

الحرية في الزواج

بقلم الدكتورة/ منادي مليكة

جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيده

مقدمة :

يعد الزواج من الحريات العامة، مما يقتضي ضرورة تمتع الشخص بكامل الإرادة و الحرية في تقرير الزواج من عدمه، و في اختيار الشريك الذي سيقاسمه الحياة دون شرط أو قيد، لأن الزواج وتكوين أسرة حق لكل شخص ابتداء من سن البلوغ، بصرف النظر عن الجنسية أو الأصل أو الدين طبقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

و ضمنا لعدم المساس بهذه الحرية، يجب أن تعمل كل دولة على تجسيدها في إطار تشريعاتها، على شكل مبادئ ثابتة، إلا أن هذا التكريس لن يكون على نمط واحد، نظرا للاختلاف القائم بين الدول في المعتقدات والمناهج، و هذا ما سيكون له أثر على تباين شروط الزواج، فإلى أي حد يمكن أن يكون هذا المبدأ منسجما مع خصوصية كل دولة لا سيما الدول الإسلامية ؟ و ما مدى مشروعية تشريعاتها المنظمة لهذه الحرية ؟

طالما أن القاسم المشترك بين الأنظمة القانونية للدول الإسلامية، رغم تباينها، يكمن في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على نظام الأسرة، فإنه سيتم الاقتصار على قانون الأسرة الجزائري، من خلال الوقوف على نقطتين؛ مفهوم الحرية في الزواج (المبحث الأول)، ونطاقها (المبحث الثاني).

المبحث الأول : مفهوم الحرية في الزواج

تقوم سائر العقود بما فيها الزواج على الرضا و الاختيار، لذا ينبغي أن تكون للشخص الحرية التامة و الكاملة، في الإقدام أو الإحجام عن إبرام هذا العقد، ليس هذا فحسب بل و في حرية اختيار الشريك.

و على هذا الأساس، لا يمكن تصور مفهوما للحرية في الزواج خارج هذه النقاط الثلاثة⁽¹⁾ ، حرية عدم الزواج (المطلب الأول)، حرية تقرير الزواج (المطلب الثاني) حرية الاختيار(المطلب الثالث).

المطلب الأول: حرية عدم الزواج

إن التسليم بحرية الشخص في تقرير الزواج، تقتضي التسليم في ذات الوقت بحريته في عدم الزواج، ذلك أن الزواج لا يعد أمرا إجباريا أو مفروضا على الشخص (الفرع الأول)، و منه فإن العدول عن الخطبة (الفرع الثاني) ليس إلا تجسيد لهذه الحرية.

الفرع الأول: عدم إجبارية الزواج

إن في خلق آدم و زوجه إشارة إلى تزامن الازدواج في الكائن البشري مع بداية الخلق، لقوله تعالى: ﴿ خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا ﴾⁽²⁾، و قوله أيضا: ﴿ وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ جَعَلَكُمْ أَزْوَاجًا ﴾⁽³⁾، و هكذا أصبحت الزوجية سنة كونية تلتقي فيها أنماط الكائنات⁽⁴⁾.

مما يجعل الإعراض عن الزواج، في إطار ما يعرف بالرهبانية، أمرا مبتدعا لم يشرعه أي دين سماوي استنادا لقوله تعالى: ﴿ ثُمَّ فَقَيْنَا عَلَى آثَارِهِمْ بِرُسُلِنَا وَقَفَيْنَا بِعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ وَآتَيْنَاهُ الْإِنْجِيلَ وَجَعَلْنَا فِي قُلُوبِ الَّذِينَ اتَّبَعُوهُ رَأْفَةً وَرَحْمَةً وَرَهَابَنِيَّةً ابْتَدَعُوهَا مَا كَتَبْنَاهَا عَلَيْهِمْ إِلَّا ابْتِغَاءَ رِضْوَانِ اللَّهِ فَمَا رَعَوْهَا حَقَّ رِعَايَتِهَا فَآتَيْنَا الَّذِينَ آمَنُوا مِنْهُمْ أَجْرَهُمْ وَكَثِيرٌ مِنْهُمْ فَاسِقُونَ ﴾⁽⁵⁾.

كما أن حث التشريع الإسلامي على الزواج و الترغيب فيه، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ﴾⁽⁶⁾، و قوله (ص): "من تزوج فقد أحرز شطر دينه فليترك الله في الشطر الآخر"، لا يعني أن الزواج مسألة مفروضة على الشخص، إذا ما قرر عدم الزواج.

و في ذات الصدد، يذهب الفقه الإسلامي في تحديد حكم الزواج، إلى اعتباره فرضاً أو واجباً، إذا ما تيقن الشخص أو غلب على ظنه الوقوع في الزنا مع قدرته على التزامات الزواج المادية والمعنوية⁽⁷⁾، و مع ذلك لا يجوز إجباره على الزواج إذا ما أعرض عن ذلك، لأن الواجب أو الفرض إذا لم يفعله المكلف توقع عليه العقوبة، و لا يفرض عليه أدائه.

الفرع الثاني: العدول عن الخطبة

تعتبر الخطبة عامة، سواء اقترنت بقراءة الفاتحة أو لم تقرن مجرد وعد بالزواج، لذا شرع لكل من الطرفين الحق في العدول عنها، فلا يجوز حملهما على الزواج رغماً عن إرادتهما، و ما هذا في حقيقة الأمر إلا تكريس لمبدأ الحرية في عدم الزواج. إذ تنص المادة الخامسة من قانون الأسرة بأن: " الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة..."، و في ذات الاتجاه تنص المادة الموالية في فقرتها الأولى على: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا".

إن العدول عن الخطبة لا يترتب أية مسؤولية كأصل عام، إلا إذا سبب ضرر للآخر، لأنه من غير المعقول أن يخول القانون حقاً للشخص، ثم يوقع عليه الجزاء لا لسبب سوى لأنه استعمل هذا الحق، فلا يجوز التعويض عن مجرد العدول، إلا إذا نتج عنه إلحاق الضرر بالطرف الآخر، و يستوي أن يكون الضرر مادياً أو معنوياً طبقاً للفقرة الثالثة من ذات

المادة و التي تنص بأنه : " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض ". و من زاوية أخرى، إذا ما تنازل الشخص عن حق العدول، فإنه يكون قد رفض استعمال هذا الحق، مما يؤكد تمسكه بحقه في إتمام الزواج بكل حرية.

المطلب الثاني : حرية تقرير الزواج

إن حرية الزواج تفترض مبدئياً؛ حرية الشخص عامة، سواء كان رجلاً أو امرأة، في تقرير الزواج، متى كان غير متزوج، و على وجه الخصوص حريته في إعادة الزواج أو التعدد، عندما يتعلق الأمر بالرجل لوحده.

غير أن ممارسة هذه الحرية ترد عليها بعض الاستثناءات، إذ يمنع الشخص في حالات معينة من الزواج، إلا إذا حصل على ترخيص بالزواج (أولاً)، أو على إذن بالتعدد (ثانياً).

و هذا ما يثير التساؤل عن مدى مشروعية هذه القيود ؟

الفرع الأول: الترخيص بالزواج

تنص المادة السابعة من قانون الأسرة على أنه : "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج..."

مما لا شك فيه، أن الهدف من تحديد أهلية الزواج يتمثل في منع الأشخاص من الإقدام على الزواج، قبل الاستعداد النفسي و العقلي والجسمي لتحمل أعباء الزواج⁽⁸⁾، من أجل ضمان استمراريته، و في كل الأحوال لا يمكن أن يعتبر هذا المنع مساسا بحرية الزواج، وبالرجوع إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نجد أنه يمنح الحق في الزواج و تكوين أسرة للشخص ابتداء من سن معينة، ألا و هي سن البلوغ هذا من جهة.

و من جهة أخرى، فإن الزواج قبل بلوغ السن القانوني، أصبح منافيا لمتطلبات العصر، و غير متماش مع الواقع الاجتماعي الجزائري، حسبما أكدته النتائج الأولية للإحصاء العام حول السكان و السكن، والذي يبين وضعية الزواج في الجزائر بالأرقام بشأن الزواج، الذي ارتفع بصورة واضحة بالنسبة للجنسين، فالأرقام تبين أن السن المتوسط الزواج بالنسبة للذكور قد ارتفع إلى 31,3، في حين بالنسبة للإناث قد ارتفع إلى 27,6 منه⁽⁹⁾، ليرتفع سنة 2010 إلى 31 سنة بالنسبة للفتاة و 33 سنة بالنسبة للفتى⁽¹⁰⁾.

و بالإضافة، فإن الزواج دون السن القانوني غالبا ما يعوزه الرضا التام والاختيار السليم، نظرا لتدخل الأهل و قلة الوعي بالحياة الزوجية، بسبب عدم النضج النفسي و الفكري و العاطفي، فمن الحتمي أن يكون عبئا ثقيلا يفوق قدرات هؤلاء الصبية الأزواج، و ضربا من ضروب العبث بالحياة الزوجية⁽¹¹⁾.

و على هذا النحو، فقد قرر الترخيص بالزواج كنوع من الحماية لمصلحة القاصر، فإذا ما تعلق بالمصلحة العامة كان أوجب، كما هو الحال بالنسبة للزواج مع الأجانب، حيث يخضع لإجراءات تنظيمية طبقاً للمادة 31 من قانون الأسرة، تتمثل في الحصول على رخصة من الوالي⁽¹²⁾، أما إذا كان المواطن فرداً من أفراد الجيش الوطني أو موظفي الأمن، فيتوجب عليه الحصول على رخصة كتابية من الجهة التي تملك التعيين⁽¹³⁾. فهل هذا الأمر ينطبق أيضاً في حالة الإذن بالتعدد ؟

الفرع الثاني: الإذن بالتعدد

لقد نصت المادة الثامنة من قانون الأسرة على إباحة التعدد، بناء على إذن يمنحه القاضي، بعد تقديره مدى توافر المبرر الشرعي المحصور في المرض أو العقم، وفقاً للمرسوم الوزاري رقم 84-102 المؤرخ في 1984/09/23، وكذا شروط و نية العدل، فضلاً عن تأكده من موافقة كل من الزوجة السابقة و اللاحقة.

بينما في حالة التدليس، فإن المادة 8 مكرر من نفس القانون تجيز لكل زوجة رفع دعوى التطليق، الأمر الذي يعد مقبولا فيما يتعلق بالزوجة الأولى، لأن زواجهما نشأ صحيحاً، مما يجعل مطالبتها بحله مستساغاً، خلافاً للزوجة الثانية، لأن زواجهما أبرم في ظل التدليس، مما يجعله قابلاً للإبطال.

و هذا ما يمكن استنتاجه من المادة 8 مكرر من قانون الأسرة والتي تنص بأن: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول..."، فاستعمال مصطلح "يفسخ" إنما يجزنا إلى المواد 32 و 33 و 33 من ذات القانون، حيث عالج المشرع بطلان الزواج، و هذا ما يؤكد بطلان هذا العقد ما لم يستصدر الزوج ترخيصا قضائيا.

و الحقيقة، أنه رغم اشتراط الإذن القضائي لإباحة التعدد، فإن المادة الثامنة لا تشكل مساسا بحرية الرجل في الزواج التعددي، بالنظر لإمكانية زواجه مرة أخرى زواجا عرفيا دون الحاجة إلى الإذن القضائي، و الذي يضيق على الرجل في إطار كيفية إبرام الزواج فقط، إذ يجد نفسه مضطرا لإعادة الزواج بصفة غير رسمية.

إن تمتع الرجل بهذا الحيز من الحرية، لن يكون بطبيعة الحال على حساب المرأة، فبالنسبة للزوجة الأولى، لها كامل الحرية أن تقرر الاستمرار في العلاقة الزوجية، أو عدم الاستمرار فيتم التطليق، و نفس الحكم بالنسبة للزوجة الثانية، فلها إجازة العقد أو التمسك بإبطاله نظرا لانتفاء حريتها في الاختيار.

المطلب الثالث: حرية الاختيار

يجب أن يكون الزواج وليد الإرادة الحرة و المختارة، فلا ينعقد لمجرد موافقة طرفيه على العقد، بل يجب أن تنصب هذه الموافقة على شخص

بعينه، كما لا يكفي التأكيد على الرضا باعتباره ركن الزواج الوحيد وفقا للمادة التاسعة من قانون الأسرة، دون كفالة الشروط الموضوعية لتحقيقه.

نظرا لأن تحري الرضا يقتضي الحرص على عدم انتزاع هذه الموافقة، تحت فعل التهديد أو الإكراه، مما قد يدعو إلى القول بضرورة تولي طرفيه مباشرة العقد بنفسيهما.

إذن حرية الاختيار تثير مسألتين هامتين : الزواج بالوكالة (الفرع الأول)، و الإكراه في الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الزواج بالوكالة

قد لا ينسجم مفهوم الوكالة كثيرا مع طبيعة الزواج، باعتباره عقد شخصي صرف، و هذا ما ذهب إليه القانون رقم 59-274 الصادر في 1959/02/04 من إلغاء للوكالة، بالنص صراحة على انعقاد الزواج بتراضي الزوجين تحت طائلة البطلان، ما لم يكن التعبير عن الرضا شفويا و علنيا و صادرا من الزوجين شخصيا⁽¹⁴⁾.

الأمر الذي أجازته المادة 20 من القانون رقم 84-11 للزوج وحده، بنصها على أنه : "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، و كأن الوكالة تمس بحرية الزواج عندما يتعلق الأمر بالمرأة دون الرجل، مما قد يفسر بأنه توخي للحيلة من طرف المشرع

ضمانا لرضا المرأة التام، نظرا لصالّة حظوظها في التفريق مقارنة بالرجل،
فيفهم منعها من التوكّل بأنه احتفاظ لها بحق مباشرة العقد بنفسها.

كان من الممكن جدا القول بأن تلك هي غاية المشرع، لو أنه لم
يحسم في هذا الموضوع، بإعطاء الولي مهمة مباشرة العقد⁽¹⁵⁾، و على
النقيض من ذلك، فإن الأمر رقم 09/05 قد ألغى هذه المادة بموجب
المادة 18 منه و التي تنص بأن: " تلغى المواد 12 و 20...".

و ليس في مخالفة المشرع لآراء الفقه الإسلامي في هذه الحالة ضير،
طالما أن التوكّل مسألة اجتهادية، إلا أن في هذا التوجه عدم مراعاة ما
يحقق مصلحة الزوجين في بعض الأحيان، كغياب أحدهما عن مجلس
العقد، لا سيما إذا وجدت أسباب معقولة تبرز ذلك.

و لعل في هذا المسلك، ما يؤكد حرص المشرع على صحة عقد
الزواج عن طريق تحري رضا الزوجين، تحسبا لإمكانية عدولهما لحظة إبرام
العقد، ولكفالة نوع من الاستقرار لعقود الزواج، فينأى بهذا العقد عن
دعوى القابلية للإبطال، خاصة تلك المؤسسة على الإكراه.

الفرع الثاني: الإكراه في الزواج

لم يتطرق قانون الأسرة لعب الإكراه في الزواج، سواء كان صادرا
من أحد المتعاقدين أو من الغير، باستثناء تلك الصورة المحدودة المتعلقة

بمنع نظرية الجبر وفقا للمادة 13 منه، مما يعني الرجوع إلى المادة 222 من ذات القانون، و التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

إذ يرى المذهب الحنفي بصحة الزواج المنعقد تحت الإكراه، استنادا إلى قوله (ص): "ثلاثة جدهن جد و هزهن جد النكاح والطلاق و العتاق"⁽¹⁶⁾، لأن الزواج يعتبر من العقود التي ترتب أحكامها فور صدور أسبابها، فأحكامها لا تنفصل عن صيغتها⁽¹⁷⁾.

بينما يذهب الشافعية و الحنابلة إلى عدم انعقاد الزواج في حالة الإكراه، لعدم تحقق القصد في إبرام العقد، فالمكره لم يقصد العقد بل النجاة بنفسه، لذا فإن الألفاظ و إن دلت على العقد ظاهريا، إلا أنها تفقد معناها⁽¹⁸⁾، مصداقا لقوله (ص): "رفع عن أمي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه"⁽¹⁹⁾. في حين يرى المالكية صحة العقد و عدم لزومه، و للزوج الخيار في إمضائه أو فسخه⁽²⁰⁾، و هذا ما يقابل العقد القابل للإبطال طبقا لمصطلحات القانون المدني⁽²¹⁾.

من الواضح، أنه لا يمكن التعويل على المذهب الحنفي لمخالفته للقواعد الشرعية، و المبادئ التشريعية الخاصة بنظرية البطلان، كما أن الأخذ بموقف الشافعية و الحنابلة يعني التسليم بأن الإكراه يعدم الرضا، في حين أنه يعيبه، لذا يترجح المذهب المالكي، ذلك أن الشريعة الإسلامية حريصة على ضرورة بناء الأسرة على أسس قوية من الرضا و

الاختيار ضمانا لاستقرارها وإستمراريتها، مما جعل الهزل وعدم القصد مستبعدان في الزواج لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾⁽²²⁾، وقوله أيضا: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾⁽²³⁾.

فضلا عن أن هذا الحديث "ثلاثة جدهن..." مختلف في توثيقه، فقد اعتبره ابن معين و يحيى بن سعيد، ابن المديني و النسائي حديثا ضعيفا، و اعتبره أبو زرعة و أبو حاتم حديثا مضطرب أمره⁽²⁴⁾.

و أخيرا يجدر التنويه، إلى أن إعطاء الشخص الحرية المطلقة في الزواج قد يؤدي إلى الإضرار بالأزواج أنفسهم⁽²⁵⁾، و أحيانا بالمجتمع، و هذا ما يستدعي وجود قواعد تحد من هذه الحرية و تضبطها، بمنع بعض حالات الزواج بين بعض الأشخاص لأسباب ذات صبغة دينية، صحية و أخلاقية، و هذا ما يجرنا إلى الحديث عن الموانع تحديدا لنطاق هذه الحرية.

المبحث الثاني: نطاق الحرية

مما لا شك فيه، أن هناك بعض الأسباب الدينية و الصحية و الأخلاقية، تدعو إلى ضبط الحرية في الزواج، مما يجعل هذه الضوابط لحماية المجتمع و حفظ المصالح الخاصة بالزوجين، و في ذات الوقت تعد أسباب تمنع قيام الزواج، و هذا ما يبرز دورها في تكوين هذا العقد ذلك أن تخلفها يعد شرطا لإتمامه.

و عموما تتمثل هذه الموانع في القرابة (المطلب الأول)، تباين الدين (المطلب الثاني)، الانشغال بحق الغير و الطلاق الثالث (المطلب الثالث).

المطلب الأول: القرابة

تشكل القرابة نظاما اجتماعيا، يحدد العلاقات بين أفراد معينين في المجتمع، باعتبارها جملة من الروابط الدموية، الالتزامات الاقتصادية، الحقوق والواجبات الاجتماعية و السياسية و الشعائر الدينية و المعايير الخلقية⁽²⁶⁾، وعلى وجه الخصوص فإنها تعد مانعا من موانع الزواج.

و يمكن تصنيفها إلى قرابة النسب (الفرع الأول)، قرابة المصاهرة و الرضاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قرابة النسب

بعدما أكدت المادة 23 من قانون الأسرة على ضرورة خلو كل من الزوجين من الموانع الشرعية، أعقبتها المواد اللاحقة لتفصيل هذا المبدأ، دون أن تعتبر هذه المواد مصدرا لمعاناة الأفراد، لعدم مصادرة حريتهم في الزواج في هذه الحالات⁽²⁷⁾.

لأن المسألة تتعلق بأحكام ثابتة لا تتغير في الزمان و المكان، وضعتها الشريعة الإسلامية لرفع الحرج و الضيق بين هؤلاء الأقارب

الأقربين، الذين غالبا ما يعيشون مع بعض، و بتقرير هذه الموانع يسيطر نفور معنوي يمنع العلاقات الجنسية بين هؤلاء المحارم، لأن الفطرة السليمة تأبى إباحة هذه العلاقات بين ما يعتبر جزء منها، و هي جزء منه، أو كانا معا جزء.

و تنص المادة 25 من قانون الأسرة بأن: "المحرمات بالقرباة هي : الأمهات، و البنات، و الأخوات، و العمات، و الخالات و بنات الأخ، و بنات الأخت"، و الملاحظ استعمال مفردة عامة و هي كلمة البنات، الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى شمول هذا الحكم بنات الفروع، ثم أن هذا المانع يقتصر على البنت الشرعية أم تجاوزها إلى البنت غير الشرعية ؟.

بالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة، يذهب الجمهور إلى تحريم الفرع و فروعه و إن تراخت الوسائط بينه و بينهن، و لا يغير من هذا الوصف كونه شرعيا أو طبيعيا⁽²⁸⁾، خلافا للشافعي الذي يقصر المانع على القرباة الشرعية، و بانتفاء الزواج ينتفي النسب و منه التحريم، فتبقى أجنبية عنه لا تلزمه نفقتها و لا يتوارثان⁽²⁹⁾.

من الواضح رجحان رأي الجمهور لتوافر القرباة في هذه الحالة، إذ تظل البنت جزء منه لأنها مخلوقة من مائه، و بهذا يكون هذا الرأي أفضل حل للحد من ظاهرة زنا المحارم، التي أصبحت تعكس انحلال المجتمع في

الوقت الراهن، ولا يغير من هذه الحقيقة مدى استحقاقها النفقة و الإرث، ذلك أن النفقة والميراث أثران من آثار الزواج، و من المنطقي عدم ترتيب الأحكام في غياب المصدر و هو عقد الزواج⁽³⁰⁾.

و مع ذلك، فإن المانع قد يثور بسبب علاقات القرابة غير النسبية كقرباني المصاهرة و الرضاع.

الفرع الثاني : المصاهرة و الرضاع

تنص المادة 26 من قانون الأسرة على الأشخاص المشمولين بمانع المصاهرة و هم : "أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فروعها إن حصل الدخول بها، أرامل و مطلقات أصول الزوج و إن علوا، أرامل أو مطلقات فروع الزوج و إن نزلوا".

من الواضح، أن المانع قد يترتب على مجرد إبرام العقد صحيحا، و أحيانا يتطلب زيادة على ذلك أن يتم الدخول كما هو الحال بالنسبة لفروع الزوجة، في حين أثار الفقه الإسلامي حالة أخرى و هي حرمة المصاهرة بالزنا.

إذ يذهب الحنفية و أحمد أن الزنا يثبت حرمة المصاهرة، استناد إلى الحديث الشريف الذي يقضي بأن رجلا جاء لرسول الله (ص) قائلا: " يا رسول الله إني زنيت بامرأة في الجاهلية أنكح بنتها ؟ فقال رسول الله لا

أرى ذلك و لا يصح أن تنكح امرأة تتطلع من ابنتها على ما تتطلع عليه منها⁽³¹⁾، كما أن المخالطة بالزنا سبب للولد يثبت به التحريم قياسا على المخالطة الشرعية⁽³²⁾.

إلا أن هذا القياس فاسد لوجود الفارق، لأن الزنا توجب الحد ولا تثبت النسب، خلافا للوطء في الزواج، لذا يذهب الشافعي و مالك إلى عدم ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا، استنادا إلى قوله (ص) : "لا يحرم الحرام الحلال إنما ما كان من النكاح"⁽³³⁾، فضلا عن حظر الشرع للزنا فلا يمكن بعد ذلك أن يكون سببا للنعم، لذا لا يمكن التسليم بقدرته على إلحاق الأجانب بالأقارب⁽³⁴⁾.

مما تقدم، يتضح وجاهة الرأي الثاني و قوة أسانيده، كما نراه أكثر ملاءمة للعصر الحالي حيث انتشرت المفاسد و الفواحش و حتى لا يكون الزنا بهذه الصورة عائقا أمام الزواج، فلا يعقل أن يكون المحظور سببا في زوال الحلال، كما أن الشارع الحكيم لما حدد المحرمات لم يذكر ضمنها المزني بها.

في حين تنص المادة 27 من قانون الأسرة على أنه : "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"، و بهذا يكون المشرع قد أحسن صنعا لمخالفته رأي الجمهور القائل بتوسيع نطاق هذا المنع، ليشمل كل الحالات الخاصة بحرمة الرضاع من نسب و مصاهرة، وهذا تسهيلا

للزواج لأن حرمة الرضاع حرمة استثنائية، فمن المصلحة عدم التوسع فيها، لعدم تصريح النصوص الشرعية بذكر المصاهرة أصلاً، وفقاً لما ذهب إليه ابن تيمية و ابن القيم و الشيعة⁽³⁵⁾، كان هذا عن الموانع المؤبدة، فماذا عن الموانع المؤقتة و على وجه الخصوص تباين الدين.

المطلب الثاني : تباين الدين

يعد السكن الروحي من أسمى مقاصد الزواج، إلا أن بلوغه لا يكون إلى بوحدة أفكار و مشاعر الزوجين، من خلال اشتراكهما في المبادئ و الآراء المستوحاة من قناعاتهما و معتقداتهما، لما للديانة من أثر بالغ في رسم شخصية الإنسان، الأمر الذي ينعكس على الزواج، ومتى كان لكل من الزوجين ديانتته، يسود النزاع لتباين الأهداف والتوجهات⁽³⁶⁾، و قد يصل إلى حد الصراع تجسيدا لرغبة كل منهما في ترسيخ مبادئه، وغرس معتقداته في أولاده.

لذا فإن تباين الدين يعد مانعا من موانع الزواج بالنسبة للمسلم (الفرع الأول)، و المسلمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: زواج المسلم

لم يتطرق قانون الأسرة لتباين الدين باعتباره مانعا للزواج، عندما يتعلق الأمر بالرجل، مما قد يفسر بأن زواج المسلم بغير المسلمة جائز في

جميع الحالات، إلا أن مثل هذا القول لا يصح على إطلاقه، إذا لم يتم استثناء الكافرة، وهي من لا تدين بأي دين سماوي، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ ﴾⁽³⁷⁾ ، و مع ذلك، فإن زواج المسلم بالكتابية، وإن أجازته الجمهور لانصراف لفظ المشرك إلى غير أهل الكتاب، مما تؤكدُه أغلب الآيات في عطفها المشركين على أهل الكتاب، والأصل في العطف أن يكون المعطوف مغايرا للمعطوف عليه⁽³⁸⁾ ، فقد ذهب ابن حزم إلى تحريمه، إذا كانت الكتابية تعتقد بالتثليث أو أن عزيزا أو المسيح أبناء الله⁽³⁹⁾ ، لدخولها في عموم قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ ﴾.

ليس هذا فحسب، فقد ذهب الإمام محمد الغزالي إلى القول بعدم وجود أهل الكتاب في العصر الحالي، نظرا لابتعادهم عن أحكام التوراة و الإنجيل، كما أن الزواج بالكتابية إنما أجاز للمسلم القادر على قيادة أسرته وفقا لتعاليم دينه، الأمر الذي يكذبه واقع المسلمين حاليا⁽⁴⁰⁾.

غير أن الإمام مالك اعتبره مكروها إذا كان من غير ضرورة⁽⁴¹⁾ ، لما ينتج عنه من فتنة و خطورة بالنسبة للمرأة و المجتمع الإسلامي عامة، و هذا ما تنبه له عمر بن الخطاب لما علم بزواج حذيفة بن اليمان من يهودية، فطلب منه أن يطلقها، حتى لا يقتدي به غيره، فتتضرر المسلمات لأن حقهن في اختيار الزوج يقتصر على المسلم فقط.

الفرع الثاني : زواج المسلمة

تنص المادة 2/30 من قانون الأسرة على اعتبار اختلاف الدين مانعا من موانع الزواج بقولها: "كما يحرم مؤقتا... زواج المسلمة بغير المسلم".

مما لا شك فيه، أن الشريعة الإسلامية قد أعطت للمرأة الحق في اختيار زوجها، منذ أربعة عشرة قرنا، إلا أنها قيدت هذا الحق بالمبدأ الإسلامي السليم، وفقا لأحكام خاصة لا سيما عند اختلاف الدين بين الزوجين، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾⁽⁴²⁾.

أما فيما يتعلق بالزواج من أهل الكتاب، فإن المسألة تعد من المبادئ الثابتة في التشريع الإسلامي، لوجود النص المبيح للزواج من الكتابية دون الكتابي، لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾⁽⁴³⁾، وللإجماع المانع للزواج من الكتابي قطعا لولاية الكافرين على المسلمين.

و في هذا الصدد، يرى الأستاذ عبد الهادي عباس، أنه ما دامت النصوص القرآنية و النبوية لم تمنع هذا الزواج لا صراحة و لا ضمنا، فإنه

لا يمكن تبني فكرة المنع، خاصة و أن الإجماع لا يرقى إلى مستوى النص شأنه شأن العرف بالنسبة للنص المكتوب المقرر رسمياً⁽⁴⁴⁾.

الحقيقة، أن الإجماع لا يرقى إلى مستوى النص الإلهي، إلا أنه إذا انعقد بشأن مسألة معينة، فإن حكمه يعد ثابتاً لا يجوز المساس به، كما أن العامل البشري لا ينزع الصفة الشرعية عن الحكم، لصدور هذا الأخير من أهله في إطار الشرع، لتبيان الأحكام و الكشف عنها، فإن تضافرت جهود المجتهدين و انضمت إلى بعضها في نسق واحد، كأن جمعهم مجلس واحد مثلاً، كان اتفاقهم كالمسموع عن رسول الله لثبوت عصمة الأمة عن الخطأ⁽⁴⁵⁾.

و عموماً، يعتبر تباين الدين مانعاً للزواج بالنسبة للرجل و المرأة على النحو الذي قدمناه سابقاً، لذا فهو استثناء يرد على مبدأ حرية الاختيار، دون أن يوصف بالتضييق على الأفراد، لتعلقه بالنظام العام، رعاية لمصلحة المجتمع، و لا يعد هذا المانع وحده المتعلق بالنظام العام، بل يوجد إلى جانبه موانع أخرى كالانشغال بحق الغير و الطلاق الثلاث.

المطلب الثالث : الانشغال بحق الغير و الطلاق الثلاث

تنص المادة 30 من قانون الأسرة بأن: "يحرم من النساء مؤقتاً . المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثاً.

كما يحرم مؤقتا : "الجمع بين الأختين أو بين المرأة و عماتها
أوخالها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع".

لقد حددت هذه المادة الموانع المؤقتة في فئات متعددة، يمكن
إجمالها في نقطتين، الانشغال بحق الغير (الفرع الأول)، الطلاق الثلاث
(الفرع الثاني).

الفرع الأول : الانشغال بحق الغير

يعد الانشغال بحق الغير مانعا من موانع الزواج، يتحقق في الحالات
التالية؛ محصنة أو معتدة الغير، الجمع بين بعض القريبات، فأما المحصنة
فيمنع الزواج معها، لتعلق حق الزوج بها، نظرا لأن تعدد الأزواج محظور
شرعا، و نفس الحكم يصدق على المعتدة من طلاق أو وفاة لاستمرار
آثار الزواج السابق.

و قد أجمع الفقهاء على بطلان الزواج في العدة، إلا أنهم اختلفوا
في بعض أحكام، إذ يعتبره الإمام مالك و الأوزاعي و الليث بن سعد
مانعا مؤبدا، بالنظر إلى إفساده للنسب و لاستعجال الحق قبل أوانه،
قياسا على اعتبار القتل مانع من موانع الإرث⁽⁴⁶⁾.

بينما أبو حنيفة و الشافعي و أحمد و الثوري فيعتبرونه مانعا مؤقتا،
قياسا على جواز نكاح الرجل بمن زنى بها⁽⁴⁷⁾، وهذا هو الراجح لعدم

جواز التحريم بغير نص، كما أن العدة في حد ذاتها مانع مؤقت، بانقضائها ينتفي المنع و يرتفع التحريم.

بالإضافة إلى ذلك، فإن الجمع بين المحارم يعتبر مانعا مؤقتا، إذ يمنع الجمع بين الأختين و لو في العدة لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾⁽⁴⁸⁾ ، و بين المرأة و عمتها أو خالتها لقوله (ص) : " لا يجمع بين المرأة و عمتها و المرأة و خالتها"⁽⁴⁹⁾ ، ولما ينتج عن هذا الزواج من قطع للأرحام.

الفرع الثاني : الطلاق الثلاث

يعد الطلاق الثلاث مانعا مؤقتا طبقا للمادة 30 من قانون الأسرة، بالنسبة للزواج الأول، إذ نصت المادة 51 من ذات القانون بأنه : "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

إن الطلاق الثلاث لا يتقرر إلا بعد صدور ثلاث أحكام قضائية متتالية تقضي بإحلال عقد الزواج، و هذا ما يوافق مفهوم الطلاق المكمل للثلاث عند الفقه الإسلامي، نتيجة حصر المشرع لمفهوم الطلاق عامة في الطلاق البائن بينونة صغرى دون الطلاق الرجعي، إذ لا يتقرر إلا بعد صدور حكم قضائي بوقوعه وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة.

و إن كان المشرع قد خالف أحكام الفقه الإسلامي، من حيث إعطائه مفهوم مغاير للأصل العام المقرر في الطلاق، إلا أنه وافق قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ... فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽⁵⁰⁾، فللزواج إذن أن يطلق زوجته مرتان و له حق مراجعتها شرعا بدون تكاليف إلا إذا انقضت عدتها، أين يتعين عليه إبرام عقد جديد بمهر جديد، فإن طلقها للمرة الثالثة، أو بلفظ الثلاث عند الجمهور، كان حكم القانون ألا تعود إليه، إلا إذا تزوجت غيره و مات عنها أو طلقها بعد الدخول، و انقضت عدتها منه.

و في اتجاه مناقض سار المشرع التونسي، بمنعه مراجعة المطلقة ثلاثا منعا مطلقا⁽⁵¹⁾ حتى بعد زواجها ثانية، و لو كان هذا الزواج صحيحا بدعوى سد الباب في وجه التلاعب بالتحليل، مخالفًا بذلك ما نص عليه القرآن الكريم والسنة النبوية و ما وقع عليه إجماع الفقهاء، وهذا ما يشكل مساسا بحرية الأفراد في الزواج، لما في هذا المنع من مخالفة للأحكام الشرعية، التي تقرر الحظر في إطار ضوابط محددة لها مبرراتها و غاياتها، فضلا عن أن التحليل والتحریم إنما هي من عمل الشارع الحكيم، فلا يملك المشرع تحليل أو تحریم ما حرم أو أحل الله.

خاتمة :

إن الاعتراف بالحرية في الزواج بأبعادها الثلاثة ؛ يفترض تحديد ضوابطها الشرعية، كما أن تكريس حرية الزواج يتطلب توفير الأرضية الملائمة التي تضمن الرضا التام و الاختيار الكامل للزوجين، كضرورة بلوغ سن معينة، اشتراط حضور الأطراف خاصة المرأة مجلس العقد، مباشرتهما للعقد بنفسيهما، و هذه الأمور جميعها عالجها قانون الأسرة.

إلا أن هذا لا يكفي، لعدم تنظيمه لكل الأحكام المتعلقة بالرضا، فلم يتطرق إلى عوارض الأهلية الخاصة بالزواج، بوصفه عقد شخصي من طبيعة خاصة، تستوجب قواعد بذات الخصوصية لضبط قواعده، ولا للصورية وأثرها على عقد الزواج، كما أنه أغفل تنظيم عيوب الإرادة باستثناء تلك الحالة المحدودة المتعلقة بإكراه الولي من المادة 13 من هذا القانون، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن احترام حرية الشخص في تقرير الزواج ابتداء، يقتضي احترام ذات الحرية في إنهاء الزواج، متى اتجهت إرادته في عدم الاستمرارية، و إلا أصبحت هذه الحرية مجرد نوع من العبث لا جدوى منه.

غير أن إطلاق الحرية في فك الرابطة الزوجية دون قيد أو شرط، من شأنه أن يخل بنظام الزواج ويعصف باستقرار الأسر والمجتمع بأكمله، لذا كان من الضروري إحاطتها بالشروط اللازمة لضبطها، وهذا ما

جسده الشارع الحكيم، من خلال تشريع الطلاق، ونظمه قانون الأسرة في المواد 48 و49 و53 و54.

إذ يتضح من هذه النصوص، أن حظوظ الزوج في التفريق أوفر منها بالنسبة للزوجة، لما يتمتع به من حق القوامة، ومع ذلك، فإنه لا يملك أن ينهي زواجه بالشكل والكيفية التي يريد لها مهما كانت، بل عليه اللجوء للقضاء قصد استصدار حكم يقرر ذلك، مما يجعل طلاقه بائنا بينونة صغرى فلا يستطيع مراجعة مطلقته إلا بعقد ومهر جديدين، خلافاً للفقهاء الإسلامي الذي يعتبر الطلاق رجعيًا كأصل عام.

الهوامش :

- (1) Alain Bénabent, droit de la famille, éditions montchrestien, lextenso éditions, 2012, P 26.
- (2) سورة النساء، الآية 1.
- (3) سورة فاطر، الآية 11.
- (4) محمد التومي، نظام الأسرة في الإسلام، شركة الشهاب، ص 47.
- (5) سورة الحديد، الآية 27.
- (6) سورة النحل، الآية 72.
- (7) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط. 2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1977، ص 48.
- (8) د. رمضان أبو السعود، الموجز في شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص 200.

(9) الزواج في الجزائر بالأرقام، جريدة الخبر الأسبوعي، العدد 20، 21 إلى 27/07/1999، ص10.

(10) الزواج لم يعد أولوية، جريدة المساء، عدد 4306، 13 أبريل 2011، ص 17.

(11) الطاهر حداد، امرأتان في الشريعة والمجتمع، ط 4، الدار التونسية للنشر، 1985، ص 151.

(12) طبقا لقرار وزارة الداخلية الصادر في 11/02/1980.

(13) وفقا للمرسوم رقم 481/83 الصادر في 13/08/1983، المتضمن تحديد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني.

(14) L'article 2 dispose que : "Le mariage se forme par le consentement des deux époux. A peine de nullité le consentement est exprimé verbalement, publiquement et en personne..."

(15) تنص المادة 11 من القانون 11/84 بأن : "يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين..."

(16) الحافظ بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام في أدلة الأحكام، دار النهضة للطباعة و النشر، ص226.

(17) محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1996، ص389.

(18) د. محمد يوسف موسى، الأموال و نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، 1996، ص362 و 363.

(19) الحافظ أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح، المكتبة العصرية، 2003، ص435.

(20) الباجي، المنتقى على شرح موطأ الإمام مالك، ج.3، دار الكتاب العربي، ص310.

(21) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 2، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص 614.

(22) و (23) سورة البقرة، الآيتان 233 و 227.

(24) د. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، قضايا المرأة بين تعاليم الإسلام و تقاليد المجتمع، ط.1، المكتب الإسلامي، 1988، ص 175 و 176.

(25) إن تحقيق غايات الزواج مرهون ببلوغ المتعاقدين قدرا معينا من النمو العقلي والجسدي، تدليلا على قدرة واستعداد كل منهما على تحمل أعباء الزواج النفسية والجسدية وغيرها، وهذا ما يفترض مبدئيا أن يتم الزواج بين شخصين من جنسين مختلفين.

لذا فإنه من غير المتصور إضفاء صفة الزواج على تلك العلاقات الشاذة التي تقوم بين أشخاص من نفس الجنس، كما يكون من الصعب القول بقبول زواج عديمي سالتميز لما فيه من عبث لكن بالحياة الزوجية، وإضرار بمؤلاء الصبية الأزواج.

(26) محمد عبد الرحيم، القرابة و الميراث في المجتمع بين القواعد الشرعية و التصرفات الواقعية، مكتبة الثقافة الدينية، 1993، ص 33.

(27) ماريز دويدار، حرية الزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القضائية، الاقتصادية و السياسية، العدد 3، 1974، ص 51.

(28) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، 2001، ص 250.

(29) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج.03 شركة ساي، ص 185.

(30) ابن الهمام، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، ج.3، دار إحياء التراث العربي، ص 167.

(31) الإمام مالك، المدونة، ج.2، دار صادر، ص 179.

(32) ابن الهمام، المرجع السابق، ص 129.

(33) الإمام مالك، الموطأ، رواية بن يحيى الليثي، ط.5، دار النفائس، 1981، ص 363.

(34) ابن قدامة، المغني و الشرح الكبير، د.67، دار الكتاب العربي، 1983، ص 482.

(35) ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي حيز العباد، ط.1، دار ابن حزم، 1999، ص 1064.

(36) الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص 99.

- (37) سورة البقرة، الآية 221.
- (38) مُحمَّد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص187، ابن الهمام، المرجع السابق، ص135، ابن قدامة، المرجع السابق، ص500.
- (39) ابن حزم، المحلى، ج.9، ط.2، دار الأندلس، 1986، ص616.
- (40) مُحمَّد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة و الوافدة، ط.1، دار الهناء للطبع و النشر و التوزيع، 2001، ص204.
- (41) الإمام مالك، المرجع السابق، ج.2، ص306.
- (42) سورة البقرة، الآية 221.
- (43) سورة المائدة، الآية 5.
- (44) عبد الهادي عباس، المرأة و حضارات الشعوب و أنظمتها، ج.2، طلاس للدراسات و الترجمة و النشر، 1987، ص524 و 525.
- (45) مُحمَّد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، ص179.
- (46) الإمام مالك، المرجع السابق، ج.2، ص440 و ما بعدها.
- (47) مُحمَّد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص394.
- (48) سورة النساء، الآية 23.
- (49) الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج.9، ط.1، مكتبة الصفا، 2003، ص72.
- (50) سورة البقرة، الآيتان 229 و 230
- (51) ينص الفصل 1/14 من جملة الأحوال الشخصية الصادر في 04 مارس 1958 أن: "موانع الزواج قسمان مؤبدة : القرابة أو المصاهرة أو الرضاع، و التطليق بالثلاث".