

خواطر حول اضطراب الاجتهاد القضائي في مسألتى الخطبة والاشتراط في عقد الزواج

أ. تشوار جيلالي ♦

الملخص:

على الرغم من أن الفقه الإسلامي قد تعرض بإسهاب إلى العديد من المسائل الأسرية، إلا أن من المسلم به الآن، أن المشرع الجزائري قد سكت عمدا عن سن أحكام بعض تلك المسائل، مما دفع بالقضاء إلى تبني عدة مواقف، منها ما هي متضاربة ومنها ما هي متناسقة. ولكن، هل يمكن القول أن المشرع بسكوته هذا منح للاجتهاد القضائي الحرية الكاملة في تطبيق الاتجاه الفقهي المتماشي مع الحقائق الاجتماعية الجديدة؟

وعليه، تعد مسألتا الخطبة والاشتراط في عقد الزواج من المسائل التي تندرج في هذا التساؤل. لهذا وذلك، فالخطبة المفسوخة قد ينتج عنها عدة آثار مسكوتا عنها تشريعيا. كما إن الشروط من عدمها التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج قد تنتج عنها عدة تساؤلات منعدمة الأحكام في قانون الأسرة، لأن القول بصحة الزواج في حالة إقامة عيب الرضا، فليس بالسياسة التشريعية السليمة. لذلك، على القاضي للحكم بصحة الزواج من عدمها في هذه المسائل أن يراعي المبادئ العامة للقانون. وهكذا يتضح الدور الفعال الذي ينبغي أن يلعبه الاجتهاد القضائي في تفسير النصوص وتطبيقها.

Résumé :

Bien que la doctrine musulmane ait mis en exergue de nombreuses questions soulevant du droit de la famille, il est cependant

♦ أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان

notoirement reconnu actuellement que le législateur algérien a gardé le silence délibérément sur un certain nombre de ces questions, d'où l'embrassement par la jurisprudence plusieurs positions tantôt contradictoires et tantôt cohérentes. Or, peut-on dire que le silence du législateur s'explique par le fait de laisser la pleine liberté à la jurisprudence d'embrasser la position doctrinale séant avec les nouvelles réalités sociales?

Par conséquent, les questions relevant des fiançailles et des clauses dans le contrat de mariage rentrent pleinement dans cette problématique. Car, les fiançailles rompues engendrent plusieurs effets que le législateur n'a pris le soin de préciser leurs solutions. De même, les clauses insérées ou non dans le contrat de mariage, qui empêchent la réalisation des objectifs de celui-ci peut donner lieu à plusieurs questions dépourvues de tout règlement dans le code de la famille. Or, dire que le mariage est valide même si le consentement est vicié, ceci ne relève pas d'une saine politique législative. Par conséquent, le magistrat est tenu, en jugeant la validité du mariage ou non, de prendre en considération les principes généraux du droit.. Ainsi, s'illustre le rôle efficace qui devrait être joué par la jurisprudence dans l'interprétation des textes et de leur application.

Mots-clés : fiançailles, mariage, clauses, effets, jurisprudence.

Abstract: Although Muslim doctrine has highlighted many issues of family law,

Although the Moslem doctrines were has highlighted many questions raising of the family law, it is however manifestly recognized currently that the Algerian legislator kept silence deliberately on a certain number of these questions, from where the embrace by jurisprudence several positions sometimes contradictory and sometimes coherent. However, can one say that the silence of the legislator is explained by the fact of leaving full freedom to jurisprudence to embrace the doctrinal? position becoming with new social realities?

Consequently, the questions concerned with engagement and the clauses in the marriage contract return fully in these problems.

Because, engagement broken generates several effects which the legislator did not take the care to specify their solutions. In the same way, the clauses inserted or not in the marriage contract, which prevent the realization of the objectives of this one can cause several questions deprived of any regulation in the code of the family. However, to say that the marriage is valid even if the assent is vitiated, this does not concern a healthy legislative policy. Consequently, the magistrate is held, by judging the validity of the marriage or not, to take into account the general principles of the right. Thus, is illustrated the effective role which should be played by jurisprudence in the interpretation of the texts and their application.

Keywords: Engagement, marriage, clauses, effects, jurisprudence.

مقدمة

من المعلوم أنه لا مجال للاجتهاد في المسائل التي "ورد فيها نص قطعي الثبوت قطعي الأدلة"، وإنما الاجتهاد في الوقائع والحوادث التي لم يرد فيها نص واضح. وأمام هذا المبدأ، فإن المرء قد لا يجازف بالكلام إن هو أضاف بأن التطور الكبير الذي سجلته الدول المغاربية في مجال الوعي الاجتماعي والتطور الثقافي، لم يواكبه ذلك التطور المطلوب على مستوى الاجتهاد القضائي. فمسألة اقتران الخطبة بالفاتحة والرضائية في الزواج، والاشترط كلها مشاكل أصبحت في الوقت الحاضر تتخذ أبعاد كبيرة في مجتمعنا.

ولذلك، فمن المتطلب أن توضع النصوص القانونية خالية من الثغرات وبعيدة عن كل إبهام، مسايرتا لروح العصر، دون تفريط في الثابت من الأصل. وهذا، يتطلب أيضا أن لا نحصر اجتهادنا في مذهب واحد من المذاهب الفقهية المعروفة، بل أن متطلبات العصر وحاجيات الأشخاص أصبحت تفرض علينا أن نخرج حتى عن تلك المذاهب والعمل بما يتماشى والصالح العام في مادة يرتكز عليها الكيان الاجتماعي بأكمله. وهذا ما أخفق فيه القضاء عند معالجته لبعض القضايا الماسة بالكيان الأسري. وبالمقابل، وفق في الكثير من

المسائل التي تميزت بالثغرات التشريعية بوجوده الحكم المناسب لها مقتضيا في ذلك بما طرأ على المجتمعات المغاربية من "تطور" ثقافي.

وبذلك، فمقتضى الرخصة التشريعية الممنحة للقضاء من حيث اللجوء إلى المصادر غير التشريعية في غياب النص التشريعي، يكونوا المشرعون المغاربيين قد فتحوا للقضاة باب الاجتهاد. ولكن، لنا أن نتساءل عما إذا أصبح القضاء يحل محل التشريع في هذا المجال؟ أم أن دور القاضي ينحصر بموجب تلك الرخصة في البحث عن الرأي الفقهي المتماشي مع القضية المطروحة عليه، وليس له عندئذ أن يخرج عنه؟ وهل للأحكام الصادرة عن المحاكم أعلى درجة وزنا على الأدنى منها درجة؟

وهكذا يتضح الدور الفعال الذي يلعبه الاجتهاد القضائي في تفسير النصوص وتطبيقها، فهو دور وظيفي يلعبه القاضي الدور الأساسي في تحديد مضمونه، وهو مضمون يتغير طبقا للظروف والمواقف والأفكار. فالقاضي أمام المقولات الفقهية ذات المضمون المتغير والمتضارب، أي المقولات المفتوحة غير واضحة الحدود يجد نفسه في مساحة أكبر تعطيه مجالا أوسع للتقدير والتقرير. زيادة على ذلك، يجد القاضي نفسه في المجالات الأسرية في مكانة حساسة التي تتضارب فيها منظومة القيم وتتحكم فيها العادات والتقاليد الراسخة في المجتمع. ولكن بالرغم من ذلك، فإنه كلما كانت قدرة القاضي مرتفعة في استيعاب النصوص مع تكييفها مع الواقع المعاش كلما تقلصت نقاط الاصطدام واتسعت ساحة حماية الأسرة من الاضطرابات ذات المنبع الغربي.

وعليه، إذا كانت الأحكام الفقهية كثيرة مقارنة مع القرارات القضائية، فإنه ينبغي على القاضي حامي مصلحة المجتمع عند تطبيقه للنصوص أن يختار منها ما يحقق تلك المصلحة وما يقيم العدل بين الناس، هذا ما يدفعنا إلى البدء في تبيان مكانة الاجتهاد القضائي في مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة (أولا)؛ ثم سنبين موقف القضاء من بعض المسائل المتعلقة بالاشتراف في عقد الزواج (ثانيا).

أولاً. - اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد

الخطبة طلب الزواج، وهي اتفاق مبدئي عليه، ووعده لعقد يعد من أبرز العقود في حياة الأفراد. فهي تمهد له وتهيئ الطريق إلى إتمامه على أحسن وجه، ولأن الزواج من الأمور الهامة فقد نظم المشرعون المغاربة مقدماته، واختصوها ببعض النصوص التشريعية الضابطة لحركة المقبلين عليه. وبهذا، فالخطبة تتم إذن قبل الزواج ليتعرف كل من الرجل والمرأة على ما يدعوها للاقتران ببعضهما ومرحلة للتعرف والتشاور والاضطلاع على ما لآخر من عادات وتقاليد. ولكن إذا كانت الخطبة لا تعتبر زواجا بل وعد بالزواج، فهل ينصرف هذا التكيف حتى بالنسبة للخطبة المقترنة بالفاتحة؟ أم أن الخطبة مهما كانت فهي وعد بالزواج، سواء اقترنت بالفاتحة أم لا؟ وما حكم الخطبة المقترنة بالفاتحة في مجلس العقد الذي يتنافى فيه أحد شروط صحة الزواج؟

للإجابة على هذه الأسئلة، نستشف من المادة 6 قبل تعديلها من قانون الأسرة الجزائري¹ على أن الفاتحة أو الخطبة المقترنة بالفاتحة، هي التي لا تنصف بالزواج الشرعي ولا تنطبق عليها أحكامه، بل تعد تواعد على الزواج. وقد حد حدواه المشرع المغربي حيث نص في الفقرة الثانية من المادة 5 من مدونة الأسرة على أنه "تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة..."².

¹ كانت المادة السادسة قبل التعديل من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه "يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة.

تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبنية في المادة 5 أعلاه". كما نص مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في مادته الأولى على أن: "الخطبة طلب الزوج و الوعد به، و يدخل في حكمها قراءة الفاتحة، و تبادل الهدايا".

² أما المشرع التونسي، على منوال نظيره الموريتاني قد اكتفى بالتنصيص على أحكام الخطبة دون الإشارة إلى قراءة الفاتحة. راجع في ذلك على التوالي، الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية، والمادة 3 من مدونة الأحوال الشخصية.

وبهذا الوصف لم يترك في الأساس المشرع الجزائري، على منوال المشرع المغربي الباب مفتوحا للاجتهاد القضائي إذ لم يمنح للقضاء سلطة تقديرية في التحري عن صحة الاتفاق الواقع بين المعنيين به، أو في مدى ملاءمته للنظام الشرعي لعقد الزواج، أو عدم ملاءمته، آخذا بعين الاعتبار عدة عوامل أهمها "التطور" الاجتماعي الذي طرأ على الأسرة المغاربية، فأحدث عادات وتقاليد تتنافى مع النظام الشرعي لعقد القران كاختلاء الخطيب بخطيبته مرارا وتكرارا.

ومن خلال قراءتنا كذلك قراءة متأنية لهذا النص نستخلص أن مشرعنا كان يساوي بين الخطبة والفاثحة فيما يتعلق بحق العدول والآثار المترتبة عنه. كما أنه لم يأخذ بالمذاهب الفقهية فيما يتعلق بالآثار المترتبة على جل هذه العلاقة بحيث أضفى صبغة الخطبة على الفاثحة وعدولها حق للطرفين. ومع العلم أن هذه المذاهب كيفت هذه العلاقة بالزواج. مما يعني أن المشرع الجزائري، و إن نص في المادة 222 من قانون الأسرة على ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة الفراغ أو الإبهام التشريعي، فإنه مع ذلك قد خرج عنها بخصوص الفاثحة اللاحقة للخطبة¹. بل وكيف يمكن التنسيق بين هذا النص وما جاء

¹ وينبغي الإشارة هنا إلى أن المادة السادسة من ذات القانون قد أثارت خلافا كبيرا في الفقه الجزائري حول الطبيعة القانونية للفاثحة، بحيث ذهب السيد عبد العزيز سعد إلى القول "أن المشرع لم يعترف في قانون الأسرة بما دون العقود بما فيها العقد العرفي الذي يبرم عن طريق الفاثحة بين يدي جماعة من المسلمين، لأن المشرع قد حصر دليل إثبات عقد الزواج في وسيلة واحدة هي النسخة المستخرجة عن سجلات الحالة المدنية بعد إبرام العقد بين يدي الموثق أو أي موظف مختص". وأيد موقفه هذا بالمادة الخامسة من قانون 63-224 الصادر في 29 جوان 1963 التي منعت كل شخص من أن يدعي أنه زوج ويتجه إلى القضاء ليطلب الحكم بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يكن زواجه قد سجل في سجلات الحالة المدنية. انظر، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط. 2، ص. 91.

ويمكن القول بأنه قد اختلطت الأمور على هذا الرأي بحيث أنه لم يفرق بين الكتابة كأداة لإثبات عقد الزواج وبين وسائل الإثبات الأخرى التي يمكن بمقتضاها أن يثبت المعني بالأمر، أمام القضاء، وجود الزواج كشهادة الشهود، وإلا كيف يمكن لنا تفسير المادة 22 من قانون الأسرة والقرارات القضائية الصادرة في هذا الإطار من المحكمة العليا.

به المشرع في المادة 22 من قانون الأسرة من حيث اعترافه بالزواج العرفي، أي الزواج الذي يتم أمام جماعة من الأشخاص.

واجتنابا لهذا التعارض بين النصوص التشريعية المتعلقة بالتكليف القانوني للخطبة المقترنة بالفاطحة، واستجابة للتحويلات التي عرفت بنيات المجتمع الجزائري في العصر الحديث والمتمثلة في تصدع البنية التقليدية، والذي نراه منسجما مع باقي نصوص قانون الأسرة وروح الشريعة الإسلامية ومتماشيا مع العادات والتقاليد الجزائرية أن قراءة الفاتحة اللاحقة للخطبة لا تكيف، في الميدان القانوني، على أنها خطبة، بل زواج عرفي يخضع عند انحلاله للأحكام الواردة في المادة 47 وما يليها من قانون الأسرة.

وتطبيقا لهذا الاتجاه قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 24 سبتمبر 1984 بأنه "من المقرر فقها وقضاء بأن الزواج بقراءة الفاتحة وتحديد الصداق وحضور الشهود والولي هو زواج صحيح"¹. وهو الموقف الذي أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها اللاحقة، إذ قضت في قرارها الصادر في 27 مارس 1990 بأنه "من المقرر شرعا بأن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان الذي يشهد أصحابها بأنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين"². كما قضت بأنه "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقتزن الخطبة مع الفاتحة، ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا.

ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد وأنه تم اقتران الخطبة بالفاطحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها.

¹ انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1984/09/24، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص. 64.

² انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1990/03/27، المجلة القضائية، 1990، عدد 3، ص. 82.

خواطر حول اضطراب الاجتهاد القضائي في مسألتى الخطبة والاشتراف في عقد الزواج

وإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيلهن فإنهم كما فعلوا قد طبقوا صحيح القانون¹.

وفي قرار آخر، أكدت على أنه "متى تبين في قضية الحال أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعدا بالزواج طبقا للمادة 5 ق.أ، وإنما اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق، وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 ق.أ.، وعليه فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة لشهودها على وقوع الزواج وتوافر أركانه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون². كما أنه "من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة..."³.

وفي قرار آخر، قضت صراحة بتكليف قراءة الفاتحة على أنها زواج عرفي، وذلك بقولها " أن الزواج العرفي الذي توفرت فيه الأركان الشرعية وفقا لأحكام قانون الأسرة بشهادة الشهود الذين حضروا مجلس العقد وأفادوا بأنه حدد فيه الصداق والايجاب والقبول وكان كذلك بمعرفة إمام الذي قرأ الفاتحة هو زواج صحيح وتترتب عليه آثاره وكافة الحقوق"⁴.

¹ انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 14/04/1992، ملف رقم 81877، اجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص. 33.

² انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 04/04/1995، ملف رقم 111876، اجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص. 128.

³ انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 21/11/1988، ملف رقم 51612، المجلة القضائية، 1992 عدد 2، ص. 52.

⁴ انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 28/09/1993، ملف رقم 96238، غير منشور؛ 27/03/1989، ملف رقم 53272، المجلة القضائية، 3/1990، ص. 82.

وأما من زاوية القضاء المقارن، قضت المحكمة الابتدائية بإيمنتانوت - بالمغرب - بأنه "وحيث تبين للمحكمة من خلال ما احتواه الملف من وثائق، ومن خلال إفادات الشهود المستمع إليهم بجلسة 2007/08/7، أن الطرفين أقاما حفل زفاف بحضور الأهل والجيران بعد قراءة سورة الفاتحة والدعاء وفشت في الملأ العلاقة الزوجية بينهما منذ 1997/07/10.... وحيث تبعا لما تقدم ويهدف حماية المصالح والمراكز القانونية...، يتعين الحكم بثبوت علاقة زوجية بين الطرفين..."¹.

وهذا ما تفتن له المشرع الجزائري، بحيث تبين له وبحق أن النص الأصلي للمادة 6 من قانون الأسرة لا يتماشى مع العادات والأعراف السائدة في البلد، بل استنبطه رغم اختلاف العادات الاجتماعية من قانون الأحوال الشخصية السوري لسنة 1953. لذلك حرص المشرع على تعديل الفقرة الثانية من المادة السادسة، إذ نص بموجبها على أنه "غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

وبهذا أصبح مشرعنا يؤكد على مراعاة مسألة العقد العرفي الناتج عن قراءة الفاتحة. ويلاحظ أن هذا هو أيضا موقف الفقه الإسلامي²، فكل الفقهاء متفقين على القول بعدم وجوب الخطبة مع اعتبار العقد العرفي زواجا صحيحا يكون التزاما قانونيا بين طرفيه.

أمام هذا النص وذلك الاجتهاد، لنا أن نتساءل ما حكم الزواج العرفي، أي الخطبة المقترنة بالفاتحة في مجلس العقد، ولكن انتفى منه شرط من شروط صحته المتمثلة في الصداق أو الولي واتبعه دخول؟ للإجابة على هذا التساؤل، نص المشرع صراحة، كما

¹ انظر، محكمة ابتدائية بإيمنتانوت 2007/09/18، رقم 07/258، (موقع انترنت).

² إذ أنه لا يشترط لصحة الزواج شرعا أن يكون مسجلا أو مكتوبا على يد مأذون أو موثق أو غيره. انظر، أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 251 وما بعدها؛ عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، ص. 17 وما بعدها.

خواطر حول اضطراب الاجتهاد القضائي في مسألتي الخطبة والاشتراف في عقد الزواج

سبقت الإشارة إليه، على أن الخطبة المقترنة بالفاحة لا تعد زواجا إلا بتوافر ركن الرضا وشروط الزواج الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة.

فهذا الموقف السلبي للمشرع المؤدي إلى اضطراب الاجتهاد القضائي يجعل من الحكم الوارد في المادة 33 فقرة ثانية من ذات القانون وجوده كعدمه في هذا المجال. وبمعنى أدق، فالقول بخلاف ما نتمسك به يجعل تطبيق الفقرة الثانية من المادة 33 المعدلة من قانون الأسرة مجرد أفكار عامة لا معنى لها في حالة الزواج العرفي، بل من ذلك تجريد هذا النص القانوني من قوته الإلزامية ككل. وعلى كل حال، يستنتج من هذا أن المشرع قد تناقض مع نفسه، بحيث اعتبر في المادة السادسة الخطبة المقترنة بالفاحة زواجا إذا تمت في مجلس العقد مع توافر ركن الرضا وشروط الصحة، ثم جاء في المادة 33 فقرة ثانية من ذات القانون ونص على أنه "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه".

ويلاحظ في النهاية أنه من المستحسن أن نطبق الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة في حالتنا الزواج، العرفي والرسمي لأن الزواج العرفي الذي اتبعه دخول وانتفى منه شرط الصداق لا يختلف عما هو عليه الزواج الرسمي التام بنفس الكيفية واتبعه دخول.

وهكذا، إن الموقف الذي تبناه مشرعنا وتقلده الاجتهاد القضائي ونحن لا نتمسك به هنا والقائل بأن الخطبة المقترنة بقراءة الفاتحة في مجلس العقد لا تكيف على أساس أنها زواج حتى ولو اتبعها دخول إذا انتفى منها أحد شروط صحة الزواج، فهو موقف غير صائب من شأنه لا يحمي حقوق الزوجة من مهر ونفقة وميراث، ولا حق الولد في أن ينسب إلى والده الزوج ولا الخطيب.

هذا عن الاضطراب الذي وقع فيه الاجتهاد القضائي بشأن تكيفه للخطبة المقترنة بقراءة الفاتحة في مجلس العقد، فماذا عن موقفه فيما يتعلق ببعض المسائل المتعلقة بالاشتراف في عقد الزواج؟

ثانياً. - الاشتراط في عقد الزواج

يتجلى دور العقود شرعاً وتشريعاً في ضبط العلاقات بين الناس، وحفظ الحقوق المترتبة عليها، وذلك حتى يكون هناك يقين من تحقق الرضا، وانتفاء الغش والغرور والخداع. وبهذا، فإن عقد الزواج هو اتفاق بين رجل وامرأة على الزواج، ويتم هذا الاتفاق عن طريق الإيجاب والقبول¹. فلا يصح العقد بإكراه أي منهما على الزواج. كما أن من أهم مظاهر حسن الخلق في الزواج، ألا يغرّر الزوج بزوجه ولا الزوجة بزوجه، فالمسلم كالمسلمة لن يخفي عيباً في نفسه، ولن يتظاهر أمامها بما ليس فيه، كأن يخفي مرضاً مزمناً أو صفة من الصفات الجوهرية الواجب توافرها فيه. فالتغريب أو التدليس ليس من صفات المسلم، وهو محرم شرعاً مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: "من غشنا، فليس منا"²، ولقوله صلى الله عليه وسلم أيضاً: "كبرت خيانة أن تحدث أخاك بحديث، هو لك مصدق، وأنت له كاذب"³.

وفي هذا الإطار ووفقاً لمبدأ رضائية العقود، فإنه يجوز للزوجين أن يشترطاً شروطاً في العقد، وعليهما الوفاء بها⁴. غير أن الملفت للانتباه ينصرف إلى التساؤل حول معرفة ما

¹ قد جاء في الفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج لسنة 1963 على أنه "لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضا الطرفين رضاً كاملاً لا إكراه فيه، وإعرايهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود وفقاً لأحكام القانون". ويستخلص من هذا النص، أن الاتفاقية ترمي من حيث مقتضياتها إلى حماية المرأة عند إبرام الزواج، وذلك صيانة لحرية الزواج التي تعتبر من الحريات الأساسية المتصلة بحقوق الإنسان والتي لا يمكن الاستغناء عنها ولا أن يحل محلها أية وسيلة أخرى.

² انظر، صحيح مسلم.

³ انظر، أحمد وأبو داود والطبراني.

⁴ فالمسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً. قال صلى الله عليه وسلم: "أحق الشروط أن يوفى به ما استحلتم به الفروج"، متفق عليه. فللزوجة كالزوج أن تشترط عليه أن يهبى لها بيتاً مناسباً. بينما لا يجوز لهما أن يشترطاً شرطاً يسقط حقاً من حقوق الزوج أو الزوجة.

خواطر حول اضطراب الاجتهاد القضائي في مسألتي الخطبة والاشتراف في عقد الزواج

حكم اشتراف الرجل على المرأة عذريتها؟ هل يجوز له ذلك، أم أن شرط كهذا باطلا ولا أثر له على صحة الزواج؟ وإذا لم يشترطه الزوج ووجدها على خلاف ما كان يعتقد، فما حكم هذا الزواج؟ هل تعتبر في هذه الحالة مدلسة عليه، أم أن الأمر يختلف في الزواج عما هو عليه في العقود الأخرى؟ وهل ينصرف نفس الحكم إذا وجد أحد الطرفين بعيب أو مرض ولم يكن الزوج الآخر عالما به يوم إبرام العقد؟

للإجابة على هذه الأسئلة، فإن التشريعات المغاربية للأسرة لم تفصح صراحة في باب البطلان أو الفساد عن موقفها في هذا الصدد تاركنا المجال للاجتهادات القضائية إيجاد الحل المناسب والمتماشي مع روح العدالة وحماية الكيان الأسري ومن ثم الاجتماعي، الحل الذي ينبغي أن يستقى من مبادئ الشريعة الإسلامية. إذن، ما هو موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة؟

لقد تعرض الفقه الإسلامي من جانبه إلى هذه المسألة، وانقسمت مواقفه إلى اتجاهين، إذ هناك من يرى كالأحناف بعدم ثبوت خيار الفسخ للزوج مطلقا أي حتى ولو فات ما اشترطه في الزوجة من شروط¹. وعليه، إذا اشترط الزوج في عقد الزواج أن يكون له الخيار بين مواصلة الزواج أو فسخه، فإن العقد ينعقد صحيحا ويبطل خيار الشرط إذ أن الزوج يملك فراقها بالطلاق. ودلهم في ذلك قول الإمام علي (كرم الله وجهه) "إذا وجد بامرأة شيئا من هذه العيوب فالزواج لازم للزوج إن شاء طلق وإن شاء أمسك"². وتطبيقا لذلك، فلو وصفت الزوجة بوصف تكمن فيه رغبة الزوج كسلامتها من المرض أو البكارة، ووجدها خلافا لذلك فليس له الحق في فسخ العقد بل ينعقد العقد صحيحا ولا ينفذ العقد. ولكن،

¹ هذا ما ذهب إليه كل من الحنفية، والشافعية والظاهرية والإباضية. راجع بشأن هذه المسألة، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج.4، طبعة مصطفى البابي الحلبي الثانية، 1966، ص.93؛ الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.3، طبعة البابي الحلبي، 1357 هـ، ص.117.

² انظر، علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للطبع، الإسكندرية، 2005، ص.94.

بالرغم من موقفهم هذا، فإنهم مع ذلك قد اعترفوا للزوجة حق خيار العيب من حيث أن لها حق فسخ العقد إذا وجدت زوجها عينا أو مجبوبا أو خصيا بحجة أن الطلاق بيد الزوج وليس لها إلا الفسخ من أجل دفع الضرر عنها.

بينما ذهب الاتجاه الثاني إلى القول بثبوت خيار الفسخ للزوج إذا فات ما اشترطه من وصف¹، وذلك لأنه شرط صفة مقصودة، فلم تتحقق له هذه الصفة، فله الحق في فسخ النكاح. وقالوا الحنابلة بجواز الشرط (ثبوت فوات خيار الوصف ما لم يعلم ولم يرضى به) لكلا الزوجين، وذلك سواء كان شفاهة أو كتابة مستدلين في ذلك بقوله تعالى "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا"²، ويقول عليه الصلاة والسلام "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"³.

ما ينبغي ملاحظته انه إذا كان الفقه الإسلامي الراجح قد اشترط أن يكون ثبوت خيار الفسخ للزوج إلا إذا اشترط صراحة الصفة المقصودة، فإنه لم ينفرد بالإتيان بهذا الشرط، وإنما لقي ترحيبا أيضا من القضاء الجزائري والتونسي. ومن ثم، حاول القضاء من جهتهما تطبيق الاتجاه بما يخدم مصلحة المرأة ولا الأسرة، حيث صن حقاها في التعويض، وقرر لها هذا الحق حيث فقدان عذريتها قبل الزواج. وتجسد ذلك في قرار 1984/02/03، الذي نقض فيه المجلس الأعلى الجزائري قرار المجلس القضائي الذي أهمل طلب الطاعة واعتبر إيقاع الطلاق هنا على مسؤولية الزوج، وذلك بقوله "من المقرر شرعا أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها إلا إذا كان

¹ وهو موقف المالكية، والحنابلة والإمامية، وينفرد المذهب المالكي بالترقية التي ينادي بها دائما بين الدخول من عدمه، بحيث يرى إذا كان اشتراط الخيار قبل الدخول فيفسخ العقد بقوة القانون، أما إذا كان بعده فيثبت العقد وللزوجة المهر المسمى. انظر، رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، ط. أولى، دار الفكر العربي، 2001، ص. 482-483؛ نظر، علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص. 95.

² سورة الإسراء، الآية 34.

³ انظر، مختصر سنن أبي داود، مطبعة السعادة، 1369 هـ، ج. 3، ص. 66.

الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج. ومن المقرر أيضا أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا، ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن تأسيسا على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض.

ولما كان الطاعن لم يذكر الوسيلة التي توصل بها إلى اكتشاف أن زوجته كانت قبل ليلة الزفاف فاقدة البكارة رغم عدم مباشرتها جنسيا كما يزعم فإن قضاة الاستئناف بقضائهم في الدعوى بالطلاق وتقرير حقوق المطلقة التزموا بتطبيق الأحكام الشرعية. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹.

وحرصا دائما من المحكمة العليا في ضمان حق التعويض للزوجة، أكدت للمحاكم الأدنى درجة بضرورة التفريق بين الاشراف وعدمه... من خلال عدة قرارات. نذكر منها قرارها الصادر في 1989/10/02 والذي قضت فيه "من المقرر شرعا أنه لا يجوز كشف فرج المرأة على أي رجل ولو كان طبيبا ولا يجوز كشفه حتى للنساء إلا في حالة الضرورة القصوى وبموافقة المرأة مراد الكشف عنها باعتباره مؤمنة على فرجها ومن المقرر أيضا أن المرأة الحرة لا تكشف، وتقول ما تقوله عن فرجها مصدقة فيه شرعا بعد أن تزكي ذلك، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدئين يعد مخالفة للشريعة الإسلامية.

لما كان من الثابت - في قضية الحال - تشريعا أنه إذا ادعى الزوج بأنه لم يجد زوجته بكرا فليس لها إلا اليمين، فكشف الزوجة عورتها بأمر من المحكمة ولو بطلب من الزوج إذا طلبه غير شرعي والاستجابة له غير شرعية، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه بأخذه بما ورد في الحكم المستأنف لديه خالف للشريعة الإسلامية في هذا الجانب وخلف المبدأ القائل على أن المرأة حرة لا تكشف، والمرأة مؤمنة على موطن سرها تصدق فيما قالته عنه. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه².

¹ انظر، مجلس أعلى، 1984/02/03، ملف رقم 34762، المجلة القضائية، 1989، عدد 4، ص.

² انظر، مجلس أعلى، 1989/10/02، ملف رقم 55116، المجلة القضائية، 1991، عدد 1، ص. 31.

وقد تعزز هذا الموقف بقرار آخر صادر عن ذات المحكمة بتاريخ 2000/05/23، إذ جاءت فيه "ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج، فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحصيل الطاعنة مسؤولية الطلاق وبحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبب، مما يستوجب نقض القرار"¹.

وقد تأكدت هذه النظرة للمحكمة العليا في قرار حديث نسبيا صادر بتاريخ 2009/02/11، عندما قضت بما يلي: "حيث لا يتبين من وقائع الدعوى ولا من أوراق الملف مما يفيد اشتراط البكارة في عقد الزواج طبقا لما توجيه أحكام المادة 19 من قانون الأسرة، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بمجلس قضاء قالمة لما حملوا الطاعنة مسؤولية الطلاق وحرمانها من التعويض المترتب عنه يكونون قد خالفوا القانون وجانبوا الصواب"².

هذه القرارات تجلى بوضوح أن اشتراط العذرية صراحة في عقد الزواج إجراء جوهري على الزوج إتباعه وإلا عرض موقف للنقد، بل لمسؤوليته على فك الرابطة الزوجية بتعويض الزوجة عما أصابها من ضرر نتيجة الطلاق التعسفي. هذه القاعدة استقر عليها القضاء الجزائي ولا يمكن إبعادها في الوقت الحالي إلا إذا انتهج القضاء منهجا آخر بشأنها.

ما من شك أن لهذا الموقف ما يبرره نسبيا. فالعمل بالقاعدة التي تبناها هنا فيه تطبيق لما ورد في المادة 222 من قانون الأسرة، إذ أنه يذكر بدور الاشتراط الذي لا يستهان به عند إبرام العقد، لأن في مثل هذه الحالة وغيرها يظهر كضامين وحيد للاستقرار واستمرار الحياة الأسرية.

¹ انظر، محكمة عليا، 2000/05/23، ملف رقم 243417، اجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص. 109.

² انظر، محكمة عليا، 2009/02/11، ملف رقم 480264، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 1، ص.

خواطر حول اضطراب الاجتهاد القضائي في مسألتى الخطبة والاشتراف في عقد الزواج

وأما فيما يتعلق بالقضاء التونسي، تجدر الإشارة في هذا المضمار إلى أن الحكم الوحيد الذي تمكن من الحصول عليه انتهج نفس المنهج الذي تبناه نظيره الجزائري، بحيث قضت محكمة تونس في 1968/12/30 بما يلي:

"أ- لم تتعرض مجلة الأحوال الشخصية إلى التفريق بين الثيب والعذراء ويتعين حينئذ الرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي هو أهم المصادر التي استمدت منها مجلة الأحوال الشخصية أحكامها.

ب- البكر في الفقه الإسلامي هي التي لم يسبق منه الزواج بقطع النظر عن كونها عذراء أم لا، وبذلك اتجه عدم اعتبار الثيوبه عيباً ترد به الزوجة، إلا أن يقع اشتراط ذلك بلفظ صريح"¹.

وبهذا القرار يتضح أن القضاء التونسي يبدو هو الآخر حاسم في عدم الإقرار بالأخذ بعيب التدليس في هذه الحالة. كما أن هذا القرار يكشف عن مدى تمسك القضاء التونسي بما ذهب إليه الفقه الإسلامي بشأن مسؤولية الزوج في حالة عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج، بل عن احتمال وهو أن العذرية إذا طرحت، إنما تطرح بصدد اشتراطها صراحة في العقد أي يوم إبرام الزواج ولا بعده.

وكذلك، فالشيء الذي يلفت أذهاننا ويثير تعجبنا في آن واحد، هو أن القضاءين الجزائري والتونسي لم يعتبرا فقدان البكارة ولو بطريقة غير شرعية عيباً يبنى عليه طلب بطلان العقد، بل وقعا المسؤولية على الزوج في حالة المطالبة بالطلاق. وبهذا الموقف، يكون كل من القضاء الجزائري ونظيره التونسي قد استلهما، كما سبقت الإشارة إليه، موقفهما من جانب من الفقه الإسلامي فيما يتعلق بعذرية المرأة.

¹ انظر، حكم ابتدائي مدني تونس 1968/12/30، عدد 7487، مجلة القضاء والتشريع، 1969، عدد 6 و7، ص. 164.

وهنا، وفي هذا المقام بالذات، حيث نعلق أهمية خاصة على ما للرضا من أثر في عقد الزواج، يصح أن نتساءل لا عن جواز أو عدم جواز اشتراط العذرية، وإنما كيف يمكن أن نكيّف رضا الزوج في حالة فقدانها بطريقة غير مشروعة، وذلك مقارنة مع الأمراض المزمنة التي يصاب بها أحد الزوجين قبل إبرام العقد ولم يكن الطرف الآخر على ذرية بها ولم يرض بها بعد الزواج؟

والحق أن هذا الموقف الذي تبناه القضاة الجزائري والتونسي وإن كان يفضل الاشتراط الصريح من حيث جعله ممارسة حل الزواج حقا للزوج - أو الزوجة بالنسبة للأمراض والعيوب- إلا إذا اشترط العذرية أو الصحة من الأمراض المزمنة إلا أنه لم يتدارك العيب وهو احتمال تشتت الروابط الأسرية، لأن بمقتضى هذا الاتجاه فمصلحة الأسرة في جانبها المتعلق بالمحافظة على صيانتها لا تتحقق، إذ أن هذا الموقف سيؤدي لا محالة له إلى انتشار جريمة الزنا وما يترتب عنها من عواقب وخيمة على الكيان الأسري والاجتماعي.

ومع مثل هذا الموقف كان لا بد من العلة القانونية التي تحول دون السماح للزوج برفع دعوى بطلان الزواج. وليس في المبادئ القانونية ما يمدّه بهذه العلة، فتظل الغاية من التفرقة ذاتها تتجلى في التمسك بموقف جانب من الفقه الإسلامي وهو الغالب في تبريرها، وهذه الغاية لا تستهدف أصلا تطبيق القواعد القانونية تطبيقا سليما وعلى الوجه الأكمل، إذ أن الرضا لا يحقق مراده ويرتب أثره إلا إذا كان غير مشوبا بعيب من عيوبه. إذن، فالمنطق القانوني يقودنا إلى الرأي بتوحيد الحل بين الاشتراط الصريح والاشتراط الضمني فيما يتعلق بشرط العذرية والأمراض المزمنة والعيوب.

ومع هذا التوحيد بين الشرطين في هذا المجال وترتيبه يقتضي التساؤل عن العلة التي يبني عليها ليكون مصدرا لتطبيق النصوص القانونية تطبيقا سليما. في الواقع، إننا نرى أن المتزوج مع فاقدة العذرية عن طريق الزنا، أو مع المريض مرضا مزمنًا أو المصاب

خواطر حول اضطراب الاجتهاد القضائي في مسألتي الخطبة والاشتراف في عقد الزواج

بعيب ما يكون مغشوشا، فأرادته في هذه الحالة تكون معيبة بعيب التدليس، لأن الطرف الآخر يكون قد اتخذ طرقا احتيالية لإيقاع الزوج فيها من أجل الموافق على الزواج.

فإن فقدان غشاء العذرية بسبب الزنا لا يبزر قط موقف القضاة، لأن من جهة فيها خداع وغش وتغدير¹، ومن جهة أخرى، فالفتاة التي فقدت عذريتها لارتكابها الفاحشة، فإنها لا تبالي من الزواج إلى إبرامه وهي عالمة مسبقا بأن الزوج إذا طلقها بعد علمه بحالتها سيعتبر طلاقه تعسفي وما عليه إلا أن يعوضها عما لحقتها من أضرار نتيجة ذلك التعسف، وهذا كله حماية لمصلحتها الشخصية. فأية مصلحة وأية ضرورة متوخاة من راء ذلك، إلا انتشار الرذيلة وتعميم الفاحشة في مجتمع انحطت به كل القيم.

بل حتى القضاء الفرنسي الذي لا يبالي بتاتا بالانحطاط الخلقي الجنسي في واقعه المعاش لما عرضت عليه قضية تتعلق بشخص مسلم تزوج مع فتاة مسلمة معتقدا بأنها لا زالت عذراء، فإذا به وجدها خلافا لذلك، فرفع أمره أمام محكمة المرافعة الكبرى لمدينة ليل طالبا بإبطال عقد الزواج على أساس أن إرادته كانت معيبة يوم إبرام العقد ومن ثم وقع في غلط في إحدى الصفات الجوهرية للزوجة، فاستجابت المحكمة لطلبه² بمقتضى حكمها الصادر في 01 أبريل 2008، وذلك بقولها :

¹ فهذا الخداع والغش تزداد حدته في حالة الرشق العذري، خاصة مع الوسائل الجديدة التي أصبحت تلجأ إليه الفتيات. راجع بشأن ذلك، تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرشق العذري والتغيير الجنسي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية، الإدارية والسياسية، كلية الحقوق، تلمسان، 2008، عدد 6، ص. 60 وما بعدها.

² ولكن بالرغم من وضوح الحجة التي اعتمدت عليها محكمة Lille ، إلا أن مجلس استئناف Douai لم يؤيد هذا الحكم في قراره الصادر في 17 نوفمبر 2008 على أساس أن العذرية لا تعتبر إحدى الصفات الجوهرية وأن فقدها لا يؤثر بتاتا على الحياة الزوجية. وذلك، يفهم أيضا من الفقه الشارح لهذه الصفات، بحيث يرى بأنه:

«C'est en fonction d'une appréciation sociologique que se fera la distinction entre les qualités essentielles et celles qui ne sont qu'accessoires. Mais

«Attendu qu'en l'occurrence, Mme.... Acquiesçant à la demande de nullité fondée sur un mensonge relatif à sa virginité, il 'sen déduit que cette qualité avait bien été perçu par elle comme une qualité essentielle déterminante du consentement de M.... au mariage projeté ; que dans ces conditions, il convient de faire droit à la demande de nullité du mariage pour erreur sur les qualités essentielles du conjoint... »¹ .

ومقارنة مع ذلك، فإن الموقف الذي تبناه القضاء الجزائري والتونسي وإن كان صريحا إلى حد ما من جانب الفقه الإسلامي المتمسك به، إلا أنه مع ذلك من الصعب الأخذ به على إطلاقه، لا من جانب الفلسفة التشريعية المتبعة في هذا المضمار بناء على المبادئ القانونية العامة، ولا من جانب مصلحة الأسرة، بل ولا من جانب الواقع المعاش، مما يدفعنا إلى الأخذ بالمعيارين الشخصي والموضوعي في هذا المجال.

فمن زاوية المعيار الشخصي، فإنه ينبغي أن نقول بأن فقدان عذرية المرأة أو إصابة أحد الزوجين بمرض مزمن أو به عيب يحول دون تحقيق أهداف الزواج يجعل إرادة الزوج المضرور معيبة بعيب التدليس، إذ أن الزوج لو كان عالما بالحالة التي هي عليها الطرف الآخر لما وافق على هذا الزواج.

أما المعيار الموضوعي، فإنه يمكن استنباطه من الواقع الاجتماعي المتمثل في الرأي العام²، بحيث فهذا الأخير هو مصير على أن الشخص لا يقبل على الزواج إلا وفي

pour entraîner la nullité du mariage, l'erreur portant sur une qualité essentielle doit encore revêtir un caractère subjectif : il ne suffit pas que les qualités soient essentielles dans l'opinion commune, elles doivent encore l'être pour la victime de l'erreur »². Pour plus de détails, cons. G CORNU, note sous Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958, D. 1959, 435.

¹ Cf. T.G.I. Lille, 01/04/2008, jug. N° 07-08458.

² غالبا ما لا تضع الفتاة التونسية في عين الاعتبار النتائج الكارثية التي تعقب الممارسة الجنسية التي تقبل عليها بشغف خلال المرحلة الأولى من علاقتها العابرة مع الشاب. فعلى الرغم من أن عددا من الشباب مُرتاح لطرق موضوع الجنس وممارسته بحرية، إلا أن العائلة التونسية التي تنتمي إلى مجتمع محافظ لا تقبل البتة

ذهنه أن الفتاة لا زالت عذراء، أو أن الشخص المراد التزوج معه غير مصاب بأي مرض مزمن كالسيديا مثلاً¹.

من كل هذه المواقف والآراء مجتمعة، نرى أنه ليس ما يمنع شرعا من الأخذ بزمام الأمور وتطبيق المبادئ الشرعية تطبيقا يتماشى ومصلحة الأسرة آخذاً في ذلك الحقائق الاجتماعية الجزائرية والتونسية الجديدة المعاشة، ذلك ما يدفعنا إلى القول بأنه ينبغي على المشرع أن يراعي هذه المعطيات الجديدة عند وضعه للنصوص القانونية، فليس من مصلحة الأسرة ولا مصلحة الأفراد أن يتجاهل، كما فعله القضاء الظروف المحيطة به وواقع الحياة.

ومن ثم، يصبح الاشراف الذي نادى به جانب من الفقه الإسلامي وطبقه القضاء المغاربي إن لم نقل صريح، بل ضمنى. وهذا الموقف يمكن أن يركز على نصوص قانونية مستمدة من قانون الأسرة الجزائري والمغربي، بحيث جاء من جهة في الفقرة الأولى من المادة 33 المعدلة من قانون الأسرة بأنه "يظل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، ومن جهة أخرى نصت مدونة الأسرة المغربية في مادتها 57 على أنه يكون الزواج باطلاً إذا اختل فيه

بمثل هذه العلاقة، وغالبا ما تعاني البنت الفاقدة لعذريتها من نظرة دونية تحتقر ممارستها وتغزلها عن بقية البنات المحافظات على عذريتهن. فالديوان الوطني التونسي للأسرة والعمران البشري الحكومي فقد ذكر في دراسة سابقة له أن الحديث عن الجنس في المجتمع التونسي لم يعد ممنوعا، لكن الحديث عن الممارسة الجنسية في حد ذاتها ما يزال ممنوعا اجتماعياً ودينياً. وأشارت الدراسة إلى أن 85.9% من الفتيات التونسيات يرفضن ممارسة الجنس قبل الزواج، بينما توافق على ذلك 11,9%، في حين يوافق على ذلك 40% من الشبان التونسيين. انظر، اسماعيل دبارة، في تونس الجنس ليس من المحرمات، موقع انترنت.¹ ففي تونس مثلاً، فوفقاً لدراسة بوزارة شؤون المرأة والأسرة بتونس ثبت أن المشاكل الاجتماعية تتسبب بنسبة 48.3% بحالات الطلاق، والتي تشمل المعاملة السيئة، والعنف، وعدم الشعور بالمسؤولية، والاختلاف في المستوى الثقافي والتعليمي، بينما 22.7% من الحالات تعود إلى عقم أحد الزوجين، أو الإصابة بإعاقة، بينما تتسبب المشاكل الجنسية، والخيانة، وقلة الثقة والغيرة في 15.8% من حالات الانفصال. انظر، barasy، موقع انترنت، موقع سوري للاستشارات والدراسات القانونية.

أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه، ومنها الرضا الذي ينعقد الزواج بمقتضاه عن طريق إيجاب أحد المتعاقدين وقبول من الآخر.

ولكن، وما ينبغي الإشارة إليه هنا هو أن استعمال مصطلح "اختل" من قبل المشرع ليس لها أي معنى في هذا المجال، لأن هذه الكلمة يمكن تفسيرها بـ "ضعف" أو "فسد"¹، وهذا غير صحيح بدوره لأنه لا يستقيم مع الجزاء المترتب على مخالفة ما جاءت به هذه المادة، إذ كيف يمكن القضاء ببطان عقد الزواج ولا الإبطال بمجرد وجود عيب بركن الرضا، كعيب الغلط أو التدليس أو الإكراه، مثلما ما هو مشار إليه في النص الفرنسي بقوله :
« Le mariage est déclaré **nul** si le consentement est **vicié** ».

وعليه، إذا أخذنا بعموم هذا النص وبمعناه الواسع نقول بأنه يمكن للزوج المضروب حسب الحالة أن يطلب إبطال الزواج إذا كانت إرادته، وفقا للمعياريين السابقين مصابة بعيب من عيوبها بسبب فساد، وذلك حتى تتسجم نصوص قوانين الأسرة مع المبادئ القانونية العامة.

وإذا كان الأمر كذلك فإن المشرع المغربي كان أوضح من نظيره الجزائري، مما يجعل نصوصه متطابقة بعضها البعض من حيث ما هو وارد في مدونة الأسرة والمبادئ القانون العامة، إذ نص في المادة 12 من المدونة على أنه "تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و66 بعده". وأن هاتين المادتين تنص على التوالي بأنه "يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين...من تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض". وزيادة على ذلك، نص في المادة 61 من ذات المدونة على أنه يفسخ الزواج الفاسد لعقده

¹ يقال أختل الأمر أي ضعف، أو أختل عقل الرجل أي فسد. انظر، علي بن هادية، بلحسن البليش والجيلاني بن الحاج يحي، القاموس الجديد للطلاب، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص. 21.

قبل البناء وبعده...إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج...".

غير أن المشرع التونسي قد جاء بأحكام عامة قد تؤدي بالاجتهاد القضائي إلى الاعتماد بشأنها على أكثر من تفسير، إذ نص في الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية على أن "الزواج الفاسد هو الذي...انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث..."، وأن هذه الأخيرة تنص على أنه "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين". وللعلم أن أحكام الرضا منها ما يتعلق بصحته من حيث طرق التعبير عنه ومنها ما يتعلق بخلوه من أي عيب من عيوبه.

وعليه، فمن واجب القضاء، في غياب النص التشريعي الصريح أن يلتزم بالقيم السائدة في المجتمع، فلا يأتي بحكم تأباه الفطرة وتنفره تلك القيم، ولا يلتزم بموقف يناقض حرية الإنسان وكرامته، فالقانون هو مرآة التقدم في المجتمع، ويجب أن تكون المرأة صافية نقية تعبر عن الحقيقة من غير تزييف ولا مبالغة. والسر في ذلك هو أن الزواج كعقد لا تنحصر آثاره بين طرفيه فحسب، بل تنصرف إلى الأسرة والمجتمع لأن الزواج نواة الأسرة والأسرة اللبنة الأولى في بناء المجتمع، فليس من المعقول أن يتم بناء اللبنة الأساسية لمجتمع في معزل عنه. ولذلك، فإنه من الأجدر أن تتم المصارحة بين الطرفين منذ البداية في مثل هذا الأمر؛ ليختار كل منهما شريكه على بينة.

وهذا الحل ينبغي الأخذ به حتى بالنسبة للعيوب الأخرى التي يمكن أن تصيب أحد المتعاقدين ولم يكن الطرف الآخر عالما بها يوم إبرام العقد وغير رضي بها بعده، ومن ثم كل ما يعيق تحقيق هدف من أهداف الزواج الأساسية فيكون سببا من أسباب فساد الزواج. والجدير بالملاحظة أن العقم وعدم القدرة على الإنجاب إنما هو حالة قد تصيب الرجل كما تصيب المرأة، ومن هنا يقال في حق الرجل ما يقال في حق المرأة من أنه يحسن أن تختار المرأة الرجل القادر على الإنجاب.

وهذا الاتجاه لم يراعاه القضاء الجزائري في الكثير من أحكامه وقراراته، حيث قضت المحكمة العليا بأنه "من المستقر عليه قانونا وقضاء أن عقد الزواج يعتبر صحيحا متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين والصداق وإبرام أمام موظف أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا ومتى لم يتطرق القانون لصحة الزوجين، فلا يعتبر مرض أحدهما عيبا في إبرام الزواج"¹. كما قضت في قرار آخر "من المقرر قانون وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التظليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج كتكوين أسرة وتربية أولاد. ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتظليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا للخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ما عدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض، مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف"².

وفي قرار آخر، قضت ذات المحكمة بأنه "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التظليق لكل ضرر معتبر شرعا. ومتى تبين - في قضية الحال - أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التظليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتظليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما"³.

وهو نفس المنهج الذي سارت عليه ذات المحكمة في قرار آخر حديث نسبيا بقولها "إن عدم الإنجاب لا يعد من الأسباب الشرعية القانونية التي تخول للزوج حق الطلاق

¹ انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1993/02/23، ملف رقم 88856، م.ج.، 1996، عدد 2، ص.

² انظر، محكمة العليا، غ.أ.ش.، 1992/12/22، ملف رقم 87301، المجلة القضائية، 1995، عدد 2، ص.

³ انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1999/02/16، ملف رقم 213571، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص. 119.

وإعفائه من مسؤوليته والتعويض، إذ أن عقم الزوجة أو عدم قدرتها على الإنجاب هي من المسائل التي تخرج عن إرادتها... وبالتالي يعتبر الزوج قد تعسف من طلاقه وتجاوز في استعمال حقه...¹.

غير أن محكمة التعقيب التونسية قد حادت عن هذا الاجتهاد القضائي في حالة وجود عيب بأحد المتعاقدين، وذلك في قرارين، الأول منهما، قضت بموجبه "إن تضرر الزوجة من العجز الجنسي لزوجها يخول لها حق طلب التعويض عن ذلك إذا كان ذلك العجز سابقا للزوج وإخفاه عنها الزوج، والأمر خلاف ذلك عندما يحصل العجز بعد الزواج فلا مجال للتعويض لأنه أمر لا يدخل لإرادة الزوج فيه وهو بلاء تسلط عليه ولا يتحمل وزره مرتين"². وفي الثاني، قضت بمقتضاه "لا خلاف حسب كل الفقهاء وأن القدرة الجنسية تعدّ من الشروط الجوهرية لعقد الزواج وهي من الشروط الفيزيولوجية الجوهرية التي تتأسس عليها العلاقة الجنسية باعتبارها أمرا طبيعيا وحتميا ولازما لقيام العلاقة الزوجية. إن المشرع التونسي ولئن لم يعرّف الزواج ضمن مجلة الأحوال الشخصية إلا أنه يمكن القول عامة أن الزواج هو عقد يتعايش بمقتضاه رجل وامرأة تحت سقف واحد ليلتقيا عاطفيا وجنسيا للمحافظة على الجنس ويمكن القول أن هذا التعريف يتماشى مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

لا خلاف وأن عقد الزواج مبناه المكارمة وذات الشخص مقصودة فيه بالذات وأنه متى فقدت فيه الشروط المطلوبة يتعين فسخ هذا العقد بالطرق القانونية ولا التنفيذ على ذات الشخص"³.

¹ انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش..، 2006/11/15، ملف رقم 373707، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 1، ص.

² انظر، محكمة التعقيب، مدني، 2004/10/01، قرار عدد 2523، غير منشور.

³ انظر، محكمة التعقيب، مدني، 1990/01/23، قرار عدد 24219، نشرة محكمة التعقيب، 1990، ص. 243.

وفي نفس السياق، بحثت المحكمة المغربية الابتدائية بالرماني بتاريخ 2004/10/29 في مدى اعتبار العجز الجنسي كسبب للتطليق للشقاق، قائلة "وحيث أسست الزوجة الأسباب الداعية لطلبها على كون الزوج يعاني عجزا جنسيا نتج عنه أنها لا زالت بكر رغم معاشرته لها معاشرة الأزواج مما أثر على نفسية الرجل وتعذر عليها الاستمرار معه على هاته الحال رغم مرور حوالي ثلاث سنوات على زواجهما..."¹.

وكما هو واضح، فالقرارين الصادرين عن القضاء التونسي جاء مخالفين لما قضت به المحكمة العليا الجزائرية من حيث أن القضاء التونسي اعتمد في استصداره لهذين القرارين عن التفرة القانونية الصحيحة من حيث وجود العيب يوم إبرام العقد أو بعده، إذ قرر في الحالة الأولى فسخ العقد إذا كان المتعاقد الآخر غير عالما به بسبب وجود عيب شاب رضاه، بينما في الحالة الثانية فيعتبر الزواج صحيحا ولا ينحل إلا بالطلاق. لذلك، فإننا نعاتب القضاء الجزائري في هذا الصدد، وذلك كونه لم يعط لهذه التفرة أي بال، بل لقد ذهب إلى أبعد من ذلك لما فرق بين عقم الزوج وعقم الزوجة من حيث المسؤولية، بحيث جعل من عقم الزوجة مصدرا لتعسف الزوج في استعمال حقه، وهو الموقف الذي لم يتبناه بالنسبة للزوجة إذا كان زوجها عاقرا.

وهكذا يتبين لنا التناقض الفاضح الوارد في الاجتهاد القضائي الجزائري، ومن ثم لنا أن نتساءل : هل عقم الزوج يختلف عن عقم الزوجة من حيث المبادئ القانونية؟ فكان ينبغي في نظرنا أن يتخذ موقفا واحدا لأن العقم من أية جهة كان، الرجل أم المرأة، فهو خارج عن إرادة المبلي به. ولذلك كان من الأجدر أن تكون التفرة بين العلم بالعيب يوم

¹ ووصلت في حيثياتها بالقول أن "المشرع حدد سبب العيب كمبرر للتطليق وفقا للمواد 107 إلى 111 من المدونة ووضع له شروط وأجالا ولا يمكن الخلط وإدماج هذا السبب ضمن مسطرة التطليق للشقاق، كما أن الإدلاء بشهادة طبية تفيد بقاء الطالبة بكر لا يعني وجود عيب خلقي بالزوج. انظر، المحكمة الابتدائية بالروماني، 2004/10/29، ملف رقم 2004/54 عدد 40 مكرر، غير منشور.

خواطر حول اضطراب الاجتهاد القضائي في مسألتي الخطبة والاشتراف في عقد الزواج

إبرام العقد كالعقم أو العجز الجنسي وعدم العلم به وكان المصاب به مطلعاً عليه ولم يعلن عنه للطرف الآخر. فهذا يكون قد دلس عليه مما يجوز لهذا الأخير المطالبة بإبطال العقد مثلما نصت عليه المادة 63 من مدونة الأسرة المغربية.

من كل ما تقدم، نرى أنه ليس ما يمنع شرعاً ولا قانوناً من الأخذ بزمام الأمور وترتيب النصوص ترتيباً يتماشى ومصلحة الأسرة أخذاً في ذلك الحقائق الاجتماعية الحالية. ومن زاوية التطبيق، أن القاضي من جانبه لا يقضي في هذا المجال إلا بعد رعاية المبادئ القانونية المسلم بها في غياب النص الصريح مستهدياً في ذلك بما تتطلبه الحياة المعاصرة والتطور الذي عرفه المجتمع المغربي.

خاتمة

فإن القصور التشريعي ينبغي سده، إذ أن سكوت المشرع عمداً عن تبيان أحكام بعض المسائل التي تطرق لها الفقه الإسلامي ب...، بحيث أقصى ما يمكن قوله هنا هو أن هذا القصور يدعو الاجتهاد القضائي إلى تبني عدة مواقف يمكن أن تكون متضاربة بعضها البعض. كما يمكن أن يقودنا إلى القول إن المشرع بسكوته هذا قد ترك أمر حل القضايا المطروحة للقضاء، ومن ثم كان مبتغاه من وراء ذلك منح له الحرية الكاملة في تطبيق الاتجاه الفقهي المتماشى مع الحقائق الاجتماعية الجديدة.

ولهذا وذلك، فنحن ننقد موقف الاجتهاد القضائي الجزائري في بعض القضايا المشار إليها أعلاه، ونستحسن موقف الاجتهاد القضائي التونسي بشأن العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج، لأن القول بصحة الزواج في حالة إقامة عيب الرضا كما ذهب إليه القضاء الجزائري متمسكاً في ذلك برأي من الفقه الإسلامي فليس بالسياسة التشريعية السليمة. لذلك، فالقاضي للحكم بصحة الزواج من عدمها في هذه الحالة أن يراعي المبادئ القانونية. وينبغي الإشارة إلى أن هذا الموقف ينبغي أن يطبق بدون ميز بين الرجل والمرأة.

قائمة المراجع:

- 1- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط. 2، ص. 91.
- 2- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج.4، طبعة مصطفى البابي الحلبي الثانية، 1966.
- 3- الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج. 3، طبعة البابي الحلبي، 1357 هـ.
- 4- علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للطبع، الإسكندرية، 2005.
- 5- رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، ط. أولى، دار الفكر العربي، 2001.
- 6- مختصر سنن أبي داود، مطبعة السعادة، 1369 هـ، ج. 3.
- 7- تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرنق العذري والتغيير الجنسي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية، الإدارية والسياسية، كلية الحقوق، تلمسان، 2008، عدد 6.
- 8- علي بن هادية، بلحسن البليش والجيلاني بن الحاج يحي، القاموس الجديد للطلاب، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982.
- 9- G CORNU, note sous Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958, D. 1959, 435.