكذلك الفقرة د من المادة 53 من قانون الأحوال الشخصية الليبي بالتنصيص صراحة على اللعان كوسيلة لنفي النسب.

#### رابعاً: نفي النسب عن طريق اللعان

إذا توافرت شروط النسب فان الولد يثبت من أبيه بيقين، و لا يصح نفيه إلا بعد اللعان و بحكم من القاضي في الحالات التي تجوز فيها الملاعنة بين الزوجين.

و سمي باللعان لأنه من اللعن و هو الطرد و الإبعاد، لأن كلا منهما يبتعد عن صاحبه، و يحرم النكاح بينهما أبداً، و هو عند جمهور الفقهاء يمين، مصداقاً لقوله تعالى: { وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرُؤُاَ مَتْنَهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ } و قيل شهادة، و قيل يمين فيها شوب شهادة، و قيل عكسه.<sup>318</sup>

و على هذا يكون اللعان بين الزوج و زوجته التي جاءت بولد خلال فترة الحمل المقررة شرعاً و كان الزوج ممن يتصور حدوث حمل منه و ثبتت الولادة إلا أنه يشك بل يعتقد أن الولد جاء نتيجة صلة غير شرعية أو خيانة زوجية، و لهذا أجاز الشارع لمثل هذا الزوج أن يلجأ إلى اللعان إذا تعذر عليه إثبات اتهامه لزوجته .

و يكون اللعان في حالتين : إذا قذف الزوج زوجته أي اتهمها بالزنا و في حالة نفي نسب الولد منها،

خاصة أن اجتهادات أغلب الفقهاء و القانونيين استقرت على أن الوسيلة القائمة بذاتها لنفي نسب الولد هي اللعان، و هو الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا في اجتهاداتها.

و في جميع حالات نفي النسب اشترط كل من المشرع المغربي و الموريتاني ألا يكون النفي إلا بحكم قضائي و هو ما أخذ به المشرع المغربي في المادة 159 من مدونة الأسرة المغربية و نظيره التونسي في الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و كذلك الموريتاني في المادة 68 من مدونة الأحوال الشخصية، بينما لم يتكلم المشرعان الجزائري و الليبي على المسألة.

### الفرع الثالث: نسب الأم

الملاحظ في هذا المقام هو أن المشرع الجزائري لم ينظم نصا خاصا في إثبات نسب الولد من أمه سوى ما ذكره في المادتين 44 و 45 بشأن شروط الإقرار التي ساوى في أحكامها بين الإقرار بالبنوة و الأبوة و الأمومة من حيث التصديق، على خلاف نظيره المغربي الذي كان أكثر تحديدا لحكم نسب الأم من خلال تنصيصه في المادة 147 على أنه: "تثبت البنوة بالنسبة للأم عن طريق:  
- واقعة الولادة؛

- إقرار الأم طبقا لنفس الشروط المنصوص عليها في المادة 160 بعده؛

- صدور حكم قضائي بها.

- تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاعتصاب."

على عكس المشرع الموريتاني الذي اعتبر نسب الإبن لأمه كالشرعي في جميع الحالات، و ذلك من خلال المادة 71 التي جاء فيها: " لا تعتبر البنوة بالنسبة للأب إذا كانت غير شرعية و لا يترتب عليها إلا حرمة الزواج و هي بالنسبة للأم كالشرعية".

و جاء في المادة 56 من قانون الأحوال الشخصية الليبي: "يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة بغير إقرارها دون قيد أو شرط و تترتب على هذا النسب جميع نتائج المتفرعة عن الأمومة و البنوة مالية كانت أو غير مالية."

و أضاف في المادة 59 من قانون الأحوال الشخصية الليبي أنه :

أ- يثبت نسب الولد من أمه بإقرارها متى توافرت شروط إقرار الرجل بالولد و لم تكن متزوجة أو معتدة وقت أن ولد.

د- و يثبت نسبه من الأم بإقراره إذا توافرت الشروط الواردة في الفقرة أ من هذه المادة."

و من خلال مقارنة قوانين الأسرة المغربية في ما جاءت به في مادة النسب نجد حكما خاصا انفرد به المشرع المغربي أورده في المادة 156 و التي جاء فيها: "إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

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

ب) إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛

ج) إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب.

والحقيقة أن هذه المادة و ما تعلق بها من إثبات النسب اثناء فترة الخطبة، أسالت الكثير من الحبر في وسط فقهاء القانون المغربي و المختصين في قانون الأسرة على وجه الخصوص و قد انقسموا في تحليل نص المادة إلى قسمين: قسم يرى بأن الخطبة المذكورة في المادة هي زواج غير موثق و دليلهم على ذلك استعمال المشرع لعبارة "حالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج" و كذا استعماله لعبارة "ووافق ولي الزوجة عند الاقتضاء" فمادام ذكر توثيق عقد الزواج فمن باب أولى أن يكون الزواج قد انعقد و ينقصه التوثيق فقط، خاصة و أن المشرع قرر أن يعلق الباب أمام الزواج بالفاتحة الذي كان مسموحا به في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، و يقرن إثباته بمدة قانونية تنهي دعوى إثبات الزوجية بانتهائها، فمن غير المعقول أن يسعى المشرع إلى حظر الزواج بالفاتحة و في الوقت ذاته يعترف بالنسب الناتج عنها، فذلك سيعيد تشجيعا على عزوف الأزواج على اتباع الإجراءات الإدارية لإبرام الزواج.

أما الفريق الثاني فيرى بأن المشرع من خلال هذه المادة يسمح بإثبات النسب أثناء فترة الخطبة، و هو تكريس لأمر واقع أراد المشرع إيجاد حل له، فالخطبة تبقى خطبة و لا يمكن أن نخرجها من معناها الذي هو مقدمة الزواج.

و الحقيقة أن الرأي الأول يعد أكثر إقناعا من حيث الحكم و الأدلة المعتمد عليها.

#### الفرع الرابع: نظام التبني

لقد كان نظام التبني من العادات الجارية في الجاهلية، إذ كان يوجد في المجتمع أبناء معروف نسبهم للغير أو مجهول نسبهم كاللقطاء وكان الرجل يعجبه أحد هؤلاء فيتبناه بدعوى أنه ابنه ويلحقه بنسبه، فيكون للمتبنى ما للابن الحقيقي من كل ناحية إذ كانوا يورثونه ويحرمون زوجته على من تبناه.

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من التبني

لما جاء الإسلام أبطل التبني وأبطل ما كانوا يرتبون عليه من أحكام وبين أن الولد المتبنى أجنبي تماما عن تبناه، مصداقا لقوله تعالى: {وما جعل أذنيكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، أذنيهم لأبنائهم هو أقسط عند الله}.<sup>319</sup>

ولم يكتف الإسلام بإلغاء نظام التبني بالقول، بل رأى كذلك أن يقضي عليه بطريق عملي، حيث أوحى الله تعالى إلى نبيه أن يتزوج زينب بنت جحش مطلقة زيد بن حارثة، الذي كان قد تبناه الرسول صلى الله عليه وسلم قبل الدعوة، وقد ذكر القرآن الكريم هذا السبب بصريح العبارة في قوله تعالى: {فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيانهم، إذا قضوا منهن وطرا}.<sup>320</sup>

### ثانيا: موقف القوانين المغاربية من التبني

منعت معظم قوانين الأسرة المغاربية التبني بموجب نص صريح آخذة بأحكام الشريعة الإسلامية في الموضوع، فوجد المشرع الجزائري منعه في المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، و أبطله المشرع المغربي من خلال الفقرة 1 من المادة 149 من مدونة الأسرة المغربية، و الموريتاني في المادة 72 من مدونة الأحوال الشخصية، فيما لم ينص المشرع الليبي على المسألة، مرجعا حلها إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص.

أما التشريع التونسي الذي يأخذ صراحة بنظام التبني ويخصص له مع الكفالة قانونا خاص،<sup>321</sup> فيجعل من التبني عقدا بين المتبني وولي المتبنى من الوالدين أو والي متعهد بالولاية العمومية، ويتم العقد إذا توافرت شروطه بحكم نهائي يصدره القاضي<sup>322</sup>، ومن النتائج المترتبة على هذا العقد أن المتبنى يدخل في أسرة متبنيه وبالتالي يحمل لقبه ويكون له نفس الحقوق التي للأب الشرعي تجاه والديه، كما يكون له

<sup>319</sup> - سورة الأحزاب، الآية: 37.

<sup>320</sup> - سورة الأحزاب، الآية: 37.

<sup>321</sup> قانون رقم 127 الصادر في 4 مارس 1958 منشور في لرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 19 الصادر في 4 مارس 1958 المعدل بقانون 69 لعام 1959 المؤرخ في 19 يونيو 1959.

<sup>322</sup> الفصل 13 من قانون 4 مارس 1958.

نفس الحقوق والواجبات التي تكون للوالد تجاه ولده ولا يستثنى من آثار البنوة الحقيقية سوى مواع  
الزواج<sup>323</sup>.

إن موقف المشرع التونسي من نظام التبني يعتبر وبحق موقفا شادا ومخالفا لنصوص قرآنية صريحة  
في هذه المسألة، فإذا كانت سنة التطور تفرض علينا تجديد أفكارنا بما يلائم التطورات المجتمعية  
السريعة، فإن ذلك لا ينبغي أن يكون على حساب مخالفة نصوص شرعية قطعية الدلالة، خصوصا وإن  
المشرع التونسي كان ليصل لنفس النتيجة عن طريق استبدال نظام التبني بنظام الكفالة، فالإسلام وإن  
كان قد حرم التبني إلا أنه لم يغلق باب الرفق والإحسان في وجه اليتامى، وذلك بأن يضم شخص إلى  
كفاه يتيما ليقوم بالإنفاق عليه وتربيته وله أن يخصه شيء من ماله وذلك على سبيل الهبة أو الوصية  
دون أن يلحقه بنسبه.

#### المطلب الثاني: إعمال الطرق العلمية في النسب

في طي الثورة العلمية التي شهدتها البشرية خاصة فيما يتعلق بعلم الجينات و استكمال الخريطة  
المورثية التي انعكست على مواد الإثبات المدنية و الجزائية، و نقلتها نقلة نوعية من متاعب طرق  
الإثبات التقليدية إلى الحقيقة العلمية الواضحة و الدقيقة، و قد برز دورها جليا خاصة في مجال إثبات  
النسب و نفيه الذي استقطب كثيرا من الجدل الفقهي و القانوني بين رافض لها و آخذ بها، مما استوجب  
علينا تحديد هذه الوسائل (الفرع الأول) ثم التطرق لموقف قوانين الأسرة المغاربية منها (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: الوسائل العلمية المثبتة و النافية للنسب

إن تطور العلوم البيولوجية أمكن الجزم بصورة دليوية قاطعة بأن نقطة دم أو مني أو شعر أو أي  
خلية بيولوجية أصبح الآن من الممكن نسبتها إلى صاحبها اعتبارا أن لكل شخص صورة خاصة به من  
تراكيب الحمض النووي (ADN) باستثناء التوائم الحقيقي.

والحمض النووي<sup>324</sup> عبارة عن مادة غير حية موجودة داخل الخلايا، و هي مورثات موجودة داخل  
الحمض الربي المنقوص الأكس Acide Soxyrihennculigne و يرمز لها بالمختصر (ADN)، إذ  
يشكل هذا الحمض المادة الأساسية المكونة للكروموزومات التي يبلغ عددها 23 زوجا في كل خلية، و

<sup>323</sup> الفصل 15 من قانون 4 مارس 1985.

للتوسع أكثر حول الموضوع يراجع:

- محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، دار الميزان للنشر، سوسة، تونس، طبعة 2001، ص 355.

- محمد شمام، التبني، مجلة القضاء والتشريع، العدد 3، تونس 1959، ص 10.

WWW.WIDLEAST.COM , WWW.SEERV.COM

<sup>324</sup> مواقع عربية إسلامية على الانترنت

تضم كل خلية أربع مجموعات كيميائية، بيولوجية لها أهمية خاصة في حياة الخلية و هي متصلة ببعضها البعض في شكل لولبي.

كما يمثل الحمض النووي (ADN) الدليل الوراثي الذي يسمح للكائنات الحية بنقل خاصيتها إلى أنسالها، و من المعروف أن الخلية البشرية تحتوي على 46 صبغيا تشكل 23 زوجا من الكروموزومات بصفة عادية، إلا أن الخلايا التناسلية المذكورة و المؤنثة ليس لها إلا نصف هذا العدد، و أنها عندما تتحد في خلية واحدة فهي تؤلف جينة جديدة ليعود العدد الأصلي للكروموزومات كما كان من قبل، أي 23 زوجا صبغيا، و تحتوي الخلايا التناسلية كسائر الخلايا البشرية الأخرى على الحامض النووي (ADN) و عندما تتحد الخلية الذكرية مع البويضة في خلية جديدة فان هذه الأخيرة تتضمن شيئا من الحامض الذكري و شيئا من الحامض الأنثوي.

و نجد أن الباحثون البيولوجيون و الأطباء الشرعيون يفرقون بين نوعين من الحامض النووي (ADN) و هما : الحامض النووي الوظيفي، و الحامض النووي غير الوظيفي، فالحامض الأول له دور هام في نقل الخصائص الوراثية، إذ أنه يوجد لكل إنسان في كل خلية من خلاياه بطاقة تعريف غير قابلة للترتيب، تتضمن إمارات خاصة بالأب و أخرى بالأم .

عليه فإنه باللجوء إلى قوانين العالم البيولوجي مندل Mendel التي تنظم انتقال الخصائص الوراثية، فنصف يأتي من الأب و النصف الآخر ينبغي أن يأتي من الأم، و بمقارنة الحامض النووي الخاص بالولد، و الحامض النووي للأب المفترض، فان نصف تلك الخصائص يجب أن تتناسب مع علامات الأب، و يتم اللجوء إلى طريقة فحص الجينية بمقارنة بنية الحمض النووي (ADN) للمادة الجسمانية. فالحمض النووي (ADN) إذن هو كل العتاد الذي تتكون منه الكروموزومات البشرية، وهو الذي يحمل معه العلامات الجينية التي تجعل من كل فرد منا إنسانا فريدا من نوعه.

و لا شك أن هذه التقنية أصبحت اليوم تفتح آفاقا واسعة في مادة الإثبات ذلك أن منطقة الحمض النووي للعتاد الخلوي المأخوذة من جسم متى تطابقت المنطقتان فان ذلك يكون محققا، بل يكاد يكون مطلقا و دليلا قاطعا على أن العتاد الخلوي ناتج عن الشخص نفسه ما عدا في حالة التوأم أحادي البويضة، حيث يكون التحقق ناقصا.

### الفرع الثاني: موقف قوانين الأسرة المغربية من أعمال الوسائل العلمية في النسب

بمقتضى تعديل قانون الأسرة أدخل المشرع الجزائري تقنية جديدة في إثبات النسب تمثلت بالأساس في التنصيص صراحة على فتح المجال أمام أعمال الوسائل العلمية الحديثة في قضايا النسب، فنص على الاعتماد عليها في إثبات النسب، من خلال الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة، مع مراعاة طبعاً ضرورة توفر الشروط العامة للنسب.

كما أنه أجاز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بالنسبة للأشخاص الذين يعانون من مشاكل في الإنجاب بطريقة طبيعية، من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، إذ بتدخل المشرع بنص خاص يجوز الاعتماد على الوسائل العلمية كطرق لحل النزاعات المتعلقة بدعوى النسب، خاصة مع أهميتها التي أصبح من المستحيل إنكارها أو تجاهلها، كما أنها تعتبر وسيلة لردع الزوجات اللاتي لا يتقين الله في بيوتهن، و بذلك يتم منع اختلاط الأنساب، و كذلك وسيلة لردع الآباء عديمي المسؤولية، وذلك بمنع تعسفهم في نفيهم لأبنائهم، لا لمجرد شيء سوى إشباع غريزة الانتقام أو بغية التهرب من مسؤولياتهم اتجاههم.

ومع ذلك فإن ما يعاب على هذه الفقرة هو قصورها كونها لم تبين كيفية اعتماد هذه الوسائل في القضاء و الإجراءات الواجب اتباعها، بل أنها لم تشر حتى إلى المخابر المتخصصة في ذلك. بالإضافة على ما يثيره تفعيل هذه التقنية من مشاكل عملية مع نقص الإمكانيات التي تساهم في ذلك، خاصة لو علمنا أنه على المستوى الوطني يوجد مخبر واحد ووحيد مؤهل لمثل هذه التحاليل، متواجد على مستوى الجزائر العاصمة.

كما أن الفقرة أظهرت جليا إعمال الوسائل العلمية في إثبات النسب دون نفيه، من خلال استعمال المشرع عبارة "لإثبات النسب"، مما يستفاد معه بأن النفي يخرج من هذه الإمكانية. و مسايرة من المشرع لروح العصر و تطلعات المجتمع، مع تقيده طبعاً بالثوابت الشرعية، نص على إمكانية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لإنجاب الأولاد، أو ما يسمى بأطفال الأنابيب، و ذلك من خلال نص المادة 45 مكرر، يخضع وفقها التلقيح الاصطناعي للشروط التالية :

- أن يكون الزواج شرعياً.
  - أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما.
  - أن يتم بمنى الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرها.
  - لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة .
- في الحقيقة فإن هذه المادة ما هي إلا تأكيد آخر للاتجاه نحو اعتماد و تكريس الطرق العلمية المستحدثة في مجال النسب.

و التلقيح الاصطناعي يتم بأحد طريقتين أساسيين : طريق التلقيح الداخلي، و ذلك بحقن نطفة الرجل في الموقع المناسب من باطن المرأة، و طريق التلقيح الخارجي بين نطفة الرجل و بويضة المرأة في أنبوب اختبار في المختبرات الطبية ثم زرع البويضة الملقحة ( اللقيحة ) في رحم المرأة .

هذا و قد تبين من خلال الدراسة أن الأساليب و الوسائل التي يجري بها التلقيح الاصطناعي بطريقه الداخلي و الخارجي لأجل الاستيلاء هي ستة أساليب بحسب الأحوال المختلفة، للتلقيح الداخلي فيها أسلوبان، و للخارجي أربعة من الناحية الواقعية، بقطع النظر عن حلها أو حرمتها شرعاً، و هي :

**أولاً: في التلقيح الاصطناعي الداخلي:** و فيه أسلوبين:



**أ-الأسلوب الأول :** أن تؤخذ النطفة الذكرية من رجل متزوج، و تحقن في الموقع المناسب داخل مهبل زوجته أو رحمها، حتى تلتقي النطفة التقاء طبيعيا بالبويضة التي يفرزها مبيض زوجته، و يقع التلقيح بينهما ثم العلق في جدار الرحم بإذن الله، كما في حالة الجماع، و هذا الأسلوب يلجأ إليه إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عن إيصال مائه في المواقعة من الموضع المناسب.

**ب-الأسلوب الثاني :** أن تؤخذ نطفة من رجل و تحقن في الموقع المناسب من زوجة رجل آخر حتى يقع التلقيح داخلها ثم العلق في الرحم كما في الأسلوب الأول، و يلجأ إلى هذا الأسلوب حين يكون الزوج عقيما، لا بذرة في مائه فيأخذون النطفة الذكرية من غيره.

**ثانيا: في التلقيح الاصطناعي الخارجي:** و فيه أربع أساليب:

**أ-الأسلوب الأول :** أن تؤخذ نطفة من زوج و بويضة من مبيض زوجته، فتوضعا في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة، حتى تلقح نطفة الزوج ببويضة زوجته في وعاء الاختبار، ثم بعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام و التكاثر تنقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة لتعلق في جداره و تنمو و تتخلق ككل جنين، ثم في نهاية مدة الحمل الطبيعي تلده الزوجة طفلا أو طفلة، و هذا هو طفل الأنبوب الذي حققه الإنجاز العلمي الذي يسره الله، و يلجأ إلى هذا الأسلوب عندما تكون الزوجة عقيما بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضا ورحمها (قناة فالوب).

**ب-الأسلوب الثاني :** أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج، و بويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته ( يسمونها متبرعة )، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته، و يلجأون إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا، و لكن رحمها سليم قابل لأن تعلق اللقيحة فيه.

**ج-الأسلوب الثالث :** أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة رجل و بويضة امرأة ليست زوجته له (يسميان متبرعين)، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة، و يلجأون إلى ذلك حينما تكون المرأة المتزوجة التي زعت اللقيحة فيها عقيما بسبب تعطل مبيضا لكن حملها سليم، و زوجها أيضا عقيم و يريدان ولدا.

**د-الأسلوب الرابع :** أن يجري تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة تنتوع بحملها (ما يعرف بالأم البديلة)، و يلجأون إلى ذلك حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها، و لكن مبيضا سليم منتج، أو تكون غير راغبة في الحمل ترفضها، فتنطوع امرأة أخرى بالحمل عنها .

هذه هي أساليب التلقيح الاصطناعي التي حققها العلم لمعالجة أسباب عدم الحمل، و التي فتح لها المشرع الجزائري الباب للتطبيق في قانون الأسرة الجزائري على خلاف باقي قوانين الأسرة المغاربية التي لم تنص على إمكانية اللجوء إلى هذه التقنية، لينفرد المشرع الجزائري بالتنصيص عليها.

و المشرع المغربي هو الآخر أخذ بالخبرة العلمية في مجال إثبات النسب و نفيه و هو ما كرسه من خلال نص المادتين 153 و 158 حيث نص في الأخيرة على أنه: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية"، و كذلك الحال بالنسبة للمشرع التونسي الذي أصدر قانونا خاصا يتعلق باللقب العائلي<sup>325</sup> و أضاف إليه الفصل 3 مكرر<sup>326</sup> فتح من خلاله باب إعمال الخبرة الطبية في إثبات النسب إمكانية الاعتماد على التحليل الجيني، و جعلها وسيلة لإثبات النسب قائمة بذاتها .

و في الأخير فانه لا يسعنا إلا أن نقول أن اعتماد الوسائل العلمية في إثبات النسب أو نفيه أصبح ضرورة لا مفر منها، و أنه من اللامعقول تجاهل أهميتها، خاصة في وقت أصبح فيه العلم هو مقياس تقدم الأمم، و بالتالي فان المشرع قد أصاب مبدئيا في تكريس الوسائل العلمية في إثبات النسب، أنه لم يشر إلى الإجراءات الخاصة بهذه العملية، و لم يحل بشأنها حتى إلى التنظيم و هو الشيء الذي يخلق مشاكل لدى القضاة في كيفية تطبيق هذه المادة، و في كيفية مراقبة مدى صحة الشروط التي تضمنها التعديل، خاصة و أن المشرع لم ينص على أية عقوبات في حالة الغش في تطبيق شروط هذه المادة من طرف الأطباء و المختصين أو حتى المعنيين بالتلقيح، مما يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

---

<sup>325</sup> قانون عدد 75 لسنة 1998 مؤرخ في 28 أكتوبر 1998 منشور بالجريدة الرسمية عدد 87 بتاريخ 30 أكتوبر 1998.

<sup>326</sup> القانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية 2003.