

3R13

الحداد للخدمات المكتبية والإعلامية
نسخ ومعالجة النصوص وتنسيق
مركز عيسى - المنار 1
الطابق 1 - مكتب عدد 6
الهاتف : 98.945.132

قانون مدني
الأحوال الشخصية
السنة الثالثة

2008-2007

I- مفهوم الأحوال الشخصية :

هو مصطلح غير موجود في قوانين الدول الأوروبية، فنجد أجزاء مختلفة القواعد التي تنظم العلاقة بين أفراد الأسرة والعلاقة بين الأسر. هذه القواعد القانونية وضعت تحت قانون العائلة وهو جزء لا يتجزأ من القانون المدني.

هذا المصطلح غير موجود لدى فقهاء التشريع الإسلامي التقليدي. نجد مختلف المواد التي أصبحنا اليوم نسميها الأحوال الشخصية موزعة على أقسام مختلفة فقهاء التشريع الإسلامي يدرسونها في إطار أقسام مختلفة، الزواج مثلاً ومعه الطلاق وكل المؤسسات المجاورة للطلاق مثل الخلع، التطليق، الظهار، هذه المؤسسات كانت تدرس مباشرة بعد الانتهاء من تدريس قسم العبادات.

أول مادة في قسم المعاملات، بالنسبة للقواعد المتعلقة بما نسميه اليوم بقانون الأشخاص (الأهلية، الترشييد، الاسم، النقب، الحجر) كما تدرس في نطاق القسم المخصص للعقود والزواج يدرس بانفراد، أما بالنسبة لمادة الموارث وما تتبعها، هذه الأشياء تدرس في آخر المراحل أي بعد قسم القانون الجزائي.

من هنا نتبين أن مصطلح أحوال شخصية غريب عن التشريع الإسلامي التقليدي، في حقيقة الأمر هذا المصطلح ظهر في البلدان العربية الإسلامية حديثاً فالفقهاء المعاصرون بدؤوا في وقت من الأوقات يميزون بين ما نسميه اليوم، هو مصطلح أصبح يضم جملة من المواد.

هذه المواد متعلقة ببعضها محوراً الإنسان (ذات الإنسان) فقالوا المسائل المتعلقة بالإنسان كفرد المتعلق بإرثه وبمعاملاته الأسرية. هذه المواد نجعلها فيما بينها لأن أحكامها تستوحيها مباشرة من التشريع الإسلامي ثم تخضع لتطبيقها لمحاكم مختصة لا تطبقها إلا على المسلمين.

وبذلك فالقوانين الأخرى كالجنائي والتجاري، هذه المواد تبقى خاضعة لأحكام عامة قد نستمدّها من التشريع الإسلامي وقد نستمدّها من غيرها وتطبقها محاكم الحق

العام وتطبق على كافة المواطنين مهما اختلفت أديانهم.

وعلى هذا الأساس تتميز جملة هذه المواد عن بقية المواد الأخرى، لتستقل بذاتها، ووجدوا لها تسمية الحالة الشخصية لأنها تتعلق جميعها بذات الشخص ثم تتعلق بحالته المدنية والأسرية أي بأشياء شخصية بحتة هي مبدئيا لا تخضع إلى التعامل.

س / ما هي الأسباب التي جعلت هذه المواد تستقل بذاتها؟

الأسباب هي اجتماعية وعقائدية بالأساس ويمكن لتاريخ الأمة العربية الإسلامية أن يعطينا تفسيراً لهذه الأسباب.

وأول ما يجب الانتباه له هو التعايش الذي عرفته الأمة الإسلامية في البلاد الإسلامية تعايش بين مثل ونحل بين أناس ينتمون إلى ديانات ومعتقدات مختلفة، فإلى جانب المسلمين، وهم المواطنون الأصليون، يوجد غيرهم ممن يدينون إلى ديانات سماوية أخرى مثل النصارى واليهود هؤلاء كانوا يعتبرون من أهل الذمة أي أنهم يعتبرون بمثابة الأجانب ولكنهم لكي يتحصلوا على حق المواطنة أي الحق الذي يفرض لهم التمتع بكامل الحقوق التي يتمتع بها المواطنون الأصليون ويكونون مطالبين بنفس الواجبات كان لابد عليهم دفع الجزية، وفيما يتعلق بحالتهم الشخصية أي الإرث ومعاملات الأسرة يخضعون لأحكامهم بينما المسلمون يخضعون إلى قواعد التشريع الإسلامي.

من هنا نفهم أن الإسلام يقوم بوظيفتين، وظيفة أصلية هي العقيدة ووظيفة الجنسية، وهي وظيفة مختلفة عن مفهوم الجنسية في القانون المعاصر لأن الجنسية لها أصل عقائدي أي أصل نفسي بينما الجنسية بمفهوم القانون المعاصر معيار مادي بحث جغرافي وتراخي أو الدم. اعتباراً لهذه المعطيات واعتباراً إلى الوضع الحديث الذي أصبحت عليه البلدان العربية الإسلامية اليوم والتي لم تعد تخضع في منح الجنسية إلى معيار العقيدة بل أصبحت تخضع في ذلك إلى المعيار المادي أي معيار الدم ولا للمعيار الجغرافي وذلك نتيجة لمخلفات المستعمر الأوروبي للبلدان العربية

الإسلامية، أفرز صعوبة وطرح جملة من الأسئلة، فإذا كان المصري يكتسب الجنسية المصرية بمجرد أن يكون قد ولد فوق التراب المصري، أو بمجرد قد ولد من أبوين لهما أو لأحدهما الجنسية المصرية، ولكنه نصراني فهل ينخفضه بالنسبة لجملة تلك المواد إلى نفس الأحكام التي سنخضع إليها المواطن المصري المسلم والمواطن المصري اليهودي. هذه الصعوبة تأتي من تداخل معيارين في كسب الجنسية مختلفين أحدهما مادي والآخر نفسي، فكان الحل هو الآتي؛ جميع المواطنين مصريون يتمتعون بنفس الحقوق دون دفع جيزات لأنهم اكتسبوا الجنسية المصرية بموجب القانون الوضعي الذي يعتمد معيارا مادي وتبعاً لذلك يخضعون إلى قوانين موحدة ويتقاضون لدى محاكم موحدة في جميع المواد ما عدى مادة واحدة، هي مادة الأحوال الشخصية، فهذه المادة ستبقى خاضعة بصورة استثنائية إلى معيار جنسية العقائدي أي داخل المواطنين المصريين نقوم بتجزئة، المصريون المسلمون يخضعون في مادة الأحوال الشخصية إلى قانون خاص بهم وتطبقها عليهم محاكم خاصة. والمصريون النصارى يخضعون إلى أحكام خاصة بهم مستمدة من الشريعة المسيحية وتطبقها عليهم المحاكم الكنسية في حقيقة الأمر السبب الرئيسي حول استقلالية هذه المادة يعود بالأساس إلى التقديس الذي باتت تحظى به هذه المواد في أعين الناس والتي تعتبر مادة قانونية أكبر قيمة وأعلى درجة من المواد القانونية الأخرى؛ وهو تقديس ظهر لدى فقهاء التشريع الإسلامي التقليدي بدليل أنهم يدرسون مادة الزواج مباشرة بعد العبادات.

السلطات الاستعمارية التي احتلت البلدان العربية الإسلامية أثرت بقوانينها في قوانين الدول المحتلة ما عدى قواعد الأحوال الشخصية لأنها كانت تشعر أن هذه المادة مقدسة في نظر الأهالي وأن المساس منها والتأثير فيها قد يشعل ثورة في البلاد. يضاف إلى ذلك أن فقهاء التشريع الإسلامي التقليدي يعتبرون أن أحكام التشريع الإسلامي فيما يتعلق بمواد الأحوال الشخصية لا يمكن تطبيقها على غير المسلمين

لأنها العلامة المميزة لقسم المعاملات في التشريع هكذا ظهر مصطلح الأحوال الشخصية.

* القانون التونسي :

بالنسبة للقانون الوضعي، مصطلح الأحوال الشخصية ليس غريبا، هو معروف وهو سابق لظهور قانون الأحوال الشخصية. أول ظهور لهذا المصطلح للمشرع الوضعي كان سنة 1923 بمقتضى الأمر العلي الذي نقح الفقرة الأولى من الفصل 306 م ا ع والتي جاء فيها "يجوز للدائنين أن يطعن في حق أنفسهم في العقود التي تمسها مدنيهم لأن تمسها لإضرارهم في حقوقهم تغريرا وتدليسا لكن بدون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالميراث".

ثم ظهر بصورة أكثر وضوحا سنة 56 من خلال الأمر العلي المؤرخ في 12 جويلية 1956 وهو الأمر المتعلق بتنظيم الحالة الشخصية للأجانب المقيمين بالبلاد التونسية. هذا الأمر يحمل مصطلح الأحوال الشخصية، هذه الأهمية ما انفكت تتزايد يوما بعد يوم من خلال القوانين الخاصة بهذه المادة، وهو ما تشير إليه هو صدور مجلة الأحوال الشخصية بمقتضى الأمر العلي في 13 أوت 1956. كذلك العدد المتزايد للقوانين اللاحقة لهذه المجلة البعض من هذه القوانين بنقح المجلة والبعض الآخر يتممها. والبعض الآخر بقي مستقلا عنها.

وقد صادقت البلاد التونسية على الكثير من المعاهدات الدولية المرتبطة بالحقوق العامة والحريات العامة التي لها علاقة وثيقة بمكونات مادة الأحوال الشخصية.

وأكبر دليل على الاهتمام المتزايد لدى المشرع هو ما قام به المشرع الدستوري التحديث لأول مرة يقع إقحام مصطلح الأحوال الشخصية في نص الدستور وتحديد في الفقرة 3 من الفصل 8 من الدستور حصل ذلك بموجب القانون الدستوري عدد 65 لسنة 1997 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 من خلال هذه الفقرة 3 من الفصل 8 يوجه المشرع أمرا إلى مختلف الأحزاب السياسية الناشطة بالبلاد في نطاق نشاطها

السياسي مبادئ الأحوال الشخصية.

لكن السؤال يبقى قائما، ماذا يعني هذا المصطلح في نظر المشرع التونسي الحديث ؟

لا وجود لنص تشريعي يعطي إجابة صريحة عن هذا السؤال، لكن هذا لا يمكن أن يعني أنه لا يمكن العثور على ما من شأنه أن يفيد في الوصول لإعطاء محتوى لهذا المصطلح، المنطلق هو الفصل 1 من الأمر العلي لـ 13 أوت 1956 الذي بموجبه صدرت م أ ش وجاء فيه "النصوص المنشورة فيما بعد المتعلقة بالأحوال الشخصية جمعت في تأليف واحد باسم مجلة الأحوال الشخصية".

من هذا النص يمكن استنتاج أنها ليست مفهوما مباشرا للأحوال الشخصية، لكنه يحيل على محتوى المجلة الصادرة بموجب هذا الأمر أي بصورة أخرى محتوى هذه المجلة يعتبر مادة الأحوال الشخصية بذلك إذا أردنا معرفة مكونات الأحوال الشخصية يمكننا العودة إلى مختلف أقسام هذه المجلة، وبذلك نجد فيها اعتناء المشرع بالزواج، النفقة، الحضانة، الطلاق، النسب، الهبة، الوصية، إرث، الأهلية، التبني، الترشيح... الخ.

لكن هل أن هذه الإحالة حصرية أم يمكن البحث عنها في نصوص ومجلات أخرى ؟

الإجابة مرتبطة بطبيعة الفصل 1 من أمر الإصدار، صيغة الفصل توحي بأن المواد التي تعاطتها هذه المجلة ليست حصرية والدليل استعمال المشرع أسلوب النكرة دون التعريف، إذ لو كان المشرع أراد منها أن تكون حصرية لورد النص على صيغة أخرى، مثال "النصوص المنشورة فيما بعد في تأليف واحد باسم مجلة الأحوال الشخصية هي المتعلقة بالأحوال الشخصية وهو ما يعني أنه يتعين إتمامها بما جاء في بقية النصوص القانونية المستقلة عنها، مثال هل أن التبني يندرج في مادة الأحوال الشخصية ؟ لو اعتبرت مجلة الأحوال الشخصية لقنا أن التبني لا علاقة له بالأحوال

الشخصية لأنه لم يرد بهذه المجددة بل بقانون 4 مارس 1997، أما إذا قلنا أنها ليست حصرياً بل وردت على سبيل الذكر، عندها نقول لأن التبني يندرج ضمن الأحوال الشخصية لأنها قريبة من مواد الأحوال الشخصية.

جاء في الفصل 2 من أمر. (الخاص بالأجانب) : "تشتمل الأحوال الشخصية على النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالزواج ونظام الأموال بين الأزواج وحقوق الأزواج وواجباتهم المتبادلة والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة أو إنكارها والعلاقات بين الأهل والفروع وواجب النفقة بين الأقارب وتصحيح النسب والتبني والوصاية والحجر والترشيذ والهبات والمواريث والوصايا وغير ذلك من التصرفات بموجب الموت والغيبة واعتبار لمفقود ميتاً".

هذا النص يعطي تفصيلاً مدققاً لمختلف المواد المكونة لمادة الأحوال الشخصية، لكن هذا النص لم يعد ساري المفعول، فألغى بقانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1992، وهو القانون الذي مع إلغائه لأمر 12 جويلية 1956 صدرت بموجبه مجلة القانون الدولي الخاص المهمة بإعادة تنظيم الوضعية القانونية للأجانب وخاصة فيما يتعلق بحالتهم الشخصية. لكن هذا الإلغاء لا يؤثر في الحقيقة على محتوى الأحوال الشخصية، بل كان أكثر وضوحاً، فقد تبنت هذه المجلة كل العناصر والمكونات التي يذكر أمر 12 جويلية 1956، لكن في نفس الوقت أعطتها توزيعاً جديداً، فالعناصر التي من الممكن أن ترتبط بحقوق الأشخاص جمعتها في الفصل 2 من هذه المجلة، كل ما يتعلق بالأسرة جمعته في الفصل 3 من هذه المجلة وكل ما يتعلق بالتركات والمواريث والوصية والهبية في الفصل 4 وهو توزيع جاء ينسجم تماماً مع التوزيع يعتمد الفقهاء الأوروبيون.

II- تاريخ الأحوال الشخصية في البلاد التونسية :

بالرجوع إلى الدراسات نتبين أن هذه المادة مرت بمرحلتين :

أ- ما قبل الاستقلال :

الوضع القانوني والقضائي قبل الاستقلال في هذه المادة تميز بتعددية التشريعات المنطبقة وتعددية المحاكم المختصة وهذا الأمر لم تكن تونس تختلف فيه عن بقية البلدان الإسلامية وهو وضع أفرزته منظومة الجنسية التي يحملها المتقاضي أولاً والديانة التي ينتمي إليها ثانياً. المحاكم الفرنسية التي كانت قبل الاستقلال منتصبة للقضاء فوق التراب التونسي كانت مختصة بالنظر في القضايا المتعلقة بما يمكن أن يندرج في الأحوال الشخصية بالنسبة للتونسيين النصارى وغير المسلمين وغير اليهود وكانت مختصة بالنظر بالنسبة للأجانب، وكانت تطبق عليهم أحكام القانون الفرنسي. أما بالنسبة للتونسيين غير النصارى فقد كانوا منقسمين إلى تونسيين يهود، هؤلاء كانوا في مادة الأحوال الشخصية يتقاضون أمام محاكم خاصة تسمى مجالس الأحبار وتطبق عليهم الشريعة الموسوية، أما بالنسبة للتونسيين المسلمين فكانوا يتقاضون أمام محاكم مختصة تسمى المحاكم الشرعية، وهذه المحاكم تطبق على التونسيين المسلمين التشريع الإسلامي في مادة الأحوال الشخصية، لكن هذه المحاكم الشرعية كذلك منقسمة إلى قسمين مجالس مالكية ومجالس حنفية باعتبار أن هذين المذهبين السنيين انتشرا بشمال إفريقيا وتونس خاصة، والمتقاضون يتقدمون إلى هذه المجالس أو تلك حسب مشيئتهم. هذا الوضع المتميز بالتعددية التشريعية والقضائية بقي قائماً في تونس والسلطات الاستعمارية لم تتجراً بالمساس منه واستمر إلى 1956، هذا التاريخ يمثل نقطة تحول في البلاد التونسية لأنه شهد بداية الفترة الانتقالية التي عاشها المجتمع التونسي إبان الحصول على الاستقلال.

ب- ما بعد الاستقلال:

بداية من 1956 دخلت تونس فترة انتقالية تميزت خاصة بالإرادة لدى الأشخاص الذين باثروا حركة التحرير الوطنية في مقدمتهم بورقيبة. هؤلاء بحكم تلقيهم دراسات جامعية في فرنسا وبحكم تشبعهم بما درسوه عن الحضارات الأوروبية، أرادوا إحداث تغيير في ملامح المجتمع التونسي لأنهم كانوا يعتبرون أن الوضع الاجتماعي وخاصة وضع الأسرة والمرأة مزرياً يتطلب التغيير، فالمرأة كانت آنذاك في وضعية قانونية دون الرجل من ناحية الحقوق والواجبات، أما الأسرة فكانت وضعيتها غير مستقرة، ظاهرتان كانت وراء هذا الوضع : تعدد الزوجات والزواج العرفي، إضافة إلى ما كان يتمتع به الزوج من حق تطليق زوجته بإرادة منفردة منه ودون المرور عبر الجهاز القضائي وما كان يتمتع به الولي من حق في تزويج منظوره خاصة البنت وذلك بإجبارها على الزواج من الشخص الذي يختاره لها. وضعية الأسرة تتميز باليهودية بحيث من الممكن إنكار وجودها بكامل السهولة.

هذه المظاهر والمعطيات جعلت المشرفين على حركة الاستقلال والمرشحين للاستطلاع بمهام السلطة بعد الاستقلال، وجعلتهم يسعون إلى إحداث التغيير، وكانت هناك أهداف مرسومة: أهمها إلغاء تعدد التشريعات التي كانت تطبق حسب ديانة المتقاضى، واستبدال هذا النظام بنظام واحد يوحد بين مختلف التونسيين على مختلف أديانهم، كذلك إلغاء تعدد المحاكم واستبدالها بنظام واحد يخضع إليه التونسيون مهما كان معتقدهم.

والسبب في ذلك هو أن نظام التعددية لم يعد ينسجم مع مبدأ سيادة الدولة الحديثة المزعم إنشاؤها بعد الاستقلال :

-إلغاء ظاهرة تعدد الزوجات.

-إلغاء ظاهرة الزواج العرفي.

-إلغاء ظاهرة التطليق الفردي دون المرور إلى القضاء.

-إلغاء حق الجبر في تزويج الولي لمنظور.

جميع هذه الأهداف من شأنها أن تمكن من تحرير المرأة وجعلها تتساوى في الحقوق والواجبات مع الرجل.

الملاحظ في هذه الغايات، أن بورقيبة كان متأثراً بأفكار الطاهر الحداد في كتاب امرأتنا في الشريعة والمجتمع ويعتبر الحداد من بين أحد رواد حركة النهضة والإصلاح التي ظهرت في الشرق من خلال جملة من الأشخاص من بينهم قاسم أمين (تحرير المرأة)، محمد عبد، جمال الدين الأفغاني ومحمد رشيد الرضا. هؤلاء يمثلون رواد الحركة النهضة بالشرق ووجدت صداها في الطاهر الحداد في تونس، وهي حركة جاءت تدعو إلى إعادة فتح باب الاجتهاد من جديد. وكانوا يصدرون مجلة يكتبون فيها مقالاتهم وهي "السنار".

الطريق للإصلاح لم تكن سهلة لأن التيار المحافظ أي التيار المنادي ببقاء ما كان، كان يابراً قوياً. بدليل أن السلطات الاستعمارية لم تقدر على مواجهته، لذلك لم تتدخل في قانون الحالة الشخصية في البلاد التونسية لكن إرادة المشرع الحديثة كانت قوية بدورها لأن الغاية التي كان يسعى إليها بورقيبة لم تكن قانونية واجتماعية فحسب، بل سياسية أيضاً، فقد كان يريد أن يقنع السلط الاستعمارية بأن ما عجزت عنه هذه السلط تمكن هو من تحقيقه، كما أراد أن يبين لهم أيضاً أن غايته من الحصول على الاستقلال لا تعني إحداث القطيعة مع البلاد التونسية بل كانت تعني الدخول مع البلاد الفرنسية في عهد جديد مبني على التقارب لا على القطيعة. وانطلاقاً من هذه المعطيات شرع المشرع في إنجاز عمله من خلال اتخاذ جملة من الأوامر العلية، ثم جملة من القوانين بعد أن أصبحت البلاد جمهورية.

أول عملية هي صدور الأمر العلي في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مـ أ ش هذه المجلة أرادها المشرع أن تكون موحدة بين كل التونسيين باختلاف أديانهم، لكنها

لم تصبح مطبقة وجوبا على كافة التونسيين إلا في 27 سبتمبر 1957 وهو تاريخ توحيد القضاء في تونس، لكنها لم تدخل حيز التنفيذ إلا في 1 جانفي 1957، لكن بداية من هذا التاريخ لم تكن وجوبية إلا بالنسبة للتونسيين المسلمين، أما التونسيون اليهود فكان لهم الخيار بين أن يبقوا خاضعين إلى أحكام دينهم أو أن ينضموا إلى م أ ش، وإذا أرادوا الانضمام فإن عليهم أن يقدموا مطلبا رسميا في ذلك للسلطات المعنية. هذا الوضع الاختياري استمر قرابة 9 أشهر فقط لأنه انتهى العمل به يوم 26 سبتمبر 1957 مع صدور قانون يلغي مجالس الأبحار ويوحد القضاء في البلاد التونسية.

أما النصاري، فإنه منذ معاهدة 9 جويلية 1957 المبرمة بين تونس وفرنسا التي ألغى بمقتضاها العمل بالمحاكم الفرنسية بتونس، أصبحوا يخضعون لم أ ش.

من هنا نتبين أن منذ دخولها حيز التنفيذ، تكون هذه المجلة قد وضعت حدا لتطبيق أحكام التشريع الإسلامي التقليدي في الأحوال الشخصية، وبموجب ذلك ألغيت المحاكم الشرعية³ وأصبحت مادة الأحوال الشخصية تخضع إلى محاكم الحق العام بممثلة في المحكمة الابتدائية بصورة مبدئية أي أنها مختصة بالنظر في جميع قضايا الأحوال الشخصية ما عدى ما خرج عنها بنص خاص وصريح يسند الاختصاص إلى قاضي الناحية، ويمكن حصرها وهي قضايا النفقة المثقلة عن قضايا الطلاق. قضايا إسناد التبني وكذلك في صورة إبطال الزواج المخالف للفصل 18 (التعدد) في صورة قيام الجريمة الجزائية، وكذلك جريمة الزوج على خلاف الصيغ القانونية إذا كانت الجريمة قائمة.

ولكن تشريع الأحوال الشخصية لم يتوقف عند حدود المجلة رغم ما وجدته من ردود فعل متغاونة فإنها أقيمت في العموم القبول، مما شجع المشرع على التماسي في هذا السياق لإصدار مزيد من الأوامر والقوانين التي من شأنها أن تكمل هذه المجلة وتؤكد مسار التغيير، بعض هذه القواعد جاء مكملا ومستقلا عنها، من ذلك قانون الحالة المدنية في 1 أوت 1957 المتعلق بشكليات الزواج، قانون 4 مارس 1958

مادة القانون المدني، السنة الثالثة، شعبة قضائية / 2007-2008

المتعلق بالولاية والولاية العمومية والكفالة والتبني، قانون 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال مجهولي النسب أو المهملين، قانون 9 نوفمبر 1998 المتعلق بالنظام الاختياري في نظام الأملاك بين الزوجين. وهناك قوانين منقحة مثل قانون 1966 الذي نقح بعض الفصول المتعلقة بالحضانة وأقر بشكل رسمي مصلحة المحضون، كذلك قانون فيفري 1981 الذي نقح الفصول 31، 32 و 58 م أ ش وأضاف الفصل 53 مكرر. وأحدث لأول مرة العمل بالجراية العمرية كشكل من أشكال تعويض الضرر المادي الناجم عن الطلاق بالنسبة للمرأة. نكر أيضا قانون 12 جويلية 1993 الذي نقح مثلا الفصل 23 وأهم ما أحدثه هو إلغاؤه لواجب الطاعة المحمول على الزوجة نحو زوجها وإقراره مبدأ التعامل بين الزوجين في إدارة شؤون الأسرة، كما تجلت أيضا إرادة المشرع في إحداث التغيير من خلال الصبغة الزجرية التي طبعت بها بعض النصوص المدنية مثال الفصل 18 المتعلق بمنع تعدد الزوجات والفصل 36 مكرر من قانون 1 أوت 1957 المتعلق بالحالة المدنية والفصل 53 مكرر من م أ ش.

وفي هذا السياق محمود العنابي "الاتجاه الحديث في تشريع الأحوال الشخصية القضاء والتشريع" (ص 61).

بعد صدور م أ ش ودخولها حيز التنفيذ، صندوق 27 سبتمبر 1957، ليبلغ العمل بمجالس الأحبار ويوحد القضاء في البلاد التونسية.

وهنا يطرح السؤال : ما هي الملامح المميزة للتشريع الوضعي الحديث ؟

III- ملامح التشريع التونسي في البلاد التونسية :

منذ صدور م أ ش لم تنفك عن إثارة الجدل حولها، ردود الفعل في شأنها كانت مختلفة، البعض يرى فيها مجلة مخالفة للتشريع الإسلامي وقد كانوا ينتمون إلى المدرسة الشرعية، وكانوا شخصيات هامة في هذا المجال، من بينهم الشيخ محمد

عزيز جعيط، كان مفتيا مالكيًا وكان أحد الأعضاء البارزين في اللجنة التي عهد إليها بإعداد مشروع م.أ.ش، وهذا الشيخ كان بدوره رئيسًا للجنة أخرى سابقة كونها الباي بموجب أمر منه وعهد إليها بتقنين القواعد في التشريع الإسلامي المالكي والحنفي، وعمل هذه اللجنة كان يندرج في إطار حركة تقنين التشريع الإسلامي التي ظهرت في الشرق وأفرزت المجلة، وهذه اللجنة انتهت إلى وضع مشروع سميت بلائحة الأحكام الشرعية ولكنها عرفت بلائحة جعيط.

هذه المجلة تقسم إلى قسمين : مذهب مالكي ومذهب حنفي.

هذا الشيخ كان وزير العدل في حكومة الباي، وكان أحد الأعضاء البارزين في لجنة الأحوال الشخصية لكنه انتقد هذه المجلة بشدة، وذهب به انتقاده إلى حد التصريح في إحدى الصحف بأنه يرفع يديه تمامًا عن هذه المجلة وأنه بريء منها، وذلك في رسالة كان وجهها إلى صحيفة العمل الصادرة يوم 17 سبتمبر 1956 يقول فيها إنه لم يكن موافق على الكثير من فصولها وخاصة الفصل 18 الذي وضع حداً لتعدد الزوجات، كما صرح أيضًا بأنه لم يخف موقفه هذا، بل كان قد أعلم به وزير العدل آنذاك في رسالتين، الأولى في 11 أوت 1956 والثانية في 30 أوت 1956 البعض الآخر اعتبر أن هذه المجلة جيدة وكان ينبغي أن يقع التنويه بها لا انتقادها وذلك بالنظر لما اتسست به من طباع الحداثة ومواكبة المستجدات العصرية، فهي تمثل وضع المشرع يده على سلطة التشريع في الأحوال الشخصية.

خارج تونس، يرى أكثرهم في هذه المجلة رمزًا للتجديد، للثورة على التقاليد التي تجاوزتها الأحداث مما جعلها تواكب متطلبات العصر والواقع الاجتماعي الحديث داخل البلاد، يشعر البعض بأنها مكسب من المكاسب التي تحققت لفائدة الأسرة بشكل عام والمرأة بشكل خاص وذلك لأنها حققت ما لا يقل عن ثلاث غايات : إلغاء حق الجبر، القضاء على تعدد الزوجات والطلاق القضائي لكن البعض الآخر من دعاة التحرر والحداثة يعتبرون أن هذه المجلة لم تحقق من التقدم سوى القليل والطريق

ما زالت طويلة، ويستدلون في ذلك بشيئين :
- هذه المجلة لم تحقق المساواة في الإرث.
- لم تعترف بمؤسسة الطفل الطبيعي.
ولكن مع ذلك يمكن اعتبارها مجلة لائكية لما أحدثته من استقلال عن القواعد الدينية.

هنا يطرح السؤال : هل أن م أش هي حقاً مجلة لائكية ؟

للإجابة نعرف اللائكية :

* هذا المصطلح يبدو غريباً عن التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي للبلدان الإسلامية، وأول دليل على غرابته هو أنه ليس له وجود في قاموس اللغة العربية، بل بقي على حالته باللغة الفرنسية لأنه لا مرادف له باللغة العربية، لذلك لم تقع ترجمته بل وقع فقط تعريب نطقه.

الدليل الثاني : هو أن هذا المصطلح نشأ في البلدان الغربية وغريب عن التشريع الإسلامي السني. ولدى الغرب يفيد المصطلح الفصل بين السلط، بين السلطان الدينية (الكنيسة ورجالها) والسلطة السياسية (الدولة ومؤسساتها).

وهذا المصطلح في البلدان الغربية ليس حديثاً ولا هو معاصر للثورة الفرنسية، بل هو سابق لها بكثير ويعود تاريخ ظهور هذا المصطلح إلى عهد المسيح الذي اتضحت هذه الإرادة في الفصل بين هاتين السلطتين من المسيح نفسه، فهو الذي كان أول من أمر رجال الكنيسة بعدم التدخل في الشؤون العامة والسياسية في الحياة العامة بين الناس، فقال ينبغي أن تعود بالنظر إلى الدولة التي كان يمثلها حينها قيصر، فقال "Rendez à sézar ce qui est à Sézar" أما انتم رجال الكنيسة فإن وظيفتكم ينبغي أن تبقى منحصرة في الناحية الروحانية أي في العلاقة الرابطة بين الإنسان وخالقه، خصوصاً وأن رجال الكنيسة يعتبرون أنفسهم واسطة بين الإنسان وإلاه.

مثل هذا الأمر يبدو طبيعياً بالنسبة للشرعية المسيحية لأن هذه الشرعية خالية من

قسم المعاملات أي لا تحتوي إلا قسم العبادات. فمن وجهة نظر إسلامية تعتبر الديانة المسيحية شأنها في ذلك شأن الشريعة الموسوية ورغم أنهما من الشرائع السماوية المتميزة في منظومة القانون الطبيعي بالخلود والعالمية وعدم التغيير، إلا أنها في منظار إسلامي ليست عالمية وعدم التغيير، إلا أنها في منظار إسلامي ليست عالمية وليست أزلية، بل هي مقيدة في المكان وفي الزمان :

-مقيدة في المكان لأنها أرسلت إلى فئة معينة وليس إلى الشركة كلها.

-مقيدة في الزمان لأنهما ليستا أزليتين، فبمجرد مجيء الإسلام تنقرض هاتين الديانتين.

هذا التحديد المكاني والزمني هو الذي يفسر أن الكتب السماوية لهاتين الديانتين لم تهتما إلا بالناحية العقائدية أي بتركيز العقيدة في وجود الخالق وفي وجوب عبادته.

أما القسم المتعلق بالمعاملات أي المنظم للعلاقات بين الإنسان فإن وقته لم يحن بعد لأنه ستأتي شريعة أخرى تتكفل به هي الشريعة الإسلامية التي تتميز بأنية أزلية وغير قابلة للتغيير وعالمية، وهي شريعة كاملة لأنها في نفس الوقت التي أعادت فيه التركيز على الجانب العقائدي، أكملت الشغور الحاصل في الديانتين السابقتين وهو قسم المعاملات.

هذا الفراغ بالشريعة الإسلامية في قسم المعاملات استغله رجال الكنيسة وانتهزوا الفرصة لكي ينتصبوا مشرعين معتمدين في ذلك على ما يتمتعون به من سلطة روحانية على المسيحيين باعتبارهم وسطاء بينهم والخالق، كما يشرعون حسب رأيهم بوحى من الخالق ولعل الذي ساعدهم على استغلال هذا الفراغ هو أن الإنجيل كتاب سماوي نزل على النبي عيسى عن طريق الوحي حيث المضمون فقط وليس الكلمة، وهو ما يجعله يختلف عن القرآن الكريم الذي أوحى به على النبي محمد (ص) محتوى وكلمة.

رجال الكنيسة كانوا يشرعون بصفقتهم السلطة الدينية، وعند قيام الثورة بفرنسا وقعت المناقشة بالفصل بين رجال الكنيسة ورجال السياسة، فيما جاءت به الشريعة المسيحية يبقى من مشمولات رجال الكنيسة، أما الجانب القانوني البحث والتي سكنت عنه الشريعة يعود إلى السلطة السياسية ممثلة في الدولة ومؤسساتها، وهو الموقف الذي تبناه نابليون في فرنسا، وهو الأب الروحي للمجلة الفرنسية. هل معنى هذا أن اللائكية هي الفصل بين القواعد الدينية والقواعد الوضعية ؟

الإجابة بالنفي، والدليل أن المجلة المدنية الفرنسية والتي تعتبر رمزا لللائكية إلا أن هذه المجلة لم تقدر أن تتخلص في مضمونها عن بعض رواسب القواعد الدينية، وهناك بعض الصور بقيت فيها المجلة الفرنسية متمثلة لأحكام الشريعة المسيحية وكمثال نجد الطلاق.

قبل صدور قانون 11 جويلية 1975 بفرنسا كان من الصعب جدا الحصول على الطلاق. فلم يكن ممكنا إلا للضرر وفي حالات معينة حصرها المشرع. وحتى بعد هذا القانون الذي فتح إمكانية الطلاق بالتراضي، فإن هذا القانون يبدو كما لو كان أعطى شيئا بيد واسترجعه بيد أخرى، لأنه وضع شروطا تكاد تكون تعجيزية، وهو أن يتقدم الطرفان بمطلب للمحكمة يعربان فيه عن اتفاقهما على الطلاق ثم ينبغي أن يظلا في حالة تفريق جندي بينهما مدة 6 أشهر على الأقل، ثم يجددان مطلب الطلاق للضرر بينها وعندها يمكن للمحكمة بعد التأكد من هذه الشروط أن تأذن بالطلاق، والسبب في ذلك هو تأثر القانون الفرنسي بمبادئ القانون الكنسي الذي يعتبر الزواج عقد مقدسا أزليا لا ينحل إلا بإرادة الخالق (الوفاة) فاللائكية ليست بالضرورة فصلا بين القانون بل فصلا بين النوعين من السلط، السلطة الكنسية والسلطة السياسية (الدولة مؤسساتها).

مثل هذا التصور يتنافى مع النظام الإسلامي السني لسببين :

1- الاختلاف الجذري بين الإسلام والتشريع الأخرى.

الشرعية الإسلامية تتكون من صنفين من القواعد : العبادات والمعاملات :
العبادات تنظم العلاقة بين الإنسان والخالق وهي قواعد ثابتة لذلك وردت مدققة
لأنه من الممكن ضبطها بصورة نهائية فلا تتأثر بعامل المكان والزمان لأن الخالق
يتأثر بهذين العاملين.

فمنذ نزول القرآن إلى اليوم الآخر والمسلمون يصلون 5 صلوات في اليوم،
يصومون شهر رمضان يؤتون الحج.

بينما قسم المعاملات هو ينظم المعاملات بين الإنسان والإنسان موكل ما يتعلق
بالإنسان قابل للتغيير لأنه يتأثر بالمكان والزمان. لذلك جاءت القواعد في النص
القرآني ثابتة لكن قابلة للتطور حسب المكان والزمان، لذلك جاءت هذه القواعد تتميز
بعموميتها وبانقياضها.

هي قواعد عامة وردت في صيغة المبادئ العامة ولم ترد في صيغة القواعد
المدققة إلا القليل. لأنها من بين الأشياء الاستثنائية التي لا يؤثر فيها عامل المكان
والزمان، مثل الآيات المتعلقة بموانع الزواج وهي مدققة لأنها لا تتغير (القواعد
المدققة أغلبها في مجال الزواج).

كذلك بالنسبة للمواريث، فالنص القرآني لم يرد في شكل مجلة قانونية تحتوي
قواعد مدققة، فقد جاء النص القرآني يحتوي على المبادئ العامة تستنبط منها القواعد
الوضعية المدققة التي تقبل التطبيق المباشر.

ومن خصائص القاعدة العامة أنها مقتضية وذلك لكي تقبل عملية التأويل والتأقلم
مع مختلف الوضعيات المطروحة على القاضي.

هذه المبادئ أفرزت مجموعة القواعد الكلية التي نبنتها المجلة العمومية والتي
بواسطة يقع استنباط المسائل الفرعية.

هذه القواعد الكلية تبنت جانبا هاما من م 1 ع في فصولها 632-663.

هذه القواعد الكلية لكونها من أحكام القرآن والسنة، مثل قاعدة "الأمر إذا ضاق اتسع" والفصل 17 م 1 ع إذا أوجبت الضرورة لتأويل القانون جاز التفسير في شدته ولا يكون تأويله راعيا لزيادة تضييقه أبداً.

هذه القاعدة مستوحاة من النص القرآني "إن مع العسر يسرا"، كذلك قوله تعالى: "من كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر".

2- السبب الثاني هو أن الشريعة الإسلامية أرسلت إلى البشرية قاطبة وليس إلى بني إسرائيل فقط وهو ما يعني أن الأحكام الواردة في القرآن والسنة قابلة للتطبيق على جميع الناس بما في ذلك بني إسرائيل.

3- السبب الثالث : هو أن التشريع الإسلامي التقليدي هو وضعي لأنه استنبط من طرف فقهاء التشريع الإسلامي ووقع تطبيقه بصورة فعلية على المسلمين، وهو تشريع مدني أيضا وليس دينيا. لأن فقهاء التشريع الإسلامي يختلفون عن رجال الكنيسة، فهم لا يدعون وساطة بين الإنسان وخالقه، كما لا يعملون بوحى من الخالق، بل يجتهدون انطلاقا من علمهم بالمسائل المتعلقة بالنصوص القرآنية والأحاديث النبوية. وهذا العلم لم يكتسبه بالوحي بل بالبحث والاجتهاد والدراسة، هؤلاء العلماء درسوا القرآن والسنة وأسباب النزول، ثم لما تكونت لديهم دراية علمية كافية أمكنهم الاجتهاد في استنباط الأحكام الوضعية، والدليل على أنهم ليسوا رجال دين أنهم يسمون علماء، وفي عملهم يستعملون أحيانا قواعد اجتماعية مثل الاستحسان، والعرف والعادة، كما لا يدعون أن ما اكتشفوه هو الحقيقة المطلقة بل يقرون صراحة بأن ما استنبطوه هو اجتهاد فقط قد يكون صائبا وقد لا يكون، وهو ما عبر عنه أبو حنيفة بقوله "قولنا هذا رأي وهو أحسن ما قدرنا عليه، فمن جاءنا بأحسن من قولنا فهو أولى بالصواب منا".

من هنا نتبين الصبغة المدنية للتشريع الإسلامي خلافا للقانون الكنسي الذي له صبغة دينية، قال قانون الكنسي له صبغة دينية لأن واضعيه رجال دين.

وهناك مظهران يدلان على أن التشريع الإسلامي مدني :

مثال 1 : الدولة الإسلامية كانت دولة مدنية، لأن الخلفاء لم تكن لهم سلطة دينية، بل كانوا يتصرفون على أنهم رجال سياسة.

سميت الدولة الإسلامية لسببين : استمداد أحكامها من الشريعة الإسلامية، ولأن مواطنيها يحملون الجنسية الإسلامية وفي كل ذلك رمز للحضارة العربية الإسلامية.

المثال 2 : مستمد من عقد الزواج، فعقد الزواج في التشريع الإسلامي عقد مدني بحيث أي أنه يكفي لإبرامه صحيحا في نظر التشريع الإسلامي أن يتفق الطرفان على الزواج مباشرة أو نيابة عنهما بحضور شاهدين من أهل الثقة مع تسمية مهر الزوجة، إذا توفرت هذه الشروط الثلاث، اعتبر الزواج صحيحا في التشريع الإسلامي، بحيث ليس هناك لزوم لإبرامه داخل المسجد، وعلى يدي الإمام، ولا تلاوة فاتحة الكتاب، فهذه الأشياء إذا وقعت فإنها على سبيل التبرك. بينما الزواج في القانون الكنسي زواج ديني لأن لا يعتبر صحيحا في نظر الكنيسة إلا إذا أبرم داخل أرجاء الكنيسة، وبواسطة أحد كهنتها، وإذا كان خلاف ذلك فإنه زواج لا تعترف به الكنيسة وهو بمثابة العلاقات الخنائية التي لا تباركها السماء.

مثال 3 : الإمام في الإسلام ليست له سلطة دينية. دوره ينحصر على التقدم بالمصلين عند الصلاة، له دور آخر وهو الوعظ والإرشاد.

من هذا المنطلق اللاتكيسة لا تصلح للاستعمال في القانون التونسي ولا في قوانين الدول الإسلامية.

نكن مفهوم اللاتكيسة شهد تطورا جعله يبتعد عن مفهومها الإسلامي: أصبح يفيد الفصل بين قواعد الدين والقواعد الوضعية.

مضمون النصوص والمؤسسات هي نفس ما نجده في التشريع الإسلامي :
-موانع الزواج المؤبدة والمؤقتة، كلها مأخوذة من التشريع الإسلامي وتحديدا
من الآيات القرآنية.

--كذلك النظام المعتمد في مادة النسب، المهر، وخاصة في مادة الرضاع لأن
الفقرة 1 من الفصل 17 التي تؤسس إلى مادة الرضاع هي نقل حرفي لحديث نبوي
شريف "يحرم من رضاعة ما يحرم من النسب" وأضافت المجلة "والمصاهرة".
--كذلك المواريث مأخوذ مع بعض التعديلات انطيفة من التشريع الإسلامي
وتحديدا من الآيات القرآنية.

لكن في الحقيقة أن هذه البصمات، ولأن بقيت عالقة في تشريع الأحوال
التونسي، إلا أنها بدأت تنقل لتحل محلها قواعد فيها تجديد لقواعد التشريع الإسلامي
التقليدي، لكنها في الحقيقة ليست أجنبية عن روح الإسلام.
من مظاهر هذا التجديد من حيث :
*الشكل:

مثلما وجد تيار محافظ في لجنة مشروع م أ ش وجد أيضا تيار متحرر، من بين
الوثائق التي عملت بها اللجنة، بعض القوانين الغربية وتحديدا القانون الفرنسي.
كذلك من مظاهر التجديد ظاهرة توحيد التشريع في مادة الأحوال الشخصية
بالنسبة لكافة التونسيين على اختلاف أدينتهم كذلك توحيد القضاء، باعتبار أن هذا
التوحيد أصبح يمثل مظهرا من مظاهر السيادة الحديثة.

المشرع التونسي لم يجد صعوبة في هذا التوحيد على الرغم من أن أحكام
التشريع التونسي ستكون مستمدة ولو بشكل عصري من التشريع الإسلامي
المشرع التونسي بالقوانين الأوروبية هذه الظاهرة تأثر فيها المشرع بالقوانين
الأوروبية المتأثرة بدورها بالقانون الروماني.

على أن الغاية المنشودة منها هي إضفاء الدقة على نص التشريع، ومن جهة

أخرى إعطاء صبغة عصرية للنص التشريعي. ظاهرة التقنين ليس فيها ما يتضارب مع الشريعة الإسلامية. المعاصر أصبح يعمل بها، مثال المجلة العثمانية، لائحة الشيخ جعيط

ظاهرة إبرام الزواج لدى ضابط الحالة المدنية والصبغة الوجوبية للشروط الشكلية أي إلغاء الزواج العرفي، ليس في ذلك ما يتضارب مع أحكام النصوص القرآنية.

كذلك إقرار العمل بالجراية العمرية كشكل لتعويض الضرر المادي للمرأة الناتج لها عن الضرر، رغم أن هذه الجراية أثارت جدلا بين شراح القانون، باعتبار أن البعض يرى فيها تضاربا مع التشريع الإسلامي، إلا أنه في الحقيقة لا يوجد أي نص قرآني أو حديث نبوي يحدد شكل تعويض الضرر في مادة الطلاق، بل نص القرآن فقط، على مبدأ التعويض "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف وتيسير بإحصان" (سورة ...).
تجديد آخر، هو وجوبية الطلاق القضائي.

*المضمون :

هناك مثلا إلغاء حق الجبر، إلغاء التزوج بأكثر من واحدة، إقرار المساواة بين الرجل والمرأة، صورة الطلاق، اعتماد معيار مصلحة المحضون التي يقرها المشرع والقاضي. إقرار نظام الأملاك المشتركة بين الزوجين.
كذلك من مظاهر التجديد إسناد لقب الأب البيولوجي لابن مجهول النسب، كذلك الوصية الواجبة، ولعل أبرز مثال للتجديد هو التبني.

هذه الصور وإن كانت تبدو في ظاهرها مخالفة لأحكام التشريع الإسلامي التقليدي، إلا أنها لا تتضارب من حيث محتواها وفلسفتها مع روح الشريعة الإسلامية، فنظام الأملاك المشتركة يبيحه فقهاء التشريع الإسلامي أنفسهم، بشرط أن يتفق عليه الطرفان من خلال مؤسسة خيار الشرط.

كذلك أيضا إسناد لقب الأب البيولوجي لابن مجهول النسب، ليس هناك نص

قرآني أو حديث شريف يمنع من الاعتراف بالطفل مجهول النسب لأنه لم يرتكب ذنبا.
وهنا نطرح سؤال : هل أن م ا ش والقوانين اللاحقة لها مجلة لانكية بالمفهوم
الجديد ؟

مجلة الأحوال الشخصية لا يكن أن تكون لانكية لا بالمفهوم الأصلي ولا
المفهوم المكتسب، وذلك لأن نصوص القانون الوضعي التونسي في الأحوال الشخصية
لم تقطع الصلة مع أحكام التشريع الإسلامي لأن البعض منها يمثل نقلا حرفيا لما هو
في التشريع الإسلامي والبعض الآخر حدد به المشرع من داخل المنظومة الإسلامية
وليس من خارجه، لكن لبيان ذلك، ينبغي التوقف عند بعض المصطلحات لتشريع
الإسلامي التقليدي عن الشرع الإسلامي وهل يختلف عن الفقه الإسلامي ؟

*الشرع الإسلامي هي كل ما جاء في القرآن والسنة كعمل إلهي، فالقرآن هو
كلام الله أوحى به إلى النبي، أما السنة فهي وحي من المخلوق ولكنها من نطق النبي.

*أما التشريع الإسلامي التقليدي فيمثل مجموعة القواعد القانونية الوضعية التي
استنبطها الفقهاء، انطلاقا من القرآن والسنة والتي يضاف إليها القواعد التي استنبطها
أيضا الفقهاء عملا بقاعدة القياس والإجماع.

*الفقه الإسلامي هو مجموعة القواعد التي استنبطها الفقهاء بواسطة القياس
وغيره (اجتهاد).

ومن هنا نتبين أن التشريع الإسلامي مزج بين ما هو في الشرع والفقه
الإسلامي.

الجواب جاء عن طريق رواد حركة الاستقلال في تونس، وهو تحديد القانون
الوضعي التونسي دون إحداث القطيعة مع الأصول التاريخية. فعلى الرغم من أن
بورقيبة كان معجبا شخصية كمال أتاتورك الذي بعد الإطاحة بالإمبراطورية العثمانية
استولى على الحكم وأوقف العمل بالتشريع الإسلامي وقطع الصلة معه بتماما وذلك
بجلبه قانونا مستوحى تماما من القوانين الغربية وتحديدا من القانونين السويسري

والفرنسي، كما حل كمال الخلافة وحول الدستور وحذف منه الفصل الذي ينص صراحة على أن الإسلام هو دين الدولة في تركيا. رغم ذلك، وارتقائه معه في توجهاته، فإن نية بورقيبة لم تكن تتجه نحو القطع مع الجذور التاريخية، وهو ما كان قد عبر عنه صراحة في إحدى خطبه وخاصة منها الخطاب الذي ألقاه بيومين فقط قبل إصدار م أ ش وكذلك الخطاب بعد صدور المجلة بأسابيع.

في هذين الخطابين ركز بورقيبة على أن الغاية لم تكن في إحداث القطيعة مع التشريع الإسلامي، بل الغاية هي إحداث التطور وتخصير مادة الأحوال الشخصية من داخل منظومة التشريع الإسلامي أي بقراءة جديدة للنص القرآني لجعله يتأقلم مع متطلبات الحداثة. وهو ما كان يتجلى في هذه المجلة والقوانين اللاحقة لها.

ففي التشريع الوضعي التونسي نلاحظ شيئين :

بقاء بصمات التشريع الإسلامي عالقة، أما أوجه التجديد فهي ليست تجديداً بالمعنى المطلوب بل تجديد لثقافته الإسلامي، ولكنها تقليد إذا أخذنا بعين الاعتبار أنها إنتاج قراءة جديدة للنص القرآني.

يمكن ملاحظة وجودها على متويين : الشكل والمضمون.

* على مستوى الشكل، نلاحظ أن مشروع م أ ش تكونت من تيارين، أحدهما محافظ، ويضم شخصيات من المدرسة الشعرية التونسية مثل مجموعة جعيط. محمد الفاضل بن عاشور ومحمد الهادي...

تركيبية اللجنة توحى في إرادته في عدم قطع الصلة مع التشريع الإسلامي.

وكذلك جملة الوثائق التي عملت بها هذه اللجنة، نلاحظ لائحة الشيخ جعيط المحررة طبق المذهبين المالكي والحنفي. القانون السوري الذي أعد انطلاقاً من مشروع مجلة حول أحكام التشريع الإسلامي أعدها الطنطاوي، كذلك مجلة الأحكام الشرعية المعروفة بمرشد الحيوان. وهي مجلة حنفية أعدها الشيخ المصري قنبري باشا، هناك أيضاً قانون الأحوال الشخصية المصري المتعلق بالزواج. كذلك قانون

مادة القانون المدني، السنة الثالثة، شعبة قضائية /2007-2008

الوصية المصري، والقانون الإيراني المتعلق بالمواريث والمستند على المذهب الجعفري.

وكدليل آخر م أ ش بين 1 جانفي 1957 و 27 سبتمبر 1957، كانت هذه المجلة وجوبية على التونسيين المسلمين فقط.

*على مستوى المضمون، وجود بعض المصطلحات التي لا وجود لها إلا في التشريع الإسلامي مثال الفراش مصطلح مستوحى من التشريع الإسلامي يفيد الزواجن الصحيح والباطل وكذلك العلاقات مع ما ملكت اليمين وكذلك الوطاء بشبهة، كذلك النسب أي العلاقة الرابطة بين الطفل وأبيه وهي علاقة قانونية وشرعية، الاستلحاق أي الإقرار بالنسب، الرد، الرضاع.

على مستوى المؤسسات، مؤسسة قانون النسب هي تكاد تكون نفل لما أقره فقهاء التشريع الإسلامي في مادة النسب، كذلك موانع الزواج كذلك أحكام العدة. وخاصة ما يتعلق بالمواريث كذلك مؤسسة خيار الشرط أي اشتراط احد الزوجين احد الشروط. كذلك كيفية تحرير النصوص.

المحور الثاني : قانون الأسرة :

I- مفهوم الأسرة :

-المشرع التونسي لم يعرف الأسرة كذلك المشرع الفرنسي.
-بعض شراح القانون قالوا عنها أنها حقيقة اجتماعية واقتصادية وقانونية.
المشرع الجزائري في الفصل 2 من قانون الأسرة يعرفها بأنها الخلية الأساسية للمجتمع.

-ولكن من الممكن إيجاد معاني مختلفة وتسميات متنوعة يمكن اعتمادها لتصنيف الأسرة.
-هناك :

*المعيار الموسع للأسرة : يجعل من الأسرة تتمثل في مجموعة أشخاص يرتبطون فيما بينهم بصلة القرابة والمصاهرة.
هذا النمط الأسري كان المعمول به في الأسرة الرومانية القديمة. أو ما يسمى أيضا في القانون الفرنسي القديم الرابطة النضي.
هذا النمط القديم مازال المشرع الجزائري يعمل به إلى حد اليوم.
والملاحظ في المجتمعات القديمة أن النمط الأسري الذي كان سائدا هو النمط المؤسس على سلطة الأب وإن علا، وذلك باعتباره الرئيس المفوض للأسرة، وهو القائم بشؤونها.

والأسرة تسمى la famille، ثم تطور هذا النظام. وظهر بعده نمط آخر يقوم على الاشتراك، وتمثله هيئة تدبر شؤون الأسرة. يمثلها الزوجان وبقية أفراد العائلة الكبار والأسرة تسمى :

La famille conjugale gouvernée par un conseil de famille.

*أما الأسرة في معناها العصري والحديث في التي اصطلح على تسميتها بالأسرة النووية (nucléaire) وهي مضيقة وتشمل فقط الزوجين والأبناء القاصرين

الذين مازالوا في حاضنة أبويهم وكفالتهم، ومازالوا مقيمين معها تحت سقف واحد.
*هناك معيار آخر يقوم على علاقة التوارث ويضيف مجموعة الأشخاص الذين
من الممكن ان يتوارثوا فيما بينهم.

*هناك معيار آخر يقوم على الإنفاق والأسرة تصبح تضم مجموعة الأشخاص
الرابطة بينهم علاقة إنفاق، أي الزوج والزوجة والآباء والأبناء.
*هناك معيار آخر مستمد من الصبغة القانونية للأسرة وهنا يميز الفقهاء
وكذلك المشرعون في أغلب البلدان الغربية بين صنفين من الأسر :

1- الأسرة الشرعية.

2- الأسرة الطبيعية.

1- الأسرة الشرعية : هي تلك التي تقوم على رابطة الزواج التي تمثل في
طبيعتها علاقة قانونية ولكنها أيضا تتحلى بالشرعية، أي بتأييد ومباركة الجميع لها.
2- الأسرة الطبيعية : هي الأسرة التي لا تستند إلى علاقة زواج وإنما تقوم على
علاقات حرة. هذا النوع من الأسر أصبح متفشيا في البلدان الغربية، يقوم على أساس
علاقات المخادنة.

هذا النوع من العلاقات يعرف بها القانون أجداد ويعترف بالأبناء لكنها ليست
علاقات شرعية لأنها منبوذة دينيا واجتماعيا، فالاعتراف بها منقوص.

هذا النوع من الأسر لا يعترف به قانون المجمع العربي الإسلامي ولذلك
باعتبار أن أحكام التشريع الإسلامي لا تعترف إلا بالعلاقات الشرعية أي التي تنبني
إما على زواج أو على ما ملكت لثلاثة، وهذه العلاقات الأخيرة كانت في اتجاه
الانقراض لأنها مرتبطة بقانون العبيد، فبعد إلغاء العمل بالعبيد والرق انقرضت ظاهرة
ملك اليمين ولم تعد العلاقات الشرعية تقوم إلا على الزواج.

في القانون الوضعي التونسي رغم سكوت المشرع التونسي عن تعريف الأسرة

إلا أن البحث في مختلف النصوص التي تنظم العلاقة بين الزوجين والأبناء والأقارب، تبين أن المشرع يعمل بمعايير ثلاثة:

* **معيار النفقة** : يقدر به المشرع من خلال الفصل 37 وما بعده من م أ ش الزوج والزوجة والآباء والأبناء طالما لازالوا في حاجة لمن ينفق عليهم.

* **معيار الإرث** : والأسرة هنا تضم الزوج والزوجة والأبناء والآباء والإخوة والأقارب إلى الجد الذي يتوارثون فيه.

* **المعيار المؤسس على الطبيعة القانونية** : الأسرة وهنا المشرع يركز أساساً على الأسرة الشرعية التي تستند إلى علاقة زواج.

ولو أن هناك من يرى أن المشرع التونسي منذ صدور قانون 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال مجهولي النسب أو المهملين، لأن المشرع التونسي فتح نافذة نحو الاعتراف بالأسرة الطبيعية وذلك على أساس أن هذا القانون أصبح يمكن الطفل المولود خارج الزواج من أن يربط علاقة قانونية بوالده البيولوجي من جهة واعتباراً إلى أن علاقة الطفل بوالده ثابتة، ويعترف بها القانون سواء كان الطفل مولوداً داخل الزواج أو خارجه، فإن ذلك بداية ظهور الأسرة الطبيعية.

II- الطبيعة القانونية للأسرة :

بعض شراح القانون تساءلوا، هل من الممكن اعتبار الأسرة شخصاً معنوياً يستع بالشخصية القانونية أم لا ؟

هذا السؤال طرح في القانون الفرنسي بشكل خاص للعيد Renée Savatier يرى أن الأسرة يمكن أن تكون لها صفة الشخص المعنوي، السبب في ذلك هو أن لها مقومات الشخصية المعنوية من بينها اللقب العائلي، الأسرة لها من يرأسها (الأب) بمعنى أن الأسرة هيكل معترف به قانوناً وله رئيس يدير شؤونه، كما للأسرة تراثاً

وتاريخا يمكن الدفاع عنهما وحتى التقاضي من أجلهما، هناك أيضا من يتحدث عن مقبرة الأسرة فلا يجوز دفن الموتى إلا من كان منتميا إلى تلك الأسرة، أما من كان أجنبيا عنها فلا يدفن فيها كما للأسرة ذمتها المالية باعتبار أن الزوج والزوجة يساهمان كل من جانبه في الإنفاق على الأسرة ومجموع هذه المساهمة يكون ذمة الأسرة.

لكن هذا التصور من Savatier لم يكن له صدى لدى المشرع الفرنسي لأن هذا الأخير وكذلك المشرع التونسي لا يعترف صراحة ولا ضمنا بأن للأسرة شخصية معنوية خلافا لما فعله مع الشركات التجارية لما أعلن صراحة على أن هذه الشركات تتمتع بالشخصية المعنوية فالأسرة في نهاية الأمر كما يقول الفقيه Terry في مقال 3 conceptions de la famille dans notre droit يقول أن الأسرة في نظر المشرع الفرنسي ليست سوى مجموعة أشخاص ترتبط فيما بينهم علاقة تستند إلى زواج وإلى بنوة أي الزوج والزوجة والأبناء والآباء، والأسرة ليست لها ذمة مالية لأن الذمة المالية تبقى للزوجين كل على حدة، وحتى إن كان الزوجان يخضعان إلى نظام الأملاك المشتركة فإن ملكية هذه الممتلكات تعود إلى الزوجين لا إلى الأسرة. كما أن التقاضي أمام المحاكم يقوم به كل فرد من أفراد الأسرة باسمه الشخصي وليس باسم الأسرة.

- هذا المزج تبناه المشرع التونسي، فعلى الرغم من أن الفصل 23 م أ ش يسند للزوج رئاسة العائلة، إلا أن ذلك لا يكفي إلى القول بأن الأسرة أصبحت ذاتا معنوية. لكن بعض شراح القانون تساءلوا عن طبيعة قانون الأسرة ومميزاته، هل يمثل حقيقة جزءا من أجزاء القانون الخاص أم أنه كان من المفروض ضمه إلى قسم القانون العام.

هذا السؤال يبدو غريبا في ظاهره لأن قانون الأسرة هو قسم من أقسام القانون الخاص (قانون مدني) والسبب في ذلك أن قانون الأسرة ينظم العلاقات بين الخواص

وليس بين الجماعات العمومية والدولية.

هذه العلاقات تتعلق بذات الشخص بالأساس، وهو ما جعل قانون الأسرة جزءا من أجزاء القانون المدني، لكن الذي دعا بعض شراح القانون إلى هذا السؤال هو ما تميز به قانون الأسرة بقواعد قانونية يغلب عليها الارتباط الوثيق بالنظام العام، تغلب عليها الصبغة الأمرة، وهاتان ميزتان في القانون العام.

والسبب في هذا الطابع الأمر هو التدخل المستمر للمشرع في تنظيم الأسرة، باعتبار أنها النواة الأولى للمجتمع، وأن في تنظيمها تنظيم للمجتمع بأسره، لكن تدخل المشرع المستمر تحت غطاء النظام العام لا يعني أن قانون الأسرة قد فقد صبغته المدنية، فهناك من القوانين الراجع إلى القانون الخاص وتتميز بتدخل المشرع المستمر مثل قانون الشغل، حتى في قانون الالتزامات والعقود، المشرع بات يتدخل باستمرار لحماية للنظام العام الاقتصادي، ويمكن أن نشير تدخل المشرع في قانون الأسرة لحماية للنظام العام الاجتماعي على مستويات مختلفة.

تدخل المشرع بقوانين أمرة على عدة مستويات، كانت تسعى إلى المحافظة على التوازن البشري في المجتمع، مما جعله يسر قوانين تتعلق بتحديد النسل من جهة والتفريع في سن الزواج من جهة أخرى، ثم إباحة الإجهاض من جهة ثالثة.

سعى كذلك نحو المحافظة على سلامة المجتمع الصحية وسلامة الأسرة، سن قانون 3 نوفمبر 1963 المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، إرادته في تنظيم الحالة المدنية للمواطنين لمعرفة من هو أعزب أو متزوج أو أرمل أو مطلق.

سن قانون 1 أوت 1957 الذي يفرض إبرام الزواج بشفقة شكلية محددة، كذلك إرادته في مراقبة مدى بقاء الأسرة أو انحلالها. فأوجب المشرع أن يكون الطلاق فضائيا كما أوجب ترسيم أحكام الطلاق والبطلاق بوثائق الحالة المدنية للطرفين، وذلك للتمكن من مراقبة منع تعدد الزوجات.

الصبغة الأمرة تتجلى على وجه الخصوص من خلال الصور التي اقترن فيها

العقاب المدني بعقاب جزائي، فالتزوج بثانية أو بثان إضافة إلى اعتبار الزواج الثاني باطلا بطلانا مطلقا، فإن هناك عقوبة جزائية بالسجن والخطية تستهدف الزوجين المخالفين، كذلك بالنسبة لمن يتزوج على خلاف الصيغ القانونية إضافة إلى حماية أيضا للأبناء والزوجات المطلقات وحتى غير المطلقات من التشرد والخصاصة، فوقع سن جريمة الفصل 53 مكرر عقاب السجن وخطية على كل من وجبت عليه النفقة أو الجراية العمرية وبقي شهرا دون سداد معينهما.

ثم أيضا حماية للأسرة والعلاقة بين الزوجين حتى لا يتم التعدي على حرمة الزواج، جاء الفصل 236 مج أقر لجريمة الزنا عقوبة السجن وخطية. والأسرة في القانون التونسي هي بالأساس الأسرة الشرعية، وتقوم على رابطة قانونية وشرعية، هي رابطة الزوجية. وكذلك الأبناء الذين من الممكن أن ينجزوا عن الزواج.

الجزء الأول : الرابطة الزوجية :

الزواج لغة هو الاجتماع بين شئيين وصيرورتهم متحدتين فيما بينهما بعد أن كان كل منهما مستقلا بذاته.

اصطلاحا : أول إشارة هو أن المشرع التونسي لم يعرف الزواج تعريفا دقيقا ومباشرا مثل المشرع الفرنسي بل اكتفى بتحديد مجموع الأركان التي يتأسس عليها الزواج وضبط جملة الشروط التي يصح بها الزواج، وتحديد الآثار التي من الممكن أن تنجر عن الزواج. وذلك خلافا للمشرعين في البلدان العربية الأخرى الذين أطنبوا في تعريفه مثل المشرع المغربي في المادة 1 من مدونة الأسرة والمشرع السوري في المادة 1 من قانون الأحوال الشخصية.

ويعتبر بعض الشراح أن عزوف المشرع التونسي عن تعريف الزواج سببه أن مؤسسة الزواج مؤسسة بديهية يعرفها الجميع وهي قديمة جدا قدم الإنسانية نفسها، لعلها موجودة في أحكام القانون الطبيعي في مختلف مدارس الوضعية وغير الوضعية.

كما أن مختلف الشرائح السماوية أقرت الزواج.

-مقابل سكوت المشرع التونسي وكذلك الفرنسي، جاء الفقه غزيرا في شأن تعريف الزواج، لكن الملفت للانتباه في تعريف شراح القانون للزواج هو أنهم يعرفون الزواج عادة بالإستناد إما إلى طبيعته القانونية، أو إلى الغايات التي ينشد تحقيقها والآثار التي يعمل على ترتيبها.

هذه الآراء اختزلها فقيه في "الزواج رابطة قانونية تقوم بين رجل وامرأة ينظمها القانون أو العرف، وإذا كان الزواج يمثل رابطة قانونية، فإن أهم ميزة يختص بها تتمثل في أنه رمز للشرعية لأن آثاره شرعية".

I- الزواج رابطة قانونية :

هناك سؤالان أولان بين شراح القانون،

1- هل أن للزواج طابع قانوني مدني بحث أم له صبغة دينية أيضا ؟

- هل أن الزواج عقد أم مؤسسة ؟

أ- الزواج بين المسحة الدينية والمسيحة المدنية :

هذا السؤال طرح بالأساس في القانون الفرنسي، لكنه لا شيء يمنع من طرحه

في القانون التونسي.

1- بالنسبة للقانون الفرنسي :

الجدل الذي قام بين شراح القانون في فرنسا حول معرفة إن كان الزواج يكتسي طابعا دينيا أم صبغة مدنية بحثة، لم يكن نظريا بحثا، بل إن له دوافع عملية وأسباب نظرية، سببه الرئيسي هو أن القانون الفرنسي الذي كان قائما على القانون الكنسي الذي يعتبر أن الزواج واحد من بين المقدسات السبع ومعنى المقدس في نظر الكنيسة هو أنه شيء ليس من صنع الإنسان، بل من تقدير السيد المسيح بدليل أن جميع هذه المقدسات جاءت تحمل معنى السماح والغفران، من أجل ذلك كانت الكنيسة تعتبر أن الزواج، وإن كان يخضع عند إبرامه إلى إرادة الطرفين، إلا أنه يبقى في جوهره عقدا

مقدّساً، لأن إرادة الطرفين لم تبرمه بمفردها بل يدفع من إرادة الخالق أي إرادتهما هي إرادة ظاهريّة.

-نتيجة لذلك فإن الزواج في نظر الكنيسة لن يستكمل أركانه إلا إذا باركته السماء، وهذا لا يمكن أن يحصل إلا إذا قام الطرفين بإبرامه وإحياء مراسمه داخل أرجاء الكنيسة، وعلى يدي أحد قديسيها.

وكل زواج لا يقع إبرامه بهذه الطريقة يعتبر في نظر الكنيسة من قبيل العلاقات المجرمة ومن قبيل المعاصي العظمى.

-هذا النظام بقي قائماً في فرنسا مدة طويلة كانت الكنيسة خلالها تمارس السلطتين التشريعية والقضائية معاً، لكن قبل قيام الثورة الفرنسية بقليل، بدأت هيمنة الكنيسة تتضاءل رويداً رويداً بعد أن أقر الملك عزمه على استرجاع نفوذه على هاتين السلطتين.

لكن رغم ذلك بقيت الكنيسة مهينة بصفة فعلية، ولم يتغير الوضع في فرنسا حقيقة إلا مع قيام الثورة حين أعلن صراحة عن القطيعة بين الكنيسة والدولة، وهو ما جاء بالفصل 7 من دستور فرنسا لسنة 1791.

تطبيقاً لهذا التوجه الدستوري صدر أمر الملك يوم 20 سبتمبر 1792 يقضي بوجود إبرام الزواج لدى ضابط الحالة المدنيّة.

هذا التوجه تبنته فيما بعد المجلة الفرنسية لسنة 1804، ومنذ ذلك التاريخ فقد الزواج الديني في نظر المشرع الفرنسي قيمته وأصبحت كل القيمة راجعة للزواج المدني.

لكن ذلك لم يمنع الكثيرين من إقامة مراسم الزواج مرتين مرة في الكنيسة ومرة لدى ضابط الحالة المدنيّة.

2- بالنسبة للقانون التونسي :

بالنسبة للقانون التونسي، الزواج يعتبر صحيحا بمجرد اتفاق الطرفين عليه أمام عدلي إشهاد أو ضابط الحالة المدنية بحضور شاهدين من أهل الثقة ومع تسمية مهر للزوجة.

والزواج على هذا النحو يبرم في كل مكان بحيث لا يشترط إبرامه في المساجد أو أمام الإمام.

فالزواج في القانون التونسي يكتسي صبغة مدنية بحتة، وهو نفس التوجه الذي سار عليه التشريع الإسلامي بمختلف مذاهبه، لأن الزواج في التشريع الإسلامي هو عقد مدني يكفي لإبرامه صحيحا أن يتفق الطرفان عليه بحضور شاهدين من أهل الثقة مع تسمية مهر للزوجة.

فحتى في التشريع الإسلامي لا يشترط إبرامه داخل المساجد ولا يشترط إبرامه بواسطة الإمام، كما لا يشترط تلاوة الفاتحة أيضا. فإذا كان الناس قد درجوا على إبرامه داخل المساجد مع تلاوة الفاتحة فإن ذلك للتبرك لا غير.

ب- الزواج بين العقد والمؤسسة :

هذا السؤال طرح في القانون الفرنسي والتونسي.

1- بالنسبة للقانون الفرنسي :

-شرح القانون في فرنسا تناولوا هذا السؤال واختلفوا في الإجابة عنه، لكن هذا السؤال له دوافعه.

أولا : محتوى الجدل الفقهي : شرح القانون انقسموا بين متمسك بنظرية الزواج عقد وبين مدافع عن نظرية الزواج مؤسسة.

*أصحاب النظرية العقدية هم من رجال القانون القدامى مثل Toullier، Marcodé و Doranton، يعتبرون الزواج عقدا لأنه ينشأ بمجرد تلاقى إرادة الطرفين عليه، وذلك على الرغم من أن القانون هو الذي سيتكفل بتنظيم نتائج وضبط

آثاره بما قد يميزه شيئاً ما عن العقود المدنية الأخرى لكنه لا يفقد صيغته الأصلية كعقد، وهو رأي الفقيه Jessocaud الذي يعتبر الزواج عقد علني يبرمه رجل وامرأة على الصيغة التي يقتضيها القانون.

أما Capitant يعتبر أن الزواج عقد عمومي. البعض الآخر يرى فيه عقداً طبيعياً مثل Le Bras.

والنظرية العقدية في القانون الفرنسي تمثل إرثاً تناقلته الأجيال في فرنسا عن القانون الكنسي.

* أما أصحاب نظرية المؤسسات فيقولون لا يمكن قصر الزواج على الصيغة العقدية وذلك لسببين على الأقل :

السبب الأول هو أن تلاقي إرادة الطرفين الذي يعتبر الركيزة الأساسية في نشأة العقد بشكل عام والزواج بشكل خاص يختلف في وظيفته في مادة الزواج عن وظيفته التقليدية في مادة العقود.

فوظيفة الإرادة في مادة العقد عموماً هي أشمل من وظيفة الإرادة في مادة الزواج لأنها تنظم بكامل الحرية كافة الحقوق والالتزامات بين المتعاقدين والمنجرة عن العقد وذلك حتى إن تدخل القانون أحياناً للحد من هذه الحرية بدعوى حماية للنظام العام. بينما في مادة الزواج فإن حرية الطرفين سوف تقتصر فقط على مجرد اختيارهما الزواج من بعضهما، أما عن محتوى الوضعية التي سيعيشان عليها والتي ستتسبب عن هذا الاتفاق فإنه لا قدرة لهما على تنظيمها أو ترتيب الآثار المنجرة عنها، فجميع هذه الآثار تبقى من مشمولات القانون وحدد.

لذلك فإن القاعدة الواردة بالفصل 134 م م فرنسية = 242 م تونسية القائلة بأن الاتفاق الحاصل بين طرفين يقوم مقام القانون بينهما، هذه القاعدة لا يمكن اعتبارها قابلة للتطبيق في مادة الزواج.

السبب الثاني هو الاختلاف القائم بين الاتفاق الحاصل في العقد وفي الزواج، فما نلاحظه في مادة العقد هو قيام العقد على مبدأ الرضائية، أي أن العقد يوجد بمجرد أن تلتقي إرادة الطرفين عليه، أي أن الإرادتين سوف تكونان وحدة لا تتجزأ وهو ما يسمى بالإيجاب والقبول.

هذا التمشي لأي سحب على الزواج، فالفصل 75 م م فرنسية يقتضي أن ضباط الحالة المدنية الذي يعقد القران بواسطته هو الذي يتولى شخصيا وبنفسه الإعلام عن قيام الزواج وذلك بعد أن يكون قد استمع إلى رضى الطرفين كل على حدة وبعد الإبقاء عليهما تباعا وبصورة منفردة سواء لا يتعلق بمعرفة إن كان يرغب بالزواج من الطرف الآخر.

وقد جاء بالفصل 75 :

« L'officier d'état civil réservera de chaque...l'une après l'autre la déclaration qu'elle veut le prendre....mari et femme ».

لذلك نستنتج ان مناظري نظرية المؤسسة أن الزواج لا يتكون بمجرد إيجاب من أحد الطرفين متبوع بقول من الطرف الآخر، بل ينشأ بموجب الإعلام الذي يصرح به ضابط الحالة المدنية على إثر استماعه إلى إرادتين متزامنتين لكونهما مستقلتان. وكل تعبير عن إرادة يحمل جوابا لم يلقه أحد الطرفين على الآخر بل لقاء عليه ضابط الحالة المدنية، لذلك لا يمكن التعامل مع الزواج على أنه عقد، بل ينبغي التعامل معه على أنه مؤسسة ينظمها القانون بدقة ويضبط آثارها لأن غايتها الأساسية هي تكوين أسرة شرعية.

-هناك نظرية ثالثة تنزل الزواج منزلة وسطى نعتبره عقد سرعان ما ينقلب إلى مؤسسة في آثاره ونتائجه.

-هناك أيضا من يرى أن الزواج يمثل وضعية قانونية غير ذاتية سابقة الإعداد والتنظيم ليس للأطراف سوى أن يقرروا إما الانضمام إليها أو البقاء خارجها وهي وضعية قانونية تحدد الحالة المدنية للأشخاص الذين انصمروا في إطارها.

ثانياً : أسباب الجدل الفقهي : إن السبب الرئيسي الذي أدى إلى إثارة هذا الجدل حول إن كان الزواج عقداً أو مؤسسة يعود إلى جدل آخر كان قائماً في فرنسا، وهو هل من الممكن مطالبة المشرع بإقرار العمل بمبدأ الطلاق بالتراضي بين الزوجين أم لا هذا الجدل كان حاداً لأن في وقت ما كان الحصول على الطلاق في القانون الفرنسي أمراً صعباً للغاية وذلك لهيمنة القانون الكنسي الذي يعتبر الزواج عقداً أزلياً لأنه يبرء بإرادة الخالق وينتهي بإرادة الخالق أي الوفاة.

لكن رجال القانون المتحررين رواد الدفاع عن الحقوق الفردية والحريات العامة ومناصرو اللائكية طالبوا بتحرير الزواج وفتح أبواب الطلاق ولتأسيس مطلبهم تمسكوا بالنظرية العقدية للزواج، وقالوا بما أن الزواج أصبح مدنياً وإذا كان ينشأ بمقتضى إرادة الطرفين بكامل الحرية فإن الإرادة التي أنشأته بإمكانها أيضاً أن تضع حداً له بنفس تلك الحرية.

لكن أصحاب النظرية المؤسسة اعتبروا أنه من الصعب جداً إقناع المشرع بهذه النتيجة لأن الزواج ليس عقداً كسائر العقود التي يتصرف فيها الأطراف بل مؤسسة ينظمها المشرع ولا محل في التصرف فيها خصوصاً وأنها ترتب من الآثار ما يتجاوز حدود الطرفين ليشمل الغير وهم الأبناء وكذلك الأقارب. والمؤسسة إذا كانت تتجاوز حدود الطرفين فإنها جعلت على سبيل الدوام أي لا يمكن حلها.

لكن العميد كاربونييه يبدو غير موافق على هذا التصور وذلك على الرغم من إقراره بجدية النقاش الذي حاد حول الطبيعة القانونية للزواج، لكنها تبقى نظرية فقط لأنه على مستوى التطبيق فإن إمكانية حل الزواج عن طريق الطلاق بالتراضي واردة ويمكن إقناع المشرع بها، وذلك سواء كان الزواج عقداً أم مؤسسة، لأن المؤسسة في نظره قابلة هي الأخرى للحل والانحلال بدليل أن الشركات التجارية المفلسة مآلها الانحلال، وهو ما جعل العميد كاربونييه يستنبط نظرية في الطلاق سماها "نظرية

الطلاق الإفلاس" وعبر عنها في مقال Terre et ciel dans le droit privé français de mariage.

2- بالنسبة للقانون التونسي :

على الرغم من أن المشرع التونسي لم يعتني بتعريف الزواج ولا بتجديد طبيعته القانونية بشكل صريح ومباشر، إلا أن بعض شراح القانون ومن بينهم "بن حليمة" استنتجوا من مختلف النصوص التشريعية المتعلقة بالزواج أن له صبغة مزدوجة، فهو عقد في مستوى تكوينه لأنه ينشأ بإرادة المترشحين له، هذا الرأي يدعمه الفصل 3 م أ ش الذي يستعمل فيه المشرع مصطلح العقد "لا ينعقد الزواج إلا برضى الطرفين" كذلك الفصل 21 م أ ش الذي يتحدث عن الزواج الفاسد جاء فيه "الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة احكام...". كذلك أيضا يدعم هذا الرأي الفصلان 31 و 32 من قانون 1 أوت 57. فجاء بالفصل 31: "ينص عقد الزواج..." والفصل 32: "يجب ترسيم كل عقد زواج...". نكته في نفس الوقت يقول أن هذا العقد ينقلب فيما بعد إلى مؤسسة، كما يتفق الأمر بالأثار التي يترتبها وبالكيفية التي يتم حله بمقتضاها وهو الطلاق.

- لكن أغلبية الفقهاء في تونس، ومن بينهم الأستاذ محمد الشرفي يعتبرون أن للزواج صبغة المؤسسة. وذلك سواء تعلق الأمر بتكوينه أم بآثاره أم بكيفية انحلاله، فشروط تكوينه أقرها المشرع ولم ينظمها الأطراف.

كما أن التصريح بقيامه بين الطرفين ليس موكولا للطرفين بل موكول للمأمور العمومي ممثلا في شخص ضابط الحالة المدنية أو عدلي الإشهاد. أما رضى الطرفين فهو غير كاف لإتمام الزواج لئنه يمكن الطرفين من الدخول في مؤسسة الزواج.

كذلك بالنسبة لآثاره. فلا دخل للأطراف فيها. كما لا يمكن للأطراف إزاحتها لأنها من قبيل الأشياء المتعقبة بالنظام العام، وكل اتفاق مخالف لها يعتبر باطلا من

أساسه وببِهِ يصير الزواج فاسداً ومستهدفاً للإبطال لأنه يكون قد اقترن بشرط يتنافى مع الزواج.

أما انحلاله فلا يقع إلا بحكم المحكمة، وذلك إما بالإبطال أو بالطلاق وبالتفريق الأبدى أو بحكم الغيبة.

-أما أهمية البحث عن هذه الطبيعة القانونية في القانون التونسي فتبدو تطبيقية ونظرية : تطبيقية على مستويات مختلفة، على مستوى تطبيق القانون في الزمان، هل سنتعامل مع الزواج عند تنازع القوانين في الزمان. هل أنه وضعية تعاقدية أم قانونية. إذا كان وضعية تعاقدية فإن القانون الجديد لا ينطبق على هذه الوضعية بأثر فوري من حيث أثارها المستقبلية، أما إذا كان وضعية قانونية فإن القانون الجديد يلتحق بالآثار المستقبلية لهذه الوضعية التي نشأت عند دخولها يحيز التنفيذ، بين هذا وذاك المشرع يعتبر الزواج وضعية قانونية.

-أهمية تطبيقية أخرى، هل أن الحقوق والواجبات المنجزة عن الزواج تنجز عن العقد أم للمؤسسة ؟

إذا كان هذا العقد فإنه من الممكن الاتفاق على إسقاطها، أما إذا كان من المؤسسة فإنه لا يجوز للطرفين الاتفاق على خلافها والحقيقة أنه لا يجوز الاتفاق على خلافها لأن كل شرط يتفقان عليه ويكون مخالفاً لجوهر الزواج يكون باطلاً وبه يبطل الزواج بأكمله (مثل النفقة).

-على مستوى تنازع القوانين في المكان، فإنه إذا تنازع قانونان أو أكثر حول وضعية في نفس الوقت لكن في مكان مختلف كأن تنشأ الوضعية بين شخصين ينتميان إلى جنسيتين مختلفتين، بين تونسي وفرنسي مثلاً، قاعدة الإسناد تعتبر عامة، أن العقد يخضع إما لقانون البلد الذي أبرم فيه العقد أو لقانون البلد الذي سينفذ فيه العقد أو للقانون الذي سيختاره الطرفان في إطار هذا العقد.

-أما الوضعية القانونية والمقصود بها الحالة الشخصية فتخضع إلى القانون

الشخصي للطرفين، أي قانون البلد الذي ينتمي إليه المعني بالأمر، فالزواج يحكمه القانون الشخصي للبلد الذي ينتمي إليه الزوجان.

مثال : تونسيان متزوجان أرادا الطلاق في فرنسا، مبدئيا القانون المنطبق عليهما هو القانون التونسي، وهذا يدل على أن الزواج ليس عقدا لأنه لو كان عقدا لأمكن للطرفين اختيار القانون الفرنسي أو قانون آخر.

- كذلك يتبين الطابع المؤسسي للزواج من خلال الفصل 306 م 1 ع في الدعوى فيبيح النص للدائن أن يطعن في عقود مدينه التي يبرمها للإضرار به، ما عدى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والميراث.

- جملة هذه الأمثلة تدل على أن الزواج مؤسسة لأنه يرمي إلى تحقيق غايات مشتركة وهنا شبيه بالشركات التجارية، فالشركاء يريدون تحقيق هدف واحد وهو تحقيق المزايا، ولكن الخسارة يتحملها الجميع، كذلك الزواج غاية طرفيه المشتركة هي إنجاب الأبناء والعيش المشترك، بينما العقود المدنية العادية عاينها متضاربة بين الطرفين، ففي البيع مثلا يسعى البائع إلى التقويت في مبيعته بأدلى ثمن ممكن، بينما غاية المشتري هي أن يشتري هذا المبيع بأقل ثمن ممكن، وهو ما يؤكد أن الزواج ليس عقدا.

- كذلك نظرية البطلان لا تعمل في مادة العقود بنفس الطريقة في مادة الزواج، ففي مادة العقود البطلان يعني إعدام العقد عند نشأته، أي دعوى الطرفين إلى الوضعية التي كانتا عليها قبل إبرام العقد، بينما في الزواج رغم إبطاله سواء من أجل الإخلال بالشروط الجوهرية أو بالشروط الشكلية، فإن هذا الزواج الباطل يترتب رغم ذلك جملة من الآثار، هذه الآثار هي المميّزة للزواج وهي التي تعطيه صبغة المؤسسة، هو ترتيب حرمة المصاهرة، وجوب العدة للزوجة وخاصة ثبوت النسب، والسبب في ترتيب الزواج هذه الآثار المميّزة لطبيعة المؤسسة في الزواج هو أنه لا يمكن محوها من الوجود، فهي آثار مادية بحيث لا يمكن الرجوع للطرفين للوضعية قبل الزواج.

II- الزواج رابطة شرعية :

إذا كان الزواج يمثل مؤسسة تتجاوز آثارها حدود الطرفين لتشمل الغير، وإذا كان الزواج أيضا يمثل الخلية الأولى للأسرة ونواة المجتمع الأولى، فقد كان لابد من الاعتراف به على جميع المستويات لأنه سيعطي الصبغة الشرعية للعلاقات الجنسية التي يمارسها الزوجان، في حين أن هذه العلاقات خارج الزواج تفقد صبغتها الشرعية. وفي بعض الأحيان تكون علاقات محرمة ومعاقب عليها، فالتشريع الإسلامي وكذلك التشريعات السماوية الأخرى تحرم هذه العلاقات خارج إطار الزواج وتعتبرها إما من الأثام الكبيرة وإحدى الكبائر التي تستوجب إقامة الحد. بحيث لا سماح فيها إلا عن طريق التوبة بالنسبة للشريعة الموسوية والمسيحية تعتبر خطيئة تستوجب العقاب الصارم.

أما القانونين الوضعية فتعتبرها علاقات غير شرعية لأنها تختلف عن الزواج الذي يمثل رمز الشرعية، والشرعية تختلف عن الإباحة، لأن الإباحة تعني أن القانون لا يعاقب على الشيء المباح، ولكن الشرعي أقوى من المباح وقد يختلف عنه في بعض الحالات، فالشرعي لا يكفي بسماح القانون له، بل يحظى بمباركة الجميع له.

وقد يكون الشيء مباحا وغير شرعي وقد يكون شرعي وغير مباح.

- فالزواج هو رمز الشرعية لأنه سيرتب آثارا شرعية أي معترف بها من القانون ومن الدين والمجتمع، وذلك حتى وإن كان زواجا باطلا وحتى إن استهدف الطرفان إلى عقوبة جزائية، بينما العلاقات الحرة هي علاقات غير شرعية أي غير معترف بها دينيا واجتماعيا وذلك حتى وإن لم يكن القانون يعاقب عليها.

الزواج :

- العنوان الأول : الدخول في الرابطة الزوجية.

- العنوان الثاني : العيش في إطار الرابطة الزوجية.

العنوان الأول : الدخول في الرابطة الزوجية :

لما يفكر الإنسان في الزواج فعادة ما يعد العدة لذلك أي يفهد الطريق في سبيل تحقيق هذا الحدث. وذلك بالدخول في مرحلة تمهيدية تداول على تسميتها بفترة الخطبة أو الخطوبة أو أيضا المراكنة، وذلك قبل أن يقر عزمه، على الدخول حقيقة في الرابطة الزوجية.

الفصل الأول : التمهيد للانصهار في الرابطة الزوجية :

تسبق الزواج فترة تمهيدية تسمى الخطبة، ولكن المشرع يستعمل في شأنها مصطلحين :

المراكنة : وهو عنوان الفصلين 1 و 2 م أ ش، لكنه في الفصل 1 يستعمل مصطلح النوعد بالزواج والمواعدة به. أما في الفصل 2 يستعمل كلمة الخاطب والخطيب.

لكن ما نفت الانتباه في هذين المصطلحين هو أن المشرع لم يختلف نفسه عناء تعريف هذه المصطلحات وذلك على غرار المشرع الفرنسي.

كذلك فقه القضاء لا يعتبر على قرار أو حكم يعطي تعريفا للنوعد بالزواج رغم أن قضايا المواعدة بالزواج مطروحة على المحاكم.

على صعيد الفقه وردت التعريفات غزيرة يمكن تقسيمها إلى ثلاث أصناف :

تعريف 1 : يستند إلى معيار زمني وفيه يقول حنن نصار الخطبة هي عقد النية بين طالبي الزواج أو المختبرين على أن يجتازا معا تجربة شخصية خلال فترة تسبق الزواج فيختبر كل منهما الآخر تمهيدا للزواج به مع الإعداد أو التجهيز خلالها لتأسيس لعائلة التي تتطلبها أحكام عقد الزواج.

انطلاقا من هذا التعريف يتبين أنه ينبغي على معطى زمني فهي الفترة الزمنية السابقة للزواج وغايتها التمهيد للزواج وهي فترة قد تطول وقد تقصر لأنها ليست محددة، أما نتيجتها فقد تتجح فتكون إلى زواج أو تفشل فتكون إلى انفصال.

تعريف 2 : له صبغة اجتماعية الخطبة فيه مقترنة بذلك الحفل الذي تداول الناس على تسميته بحفل الملاك الذي قام تحت إشراف العائلتين الزمعتين على المصاهرة.

هذا الحفل يحضره عادة الأهل والأقارب وتقدم فيه الهدايا وكثيرا أيضا ما تتلى فيه الفاتحة. ومن هذا المنطلق فهو شبيه إلى حد بعيد بحفل إقامة مراسم الصداق.

تعريف 3 : ينبنى على معيار قانوني بحت، وفيه يقول الفقيه أحمد إبراهيم : "الخطبة هو طلب المرأة للزواج" أما الفقيه محمد أبو زهرة يقول الخطبة هي "طلب الرجل يد امرأة معينة للزواج بها والتقدم إلى ذويها ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد".

هذا التعريف يحمل وصفا للشكل الذي تتم عليه الخطبة وهو وصف يبين أنه ينقسم إلى مرحلتين :

-المرحلة الأولى : هي التي يتقدم فيه الرجل ليطالب يد المرأة فيعدها بالزواج وهو ما يعطي لهذه المرحلة صفة الوعد بالزواج من جانب واحد، هذه المرحلة تتلوها مرحلة ثانية.

-المرحلة الثانية : قد تكون مترامنة معها وقد تكون لاحقة لها في الزمن، هذه المرحلة تعتبر فيها المرأة عن قبولها هذا الوعد فيحصل بذلك مواعدة بين الطرفين على الزواج في المستقبل وهو ما يفسر حديث المشرع في الفصل 1 عن الوعد بالزواج والمواعدة به.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد أهمل تماما مسألة الوعد بالزواج ولم يتعرض إليها ولو في فصل واحد، فإن المشرع التونسي في المقابل رغم عدم تعريفه للوعد بالزواج، إلا أنه خصص له فصلين، الفصل 1 اعتنى فيه بتحديد الطبيعة القانونية للوعد بالزواج والفصل 2 تعرض فيه إلى أثر من آثار الوعد بالزواج.

القسم الأول: الطبيعة القانونية للوعد بالزواج والمواعدة به :

(الفصل 1 م أ ش):

هناك سؤالان يتبادران إلى الذهن في هذا الشأن، الأول طرحه المشرع على نفسه وأجاب عنه صراحة، أما الثاني فيبدو أن المشرع لم يطرحه على نفسه، لعله لم يفكر فيه تماماً أو ربما فكر فيه لكن خيراً أن تكون الإجابة بشكل غير مباشر أو بعيد عن م أ ش.

-السؤال الأول : يتعلق بمعرفة هل أن الوعد بالزواج والمواعدة به زواجا أم لا، كانت الإجابة واضحة بالنفي.

-أما السؤال الثاني : فالفقه تطارحه ويتعلق بمعرفة هل أن الوعد بالزواج والمواعدة به عقدا أم واقعة قانونية أم التزام أدبي ؟

الفقرة الأولى : الوعد بالزواج والمواعدة به ليس زواجا :

نقد نص الفصل 1 م أ ش على كل من «وعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به».

انطلاقاً من هذا النص نتبين أنه يحوي إجابة عن سؤال يبدو طريفاً في ظاهره، ولكنه في الحقيقة له من الأهمية على مستوى التطبيق ما جعل المشرع يجيب عنه رفعا لكل التباس قد يحصل بين الزواج والوعد بالزواج.

-ويرى الأستاذ بن حليلة أن هذا الفصل كيفما وقعت صياغته يوحي وكأن المشرع أراد من خلاله أن يجعل الباب مفتوحاً لأن عدم اعتبار الوعد بالزواج زواجا هو أمر ينبغي لا يحتاج إلى مزيد التأكيد عليه.

لكن المشرع في الحقيقة فضل أن يرفع لبناً من الغموض كان قد تسرب في الأذهان في وقت كانت فيه أحكام التشريع الإسلامي هي المطبقة بوصفها المصدر الشكلي الخاص لقانون الأحوال الشخصية في تونس.

هذا الغموض نشأ عن الطريقة التي دأب على اعتمادها الفقه المالكي في التمييز

بين الوعد بالزواج والمواعدة به من جهة، والزواج من جهة أخرى.
هذه الطريقة كانت تستند إلى معيار الدخول أو البناء ذلك أن زمن الدخول هو
المحدد لطبيعة الاتفاق الحاصل بين الطرفين. أي هل أن الاتفاق الواقع بين الطرفين
قبله، هل هو اتفاق على الزواج حقاً أم هو وعد فقط بالزواج.

فإذا كان الدخول قد وقع عن طريق الإشهار وعن طريق العلانية أي دخول بآتم
معنى الكلمة، فمعنى ذلك أن الاتفاق هو اتفاق على الزواج وليس وعد بالزواج، أما إذا
كان الدخول في كنف التستر والكتمان فمعنى ذلك أنه لا يمكن اعتباره دخولا وأن
الاتفاق الحاصل قبله ليس اتفاقاً على الزواج بل وعد بالزواج ومواعدة عليه.

وعلى هذا الأساس فإذا لم يكن زواجا بل وعدا فإن العلاقات التي تمت على
إثره لا يمكن أن تعتبر علاقات شرعية بل هي خنائية، لأنها أوتيت خارج إطار
الزواج.

أما المذهب الحنفي فيعتمد طريقة مغايرة ذلك أنه يركز على طبيعة الاتفاق
بشكل مباشر أي أنه إذا وقع الإشهار في الاتفاق، وإذا وقع التحقق من أن طرفين اتفاق
حقيقة على الزواج ولم يتواعدة عليه فإنه لا يهتم في هذه الصورة، إن كان الدخول قد
وقع في كنف الإشهار أم لا.

إذا فالمذهب المالكي يعتبر الدخول قريبة على أن الاتفاق هو اتفاق على الزواج
بينما يركز المذهب الحنفي على الإثبات المباشر للاتفاق الحاصل على الزواج.

ورفعاً لكل إلتباس، رأى المشرع أن يؤكد على الفارق الكبير والاختلاف البين
الذي ينبغي أن يكون بين الوعد بالزواج والمواعدة به من جهة والزواج من جهة
أخرى، فجاء تأكيده مطلقاً وشاملاً، لأنه نزع عن الوعد بالزواج والمواعدة به صفة
الزواج أولاً ونزع عنهما كذلك القوة الإلزامية للزواج ..

اتفاقاً بين الطرفين على الدخول في الزواج في الحين بينما حفل الخطبة يتضمن
اتفاقاً بين الطرفين على الدخول في الزواج في المستقبل.

كذلك التعريف القانوني، فإن الاختلاف بين الزواج والمواعدة بالزواج قائم على نوعية الاتفاق الحاصل بين الطرفين، فالاتفاق على الزواج يؤكد الفصل 3 م أ ش لا ينعقد الزواج...". في حين أن الاتفاق في المواعدة بالزواج يؤكد الفصل 1 م أ ش وليس 3 م أ ش، وهو ما يعني أن اتفاق الفصل 3 يؤدي أليا إلى إحداث تغيير في الحالة المدنية للطرفين من أعزبين إلى متزوجين، بينما اتفاق الفصل 1 لا يغير من هذه الحالة المدنية شيئا، فالطرفين يظلان أعزبين.

كذلك أيضا يختلف الزواج عن المواعدة بالزواج بالنسبة للشروط الواجب توفرها في الطرفين، فالشروط المتعلقة بالزواج خاصة به، ولا يمكن اعتبار الوعد والمواعدة بالزواج مشتركا معه فيها وذلك سواء تعلق الأمر بالشروط الجوهرية أو الشكلية.

أولا : بالنسبة للشروط الجوهرية :

ما نلاحظه من خلال النصوص التشريعية أن الشرع وضع للزواج جملة من الشروط لا يمكن للطرفين المترشحين له أن ينصهرا في زواج إلا متى توفرت فيهما هذه الشروط.

- لكن هذه الشروط لا تطبق في مادة المواعدة بالزواج فهما لا يستجوبان احترام جملة الموانع المعمول بها في مادة الزواج.

فياستثناء الموانع المؤبدة لأنه لا معنى للخطبة دون احترامها والواجب توفرها في الخطيبين، ليس لأن المشرع اشترطها صراحة بمقتضى نص خاص. بل لأن طبيعة هذا المنع تقتضي ذلك، لأن وجود هذا المانع سيحول بصفة مؤبدة دون إمكانية الزواج، لذلك لا جدوى من وراء خطبة نهايتها الحتمية الإفلاس.

لكن الموانع المؤقتة التي تزول بزوال سببها. فهي لا تعمل في مادة الزواج و المواعدة بالزواج خلافا للتشريع الإسلامي الذي يقر بأن موانع الزواج هي نفسها موانع الزواج والمواعدة بالزواج، فإذا كان لا يجوز للمرأة المبهنة أن تبرم زواجا ثانيا

قبل انقضاء عدتها فإنه لا شيء يمنع قانونا من أن يتقدم أحد لخطبتها في هذه الفترة، كذلك الرجل الذي مازال مرتبطا بعلاقة زواج مع امرأة معينة لا يجوز له أن يبرم زواجا ثانياً قبل حل زواجه الأول، ولا يحول شيء دونه والتقدم لخطبة امرأة أخرى. كذلك فإنه لا شيء يمنعه من التقدم لخطبة امرأة أخرى سواء كانت عذباء أو متزوجة لكن لا يمكن لهذا الوعد والمواعدة بالزواج أن يتحول إلى زواج، إلا بعد انقضاء فترة العدة للمرأة المعتدة، وإلا بعد انحلال الزواج للرجل المتزوج والمرأة المتزوجة.

-المشرع إذا لم يحط الوعد والواعدة بالزواج بجملة من الشروط مثل الزواج. لكن التشريع الإسلامي جاء مخالفا وأقر جملة هذه الشروط لسبب أخلاقي بحت، وهي شروط تشبه موانع الزواج إلى حد كبير، فلا يحق في التشريع الإسلامي للرجل أن يتقدم إلى خطبة امرأة مخطوبة إلا بعد أن يكون قد تأكد من انفصالها عن الخطيب السابق وذلك عملاً بالحديث النبوي "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"، بينما تعتبر هذه الخطبة جائزة في القانون التونسي، وذلك لفقدان النص التشريعي الصريح الذي يمنعها، والسبب هو أن المنع إقصاء والإقصاء استثناء. والاستثناء يؤول تأويل حصري أي في ما نص عليه المشرع.

-كما لا يشترط أيضا في الوعد والواعدة بالزواج أن تتوفر في الطرفين سن دنيا بينما في الزواج أوجب سنا لا يجوز التزوج دون بلوغ 17 للفتاة و20 للفتى. كذلك لا يشترط في الوعد والواعدة بالزواج استحضار الشهادة الطبية السابقة للزواج على عكس الزواج الذي لا يمكن إبرامه عملاً بقانون 1964/11/3 إلا بعد أن يكون الطرفان قد استظهرا بشهادة طبية سابقة تفيد بأنه وقع فحصهما لإتمام الزواج.

ثانيا : الشروط الشكلية :

1- الآثار المترتبة بين الطرفين :

-واجب الطاعة الذي كان محمولا على الزوجة نحو زوجها (الغي بقانون

(1993)، لكنه غير موجود بين الخطيبين سواء قبل الإلغاء أو بعده.

- كما يختلف الوعد والمواعدة بالزواج عن الزواج من حيث كيفية انحلال كل منهما، ففي ما عدى صورة الوفاة المشتركة في جمعي الصور، بقية أشكال انحلال الزواج على تطبيق على الوعد والمواعدة بالزواج.

فإذا كان الزواج لا ينحل إلا بحكم من المحكمة حتى وإن كان سيقضي بالطلاق بالتراضي، بينما الوعد والمواعدة بالزواج ينحلان بدون اللجوء إلى القضاء، وذلك عن طريق اتفاق الطرفين أو حتى بإرادة طرف واحد.

- أما الآثار المنجزة عن هذا الإنحلال فتختلف بين الزواج والمواعدة بالزواج.
* بالنسبة للزواج ينجر عن الطلاق في صورتين الضرر والإنشاء تعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجمين عن هذا الطلاق، وبالنسبة للمرأة يمكن لها المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي في شكل رأس مال أو جارية عمرية.

* بينما بالنسبة للخطيب والخطيبة يمكن أن ينجر عن انحلال الخطبة ضرر مادي ومعنوي لكنه لا يمكن للخطيبة أن تطالب بجبر الضرر في شكل جارية عمرية.
* بالنسبة لتقدير الضرر الناجم عن الطلاق، فإن المطلقة يقدر ضررها المادي حسب ما اعتادته من العيش أثناء الحياة الزوجية.

* بينما الخطيبة لا يقدر بهذه الطريقة لأنه ليست هناك حياة زوجية اعتادت عليها.

كما أن ضرر المطلقة يقدر بحسب ثراء مطلقها بينما ضرر الخطيبة لا دخل لثراء خطيبها في تقديره.

2- الآثار إزاء الغير :

- لا يمكن اعتبار الوعد والمواعدة بالزواج يرتبان حرمة المصاهرة بين الخطيبين، فهذا المانع يرتبه المشرع بيد الزوجين وذلك سواء وقعت بين الطرفين علاقات جنسية أم لم تقع، بينما هذا المانع يترتب بين الزوجين تارة بوقوع الدخول

وأحيانا بدون اشتراط وقوع الدخول.

والسبب أن النسب لا يثبت إلا بإحدى الوسائل الثلاث التي عددها الفصل 68 م

اش حصرا :

* الفرائش : ومعناه في القانون التونسي الزواج الصحيح والزواج الباطل جوهرًا أو شكلاً.

* إقرار الأب :

* شهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر.

--- نلاحظ أن المشرع لم يقر صراحة بأن النسب يثبت بالخطية، ولكن محكمة

التعقيب في قرار مبدئي عدد 5350 سنة 68 ومنشور في المجلة القانونية التونسية تراءى لها في وقت ما أن تقرر أن الطفل المولود لخطيبين يمكن أن يثبت نسيه بعدما اعتبرت الوعد والمواعدة بالزواج زواجا باطلا.

لكن هذا التأويل مخالف للقانون ومخالف تحديداً للفصل 6 فمحكمة التعقيب تعتبره زواجا باطلاً والحال أن نفي المشرع صفة الزواج عن الوعد بالزواج جاء مطلقاً والمطلق ينبغي إجراؤه على إطلاقه.

لكن محكمة التعقيب كانت تعلم ذلك جيداً ولكنها ارتأت مخالفة القانون وإن تقرر حسب الإنصاف والعدالة.

وهو ما يفسر التراجع الذي سجلته محكمة التعقيب في موقفها بداية من 1973 في قرار 3 جوان 73 الذي اعتبرت فيه أن العلاقات الجنسية السابقة للزواج هي علاقات خنائية لا يثبت بها النسب بهذه الطريقة رفع المشرع كل التباس قد يحصل بين الزواج والمواعدة به.

--- هناك سؤال آخر يبدو أن المشرع لم يفكر فيه أو فكر فيه لكن أراد تجنب

الخوض فيه في م أ ش.

لكن شراح القانون اعتبروا أن هذا السؤال يمكن أن يجد له إجابة من خلال

الفصلين 1 و 2 م أش ويتعلق السؤال بمعرفة هل أن الوعد والمواعدة بالزواج عقد أم واقعة قانونية.

المقرة الثانية : الوعد والمواعدة بالزواج بين العقد والواقعة :

وقع خلاف في فرنسا بين شراح القانون حول هذه المسألة.

- الأهمية التطبيقية تتل في أن بعضهم يرى أنها تكمن في الآثار المنجزة عن الخطبة وخاصة الضرر الناجم عن عدول أحد الطرفين بالنسبة للطرف المتخلى عنه.
- إذا كان الوعد بالزواج عقدا فسيتم تعويض الضرر الناجم عن العدول من طرف واحد بناء على أحكام المسؤولية التعاقدية، أما إذا كان واقعة قانونية فسيقع التعويض بناء على المسؤولية التقصيرية.

- أما في تونس هناك شق كبير من شراح القانون يتقدمهم الأستاذ بن حليمة يعتبرون أن الوعد والمواعدة واقعة قانونية، وهناك رأي آخر يرى أن الوعد والمواعدة بنزواج يمكن أن يكون عقدا.

أ- النظرية الواقعية لنوع الوعد والمواعدة بالزواج : الخطبة :

لتأصيل وتأسيسها في القانون التونسي، يستشهد أصحاب النظرية الواقعية بالأدلة

التالية :

1- الفصل 1 م أش :

لما نص المشرع على أن الوعد والمواعدة بالزواج يعتبران زواجا من جهة، ولما كانت الزواج صفة العقد بالنسبة لهم، فمعنى ذلك أن المشرع يكون قد أقصى عن الوعد والمواعدة بالزواج صفة العقد.

- وقوله في آخر الفصل 1 "لا يقضى به لمعناه في نظرهم أن المشرع قد أراد إقصاء عن الوعد والمواعدة بالزواج القوة الإلزامية التي تتمتع بها العقود التي تتميز بها عن الواقعة القانونية.

- هذا الرأي عبر عنه قاضي في إطار دراسة نظرية (محمد صالح العياري) في

كتاب "بحوث ودراسات قانونية"، وفيه حرر مقال "النقول عن الخطبة" وقال صراحة "ويمكننا أن نجزم بالتأكيد على استبعاد أحكام المسؤولية العقدية ترتباً على ما ذكرناه من أن الخطبة ليست زواجا، وبهذا الاعتبار فليست عقداً أيضاً وإلا لكانت ملزمة إلزاماً يستتبع حتمية عدم العدول عنها، وهذا ما لا يقول به جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المضمار".

-ينضم إلى هذا الرأي الأستاذ بن حليلة الذي يتبنى تأويل الفصل 1 بهذه الطريقة، لأنه يعتبر أن المشرع بمجرد أن يكون قد أخرج الوعد والمواعدة بالزواج عن دائرة الزواج، يكون قد أخرجها بالضرورة عن دائرة العقود لأن الزواج في نظره عقد - وإذا أخرج من دائرة العقود بقي لها الواقعة القانونية.

2-القرار التعقيبي لـ 3 مارس 1959 :

-هو قرار مدني عدد 1956 منشور بالقضاء والتشريع 1959 ص 397،

تبنت فيه محكمة التعقيب رسمياً النظرية الواقعية للوعد والمواعدة بالزواج، وهو من هذه الناحية قرار مبدئي قالت فيه صراحة: "إن الرجوع في الوعد وإن كان من المباحات، إلا أنه ينبغي عدم إساءة استعمال هذا الحق".

-المبدأ الذي أقرته هو أن العدول عن الوعد والمواعدة بالزواج والحق من خصائصه أنه عمل مباح، لكنه ليس حقاً مطلقاً، بل حق مشفوع بحد مثل بقية الحقوق، هذا الحد كيفما حددته محكمة التعقيب يتمثل في عدم إساءة استعمال هذا الحق، يعني هذا الحق إذا أسيء استعماله ووقع التعسف في استعماله يصبح من قبيل الجحفة المدنية التي "تفتح الأبواب أمام إمكانية المطالبة بتعويض الضرر الناجم عن إساءة حق استعمال العدول" (محكمة التعقيب).

جميع هذه المواصفات هي للواقعة القانونية، وهو ما جعل محكمة التعقيب في هذا القرار تستبعد إمكانية الاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية والمبدأ الذي كرسه لا وجود له في نص تشريعي.

* الزواج محوره الأشخاص والدخول في الحياة المشتركة في الحين.

* الوعد والمواعدة بالزواج. أيضا اتفاق محوره الأشخاص وسببه الدخول في

الحياة المشتركة لكن في المستقبل.

١١ اتحاد في الموضوع والسبب يجيز العمل بطريقة القياس:

ولكن القياس بصريح النص غير ممكن لأن المشرع نفى بصريح العبارة في

الفصل 1 صفة الزواج عن الوعد والمواعدة بالزواج.

لكن إذا كان :

1- من غير الممكن إخضاع الوعد والمواعدة بالزواج إلى الأحكام المتعلقة

بالزواج لأن المشرع نفى عنهما هذه الصفة.

2- وإذا كان المشرع لم يخصص أحكاما خاصة بهما تأخذ بمميزتهما.

3- وإذا كانت الأحكام العامة في المادة 1103 غير قادرة على استيعاب الوعد

والمواعدة بالزواج لأنها غير قادرة على الأخذ بمميزتهما. فالنتيجة ستكون حتمية أن:

١٢ الوعد والمواعدة بالزواج لا يمكن اعتبارهما عقدا. بالتالي هما واقعة قانونية.

وجاء مقال القاضي الفقيه على الفطناسي أحكام الخطبة دراسة مقارنة منشور

بالقضاء والتشريع 82 عدد ماي ص 13.

7- القانون المقارن بالبلدان الأوروبية (تحديدا فرنسا) :

- يعتبر أصحاب النظرية الواقعية أن الوعد والمواعدة بالزواج واقعة قانونية

ينسجم أيضا مع استقرار عليه القانون الفرنسي المعاصر.

- فبعد أن كان القانون الفرنسي القديم يعتبر الوعد والمواعدة بالزواج من قبيل

العقد وذلك تحت وطأة تأثير القانونين الكنسي والروماني.

- تطور هذا القانون الفرنسي وأصبح اليوم يعتبر الخطبة واقعة قانونية. والغاية

من اعتبارها واقعة هو نزع القوة الإلزامية التي تتمتع بها العقود.

وهذا التوجه دأب عليه فقهاء القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد يعود تاريخه إلى أول

قرار أصدرته محكمة التعقيب الفرنسية وهو من فئة القرارات المبدئية بتاريخ 30 ماي 1938.

(دورية Sirey 1938 الجزء 1، ص 498).

وفي هذا القرار اعتبرت محكمة التعقيب الوعد والمواعدة بالزواج باطلين من أساسهما أي عقدا باطلا لما فيهما من مساس بحرية الزواج التي تعتبر في نظر المشرع الفرنسي مسألة مرتبطة ارتباطا وثيقا بالنظام العام الموضوعي، أي لا تقبل الاتفاق المخالف عليها، والعقد الباطل ينزل منزلة الواقعة القانونية.

- لكن محكمة التعقيب في هذا القرار صرحت بأن العدول عن الوعد والمواعدة بالزواج يمكن أن يفتح الباب أمام المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عنه، وذلك لما يثبت أن الخطيب الذي عدل عن وعده بالزواج قد ارتكب خطأ مدنيا أفضى إلى حدوث هذا الضرر وهو ما يعني أن الأساس القانوني لجبر الضرر في صورة العدول من طرف واحد ليس العدول في حد ذاته، بل الخطأ الذي قد يكون ارتكبه الخطيب عندما عدل عن الزواج.

لكن الأستاذ بن حليمة وجد عقبة يصعب تخطيها، هي الفصل 2 م 1 ش 2 الفصل 1 م 1 ش ومعه قرار 3 مارس 59 يستنتج منهما أن الوعد والمواعدة بالزواج واقعة قانونية يبدو أن في حاله تضارب مع الفصل 2 م 1 ش الذي قد يوحي من حيث بالصيغة العقدية للخطبة.

- جاء الفصل 2 م 1 ش "كل من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص". لذلك هو قرار مبدئي.

3- التشريع الإسلامي:

- بالرجوع إلى أحكام التشريع الإسلامي المتعلقة بالوعد والمواعدة بالزواج نجد أنها لا تفرض على الخطيبين أو أحدهما الوصول إلى تحقيق الزواج، بل إن إمكانية

العدول من أحدهما أو منهما جائزة.

وهو ما اتفق عليه المذهبان المالكي والحنفي وذلك من خلال الفصل 1 من لائحة الشيخ جعيط وجاء في جزئه الأول كل من الوعد بالنكاح والمواعدة به لا يعتبر نكاحا ولا يقضي بالوفاء به، فلخاطب العدول عن خطبها ولمخطوبة رد الهدايا". إذا كانت لائحة الشيخ جعيط تعتبر من أهم الوثائق التي عملت بها لجنة إعداد مشروع م 1 ش، وإذا كان التشريع الإسلامي يمثل أهم المصادر المادية للقانون التونسي ولقانون الأحوال الشخصية بشكل خاص فمعنى ذلك أن المشرع التونسي قد يكون تأثر بالتشريع الإسلامي أي أنه تبنى عنه النظرية الواقعية للوعد والمواعدة بالزواج.

4- القانون المقارن للبلاد العربية الإسلامية :

- اعتبار الوعد بالزواج واقعة قانونية ينسجم مع مختلف القوانين العربية الإسلامية، من ذلك مثلا المادة 2 من مدونة الأسرة المغربية وجاء فيها الخطبة وعد بالزواج وليس بزواج" ثم يقول لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة".
- كذلك فعل المشرع السوري من خلال المادة 2 قانون الأحوال الشخصية جاء فيها "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول اليدبة لا تكون زواجا". ثم جاء في المادة 3 : لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة".
- أما المشرع العراقي فقد كان أكثر دقة لأنه اعتمد أسلوبا مباشرا في التحرير جاء بالفقرة 3 من المادة 1 "الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقدا".

5- مبدأ حرية الزواج :

أصحاب النظرية الواقعية يعتبرون الوعد والمواعدة بالزواج واقعة قانونية قول يتناغم مع مبدأ حرية الزواج لأن كل من الطرفين يبقى متنتعا بكامل الحرية وذلك إلى آخر لحظة أي عندما يمثلان أمام عدلي الإشهاد أو ضابط الحالة المدنية للتعبير عن الإرادة بالزواج، بينما لو اعتبرنا الوعد والمواعدة بالزواج عقدا ملزمات سائر العقود

فإن الطرفين سيكونان ملزمين بإتمام الزواج أي بالمثل أمام المأمور العمومي للتعبير عن رضاهما بالزواج.

وهنا يقول بن حليلة سيجد كل منهما نفسه في وضعية المدين الذي جاء معترفا بما تخلد بذمته من دين".

6- خصوصية الزواج :

- لقد جعل المشرع للزواج أحكاما خاصة به لا يمكن إخضاع الوعد بالزواج إليها، وإذا كانت له أحكام خاصة به فمعنى ذلك أنه لا يمكن إخضاعه إلى الأحكام العامة المتعلقة ببقية العقود لأنه يمثل عقدا خاصا، وخصوصيته تتمثل في أن له طبيعة قانونية مزدوجة :

فهو إلى جانب صيغته العقدية الأصلية، يتحول عقد تنفيذه إلى مؤسسة كذلك بالنسبة للوعد بالزواج في أن محور الاتفاق الحاصل بين الطرفين يكس في الأشخاص ذاتهم، وسببا هذا الاتفاق هو الحياة المشتركة التي يعتزم الخطيبان الدخول فيها في المستقبل مع ما ينجر عن ذلك من تكوين أسرة شرعية.

- بناء على هذا، إذا كنا سنعتبر الوعد والمواعدة بالزواج من قبيل العقد فإنه في غياب نصوص خاصة بهما سيكون من المتجه القياس على الزواج، لأن هناك اتحاد في العلة بين الصورتين :

الزواج محوره الأشخاص والدخول في الحياة المشتركة في الحين..
الوعد بالزواج والمواعدة به أيضاً اتفاق محوره الأشخاص وسببه الدخول في الحياة المشتركة وذلك في المستقبل.

هناك اتحاد في الموضوع والسبب يجيز العمل بطريقة القياس ولكن القياس بصريح النص غير ممكن لأن المشرع نفى بصريح العبارة في الفصل 1 صفة الزواج عن الوعد بالزواج والمواعدة به، لكن إذا كان :

1- من غير الممكن إخضاع الوعد بالزواج والمواعدة به إلى الأحكام المتعلقة

بالزواج لأن المشرع نفى عنها هذه الصفة.

2- وإذا كان المشرع لم يخصص أحكاماً خاصة بهما تأخذ بمميزاتيها .

3- وإذا كانت الأحكام العامة في م إ ع غير قادرة على إستيعاب الوعد

بالزواج والمواعده به لأنها غير قادرة على الأخذ بمميزاتيها فالنتيجة ستكون حتمية ذلك أن :

<< الوعد بالزواج والمواعده به لا يمكن اعتبارهما عقداً ، بالتالي هما واقعه

قانونية .

وجاء مقال القاضي الفقيه علي الفطناسي " احكام الخطبه دراسة مقارنة "

منشور بالقضاء والتشريع 82 عدد ماي ص 13 .

7- القانون المقارن بالبلدان الاوربية " تحديداً فرنسا " :

يعتبر اصحاب النظرية الواقعية ان الوعد بالزواج والمواعده به واقعة قانونية

ينجم ايضا مع ما استقر عليه القانون الفرنسي المعاصر ، فبعد أن كان القانون

الفرنسي القديم يعتبر الوعد بالزواج والمواعده به من قبيل العقد وذلك تحت وطأة تأثير

القانونين الكنسي واثرومائي ، تطور هذا القانون الفرنسي واصبح اليوم يعتبر الخطبه

واقعه قانونية وانغايه من اعتبارها واقعه هو نزع القوة الإلزاميه التي تتمتع بها العقود.

وهذا التوجه دأب عليه فقه القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد يعود تاريخه الى

قرار اصدرته محكمة التعقيب الفرنسيه وهو من فئة القرارات المبدئيه بتاريخ 30 ماي

1938 (دوريه 1938 sirey الجزء 1 ص 498) وفي هذا القرار اعتبرت محكمة

التعقيب الوعد بالزواج والمواعده به باطلين من اساسهما اي عقدا باطلا لما فيهما من

مساس لحرية الزواج التي تعتبر في نظر المشرع الفرنسي مسألة مرتبطة ارتباطا وثيقا

بالنظام العام الموضوعي أي لا تقبل الاتفاق المخالف عليها والعقد الباطل ينزل منزلة

الواقعه القانونيه ، لكن محكمة التعقيب في هذا القرار صرحت بأن العدول عن الوعد

بالزواج والمواعده به يمكن ان يفتح الباب امام المطالبه بالتعويض عن الضرر الناجم

عنه ، وذلك لما ثبت ان الخطيب الذي عدل عن وعده بالزواج قد ارتكب خطأ مدنيا

انضى الى حدوث هذا الضرر وهو مايعني ان الاساس القانوني لجبر الضرر في صورة

العدول من طرف واحد ليس العدول في حد ذاته بل الخطأ الذي قد يكون ارتكبه الخطيب

عندما عدل عن الزواج .

_ لكن الاستاذ بن حليمه وجد عقبة يصعب تخطيها ، هي الفصل 2 م أ ش ان الفصل 1 م أ ش ومعه قرار 3 مارس 1959 يستتج منهما ان الوعد بالزواج والمواعده به واقعه قانونيه بيدوان في حالة تضارب مع الفصل 2 م أ ش الذي قد يوحى من جهته بالصيغه العقدية للخطبة .

_ جاء بالفصل 2 م أ ش لكل من الخطيبين ان يسترد الهدايا التي يقدمها الى الآخر مالم يكن العدول من قبله او وجد شرط خاص " .
_ قول بن حليمه ان هذا النص يتحدث عن إمكانية أن يسترجع أحد الخطيبين هداياه في صورة العدول عن الخطبة.

- لكن هناك استثناءات. إذا كان العدول من طرف الشخص الذي قدم الهدايا، والاستثناء الثاني إذا وجد شرط خاص يتفق عليه الطرفان مسبقا ويقضي بأنه في صورة عدول أحد الطرفين فإنه ليس للأخر أن يطالب باسترجاع هداياه. مثل هذا الشرط حسب بن حليمه يوحى بوجود عقد لأنه شرط شبيه بالشرط الجزائي الذي عادة ما يقمه المتعاقدان في العقد الأصلي المبرم بينهما ليكون بمثابة الشرط الذي يحثهما على تنفيذ العقد وعدم التأخر عنه.

- إذا كان الأمر يتعلق بشرط تعاقدي شبيه بالشرط الجزائي فإنه لا يمكن تصور أنه سيقع إقحام هذا الشرط التعاقدي في واقعة قانونية، بل لابد من إقحامه في العقد الأصلي.

- وإذا كان الموضع الأصلي لهذا الشرط هو الوعد والمواعدة بالزواج فمعنى ذلك أن الوعد والمواعدة بالزواج لا يمكن أن يكون إلا عقدا حسب الفصل 2 م أ ش إذ لو كان من قبيل الواقعة القانونية لما أمكن للمشرع التحدث عن إمكانية إقحام شرط تعاقدي في الوعد والمواعدة بالزواج.

ب- النظرية العقدية للوعد والمواعدة بالزواج :

- ينص الفصل 532 م إ ع على "نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عباراته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد الواضع القانون".
- تتبين من هذا النص أن تفسير النصوص القانونية يقتضي قبل كل شيء أن نبحت في كلمات النص في التحليل اللغوي للمفردات والجمل بحسب ما درجت عليه اللغة العربية وما درج عليه عرف استعمال المفردات، ثم إلى مراد واضع القانون.

1- تحليل الفصل 1 م أ ش :

هناك أدلة بالفصل 1 م أ ش توحى بالصيغة العقدية أكثر مما توحى بالصيغة العقدية بواقعية.

1- دليل مستمد من كلمات النص :

- لما يقول المشرع كل من "لوعد بالزواج والمواعدة به" لا يعتبر زواجا" يكون فعلا قد أقصى عن الوعد والمواعدة صفة الزواج، ولكن ذلك لا يعني بالضرورة أنه أقصى عنهما صفة العقد بشكل مطلق وذلك حتى على فرض أننا سنعتبر الزواج عقدا، لأن إذا اعتبرنا الزواج عقدا وعوضنا كلمة الزواج في الفصل 1 بكلمة "عقد زواج" سيكون الفصل كالتالي : "كل من الوعد والمواعدة بالزواج لا يعتبر عقد زواج" - ذلك يعني أن المشرع قد أقصى صفة عقد الزواج، وإقصاء صفة عقد الزواج لا يعني بالضرورة أنه قد أقصى عنهما صفة العقد بصفة مطلقة.

- كذلك بالنسبة للفرع 2 من هذا الفصل ولا يقضى به، إذا اعتبرناه مستقلا بذاته ولا يقضى به، ستكون النتيجة الحتمية هو أن المشرع ينفي عن الوعد والمواعدة بالزواج كل قوة إلزامية. وفي هذه الصورة فإن الوعد والمواعدة بالزواج لن يكونا لا عقدا ولا واقعة قانونية. لأن الواقعة القانونية تلزمه بدورها شأنها شأن العقد لأنها حسب صريح الفصل 1 تمثل أحد مصادر الالتزام (العقد - شبه العقد - جنحة - شبه الجنحة)، والواقعة القانونية هي الجنحة أو شبه جنحة والدليل على أنها مصدر من

مصادر الالتزام أنها واقعة قانونية.

- بالتالي لا يمكن في هذه الصورة القول بأن الوعد والمواعدة بالزواج ليسا عقدا بل واقعة قانونية لأنهما يفتقران إلى القوة الإلزامية. بل كان المتجه اعتبارهما من قبيل الالتزام الأدبي البحت لأنه الوحيد الذي يفتقر حقيقة إلى القوة الإلزامية.

- كل في الحقيقة لو أردنا أن نعطي التفسير الصحيح للجزء الأخير للفصل 1 فإنه لا يمكن أن ن فصله بذاته، بل البد من ربطه بما سبق، لأنه معطوف على سابقه وتقتضي قواعد اللغة العربية ويقتضي عرف استعمال المصطلحات أن نربط اللاحق بالسابق أي انمعطوف بالمعطوف عليه، وعلى هذا النحو يصبح الفصل 1 م أ ش محررا كالتالي "كل من الوعد والمواعدة بالزواج لا يعتبر زواجا ولا يقضى به كما يقضى بالزواج".

لا يقضى بالزواج جملة خفية تقديرها عملية العطف.

- ومن هذا المنطلق يصبح الوعد والمواعدة بالزواج لا يتمتعان بالقوة الإلزامية التي يتمتع بها الزواج، وعلى فرض أن الزواج عقد سيصبح الفرع الآخر كالاتي "ولا يقضى به كما يقضى بعقد الزواج" أي ليست لهما القوة الإلزامية التي يتمتع بها عقد الزواج. وهذا لا يمكن لأنهما لا يتمتعان بالقوة الإلزامية للعقود.

2- دليل مستمد من قاعدة التأويل العكسي :

على فرض أن نعتبر أن الزواج عقدا، فإن قول المشرع "لا يعتبران عقد زواج ولا يقضى بهما كزواج" يجعل أنه بصورة عكسية يمكن القضاء بهما ويمكن اعتبارهما كعقد من نوع خاص، عقد يمكن تسميته بعقد الخطبة، سيكون عقدا غير مسمى لأن المشرع لم يتحدث عنه في نص خاص به ولم يخصصه بتسمية معينة.

- لكن البعض من شراح القانون يحذرون من الاعتماد الكلي على طريقة التأويل العكسي لأنها يمكن أن تكون خطيرة في نتائجها، يمكن ألا تؤدي إلى النتيجة الصحيحة في بعض الحالات لذلك ينبغي التعامل معها بكامل الحذر أي ينبغي تدعيمها بأدلة

إضافية.

3- دليل مستمد من طبيعة الفصل 1 م أ ش :

عندما يقول المشرع إن الوعد والمواعدة بالزواج ليسا زواجا أي ينزع عنهما صفة القوة الملزمة للزواج أي يقصي عنهما هذه الصفة، معنى ذلك أن هذا النص هو إقصائي والإقصاء في القانون هو استثناء، لأن المبدأ في القانون هو الإباحة والتقرير، والاستثناء هو المنع والإقصاء.

وإذا كان المشرع قد اقتضى بالفصل 540 م أ ع أن ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحظور مدة وصورة. فمعنى ذلك أن الاستثناء ينبغي تأويله تأويلا حصريا أي في حدود ما نص عليه المشرع بحيث لا يمكن التوسع في الاستثناء، لذلك ينبغي أن يكون الاستثناء منصوصا عليه صراحة ولا يقبل التأويل كالقياس مثلا، لأن في القياس توسعا والتوسع في الاستثناء ممنوع.

بناء على ذلك إذا كان المشرع قد قصى في الفصل 1 م أ ش عن الوعد والمواعدة بالزواج صفة عقد الزواج وقوته الإلزامية، فإنه يتعين وجوب الوقوف بهذا الإقصاء عند حد إقصاء صفة الزواج وقوته الإلزامية، بحيث لا يمكن التوسع في هذا الإقصاء لنقصي عنهما صفة العود مطلقا.

II- البحث عن نية المشرع :

من خلال الفصلين 1 و 2 م أ ش وكذلك من خلال الإطار العام الذي وضع هذان النصان فيهما، يتبين أن نية المشرع لم تتجه تماما نحو الاعتناء بمشكل البحث عن الطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج بل أنهما قد أم واقعة قانونية.

بل لعل نية المشرع اتجهت بكل وضوح نحو اعتبار أن محاولة البحث في هذا الموضوع مكانه الحقيقي ليس م أ ش بل م أ ع.

1- عدم اعتناء م أ ش بالبحث في مسألة مدى اعتبار الوعد والمواعدة بالزواج عقدا أم واقعة قانونية.

يتبين في فحوى الفصلين 1 و2 وكيفية تحريرهما والوضع اللغوي الذي توخاه فيهما المشرع أن نيته كانت واضحة وهي إخراج الوعد والمواعدة بالزواج من دائرة الزواج أي من دائرة م أ ش في قسمها المتعلق بالزواج، ويتبين من ذلك في صورة واضحة من خلال نصوص التشريع ومن خلال موقع الوعد والمواعدة بالزواج في م أ ش ثانياً.

أولاً : نص التشريع :

نص التشريع يتمثل في فصلين خصصهما المشرع للوعد والمواعدة بالزواج الفصل 1 هناك أدلة كثيرة يمكن اختزالها في عنصرين تفيد بشكل قطعي أن المشرع لم يكفر تماماً في أن يطرح على نفسه السؤال المتعلق بمعرفة هل أن الوعد والمواعدة بالزواج عقد أم واقعة.

لعله تجاهل هذا السؤال تماماً.

***العنصر 1 :** هو أن المشرع اكتفى بنزع صفة الزواج وقوته الإلزامية عن الوعد والمواعدة بالزواج وهذا النزاع لا يمكن الذهاب به بعيداً ومحاولة تأويله للوصول إلى أبعد من الحد الذي سطره المشرع.

***العنصر 2 :** يتعلق بمدى ارتباط الفصل 1 م أ ش بما جاء في التشريع الإسلامي، المشرع في هذا الفصل تأثر بالنص الإسلامي خصوصاً وأن الفصل 1 يكاد يكون نقلاً حرفياً للنص الأول من الفصل 1 للائحة جعيط سواء في التحرير المألوف أو الحنفى، وتبعاً لذلك ينبغي تأويل هذا الفصل 1 على ضوء ما جاء في التشريع الإسلامي.

-لكن بالتأمل ملياً في حقيقة الفصل 1 م أ ش يتبين لنا أن هناك اختلاف جذري بينه وبين لائحة جعيط.

-صحيح أن التشريع الإسلامي هو أهم المصادر المادية التي استلهم منها المشرع في م أ ش، وأن لائحة جعيط مثلت أحد أهم الوثائق التي عملت بها لجنة م أ

ش، لكن التشريع الإسلامي ليس المصدر الوحيد، كما أن لائحة جعيط ليست الوحيدة المعتمدة، بل إن هناك صورا كثيرة تفيد أن المشرع استلهم أيضا من غيرها وأقر حولا مغايرة للتي أقرها أحيانا.

-والحلول التحديثية وقعت من داخل منظومة الشريعة الإسلامية أي من قراءة جديدة للنص القرآني.

-ولعل من بين صور التجديد الفصل 1 م أ ش، فهو على الرغم مما يمثله من نقل حرفي أو يكاد للنص الأول من الفصل 1 من لائحة جعيط، إلا أنه يبدو مختلفا اختلافا جذري عن هذا النص.

جاء في الفصل 1 من لائحة جعيط كل من الوعد بالنكاح والمواعدة به لا يعتبر نكاحا ولا يقضى به، فللخاطب العدول عن خطبها ولمخطوبة أو وليها ردا لخاطب ولو بعد قبول المهر كله أو بعد قبول هدية الخطبة أو هدايا المواسم أو بعد مجرد قراءة الفاتحة.

الفصل 1 من لائحة جعيط يتحدث عن العدول لا انفسخ، وحتى استخدام المشرع مصطلح الرد الذي كثيرا ماي ستعمله فقهاء التشريع الإسلامي مقترن بالعقد، إلا أن استخدامه هنا منفردا بذاته ودون ربطه بالفسخ لا يمكن أن يفيد انعقد لأنه وقع ربطه بكلمة العدول.

-بالتالي يمكن اعتبار الوعد والمواعدة بالزواج اقرب إلى الالتزام الأدبي. وهنا نشير الفارق بين القانون التونسي والتشريع الإسلامي، وهو أن الفصل 1 م أ ش توقف في منتصف طريق التشريع الإسلامي أي توقف عند إقصاء الزواج وقوته الإلزامية. ولم يواصل نحو إقصاء صفة العقد وقوته الإلزامية.

-لكن بعض شراح القانون يقولون أن الفصل 1 يعتريه نقص. يبدو المشرع تبنى الصورة الأولى للائحة جعيط وسكت عن الثانية، والسكوت يحمل على ضرورة الرجوع إلى المصدر الذي أخذ منه الفصل أي إذا أخذ الفصل 1 من لائحة جعيط في

جزئته الأول فإنه ينبغي إتمام السكوت بالرجوع إلى اللائحة أي اعتبار أن الفصل 1 م أش كما لو كان محتويا على كامل ما جاء بالفصل 1 من اللائحة.

- هذا الرد من أصحاب النظرية الواقعية في ظاهره وجيه، لكنه في الحقيقة لا

يقرر على الصمود إذ يمكن الرد عليه لسببين :

1- اكتفاء المشرع التونسي في الفصل 1 م أش بأخذ ما جاء في الفقرة 1 من الفصل 1 من لائحة جعيط وتخليه عن الأخذ بما جاء في الفقرة 2 لا يمكن البتة اعتباره من قبيل السكوت الذي يفتح الباب أمام التأويل أي أمام الرجوع إلى المصدر المادي للفصل، أي الفصل 1 من اللائحة، لأن على فرض اعتبار أن الفصل 1 م أش يعثره سكوت إلا أنه سكوت نسبي، والسكوت النسبي في مدرسة الشرح على المتون هو تصريح واضح من المشرع بموقفه، بحيث لا يفتح الباب أمام التأويل ولا يجيز الرجوع إلى المصدر المادي لأن السكوت النسبي يفيد بأن المشرع قد أخذ من المصدر المادي ما أراد أخذه منه وتخلي عما أراد التخلي عنه.

- أما القول بأن المشرع لم يجب عن السؤال المتعلق بمعرفة هل أن الوعد والمواعدة بالزواج عقد أم واقعة قانونية أم التزام أدبي وهو في حد ذاته سكوت يستوجب التفسير، فهذا ينتج عنه السبب الثاني.

2- إذا كان المشرع قد سكت عن مسألة الطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج هل أنهما من قبيل العقد أم الواقعة القانونية أم الالتزام الأدبي، فإن هذا السكوت ينبغي تسديده ليس بالرجوع للمصدر المادي مباشرة، بل بالرجوع قبل ذلك إلى المصدر الشكلي لأن الأولوية في التطبيق تعود إلى المصدر الشكلي قبل المصدر المادي.

- والمصدر الشكلي هو نص قانوني بصنفيه أي المصدر الشكلي الخاص أولا ثم المصدر الشكلي العام ثانيا.

أي في صورة سكوت المصدر الشكلي الخاص (ف 1 م أش) ينبغي قبل

الرجوع إلى التشريع الإسلامي وهو المصدر المادي الرجوع إلى المصدر الشكلي العام وهو م 1 ع. وعندها تجد الجواب هل أن الوعد والمواعدة بالزواج عقد أم واقعة قانونية أم التزام أدبي.

***العنصر 3:** القرار التعقيبي في 3 مارس 1959 عندما قضى حكام الأصل برفض دعوى الخطيئة بناء على أن الوعد والمواعدة بالزواج لا يرتبان أثرا قانونيا، طعننت هذه الخطيئة في قرار الاستئناف بالتعقيب، وأضافت جملة من المطاعن من بينها خرقه الفصل 1 م 1 أش الذي يفيد في نظرها أن الوعد والمواعدة بالزواج واقعة قانونية. لكن محكمة التعقيب في نفس الوقت الذي تبنت فيه موقف الخطيئة الطاعنة حين اعتبرت الوعد والمواعدة بالزواج من قبيل الواقعة القانونية، إلا أنها لم تؤسس على الفصل 1 م 1 أش وذلك على الرغم من أن هذا الفصل وقع ذكره في أسانيد الطعن بحيث لا يمكن القول إن عدم تبيننا لهذا الفصل 1 راجع إلى سهو عفوي منها لأن إلى جانب أنه ورد ذكره في أسانيد الطعن فهو يمثل الفصل الوحيد الذي من الممكن أن يتجه التفكير نحوه في هذه المسألة.

-لذلك لا يمكن القول أن محكمة التعقيب قد نسيت، لعله سهو مقصود من المحكمة، وإذا كان حقيقة سهوا مقصودا فإن السبب في ذلك يعود إلى أن محكمة التعقيب قد تكون فهمت أن هذا الفصل لا يعتني تماما بالبحث عن الطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج هل هما عقد أم واقعة أم التزام. أي أن هذا الفصل غير قادر على استيعاب هذه المسألة، مما من شأنه أن يكون قد جعلها تفهم أنها أمام فراغ تشريعي في هذه المسألة قد يكون أدى بها إلى الاجتهاد والاعتماد على ما جاء في التشريع الإسلامي ولو أنها لم تذكر صراحة أن هذا الحل جاء من التشريع الإسلامي. وإذا كان هذا هو فعلا ما فهمته محكمة التعقيب وما فكر فيه القضاة فإن ذلك من شأنه دعم الرأي القائل أن الفصل 1 م 1 أش غير قادر على استيعاب الطبيعة القانون للوعد والمواعدة بالزواج.

-الملاحظ في الفصل أنه يتعلق بنظام استرجاع الهدايا بين الخطيبين في صورة:
نكول أحدهما من الوعد بالزواج.

-ويلاحظ أيضا أنه يحتوي فعلا على شرط خاص وهو شرط تعاقدى، ومن
الثابت أنه لا يمكن للشرط أن يكون مقحما في واقعة قانونية لأن الشرط التعاقدى
مرتبط بالأساس بالعقد الأصلي.

*والعقد الأصلي موجود لكنه لا يتمثل في الوعد والمواعدة بالزواج بل هنا هو
ذلك الاتفاق الحاصل بين الطرفين في شأن الهدايا، فالعقد على فرض وجوده هنا هو
عقد الهدية وليس الوعد والمواعدة بالزواج، أما الوعد والمواعدة بالزواج فإن دورهما
هنا يقتصر على أنهما مثالا مناسبة أبرم الخطيبان بموجبهما عقد الهدية. هذا العقد
الأصلي هو الذي يمكن إقحام الشرط الخاص فيه بالفصل 2.

-والهدية من حيث طبيعتها القانونية لا يمكن أن تكون إلا عقدا، وهي بذلك
تشابه مع عقد الهبة نظرا لاتحاد الموضوع بينهما، وهو النفويت في ملكية شيء أو
مال للغير بدون عوض.

-وعلى هذا الأساس يتضح أنه لا يمكن استنتاج من هذا الشرط الخاص
بالضرورة أن الوعد والمواعدة بالزواج بل إن الفصل 2 م أش يبدو بعيدا عن الصيغة
العقدية للوعد والمواعدة بالزواج.

-نية المشرع من خلال هذا النص لم تذهب في اتجاه إعطاء الوعد والمواعدة
بالزواج صبغة العقد، والدليل أن المشرع يستخدم في هذا النص كلمة العدول لا الفسخ،
وهو مصطلح خاص بالعقود، بينما العدول كلمة لا ترقى إلى مستوى المصطلح، كما
أن محتوى هذا النص وطبيعته تجعلان منه لا علاقة له بالطبيعة القانونية للوعد
والمواعدة بالزواج بين عقد وواقعه، وهو ما سيتأكد من خلال الموقع الذي يحتله
الفصل 2 صيغة الفصل 1 م أش.

***ثانيا : موقع الوعد بالزواج والمواعدة به في م أ ش :**

-من خلال التبويب، نلاحظ أن المشرع لم يخضع للوعد والمواعدة بالزواج قسما أو فصلا أو فقرة بذاتها، بل خصص لهما فصلين فقط وردا في إطار الكتاب الأول للمجلة المخصص للزواج وعنوانه "في الزواج"، بالتالي يتضح أن المشرع لم يفكر في نطاق الكتاب الأول إلا في تنظيم الزواج وحده أي والأحكام الواردة فيه لا تهم إلا الزواج، ولتأكيد كل اعتبار المشرع أنه من الضروري إقصاء الوعد والمواعدة بالزواج منذ الوهلة الأولى وإخراجهما من الكتاب الأول لينتفرغ إلى الاعتناء بالزواج من جهة، وحتى لا يقع تطبيق أحكام الزواج على الوعد والمواعدة بالزواج عن طريق القياس.

وإذا كان المشرع قد أراد إخراج الوعد والمواعدة بالزواج من دائرة م أ ش أي من دائرة النص الخاص فمعنى ذلك أنه أراد إرجاع المسائل المتعلقة بالوعد والمواعدة بالزواج إلى النص العام أي م أ ش ع كإعادة على استيعابها. لذلك خصها بحل خاص ثم أغلق الباب مباشرة بعد ذلك.

ولعل هذا ما يزيد في تأييد استنتاج أن المشرع تجنب الإحالة. في خصوص الهدايا إلى أحكام الفصل 22 م أ ش المتعلق بنظام إرجاع الهدايا بين الزوجين رغم الشبه الكبير القائم بين النظامين.

-تجنب الإحالة كان مقصودا. تكراره لنفس الحل كان عمدا لأنه في النهاية أراد تجنب الوقوع في التناقض مع نفسه لأنه لو أحال على الفصل 22 يكون قد تناقض مع نفسه لأنه سيكون من جهة يقضي عن الوعد والمواعدة بالزواج صفة الزواج. ومن جهة أخرى يعتمد في شأنهما نفس الحل الذي اعتمده في الزواج.

-من أجل ذلك وضع المشرع حلال خاصا بالوعد والمواعدة بالزواج في شأن النظام القانوني لإرجاع الهدايا وذلك ليحافظ على استقلاليتهما عن الزواج.

-فيما عدى هذا الأثر المتعلق بالهدايا فإن بقية الآثار وخاصة الطبيعة القانونية

بين عقد أم واقعة أم التزام أدبي، فإنه ينبغي البحث عنها خارج الكتاب الأول لم أش
وتحديدا في الكتاب الأول من م 1 ع.

2- البحث عن الطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج بين عقد وواقعه
مكانه م 1 ع :

-إخراج المشرع الوعد والمواعدة بالزواج من دائرة النص الخاص أي م 1 ع
يحمل دلالة قطعية على أن إرادة المشرع كانت نحو إعطاء الزواج كل الأهمية، فهو
الوحيد في نظره الجدير بأن تكون له نصوص خاصة به لما يتميز به من
خصوصيات.

-أما الوعد والمواعدة بالزواج فإنهما غير قادرين في نظر المشرع على
الارتقاء لمرتبة الزواج، فالآثار التي قد يتكيف بالطبيعة القانونية للوعد والمواعدة
بالزواج يمكن تقديرهما من خلال النصوص العامة وفي م 1 ع، ومن هذا المنطلق فإنه
بالرجوع إلى تلك الأحكام العامة نجد أن المشرع في الفصل 1 م 1 ع يقسم مصادر
الالتزام إلى صنفين رئيسيين :

-العقود وما يشابهها.
-الجنح الوقائع القانونية وما شابهها.
-وأن عقد لا يتم إلا إذا حصل الإيجاب والقبول بين الأطراف، أو من خلال
الرضى الصادر منهما إذا تعلق الأمر بوعد من جانب واحد.
-أما الواقعة القانونية فتتمثل حدثا يمكن أن يصدر عن الإنسان إما بقصد (جنحة)
أو غير قصد (شبه جنحة).

وقد يصدر عن أشياء جامدة كالعوامل الطبيعية أو متحركة كالحيوانات.
ومن منطلق هذا التقسيم، نتبين أن الوعد والمواعدة بالزواج يبدوان أقرب إلى
العقد من الواقعة القانونية لأنهما ليسا من قبيل الحدث الذي قد يصدر عن الإنسان عن
قصد أو غير قصد، بل هما من قبيل الوعد بالتعاقد والتواعد، علما بأنهما في نظر

القانون بمثابة العقد إذا كانت قد توفرت فيهما كافة مكونات العقد أي الأهلية والرضى والمحل والسبب.

وتطبيقاً لذلك نلاحظ أن الوعد بالزواج وخاصة المواعدة به يحتويان على كامل مكونات العقد منها الأهلية والرضى فهو يحمل تعبيراً عن إرادتهما التي التقت حول الزواج في المستقبل، كذلك موضوع العقد متوفر وهو إبرام الزواج بينهما في المستقبل، كذلك سبب التعاقد وهو الدخول في المستقبل في حياة مشتركة بينهما من أجل بناء أسرة شرعية.

-يتضح هنا أن الوعد والمواعدة بالزواج من قبيل الوعد المجرد بالفصل 18 م 1 ع والذي لا يكتسي قوة إلزامية، بل من قبيل العقد التام الشروط. بل أن كافة مقومات العقد توفرت فيه.

-وعلى هذا الأساس إذا لم تكن قد توفرت في الوعد والمواعدة بالزواج شروط الواقعة القانوني من جية، وإذا كانت في المقابل قد توفرت فيهما كافة مكونات العقد، فإنه لا شيء يمنع من اعتبارهما عقداً بل لا مفاضل من ذلك.

أما عن طبيعة الالتزام الذي يحويه العقد ومن الممكن تسميته عقد الخطبة، فهو من فئة الالتزامات ببذل عناية وليس لتحقيق نتيجة، فالطرفان سيلتزمان ببذل كل ما في وسعهما للوصول إلى الزواج وهي الغاية المرجوة وهي نتيجة قد تحصل أولاً، لذلك فإن هذا الالتزام ليس لتحقيق نتيجة، وهو في حد ذاته رد على أصحاب النظرية الواقعية، لأن اعتبار الوعد والمواعدة بالزواج عقداً يحتوي على التزام ببذل عناية لا يفقد الطرفين حريتهما في الزواج، لا يجعل من الطرفين مطالبين بإبرام الزواج كما لو كنا في وضعية المدين الذي أقدم معترفاً بما تخذ بدمته من دين.

-من أجل ذلك لا يمكن أن نواصل الحديث عن اعتبارهما من قبيل الواقعة القانونية، لا يمكن أن نواصل في مقارنة القانون التونسي في هذا الشأن بالقانون الفرنسي، وذلك لأن الاستناد إلى التصور الذي عرفته فرنسا والذي وصلت به إلى

اعتبار الوعد والمواعدة بالزواج واقعة قانونية في فرنسا.

- هذا التطور لم يشهده القانون التونسي، بل إن الاختلاف واضح بين الطرفين، فالذي وصل إليه القانون الفرنسي سببه ليس الوعد والمواعدة بالزواج يتوفران على خصائص الواقعة القانونية، بل سببه الحقيقي إيجاد منفذ للخروج من المأزق الذي قد يكون وضعه القانون الكنسي.

والذي كان بدوره يبرز نحت وطأة القانون الكنسي، والقانون الكنسي كان يعتبر الوعد والمواعدة بالزواج من قبيل العقد الذي يفترض حتمية انقلابه إلى زواج كامل. والدليل هو أنه إذا أشفع القواعد بالزواج بعلاقات جنسية بينهما، فإن هذه العلاقات في نظر الكنيسة في مقام الدخول المتعمد للعقد أي كما لو كان الزواج قد تم بين الطرفين فعلا، مع العلم بأنه في القانون الفرنسي، خلافا للقانون التونسي القواعد على التعاقد يقوم مقام العقد الأصلي.

- أما عن الذي قد يكون جعل القانون الكنسي يعتبر الوعد والمواعدة بالزواج عقدا ملزما بتحقيق الزواج، فبرجع للاعتبار الكنيسة أن الزواج عقد مقدس، وإذا كان الزواج عقدا مقدسا فإن مقدماته ينبغي أن تكون ملزمة بدورها إلزاما يستتج حتمية تحقيق النتيجة وهي إتمام الزواج.

مثل هذا الحل يبدو صارما لأنه يفقد حقيقة حرية الزواج من كل معناها. من أجل ذلك ومن أجل الحد من حدة هذا الحل لضمان الحرية الفردية في الزواج وحتى لا يكون الخطيبان مطالبان بإتمام الزواج، اعتبر شراح القانون المعاصرون ومعهم فقه القضاء الفرنسي الحديث أن انحل الأمل يكمن في اعتبار الوعد والمواعدة بالزواج واقعة قانونية، والسبب هو أن هذه الواقعة لا تستوجب بالضرورة إتمام الزواج ولكنها في نفس الوقت تضمن إمكانية المطالبة بجبر الضرر في صورة نكول أحد الطرفين عن الآخر، وهو حل مصطدم من الناحية القانونية، لأن الوعد والمواعدة بالزواج أقرب منطقيا إلى العقد منه إلى الواقعة، ولكنه حل يمثل أخف الأضرار، ذلك أنه إذا

كانت الغاية المنشودة تكمن في ضمان حرية الزواج ضمنا مطلقا يستتبع نزع كل قوة إلزامية عن الوعد. والمواعدة بالزواج فإن الحل سيكون في اعتبار الوعد. والمواعدة بالزواج التزاما أدبيا، ولكنه حل خطير وغير عادل من حيث النتائج المنجزة عنها لأنه في صورة عدول أحد الطرفين عن الوعد والمواعدة بالزواج فإنه سيتسبب للخطيب المتخلى عنه بسبب هذا العدول في أضرار، خاصة بالنسبة للبنات التي لن تجد سبيلا قانونيا يمكنها من المطالبة بجبرها، لأن الالتزام الأدبي لا يرتب أثرا قانونيا، لذلك انتج القانون الفرنسي المعاصر مرغما إلى الواقعة القانونية، خاصة في وقت لم يكن يميز فيه فقه القضاء وكذلك شراح القانون في فرنسا في مادة العقود بين العقد الملزم بتحقيق نتيجة والعقد الملزم ببذل عناية.

* أما اليوم وقد أصبح هذا التمييز قائما بل ومعتمدا في فقه القضاء بشكل رسمي، فإنه من الممكن العودة إلى أن الوعد والمواعدة بالزواج من قبيل العقد الملزم ببذل عناية خصوصا وأن تأثير القانون الكنسي فقد اليوم الجدوى التي كان يتمتع بها. وهكذا يمكن أن نقول أن الوعد والمواعدة بالزواج في القانون التونسي أقرب إلى العقد منه إلى الواقعة القانونية.

- ولكن السؤال الذي من الممكن طرحه يكمن في معرفة ما هي الفائدة من البحث في الطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج إلى واقعة ؟
هل أن الطبيعة القانونية من عقد إلى واقعة لها تأثير على النظام القانوني الذي ستخضع إليه الخطبة ؟ هل ستؤثر على النظام القانوني للأثار التي سترتبها الخطبة ؟ أم هل أن لهذه الطبيعة القانونية أهمية نظرية لا غير ؟

القسم الثاني :

العنصر 2 : النظام القانوني للوعد والمواعدة بالزواج :

يطرح مشكل النظام القانوني للوعد والمواعدة بالزواج مسألتين :

1- الأولى تتعلق بإثبات الوعد والمواعدة بالزواج.

2- الثانية بالآثار التي قد تنجر عن الوعد والمواعدة بالزواج.

الفقرة الأولى : إثبات الوعد بالزواج والمواعدة به :

موضوع الإثبات بشكل عام يشير ثلاث أسئلة :

1- موضوع الإثبات

2- عبء الإثبات.

3- كيفية الإثبات.

1- أما موضوع الإثبات: هو الوعد والمواعدة بالزواج وهذا الموضوع لا يتأثر بالطبيعة القانونية من عقد إلى واقعة أي سواء اعتبرنا الوعد والمواعدة بالزواج عقدا أم واقعة فإنه في كلتا الصورتين سنكون مطالبين بإثباتهما كلما اقتضى الأمر ذلك.

2- كذلك عبء الإثبات: لا يتأثر بدوره بالطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج من عقد إلى واقعة، والسبب هو أن عبء الإثبات يبقى دائما قائما على القائم به أي على المدعي في الإثبات، وهو ما تضمنه الفصل 420 م 1 ع ف سواء اعتبرنا الوعد أو المواعدة بالزواج عقدا أم واقعة فإن المطالب بالإثبات لن يتغير.

وفي هذا السياق يمكن أن يكون المدعي في الإثبات هو الخطيب الذي وقع انتحلي عنه إذا أراد القيام على خطيبته لجبر الضرر جراء العدول أو في صورة المطالبة باسترجاع الهدايا، وقد يكون المدعي في الإثبات في صورة وفاة الخطيب الآخر في حادثة وكان قد أراد أن يطالب بتعويض عن الضرر الذي قد يكون انجر له عن فقدان خطيبه بسبب تلك الحادثة.

وقد يكون أيضا المدعي في الإثبات هو الطفل الذي قد ولد لخطيبين والذي يسعى إلى إثبات نسبه نحو الخطيب خاصة خلال الفترة المتراوحة بين سنتي 63 و73 التي اعتبر خلالها فقه القضاء أن الوعد والمواعدة بالزواج باطل لإبرامه، على خلاف الصيغ القانونية مثبت للنسب، أو إن كان يسعى هذا الطفل إلى إثبات أبوته على معنى قانون 28 أكتوبر المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال مجهولي النسب أو

المهملين وذلك لإثبات أن علاقته بالخطيب ناتجة عن العلاقات الجنسية التي ارتبط بها مع الأم والمبينة على الوعد والمواعدة بالزواج.

3- لكن كيفية الإثبات: هي التي من الممكن أن تثير صعوبة، في هذه الصورة يمكن للطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج من عقد إلى واقعة تأثير على كيفية الإثبات، وذلك للاختلاف القائم في كيفية الإثبات بين وسائل إثبات التصرف القانوني من ناحية ووسائل إثبات الواقعة القانونية من ناحية أخرى.

ينبغي أن نشير إلى أن هذه الصعوبة كان يمكن للمشرع أن يتجاوزها لو أراد ذلك وأن يحسم الأمر وذلك بتحديد صيغة معينة في الإثبات مشما فعل مع الزواج الذي لا يثبت إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص.

لكن المشرع لم يهتم بوضع نظام خاص للإثبات بالنسبة للوعد والمواعدة بالزواج وهو ما يدل على أنه أراد أن يخضعها من حيث كيفية الإثبات إلى الأحكام العامة في م ا ع.

* وبالرجوع إلى هذه الأحكام العامة ندين مبدئياً الأهمية التطبيقية التي يكتسبها البحث في الطبيعة القانونية من جهة والوقائع القانونية من جهة مما يعني أن وسائل الإثبات ستتغير بين هذين الصنفين :

* فالتصرف القانوني لا يثبت مبدئياً إلا بإحدى الوسائل الكاملة وهو أمر طبيعي باعتبار أن التصرف أعلى درجة من الواقعة وهي الإقرار الحكمي والكتب واليمين الدسمة.

* أما الواقعة القانونية فتخضع لمبدأ الإثبات الآخر فتثبت بشئى الوسائل بالفصل 427 م ا ع اي الوسائل الكاملة والمنقوصة، ومن الوسائل المنقوصة شهادة الشهود. كذلك القرائن القضائية متى كانت قوية ومتظافرة.

وعلى هذا الأساس فإذا اعتبرنا الوعد والمواعدة بالزواج عقداً فسيقع إثباتها بإحدى الوسائل الكاملة أما إذا اعتبرناهما واقعة قانونية يمكن إثباتهما بشئى الوسائل.

- لكن في الحقيقة التمييز بين العقد والواقعة على مستوى الإثبات يمكن تجاوزه
باعتتماد مبدأ الإثبات الحر أي باللجوء إلى شتى وسائل الإثبات الكاملة والمنقوصة
وذلك سواء اعتبرنا الوعد والمواعدة بالزواج واقعة قانونية.

والسبب أن المشرع التونسي وقد اقتضى صراحة في الفصل 473 م 1 ع أن
إثبات التصرفات القانونية يقع مبدئيا بإحدى الوسائل الكاملة، إلا أن هذا المبدأ في
النص ليس مبدأ مطلق بل أخضعه إلى جملة من الاستثناءات بعضها بالفصل 473
(كالقيمة المالية للتصرف)، وبعضها الآخر جاء بالفصل 478 م 1 ع الذي ذكر فيه
المشرع صورتين من صور الاستثناء يكون فيهما المطالب بالإثبات معفى من وجوب
الإدلاء بكتب، إحداها تمثل حالة فقدان الكتب بسبب طارئ أو قوة قاهرة أو اختلاس
والثانية تمثل حالة التعذر أو الاستحالة للإدلاء بكتب.

وربما الصورة الأخيرة أي التعذر من صور الاستثناء لمبدأ الإدلاء بكتب
للإثبات هي التي من الممكن استغلالها للوصول إلى الإثبات الحر في صورة اعتبار
الوعد والمواعدة بالزواج عقدا ملزما ليلتفي في ذلك مع الوعد والمواعدة بالزواج
كالواقعة القانونية وذلك لأن حالة الاستحالة جعلها المشرع موكولة في تقديرها إلى
اجتهاد قاضي الموضوع من جهة، كما وردت أيضا هذه الاستحالة في سياق الفصل
478 م 1 ع عامة وشاملة بما يدعو إلى أخذها على عموميتها تطبيقا للفصل 533 م 1
ع لتشمل بذلك الاستحالة في جميع أنواعها أي المادية، أي فقدان الكتب إن سبق أن
وجد أو استحالة معنوية وهو أن الكتب لم يوجد بالمرّة.

وهو ما قرره محكمة التعقيب في قرار مدني عدد 11058 المؤرخ في 11
مارس 1976، هو قرار مبدئي جاء فيه "وحيث يتبين من تلك الأمثلة المعدودة على
سبيل المثال فقط لا على سبيل الحصر بالفقرة 2 من الفصل 478 أن المراد بالتعذر
ليس هو الاستحالة المطلقة وإنما مجرد وجود مانع مادي أو أدبي يثبت المدعي وتبراه
المحكمة بما لها من حق تقديري يحول دون اتخاذ حجة بالكتابة".

والاستحالة المعنوية في الإدلاء بكتب تتأسس في القانونين التونسي والفرنسي على درجة المودة التي من الممكن أن تقوم بين المتعاقدين مثل علاقة الخال بابنة أخته وهو ما قرره محكمة التعقيب في 19 فيفري 1976، واعتبرت محكمة التعقيب التونسية أيضا أنه "يحجر سماع البنية بالشهادة لإثبات الاتفاقات التي يتجاوز مبلغها 3 د، أما إذا كانت ثمة استحالة مدنية تمنع ذلك فلا مانع من سماع البينة إذاك أن سماعها على أساس إثبات وقائع مادية وتحقيق حالة واقعية"، وهو قرار 5 نوفمبر 1985.

كما اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية في نفس هذا السياق منذ 67 أن الاستحالة المعنوية للإدلاء بكتب يمكن اعتبارها موجودة بين الخطيبين ليست لإثبات وجود الخطبة فقط بينهما لأن الخطبة سوف تثبت لا محالة بالإثبات الحر إن الخطبة واقعة قانونية في القانون الفرنسي، بل أيضا لإثبات كل التصرفات القانونية التي يبرمها الخطيبان بينهما، يرجع لنقرار التعقيب الفرنسي الجزائي في 3 ماي 1967 Gazette du palais (جريدة القصر لسنة 67) ..

"أما إثبات في القانون التونسي يمكن أن يتم بكافة وسائل الإثبات وذلك إما بطريقة مباشرة إذا اعتبرناهما من قبيل الواقعة القانونية أو بطريقة غير مباشرة أي من خلال الاستجابة المعنوية للإدلاء بكتب إذا اعتبرناهما من قبيل العقد.

- على هذا الأساس يمكن أن نقول أنه لا تأثير للطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج من عقد إلى واقعة بالنسبة لإطار الإثبات موضوعا وعينا وكيفية.

- هل لهذه الطبيعة القانونية تأثير على النظام القانوني والآثار المنجزة ؟

الفقرة 2 : آثار الوعد بالزواج والمواعدة به :

إذا كانت التجربة بين الخطيبين قد كللت بالنجاح وآل الأمر بهما إلى اتمام الزواج فإن الأثر الوحيد الذي يكون قد ترتب عن الخطبة هو أنها حققت غايتها وهي الزواج وبذلك لا تكون مرتبة لصعوبات. لكن للصعوبات الحقيقية يمكن أن تحصل في صورة فشل الخطبة أي انفصال الخطيبين.

وفي جميع هذه الصور هناك آثار منجزة، يمكن حصرها في أربعة أنواع :

- 1- أثر يتعلق بمصير الهدايا المتبادلة أثناء الخطبة.
 - 2- أثر يتعلق بمصير الطفل الذي قد يولد قبل الأوان فهل نسبته سيثبت نحو الخطيب أم سيكتفي بحمل لقبه فقط بقانون 28 أكتوبر 1998 أم سيبقى ابنا للخطيبة دون الخطيب.
 - 3- أثر يتعلق بإمكانية أن يطالب الخطيب المتبقي على قيد الحياة بجبر الضرر الذي قد يحصل له على إثر وفاة خطيبه في حادثة.
 - 4- أثر يتعلق بإمكانية أن يطالب الخطيب المتخلى عنه بجبر الضرر الذي قد يحصل له جراء عدول خطيبه عن وعده له بالزواج.
- في هذه الآثار الأربعة نلاحظ أن الآثار 1 و 2 وردت في شأنهما حلول خاصة به، في حين أن الأثرين 3 و 4 فإنه لم يرد في شأنهما حل خاص به وهو ما يدعو إلى الرجوع بهما إلى النص العام أي م 1 ع.

الفرع الأول : صورة الحل الخاص :

1- مصير الهدايا المتبادلة بين الخطيبين :

لما يكون الخطيبان قد تبادلوا هدايا بينهما، ولما آلت هذه الخطبة إلى الفشل فإن السؤال البديهي المطروح يتعلق بمعرفة مصير هذه الهدايا، فهل يحق لمن أهداها المطالبة باسترجاعها ؟

« أجاب المشرع بوضوح وصراحة بقوله في ق 2 م 1 ش لكل واحد من الخطيبين أن سترد الهدايا التي يقدمها للآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص ».

- والملاحظ في النص أنه تسلط عليه تنقيح بموجب القانون في 12 جويلية 93، ذلك أنه قبل صدور هذا القانون لم يكن هذا الفصل 2 يتحدث إلا عن الهدايا التي يقدمها الخطيب فقط إلى خطيبته، لكن هذا الفصل أصبح يشمل منذ صدور ذلك القانون

الهدايا المتبادلة، ولعله أراد أن يخطو خطوة أخرى على درب إقرار المساواة بين الجتسين في م أش ولعله أيضا يحمل إشارة إلى ما شهده العرف والعادة اليوم من تطور باعتبار أن الخطيبين أصبحا يتبادلان اليوم الهدايا على حد سواء، لذلك أراد المشرع أن يواكب هذا التطور الذي شهدته الأعراف والعادات.

-لكن بعيدا عن هذه الملحوظة، يمكن أن نستنتج من قراءة النص أنه يحتوي على مبدأ واستثناء :

*المبدأ هو استرجاع الهدايا من طرف من أهداها.

*الاستثناء يقضي بإبقائها بين يدي من أهدى تاليه.

أ-المبدأ : استرجاع الهدايا :

هناك سؤالان :

1-يتعلق بالهدايا في حد ذاتها التي يمكن المطالبة باسترجاعها.

2-يتعلق بتحديد الحالات التي يقع فيها المطالبة باسترجاع الهدايا.

1-الهدايا المشمولة بالاسترجاع :

السلحظ في الفصل 2 م أش أن المشرع تعرض إلى موضوع استرجاع الهدايا من غير تحديد محتواها ومن غير كيفية اثبات وجودها. ومن غير تحديد أطراف النزاع فيها.

*أولا محتوى الهدايا المشمولة بالاسترجاع :

إذا لم يحدد المشرع محتوى الهدايا لعله أراد أن يحيل على ما درج عليه العرف وجرت به العادة. ولو أنه عودنا غالبا أن إحالته على العرف كثيرا ما تكون صريحة وليست ضمنية على غرار الفصل 23 م أش الذي يحيل فيه المشرع على العرف في تفسيره مختلف الواحيات بين الزوجين باعتبار أنه نص على أنهما يتعاشران حسب العرف والعادة.

-ما الذي يمكن أن يكون هدية بين الخطيبين ؟

أول ما اعتنت به المحاكم هو أنها فرقت بين ما يمكن أن يكون هدية بين الخطيبين ما يمكن أن يكون جزءاً من المهر وذلك رفعا لكل التباس، وهو ما قرره محكمة التعقيب في قرارها المدني في 14 أبريل 70 وصرحت بـ"كل ما يعتبره العرف جزءاً من المهر لا يأخذ حكم الهدية التي يقدمها الخطيب من تلقاء نفسه مودة ومجاملة".

وتأسيساً على ذلك يتوجه على حكام الأصل التحري على نوع الأشياء التي يقدمها الخطيب هل هي من قبيل المنوار والشرط المتعارف أو أنها قدمت على سبيل الهدية.

وقد يكون هذا التمييز فيه ما يدعو للتساؤل كيف من الممكن أن نتحدث عن فريق بين جزء من المهر وهدية الخطبة في وقت لا يبدو فيه تقديم المهر ممكناً لأن المهر يمثل ركناً من أركان الزواج يجعل الحديث عنه لا يجوز إلا مع الحديث عن الزواج وليس عن الخطبة.

وكان محكمة التعقيب تقع في خلط بين الاثنين أي تعتبر أن المهر ولو في جزء منه يمكن تقديمه قبل الزواج، ولكن محكمة التعقيب يبدو أنها تخطت لهذا الخلط لأنها استركت في قرارها السابق بقرار آخر جاء فيه أن المهر ركن من أركان الزواج الذي لم يبرم بين الطرفين باعترافهما، وعليه فلا يمكن اعتبار المصنوع والملابس المقدمة من الخطيب إلى خطيبته قبل إبرام عقد الزواج إلا من قبيل الهدايا التي يحكم دعوى استردادها الفصل 2 م أ ش.

قرار مدني تعقيبي عدد 35362 مؤرخ في 5 أبريل 1995.

- الهدايا التي من الممكن أن يتبادلها الطرفان متنوعة، بعضها قابل للبقاء دون أن يطرأ عليه تغيير مثل المصوغ، الأدبаш التي لم يقع استعمالها، كذلك العقارات، في حين أن البعض الآخر يمكن أن يطرأ عليه تغيير مثل الأدباش التي وقع استعمالها دون إتلافها، البعض الآخر يمكن أن يقع إتلافه وهي القابلة للاستهلاك.

ما هي الهدايا التي يمكن المطالبة باسترجاعها ؟ هل التي تبقى على حالها دون تغيير أم جميع أصناف الهدايا ؟

إذا كان المشرع قد لازم الصمت في خصوص هذا السؤال، إلا أن الإجابة تبدو رغم ذلك واضحة وهي أن جميع الهدايا مشمولة بالاسترجاع أي التي لا تتغير والتي يمكن استهلاكها.

والسبب في هذه الإجابة الشاملة هو أن الفصل 2 م أ ش ورد على صيغة العموم ولم يميز بين نوع من الهدايا يقع استرجاعها ونوع آخر لا يقع استرجاعه، ومتى كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها.

لكن هذا الحل يفرز صعوبة أخرى وهي المتعلقة بكيفية استرجاع الهدايا التي وقع استعمالها فوق نقص في قيمتها وكذلك بالنسبة للهدايا التي وقع استهلاكها.

- هذه الصعوبة من الممكن تجاوزها عن طريق التعويض أي إرجاع قيمة الهدايا التي وقع استهلاكها وتسديد قيمة النقص الحاصل في الهدايا التي وقع استعمالها دون تلف، وهو حل أكدته محكمة التعقيب في قرارها المدني عدد 318 في 27 أكتوبر 77، في هذا القرار صرحت بما يلي "إذا تراكن رجل وامرأة على الخطوبة، ثم نكلت هذه الأخيرة وجب عليها إرجاع الهدايا أو قيمتها إلى الخطيب".

- لكن بالنسبة للاسترجاع الهدايا التي وقع استعمالها وحدث نقص في قيمتها وكذلك التي وقع استهلاكها يمكن أن يتولد عنه صعوبة متأتية من كيفية تقدير هذه القيمة.

- إثبات أمر واقع يمكن تجاوزه بشئى الوسائل. من الممكن أن يقع إثبات القيمة إثباتا مباشرا وذلك بالإدلاء بكل ما يفيد أنه وقع اقتناؤها بمبالغ معينة، كما أنه من الممكن أيضا توخي الإثبات الغير مباشر بواسطة الاختبار وذلك من خلال استصدار إذن على عريضة من المحكمة المختصة.

- لكن الحديث عن استرجاع الهدايا وتقدير قيمتها يطرح سؤالا أوليا : كيف

يثبت الخطيب أنه أهدى إلى خطيبته أو العكس ؟

*ثانيا : إثبات وجود الهدايا :

عبء الإثبات : قد يبدو عبئ الإثبات بدوره غير مثير للجدل باعتبار أنه محمول على الخطيب الذي أهدى للأخر هدايا، وجاء مطالبا باسترجاعها في الصور التي مكنه المشرع من ذلك فيها، لكن هناك صعوبة على مستوى التطبيق تتمثل في معرفة هل من الممكن للغير أن يقوم في حقه بالمطالبة باسترجاع الهدايا ؟

-مبدئيا ليس هناك ما يمنع من ذلك باعتبار أن التوكيل في مادة التقاضي مسموح به قانونا، لكن الذي منعه فقه القضاء هو أن يقوم غير الخطيب في حق أنفسهم قياسا على الخطيب المتخلى عنه.

مثال إذا قدم والد الخطيب هدايا إلى خطيبة ابنه في حق الابن فلا حق لهذا الأب في استرجاعها في صورة العدول لأن الهدية هي معتبرة من الخطيب وليس من الأب حتى وإن كان الأب هو الذي سلمها للخطيبة، وهو ما صرحت به محكمة التعقيب في قرار مدني عدد 5526 في 81/11/3 : "عند عدول الخطيبة عن الزواج من الخطيب بعد أن تسلمت بعض الهدايا في حقه من والده فإن هذا الأخير لا صفة له في القيام شخصا باسمه في استرجاع تلك الهدايا".

وبذلك فإن الحكم له بها يكون خارقا للقانون ومستوجبا للنقض دون إحالة.
+كيفية الإثبات : المشرع لم يحدد وسيلة معينة لإثبات وجود الهدايا بين الخطيبين وذلك على الرغم من أنه اعتنى بوضع نظام قانوني لاسترجاعها وهو ما يعني أنه أراد أن يحيل على الأحكام العامة المتعلقة بالإثبات في م إ ع.
وبالرجوع إليها نجدها تميز بين إثبات التصرفات القانونية. والوقائع القانونية، وهنا وجب البحث عن الطبيعة القانونية للهدية ؟

-ومثلما تبينا فإن الهدية تمثل في جوهرها ومحتواها عقدا بآتم معنى الكلمة نظرا لأنها تحتوي على كافة مواصفات العقد، فهي تفيد تمالك شخص لشخص آخر

مالا أو شيئا مقدرا بمال دون عوض، وبذلك فهي تبدو شبيهة جدا بالهبة والهبة عقد باتم معنى الكلمة.

على أن الفرق بين الاثنين هو أن الهبة عقد مسمى، أما الهدية عقد غير مسمى، كما أن الهبة تخضع إلى شروط شكلية جعلها المشرع شروط صحة بينما الهدية عقد رضائي لا يخضع إلى شكليات معينة، مع العلم أن الهبة نظمها المشرع بنصوص خاصة بعضها أمر ويتعلق بالنظام العام وذلك بالفصل 200 وبعده م أ ش.

بناء على ذلك فإن إثبات وجود الهدايا بين الخطيبين سيخضع مبدئيا لنظام الإثبات المتعلقة بالتصرفات القانونية أي الكتب أو ما عادله من الحجج الكاملة، وذلك إذا كانت قيمة الهدايا تتجاوز الحد الأدنى الذي نص عليه الفصل 473 م أ ع، لكنه في الحقيقة يمكن إثبات وجود الهدايا بين الخطيبين بكافة وسائل الإثبات وذلك لسببين :

1- إذا كانت قيمة الهدايا دون الحد الأدنى الذي نص عليه الفصل 473 م أ ع فإنه أليا يتم الإثبات بشئى الوسائل.

2- حتى في صورة إذا فاقت قيمة الهدايا الحد الأدنى بالفصل 473 م أ ع فإنه من الممكن اللجوء إلى الإثبات الحر أي بكافة الوسائل حتى المقررة مثل الشهادة وذلك على أساس أن بين الخطيبين توحد استحالة معنوية في الإدلاء بكتب تطبيقا لأحكام الفصل 478 م أ ع.

*ثالثا : تحديد أطراف النزاع في هدايا الخطيبين :

مما لا شك فيه أن الطرفين الأساسيين هما الخطيبان، ولكن الواقع الاجتماعي أفرز صور ووضعيات من النزاع حول استرجاع هدايا الخطيبين تدخل فيها أطراف أخرى وربما كان للعرف والعادة دور في هذا التدخل. وهو ما تطلب من المحاكم أن تبحث عن الحلول الملائمة.

وهذه الصور الواقعية تتمثل عادة في أن الذي قد يكون سلم الهدايا ليس الخطيب نفسه بل الأبوين، وقد يكون الذي تسلم الهدايا ليس الخطيب الآخر بل أبواه أو غيرهما،

فهل من الممكن المطالبة باسترجاع هذه الهدايا ؟

- أجابت محكمة التعقيب في قرار عدد 8506 في 73/6/26 : "إذا اعترفت الخطيبة بأنها تسلمت من خطيبها عدة هدايا ثم قام الخطيب يطالب الأبوين باسترجاع هذه الهدايا اعتمادا على عرف البلاد من أن الخطبة تقع للأبوين وهما المسؤولان بالهدايا وقضت المحكمة للخطيبة لم يكن حكمها ضعيف التعليل لمخالفة العرف لأن إقرار الخطيبة كان ردا لهذا العرف".

- يتبين من خلال هذا التعليل أنه لو أن الخطيبة لم تعترف بأنها هي التي تسلمت الهدايا لكان قضي على الأبوين بإرجاع تلك الهدايا للخطيب وذلك عملا بقاعدة العرف. لكن اعتراف الخطيبة اعتبرته محكمة التعقيب من قبيل رد لذلك العرف لأن العرف لا يمكن له مخالفة النص الصريح. وإذا كان النص الصريح غير موجود فإن العرف يصبح قابلا للتطبيق كمصدر ثانوي للقانون، ولكنه في هذه الصورة ستكون قوته الإلزامية شبيهة بالقاعدة القانونية المكملة أي التي من الممكن للأطراف إزاحتها. واعتراف الخطيبة في هذه الصورة هو إزاحة منها لذلك العرف، خصوصا وأن الاعتراف في القانون المدني هو سيد الأدلة.

2- تحديد صور استرجاع هدايا الخطيبين :

إذا كان استرجاع الهدايا بين الخطيبين يمثل المبدأ فإنه من الصعب جدا تحديد صور هذا الاسترجاع وحالاته، وذلك لأن المبدأ شامل لجميع الحالات بحيث لأي قبل التحديد بينما الذي يقبل التحديد هو الاستثناء، لذلك الضبط صور استرجاع الهدايا لا يمكن إلا توخي منهجية معاكسة تعتمد تحديد الصور التي لا يقع فيها الاسترجاع، ثم إقصاؤها لتصبح الصورة المتبقية هي التي يقع فيها استرجاع الهدايا.

- انطلقنا من حالات الاستثناء والتي لا يقع استرجاع الهدايا فيها، وهي حالات تتحضر في صورتين :

1- صورة الخطيب الذي قدم الهدايا لخطيبه.

2-صورة وجود شرط خاص.

إذا أقصينا هاتين الصورتين فإن بقية الصور المتبقية يمكن فيها مبدئيا المطالبة باسترجاع الهدايا، مثل صورة الخطيب الذي قدم الهدايا إذا كان العدول من قبله لا يمكنه المطالبة باسترجاع الهدايا، كذلك صورة وفاة أحد الخطيبين مبدئيا يحق لمن بقي على قيد الحياة المطالبة باسترجاع الهدايا من الورثة، كذلك في صورة الخطيبين معا يحق مبدئيا للورثة المطالبة بالاسترجاع. كما يحق لورثة الخطيب المتوفى أن يطالبوا من بقي حيا من الخطيبين باسترجاع الهدايا، ولو أن الأستاذ بن حليمة يعتبر أنه ليس من الوجبه في صور الوفاة مطالبة من بقي حيا بإرجاع الهدايا التي تسلمها من خطيبه قبل وفاته، بل إنه من الأفضل إيقاؤها لديه على سبيل الذكرى.

-لكن محكمة التعقيب لم تأخذ برأيه بل أقرت إرجاع الهدايا إلى ورثة المتوفى وذلك من خلال قرارها المدني عدد 4146 في 11 مارس 82 جاء فيه "الهدايا المقدمة للخطيبة لأي ستردها الخطيب منها إذا ما نكل عن خطبتها، أما إذا مات واستحال الزواج بهذه الحادثة فإن من حق ورثته استرداد تلك الهدايا، وبذلك فإن الحكم لهم باسترجاعها أو قيمتها في طريقه ولا مطعن فيه".

-ولعل السبب الذي قد يكون جعل محكمة التعقيب تقرر على هذا النحو هو أن الهدية اعتبرت مرتبطة بمدى تحقق الزواج وهو يعني أن هذه الهدية رغم أنها شبيهة بالنبيبة لأنها تملك بدون عوض، إلا أنها تختلف عنها باعتبار أن الهبة لا تسترجع بينما الهبة يمكن استرجاعها.

-واعتبارا إلى أن المشرع لم يضع حالة الوفاة من بين الاستثناءات التي يقع فيها استرجاع الهدايا، فإنه يصبح من المتجه إرجاعها إلى المبدأ أي إخضاعها إلى مبدأ الاسترجاع لأن الاستثناء يؤول حصريا ولا يتوسع فيه.

ب-الاستثناء : (عدم استرجاع الهدايا) :

-هناك استثناءين وردا بالفصل 2 م اش لا يمكن الاسترجاع فيهما :

1- في صورة العدول من قبل الخطيب المهدي.

2- وجود الشرط الخاص.

1- صور العدول من قبل الخطيب المهدي :

- يمكن اعتبارها مبدئيا صورة طبيعية أي لا يمكنه المطالبة بهداياه لسببين :

1- الأول هو أن الخطيب المهدي له لم يرتكب مبدئيا ذنبا أو خطأ، بل إنه في الحقيقة هو المتضرر، لعل إبقاء الهدايا يمثل جزءا من تعويض الضرر الذي قد يكون لحقه من العدول.

2- الثاني هو أن الخطيب المهدي والناكل بمجرد عدوله يكون قد ارتكب مبدئيا خطأ في حق الخطيب المتخلى عنه. وقد يكون في حرمانه من حق المطالبة باسترجاع هداياه عقابا لا يسلط عليه، ولو أن القانون المدني لا يتأسس على العقاب خلافا للقانون الجزائي، بل يتأسس على التعويض لأنه قانون تعويضي وليس قانون زجري.

- ولكن في صورة عدم القدرة على استرجاع الهدايا تبدو الصبغة العقابية التي يتميز بها الفصل 2 م أ ش لأنه لو كان إبقاء الهدايا بين يدي الخطيب المتخلى عنه من قبيل تعويض الضرر الذي قد يكون لحقه جراء نكول الطرف الآخر لما أمكن لهذا الخطيب المتخلى عنه أن يطالب بجبر الضرر الناجم عن النكول إلى جانب إبقائه على الهدايا بين يديه ولكان توقف حقه عند حد إبقاء الهدايا بين يديه لأن الضرر لا يعوض مرتين، بل مرة واحدة.

- وعلى هذا الأساس إذا كان الخطيب المتخلى عنه سيقى الهدايا بين يديه وسيكون من حقه إلى جانب ذلك أن يطالب بجبر الضرر الناجم له عن هذا النكول من جهة، وإذا كان لا يجوز للشخص أن يطالب بالتعويض عن نفس الضرر الذي يصيبه مرتين من جهة أخرى فإننا نفهم أن إبقاء الخطيب المتخلى عنه الهدايا بين يديه ليس تعويضا للضرر بل هو عقاب يسلط على الخطيب المتخلى.

- كما أنه لا يجوز اعتبار إبقاء الهدايا بين يدي الخطيب المتخلى عنه جزءا من

ذلك التعويض لأنه لو كان فعلا جزءا من تعويض الضرر الذي يكون قد أصابه من عدول الطرف الآخر لكأنت خصمت قيمة الهدايا من مقدار التعويض الذي ستقدره المحكمة، بينما يثبت الواقع المعيش أن الخطيب المتخلي عنه يبقى الهدايا بين يديه من جهة ويتحصل على جبر للضرر كاملا دون اعتبار قيمة الهدايا فيه، يعني الاستقلالية بين الهدايا والتعويض، وهو ما يؤكد الصبغة العقابية للفصل 2 م أ ش ولو أنه عقاب في ثوب تعويض وليس في ثوب زجر لأن الأمر لا يتعلق بخطية تدفع لخزينة الدولة.

- هذه الصبغة العقابية التي يتخذها عدم استرجاع الهدايا تتأكد مع وجود الشرط الخاص الشبيه إلى حد بعيد بالشرط الجزائي.

- وإذا كانت هذه الأسباب الداعية إلى حرمان الخطيب المتخلي من حقه في المطالبة باسترجاع هداياه، لكن هذه الأسباب تبدو وجيهة في ظاهرها إلا أنها قد تتحقق أحيانا فتلفد منطقيتها وذلك خاصة في الصورة التي يتمسك فيها الخطيب الناكل بأنه لم يعدل عن الخطية بصورة تعسفية بل عدل عن الخطية لسبب مشروع، لعله يعزى إلى تصرفات الخطيب المتخلي عنه وسلوكه، وهو ما يجعل أن الخطيب الناكل ولئن كان ظاهريا هو المخطئ والخطيب المتخلي عنه هو المتضرر إلا أن العكس في الواقع هو الصحيح. أي المتخلي هو المتضرر من سلوك خطيبه وأن المتخلي عنه هو المتسبب الحقيقي في العدول لأنه بتصرفاته وسلوكه يكون قد دفع خطيبه للتخلي عنه.

- والسؤال المطروح، هل بإمكان الخطيب المتخلي المطالبة باسترجاع هداياه بعد أن يكون قد أثبت أنه دفع إلى العدول بسبب تصرفات خطيبه أي عدوله كان مشروعا؟
من المنطوق مما جاء في النص يصعب على المحاكم أن تقبل دعوى الخطيب الناكل والمطالب باسترجاع هداياه على أساس أن عدوله كان لسبب مشروع والسبب في ذلك أن الاستثناء بالفصل 2 م أ ش قد ورد مطلقا دون أن يسمح بإمكانية تأويله كما لو كان قرينة قاطعة على أن الخطيب المتخلي هو المخطئ والقرينة قاطعة لا تقبل الدخول.

2- وجود الشرط الخاص :

أول ما يمكن استنتاجه من خلال هذا الشرط هو فسخ المشرع المجال أمام حية التعاقد أمام الطرفين وهو فسخ استقره شراح القانون (بن حليلة) بين خطيبين يفترض فيهما أن تنطلق علاقتهما على أساس من المودة والثقة المتبادلة. بينما اللجوء إلى الاشتراط في مادة الهدايا لا يمكن إلا أن يكون أساسه التخوف والاحتراز، فوجود هذا الشرط منذ البداية ينبئ بأن الطرفين كما لو كانا يخططان لإفشال الخطبة، وربما يمكن استنتاج أمرين من وجود هذا الشرط الذي قد يتمكن بموجبه الخطيب الناكل في بعض الحالات من استرجاع الهدايا :

+الأمر الأول : اللجوء إلى تقنية الشرط الخاص سيمكن من تجاوز الصعوبة التي يكون فيها الخطيب الناكل قد عدل عن الخطبة لسبب مشروع، فسوف يتمكن من استرجاع هداياه في هذه الصورة ليس على أساس أن عدوله كان لسبب مشروع بل على أساس هذا الشرط الخاص.

+الأمر الثاني : نظام استرجاع الهدايا هو نظام أراده المشرع أن يكون موكولا للطرفين يحددانه حسب إرادتهما وهو ما يعني أيضا أن نظام الفصل 2 م 2 أ ش هو نظام مكمل لإرادة الطرفين وليس لمبدأ واستثناء كما تبادر للذهن، فالقاعدة هي إذا أن يتفق الطرفان على نظام للهدايا بينهما، أما في صورة عدم حصول اتفاق بينهما أي في صورة سكوت عقد الهدية بينهما فإن النظام القانوني المطبق هو نظام الفصل 2 م 2 أ ش لأن في سكوت الطرفين قرينة على قبولهما الفصل 2.

-أما عن سبب حصول هذا الاتفاق فقد يأتي بصورة لاحقة بحصول النزاع أي بصورة لاحقة لانحلال الخطبة بينهما وهو المبدأ في المادة المدنية، لكنه من الممكن أن يحصل الاتفاق بصورة سابقة لحصول النزاع أي لانحلال الخطبة وهو الاستثناء باعتبار أنه لا يجوز مبدئيا الاتفاق على أشياء مستقبلية إلا في حالات حصرية من بينها في صورة الخطبة، لأن الحديث عن الشرط الخاص في الفصل 2 يدلنا على أنه

شرط يحصل قبل النزاع لأنه شرط يقم في العقد الأصلي بحيث يتزامن معه، والعقد الأصلي هنا هو عقد الهدية.

- يتضح أن نظام إرجاع الهدايا لا يتأثر بالطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج من عقد إلى واقعة قانونية لأن إرجاع الهدايا أو إبقاؤها سيكون بناء على اتفاق بين الطرفين إن وجد الاتفاق أو حسب نظام الفصل 2 م أ ش في صورة عدم اتفاق الطرفين على نظام معين وذلك سواء كان الوعد والمواعدة بالزواج عقدا أم واقعة قانونية.

II- مصير الطفل المولود لخطيبين :

- إذا أثرت الخطبة مولودا قبل الأوان فالسؤال يتعلق بمعرفة مصير هذا الطفل ؟ هل سيتمكن من إثبات نسبه نحو أبيه ؟ في صورة فشله هل بإمكانه أن يربط مع أبيه علاقة قانونية على معنى قانون 28 أكتوبر 98 المتعلق بإسناد لقب للأطفال مجهولي النسب أو المجهولين أم هل سيبقى بدون علاقة مع أبيه أي لا علاقة له إلا مع أمه مع كل ما ينجر عن ذلك من واجبات وحقوق ؟

أ- مدى إمكانية إثبات نسب الطفل المولود لخطيبين :

- أولا لن تكون للطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج من عقد إلى واقعة أي تأثير على ثبوت النسب من عدمه والسبب في ذلك هو أن وسائل إثبات النسب الواردة بالفصل 68 م أ ش وردت على سنبل الحضر لا المثال، أي لا يمكن الزيادة فيها وعددها 3 :

1- الفرائش.

2- إقرار الأب.

3- شهادة شاهدين من أهل الثقة فكثر.

هذه الوسائل لا وجود من بينها لا للعقد ولا للواقعة القانونية لذلك فإن النسب لا يمكن إثباته بالعقد ولا بالواقعة القانونية يعني لا تأثير للطبيعة القانونية للوعد والمواعدة

بالزواج من عقد إلى واقعة على إثبات النسب.

-إثبات النسب ينبغي إثباته من خلال وسائل الفصل 68 م أ ش.

1-وسيلة الفراش :

- إذا كان مصطلح الفراش يفيد في التشريع الإسلامي كلا من :

+الزواج الصحيح والباطل.

+والدخول بشبهة.

+والعلاقات مع ما ملكت اليمين.

فإنه اقتصر في التشريع التونسي على الزوجين الصحيح والباطل.

والزواج الباطل المعني هو الزواج بضروريته أي الزواج الفاسد على معنى

الفصل 22 م أ ش والزواج باطل لإبرامه على خلاف الصيغ القانونية على معنى

الفصل 36 من قانون 1 أوت 57.

-وهذا الزواج الأخير (على معنى الفصل 36) تعامل معه فقه القضاء التونسي

بطريقتين مختلفتين إحداهما إيجابية بالنسبة للطفل لأنها تؤدي إلى إثبات نسبه.

*أولا : الطريقة الإيجابية :

-انطلق العمل بهذه الطريقة الإيجابية سنة 1963 ليتوقف بعد 10 سنوات أي

سنة 73 وهي العشرية الذهبية (حسب بن حليمة) للطفل المولود لخطيبين.

-خلال هذه العشرية استقرت المحاكم بجميع درجاتها على توشي أسلوب موسع

في تأويل النود والمواعدة بالزواج، لعله تأويل خارق للقانون وتحديد الفصلين 1 م أ

ش و36 ق 57 اعتبر خلال تلك الفترة فقه القضاء الوعد والمواعدة بالزواج بمثابة

الزواج الباطل لإبرامه خلافا للصيغ القانونية لكنه مثبت للنسب.

-ولعل أبرز قرار أصدرته محكمة التعقيب في هذا الاتجاه قرار مدني عدد

5350 في 2 أفريل 68 بمناسبة قضية أفادت فيها الأحداث ارتباط شخص بعلاقات

جسدية مع امرأة سبق له أن تواعد معها على الزواج هذه العلاقات انتهت إلى وضع

الخطيبة مولودة وقع ترسيمها بدفاتر الحالة المدنية منسوبة لأبيها المزعوم، لكن الأبوين نادرا إثر الولادة بعقد القران بينهما بصورة رسمية واستمرت الحياة بين الطرفين مدة من الزمن تراءى للزوج إثرها أن ينشئ الطلاق على زوجته فقضى له بذلك لكنه لم يتوقف عند ذلك بل قام بقضية أخرى طلب من خلالها من المحكمة أن تقضي له بنزع شبهة النسب التي أحدثها نحوه ترسيم المولودة بدفاتر الحالة المدنية منسوبة إليه، متمسكا في ذلك بأن المولودة لا يمكن أن ترى نسبها يثبت لأنها ليست بنتا شرعية ولدت من علاقات سابقة للزواج وهذه العلاقات خنائية لا يمكن أن تؤدي إلى ثبوت النسب.

-قضاة البداية والاستئناف (قضاة الأصل) استجابوا لهذه الدعوة وقضوا بنزع شبهة النسب عن الزوج المطلق وأذنوا لضابط الحالة المدنية بشطب اسم الزوج ولقبه من رسم ولادة البنت معتبرين أن العلاقات السابقة للزواج لا يمكن أن تدرج في إطار وسيلة الفرائش لأنها علاقات خنائية لا تثبت النسب. لكن محكمة التعقيب كان لها رأي مخالف، إذ قررت نقض القرار الاستئنافي لأن النسب في نظرها كان نسباً ثابتاً وثبوته ليس متأتيا في نظرها من رسم البنت بدفاتر الحالة المدنية منسوبة نحو الأب بل نسبها ثابت بمقتضى الزواج القائم بين أبويها والزواج المعنى في نظر محكمة التعقيب ليس ذلك الزواج الذي وقع إبرامه بعد الولادة، بل الزواج الباطل الذي كان قائما بين الطرفين قبل إبرام الزواج الصحيح بينهما وهو زواج باطل على معنى الفصل 36 قانون 57 لأنه لا ينقصه سوى الشكليات التي جاء بها هذا القانون أي لأنه لم يبرء بواسطة المأمور العمومي. لكنه يبقى مثبتا للنسب عملا بالفصل 36 مكرر ق 57.

-ولقد استتجت محكمة التعقيب الزواج الباطل من خلال الوعد والمواعدة بالزواج بين الطرفين الذين كفيتهما على أنها زواج باطل أي زواج احتوى على كامل أركانه وشروطه لا ينقصه سوى شرط واحد هو أنه لم يفع إبرامه بواسطة مأمور عمومي..

- هذا القرار ليس الوحيد الذي تبنت فيه محكمة التعقيب هذا التأويل الموسع للوعد والمواعدة بالزواج بل كان تيارا كاملا داخل محاكم الأصل. ولكن هذا التأويل جاء مخالفا للقانون وتحديدًا الفصل 1 م أ ش الذي ينفي عن الوعد والمواعدة بالزواج صبغة الزواج وقوة الإلزامية. وهذا النفي جاء مطلقا وشاملا لأنه نفى عنهما صفة الزواج الصحيح وقوته الإلزامية كذلك صفة الزواج الباطل وقوته الإلزامية فعبارة القانون في النفي جاءت مطلقة ويتعين إجراؤها على إطلاقها.

- كما أن هذا التأويل جاء مخالفاً للفصل 540 م أ ع الذي يقتضي أن ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحظور مدة وصورة. أي أن الاستثناء لا يقبل التأويل الموسع. فإذا كان الزواج الباطل يثبت النسب رغم بطلانه فما ذلك إلا استثناء للمبدأ أن الباطل لا يترتب أي أثر. وإذا كان ذلك استثناء للمبدأ فإنه لا يمكن تأويله تأويلا موسعا بل حرفيا.

- خالف أيضا محكمة التعقيب طبيعة الوعد بالزواج واختلافه مع الزواج، فالرضى الذي تمسك به محكمة التعقيب والذي ركزت عليه موقفها بقولها إن الزواج قائم بين الطرفين بمجرد أنهما اتفقا عليه هو قول لا يستقيم قانونا لأن الرضى الذي أبداه الطرفان هو رضى بالزواج في المستقبل وهو خاضع لأحكام ف 1 م أ ش بينما الرضى المؤدي إلى قيام الزواج وإثبات النسب هو الرضى الذي يبيده الطرفان على الزواج في الحين الذي بموجبه يوحد الزواج وهو الخاضع لأحكام الفصل 3 م أ ش، فالفرق إذا بين الرضائين فارق نفساني.

- كما أن هذا التأويل فيه خرق للفصلين 36 و 36 مكرر ق 57 لأن الزواج الباطل على معنى الفصلين هو زواج بآتم معنى الكلمة أي زواج يحتوي على كافة مقومات الزواج من رضى بالزواج في الحين مع كل ما يترتب عن ذلك من آثار، أما إذا كان الرضى بين الطرفين ليس رضى بالزواج في الحين فإنه لا يمكن أن يخضع لأحكام الفصل 36 من هذا القانون. لكن محكمة التعقيب أصررت على موقفها رغم أنها

تعلم علم اليقين أن تأويلها للوعد والمواعدة بالزواج مخالفا للقانون والدليل أنها في قرار 68 كانت تستعمل أسلوبا في التحرير يكتنفه الغموض وهو غموض مقصور منها لعلها أرادت أن تجعل القارئ لا يميز في ذهنه ولا يعرف إن كان أب البنت قبل ولادتها خطيبين أم زوجين.

لكن هذا التوجه القضائي لم يعمر طويلا لأنه كان مبني على العدل والإنصاف أكثر مما على التطبيق السليم للقانون.

*ثانيا : الطريقة السلبية للطفل المولود لخطيبين :

جميع الأسباب المذكورة والتي بينت التأويل الخاطئ من طرف محكمة التعقيب لقانون كما كان سببا في تراجع محكمة التعقيب في الاتجاه المعاكس عدد 9210 في 6 مارس 73 في الاتجاه المعاكس لأنه وضع مبدأ ليس موجودا في نص التشريع جاء فيه "لا يعتبر ابنا شرعيا المولود الناتج عن علاقة خنائية ولا يمكن إثبات نسب ابن غير شرعي. وهو اثر لا يمنحه القانون".

هذا المبدأ انبنى على تقرير محكمة التعقيب أن العلاقات السابقة للزواج مهما كان أساسها هي علاقات خنائية غير قادرة على إثبات النسب لكن قرار محكمة التعقيب في 2 جوان 92 جاء أكثر دقة وهو قرار مبدئي جاء فيه الفصل 1 م أ ش لم يرتب عن الخطبة زواجا ولا يقضي بأحكام الزواج فيما بين الخطيبين. فكل من الوعد والمواعدة بالزواج لا يعتبر زواجا ولا يقضي به، فلا يحل ولا يحق للخطيبين تجاوز حدود الخطبة إلى الاتصال الذي يعتبر بالنسبة لهما اتصالا غير مشروع ولا يشكل إلا علاقة خنائية لا ترتب نسباً. قرار عدد 26431 في 2 جوان 92.

في نفس الاتجاه أيضا أصدرت محكمة التعقيب قرار عدد 43354 في 18 أكتوبر 96.

منذ 73 لم يعد فقه القضاء يعتبر الوعد والمواعدة بالزواج زواجا باطلا ونتيجة لذلك فإن الطفل المولود لخطيبين سيكون بإمكانه أن يرى نسب يثبت لو كتب

له أن يولد خلال العشرية الذهبية، أما إن ولد بعد هذه العشرية فإنه من الصعب جدا أن يرى نسبه ثابتا إلا في بعض الحالات الاستثنائية التي تصدر فيها أحكام وقرارات من حين لآخر تذكرنا بالعشرية الذهبية لأنها أحكام متفرقة لا تمكن من القول بأن العشرية الذهبية قد عادت ثانية.

2- وسيلة الإقرار :

عند قراءة الفصل 68 م أ ش يتبادر إلى الذهن أن استطاعة الطفل المولود لخطيبين أن يرى نسبه يثبت عن طريق وسيلة الإقرار، والسبب أن هذه الوسيلة تعمل حسب هذا النص بصورة مستقلة عن وسيلة الفرائض بدليل استعمال المشرع حرف "أو" الذي يفيد التنوع والاستقلالية في نفس الوقت بين الوسيلة السابقة واللاحقة، لكن فقه القضاء كان له رأي مغاير لأنه أخضع وسيلة الإقرار المثبت للنسب إلى شرط لم يرد في نص التشريع بل أضافته المحاكم بعد أن جلبته من التشريع الإسلامي. ذلك أنه الشروط التشريعية في الإقرار لكي يثبت به النسب هي شروط ثلاث :

أولها : نص عليه الفصل 68 م أ ش وهو أن يكون الإقرار صادر عن الأب لا عن غيره وهو أمر طبيعي لأن النسب علاقة يتحكم فيها الأب وهو الذي يمررها نحو ابنه وليس العكس.

الثاني: وضعه الفصل 70 م أ ش وهو بأن لا يكون هناك ما يخالف الإقرار قطعيا شرط سلبي يمكن أن يصير ايجابيا بطريقة معاكسة، ويعني ذلك أنه ينبغي أن يكون الطفل المراد الإقرار بنسبه مجهول النسب لأنه لو كان ثابت النسب لكان ثبوت هذا النسب مخالفا للإقرار.

الثالث : جاء به الفصل 70 م أ ش وهو أن يكون هذا الطفل من الممكن أن يولد مثله لمثل شخص المقر ومعنى ذلك أن فارق السن بينهما يجب أن يوحي بأن هذا الطفل من الممكن أن يكون طفلا لذلك المقر.

فإذا توفرت هذه الشروط الثلاث معا أمكن للإقرار أن يثبت النسب.

لكن فقه القضاء أضاف شرطا رابعا من التشريع الإسلامي وفقهاء التشريع الإسلامي ابتدعوه ولكنه كان حجر عثرة في طريق وسيلة الإقرار المثبت للنسب يقضي بوجوب أن لا يبرز المقر أن الطفل المراد إثبات نسبه مولود من علاقات غير شرعية أي خارج الزواج.

وإذا كان فقهاء التشريع الإسلامي ومن بعدهم فقه القضاء التونسي أوجبوا على الأب المقر بأن لا يبرز العلاقة غير الشرعية، فسبب ذلك يعود إلى أن الإقرار المجرد للنسب هو في نظرهم قرينة على وجوب زواج - بن المقر ووالدة الطفل المراد إثبات نسبه في الإقرار.

وهو قرينة بسيطة وقوية في نفس الوقت :

بسيطة لأنه من الممكن دحضها من خلال إبراز الأب المزعوم العلاقة غير الشرعية.

- ولكنها قوية لأنه لا أحد يقدر على الطعن فيها سوى المقر.

- وفقه القضاء وفقهاء التشريع الإسلامي يؤكدون على أن الإقرار المجرد يوحي بأنه يوجد زواج بين أبي الطفل ولو أن هذا الزواج ليس في الحقيقة موجود ولكنهم يتخللون وجوده ولا يريدون سماع الحقيقة المغايرة وهو ما أكدت عليه محكمة التعقيب في قرار عدد 3712 في 12 مارس 81 وأيضا قرار عدد 25274 في 12 فيفري 91.

هذا الشرط أضيف من طرف فقه القضاء لأنه لم يرد تنصيص في القانون فيه، وهو شرط يبدو فيه تزييد لأن وضع الشروط ليس من مسؤوليات القضاء بل المشرع وحده دون سواه لأن وضع الشروط للتمتع بالحقوق والتقليص من الحريات في الحقوق جعله المشرع الدستوري من مسؤوليات القانون وليس القضاء.

وعلى هذا الأساس فإن ثبوت نسب الطفل المولود من خطيبين من وسيلة الإقرار يبقى مرتبطا بإرادة الأب، فلما أن يكون الخطيب راغبا في الاعتراف بنسب

ابنه وهنا سيتولى الإقرار بهذا النسب بصفة مجردة، وإما يكون ممانعا في هذا النسب وهنا سيعتمد إلى الكشف عن أن هذا الطفل خارج إطار الزواج لكي يسقط العمل بهذا الإقرار.

ولو أن هناك حكما واحدا أصدرته المحكمة الابتدائية في قفصة في 21 فيفري 94. في هذا الحكم أثبتت المحكمة النسب بناء على إقرار من الأب إقرارا مبرزا للعلاقة غير الشرعية، فالأحداث التي جرت في القضية أفادت أن رجلا متزوجا ربط علاقة مع امرأة أخرى وأنجب منها مولودا قامت زوجته ضده بقضية في الزنا وثبتت عليه التهمة، فصدر ضده حكم جزائي يدينه من أجل ارتكاب جريمة الزنا، كما يدين والدته الطفل من أجل المشاركة في نفس الجريمة، لكن بعد صدور الحكم الجزائي قامت والدته الطفل في حق ابنها ضد الأب المزعوم بقضية في إثبات نسب، فما كان من الزوج إلا التقدم أمام المحكمة وأقر بنسب الطفل كما أقر بأن هذا الطفل أنجبه من المدعية بعد ارتباطه معها بعلاقات مثبتة أقواله بالحكم الجزائي الصادر ضدهما ومثليا أمام المحكمة بنسخة من هذا الحكم. فجاء هذا القرار بالنسب مبرزا بصورة رسمية للعلاقات غير الشرعية علنيا ورسميا، لكن المحكمة غضت الطرف عن هذا الإقرار كما لو لم تكن قد سمعته واكتفت بالإقرار بالنسب فقط.

هل من الممكن القول أن المحكمة في هذه الصورة قد خالفت التيار القضائي العام أم لا ؟

الجواب يمكن أن يكون بنعم أو لا :

نعم لأن هذا الإقرار جاء مبرزا للعلاقة غير الشرعية ومع ذلك أدى إلى إثبات النسب لكن ليس مخالفا للتيار العام لأنها قد تكون تأثرت بإرادة الأب ورغبته في إثبات النسب، لعلها اعتبرت إدلاءه بالحكم الجزائي هو هفوة منه ما كان عليه ارتكابها، لذلك غضت الطرف وأبقت على استعداد ورغبته في إثبات هذا النسب حيث لو كان يمانع في إثبات النسب لكان تغير موقف المحكمة.

وعلى هذا الأساس سيبقى مصير الطفل مرتبطا برغبة الخطيب، فإما أن يكون إقراره مجردا فيثبت النسب، وإما أن لا يكون مجردا فيصرح بأن هذا الطفل قد ولد من علاقات مبنية على وعد بالزواج فقط وهنا نعود إلى أن إذا كان الإقرار بالوعد قبل 73 سيكون من قبيل الزواج الباطل المثبت للنسب، أم إذا كان الإقرار المبني على وعد بالزواج قد جاء بعد 73 فسيكون إقرار بعلاقات غير شرعية ولن يثبت نسب ابن الخطيبين.

وهنا تبقى الوسيلة الثالثة.

3- الشهادة :

هذه الوسيلة لم تكن أفضل حظا من الإقرار فعلى الرغم من أنها تبدو هي الأخرى مستقلة عن وسيلتي الإقرار والفراش نظرا لحرف "أو" الذي يفصل بينها والوسيلتين السابقتين، وعلى الرغم أيضا من أن المشرع لم ينص صراحة على محتوى هذه الشهادة أي أنه لم يبين ما يتعين على الشاهدين من أهل الثقة أن يشهدا به حتى يثبت بشهادتهما النسب.

إلا أن فقه القضاء تراءى له مرة أخرى أن يشترط على الشاهدين أن يحققا وجوبا وجود علاقة شرعية بين أبوي الطفل المراد إثبات نسبه بهذه الشهادة، أي أن يحققا وجود زواج بينهما صحيحا كان أم باطلا، أي أن وسيلة الشهادة أصبحت قاصرة على إثبات النسب بمفردهما وإن قدرتهما على إثباته مرتبطة بوسيلة الفراش أي وجود زواج، وهو ما يعني أن في صورة ما إذا شهد شاهدان بوجود الوعد والمواعدة بالزواج بين أبوي الطفل فإن مصير هذا الطفل يبقى مرتبطا مرة أخرى بالفترة الزمنية التي وقعت فيها الشهادة، فإذا كانت بين 63 و 73 فسوف يثبت نسب ابن الخطيبين، أما إذا كانت بعد ذلك الوعد والمواعدة بالزواج فقد التأويل الموسع ولم يفد كل منهما زواجا باطلا مثبتا للنسب.

هل معنى ذلك أن الطفل سيبقى لا علاقة له إلا مع والدته يحمل لقبها ويرثها

ويرث قرابتها وترثه هي ويرثه قرابتها عملا بالفصل 152 م أ ش ؟
هذه النتيجة كانت ستكون حتمية وكانت كذلك إلى غاية 28 أكتوبر 98 تاريخ صدور القانون المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال مجهولي النسب أو المجهولين، مع صدور هذا القانون فتحت في وجه ابن الخطيبين إمكانية جديدة في إثبات أبوة نحو شخص الخطيب ولو أنها أبوة من نوع خاص مستقلة تماما عن النسب.

ب- مدى إمكانية إثبات ابن الخطيبين أبوة نحو الخطيب :

منذ صدور قانون 28 أكتوبر 98 أصبح بإمكان الطفل المولود لخطيبين في صورة اخفاقه إثبات نسبه نحو الخطيب بإمكانه إقامة الدليل على أنه ابن له ويضفيه تبعاً لذلك يتمكّنه من حمل لقبه والإنفاق عليه وولايته وحضنته. إذا أثبت له أنه مفقود إحدى الوسائل الثلاث التالية :

1-الإقرار صادر عن الأب.

2-شهادة شاهدين من أهل الثقة.

3-التحليل الجيني.

الملاحظ في الوصفتين الأولى والثانية أنهما تختلفان عن الوصفتين المعمول بهما في النسب.

- فالإقرار في هذه الصورة لا يشترط فيه عدم إبراز علاقات غير الشرعية لأن الطفل المراد إثبات أبوته هو طفل مولود خارج الزواج والكر يعمل بذلك.

كذلك الشهادة على معنى هذا القانون لا يشترط فيها على الشاهدين أن يحقّقا وجود علاقة شرعية بين أبوي الطفل لأن حقيقة العلاقات غير الشرعية مكشوفة بطبيعتها ولا تحتاج إلى مزيد الكشف عنها.

وتبقى الوسيلة الثالثة هي الأهم وهي أن يثبت هذا الطفل أبوته عن طريق التحليل الجيني أي عن طريق الحقيقة البيولوجية الكافية لهذه البتة، ولكنها بتوة منقوصة مقارنة بالنسب ولعل هذا النقص إضافة إلى انعدام الشرعية أنه لا توارث بين

الطفل وأبيه.

الفرغ الثاني : صورة الخلل العام :

يوجد أثران للخطبة لا نجد لهما نص خاص هما :

1-تعويض الضرر الناجم لأحد الخطيبين عن وفاة الآخر في حادثة.

2-وتعويض الضرر الناجم لأحد الطرفين بسبب نكول الطرف الآخر.

I-تعويض الضرر الناجم عن الوفاة في حادثة :

قد يتعرض أحد الخطيبين إلى حادثة قد تؤدي بحياته، هنا يمكن أن نشأ هل بإمكان من بقي منهما على قيد الحياة أن يطالب المسؤول عن تلك الحادثة بجبر الضرر الذي حصل له نتيجة فقدانه لخطيبه. وهل أن لطبيعة القانونية للخطبة من عقد إلى واقعة تأثير على الحل الذي يمكن إعطاؤه لهذه المسألة ؟

هذا الشكل طرح أمام القضاء الفرنسي. وقد يطرح أمام القضاء التونسي أيضا فما هو الحل ؟ ومذات ؟

A-الحل بالقانون الفرنسي :

عندما طرح هذا السؤال على المحاكم الفرنسية لم يكن هناك نص صريح بجبر عنه ويمكن تطبيقه. فوجدت المحاكم نفسها أمام ضرورة الاجتهاد فجاءت الأحكام والقرارات على نعت الأحكام والقرارات المبدئية. وفي هذا السياق عهد فقه القضاء تطورا في موقفه من هذه المسألة ففي البداية كانت المحاكم الفرنسية تأسس قضاءها بجبر الضرر المادي وحتى المعنوي بعد إثباتهما لانتاجين عن وفاة الحادثة على وجود علاقة قانونية خاصة تربط بين المتضرر والضحية لأنها تنبني على وجود علاقة قانونية خاصة تربط بين المتضرر والضحية لأنها تنبني على صلة القرابة وصلة المصاهرة الرابطة بينهما وهو ما أكدته محكمة التعقيب الفرنسية في قرار 19 أكتوبر 1943.

إذا كان أساس جبر الضرر حسب فقه القضاء الفرنسي هو صلة القرابة أو

المصاهرة، فإننا نستنتج أن الخطيب أو الخطيبة لا حق لكل منهما في المطالبة بجبر الضرر عن الوفاة الحادثة للطرف الآخر وذلك سواء كانت الخطبة عقد أم واقعة. لأن معيار جبر الضرر ليس العقد أو الواقعة بل صلة القرابة والمصاهرة. مع العلم أن المصاهرة تنشأ بموجب إتمام الزواج وليس بموجب الوعد والمواعدة بالزواج، وهو ما أكدته محكمة التعقيب الفرنسية منذ زمن بعيد جداً، وهو قرار مبدئي صدر في 30 ماي 1838.

* لكن بعد مرور فترة من الزمن وتحديدًا مع مطلع منتصف القرن الماضي شيد فقه القضاء في فرنسا تطوراً جعله يتخلى عن معيارا قرابة والمصاهرة ليخير عليه معياراً آخر بدأ أقرب إلى المنطق السليم هو مبدأ المودة والتراحم الموجودين بين الضحية والمتضرر. هذا المعيار اعتيرده فقه القضاء أكثر عدلاً وإنصافاً، خصوصاً بالنسبة للضرر المعنوي، لأن الأحداث بينت أن بين الأقارب توجد أحياناً قطيعة بينما بين الأصدقاء قد توجد مودة أقوى من تلك التي توجد بين الأقارب وهو ما جعل فقه القضاء الفرنسي يغير معياره. ليتأسس على صلة المودة والتراحم وهو ما مكنه من الاستجابة لمطالبة الخاليلة بجبر الضرر الناجم لها عن وفاة خليلها في حادث، ولعل بعض المحاكم السفلى في فرنسا ساندتها في ذلك محكمة التعقيب ذهبت في تطبيقها لمعيار المودة إلى حد بعيد جعلها تقضي بجبر الضرر المادي وخاصة المعنوي الناجمين لشخص بسبب وفاة حصان له في حادثة بالقرار التعقيبي المدني في 18 جانفي 1962 الصادر عن الدائرة الأولى بمحكمة التعقيب الفرنسية.

* انطلاقاً من هذا التطور في معيار التعويض أصبح من الممكن لأحد الخطيبين أن يطالب بجبر الضرر عن وفاة الآخر في حادثة، وهنا تتبين المحاكم إن كانت الخطبة ناجحة بين الطرفين وعلاقة المودة قائمة بينهما وكل المؤشرات توحى بإتمام الزواج، فغن من بقي حياً من الخطيبين سيقضي لفائدته بجبر الضرر الناجم له عن وفاة الآخر في حادثة، وهو ما صرح به محكمة التعقيب منذ 6 جانفي 1956 في

قرار جزائي.

أما إن تبين أن الخطبة فاشلة وإن الطرفين في حالة خصام وتنافر توحى بالقطيعة فإن المحاكم لن تقضي لمن بقي حيا من الطرفين بجبر الضرر الناجم له عن وفاة الآخر في حادثة. وعلى هذا الأساس نتبين أنه أيضا لا دخل للطبيعة القانونية للخطبة من عقد إلى واقعة في نظر جبر الضرر لأن المعيار هو إما القرابة والمصاهرة قديما أو المودة والتراحم حديثا مع العلم أن الضرر المتحدث عنه هو أساسا الضرر المعنوي أكثر من الضرر المادي لأن الضرر المادي مفقود مبدئيا لأن الخطبة لا تؤدي إلى واجب الإنفاق حتى يقال أن أحد الخطيبين فقد من ينفق عليه فيكون متضررا ماديا. أما القول بأنه فقد من سينفق عليه في المستقبل بعد الزواج فهذا ضرر محتمل ولا يعوض عنه.

ب- الحل في القانون التونسي :

هذا المشكل في القانون التونسي لم يطرح من قبل المحاكم على الأقل بالنسبة للأحكام والقرارات المنشودة.

تكن بشكل عام في مادة الضرر المادي والأدبي الناجمين عن الوفاة بحادثة فإن المحاكم تعتمد معيار القرابة والمصاهرة بين الأطراف أي المعيار القديم في فقه النقضاء الفرنسي.

- وبناء على هذا المعيار فإن الخطبة لا يمكن أن تؤدي إلى تعويض عن الضرر الأدبي والمادي الناجمة عن وفاة أحدهما في حادثة، والسبب في ذلك واضح فالضرر المادي لا وجود له تماما لأن علاقة الإنفاق لم تنشأ بين الطرفين. كذلك علاقة الاشتراك في الأموال الممكنة لا يمكن الحديث عنها بعد لأن النفقة واجبة بين الزوجين وليس بين الخطيبين، كما أن نظام الأملاك المشتركة هو نظام خاص بالزوجين ولا علاقة بالخطيبين.

- بالنسبة للضرر المعنوي، كذلك يقال أن الخطيبين لم يصبحا بعد زوجين فإنه

لا يمكن الحديث عن وجود علاقة مصاهرة بينهما، وعلى هذا الأساس فإن المحاكم لن تتردد في القضاء برفض الدعوى التي قد يتقدم بها الخطيب في المطالبة بجبر الضرر الناجم له عن وفاة الآخر بحادثة. والمحاكم هنا ستقضي برفض الدعوى وليس بسماعها (سبب فقدان السبب القانوني).

وعلى هذا الأساس لا دخل للطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج من عقد إلى واقعة، على قضاء المحاكم برفض الدعوى، لأن رفض الدعوى هنا لن يكون مستندا إلى أن الخطبة عقد وليست واقعة أو وقعة وليست عقداً، بل لأن الخطبة ليست زواجا، وطالما ليست زواجا فلن تأسس إلى صلة المصاهرة وبالتالي ليس هناك تأثير للطبيعة القانونية للخطبة من عقد إلى واقعة على نظام جبر الضرر.

* وحتى إن تطور فقه القضاء التونسي وأصبح يعتمد معيار المودة والتراحم مثل نظيره الفرنسي فإنه لن يكون تأثير الطبيعة القانونية للخطبة من عقد إلى واقعة على نظام جبر الضرر بل سيقع البحث في ما إذا كانت العلاقة بين الطرفين كانت طيبة تبشر بمجيء الزواج أو تنذر بالقطعية.

II-تعويض الضرر الناجم عن النكول :

هل يجوز لأحد الخطيبين أن يقوم ضد الآخر لمطالبته بجبر الضرر الذي قد يتسبب له فيه جراء عدوله عن وعده له بالزواج ؟ في غياب جواب تشريعي مباشر بموجب نص خاص وجب الرجوع إلى النصوص العامة المتعلقة بالمسؤولية المدنية وبالرجوع إلى هذه الأحكام نتبين أن هناك نظامان أساس المسؤولية التقصيرية وأساس المسؤولية التعاقدية من خلال طرح هذا السؤال يبدو مبدئيا أن للطبيعة القانونية من عقد إلى واقعة أهمية تطبيقية ثابتة ذلك أنه إذا كانت الخطبة عقداً فإن القيام سيكون على أساس المسؤولية التعاقدية، أما إذا كانت الخطبة واقعة قانونية فإن القيام سيكون على أساس المسؤولية التقصيرية لكن الحقيقة تستبين أن القيام على أساس تلك المسؤولية أو تلك سيكون واحدا لا يتغير على المستوى الاجرائي والتطبيقي، الأمر

الذي يجعل أن البحث عن الطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج من عقد إلى واقعة هو بحث نظري بحث حيث ليس له تأثير على الناحية التطبيقية والعملية.

أ- القيام على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية :

- هذا الأساس اعتمدته محكمة التعقيب وركزت عليه من خلال قرارها في 3 مارس 1959 الأحداث التي جرت في القضية والتي انتهت بصدر هذا القرار أفادت أن رجلا تواعد مع امرأة على الزواج واستمر على هذا الأساس مدة من الزمن قاربت 3 سنوات كانت الخطيبة تقوم في أثنائها بكافة شؤون خطيبها وكانت العلاقة وطيدة بين الطرفين إلى درجة إن الخطيب حرر وثيقة سلمها لخطيبته يصفها فيها بالسيدة الضباغ وهو لقب الخطيب لكن بعد مرور هذه السنوات تراءى للخطيب أن يتخلى عن خطيبته بدون سابق إنذار فقامت الخطيبة ضده بقضية من أجل مطالبتة بجبر الضرر الذي انجر لها عن هذا العدول، لكن قضاة الأصل قضوا برفض هذه الدعوى رغم ثبوت الضرر الذي لحق الخطيبة والسبب في ذلك هو فقدان السند القانوني لهذه الدعوى لأن الخطيبة في نظر قضاة الأصل لم تهرق قد نطقت ببحث طائلة القانون لأنها التزام أدبي بحث لا يرتب أثرا قانونيا.

ماذا كان رد محكمة التعقيب ؟

لكن قضاة التعقيب كان لهم رأي مغاير اعتبروا أن هذه المرأة من حقها أن تطالب بجبر الضرر الذي نجم لها بصنفيته المادي والمعنوي عن نكول خطيبها وثبت بقولهم، النكول عن الوعد وإن كان من المباحات إلا أنه ينبغي عدم إساءة استعمال هذا الحق.

* وهذا يعني في نظر محكمة التعقيب أن الوعد والمواعدة بزواج هما داخلان تحت طائلة القانون وليس خارج دائرته وإذا كان دخل تحت طائلة القانون فليس ذلك من باب العقد بل من باب الواقعة القانونية فأساس التعويض في هذه الصورة يكون المسؤولية التقصيرية وليس العقد لكن الملفت للانتباه في هذا القرار هو أن محكمة

التعقيب ركزت في نطاق الجنحة المدنية على نظرية التعسف في استعمال الحق وذلك على الرغم من أن الطاعنة ركزت طعنها على أساس خرق قضاة الأصل لأحكام الفصل 82 م 1 ع اعتبرت أن قضاة الأصل لا يحسن تطبيق هذا الفصل وهذا مثير للتساؤل عما إذا كان وجيها ما قامت به المحكمة أم لا، فمحكمة التعقيب بدت وكأنها استبدلت طعن الطاعنة بمطعن آخر من عندها أي استبدلت الفصل 82 بنظرية التعسف في استعمال الحق 103 م 1 ع.

ما فعلته محكمة التعقيب يمكن أن يطرح التساؤل على مستويين مستوى إجرائي ومستوى جوهري.

أولاً: من الناحية الإجرائية، هل أن التعبير الذي قامت به محكمة التعقيب من 82 م 1 ع نحو نظرية التعسف في استعمال الحق يستقيم وله ما يبرره من الناحية الإجرائية أم لا أليس ما قامت به محكمة التعقيب من باب التزيد هذا القرار لو كان صادراً عن محكمة استئنافية هل كان من الممكن الطعن فيه بالتعقيب على أساس أنه قرر في أكثر ما طلب منه.

الجواب مبدئياً هو أنه لا يجوز للمحكمة أن تثير من تلقاء نفسها دفعات واقعية ولا حتى قانونية لم يثرها الأطراف من قبل وإذا كان يمنع على المحكمة أن تفعل ذلك هو مبدأ حياد المحكمة السبب هو أن الإجراءات المدنية ليست إجراءات استقرائية مثل الإجراءات الجزائية (إجرائية اتهامية) أي أنه ليس على المحكمة أن تسعى في البحث عن الأدلة بل إن الإثبات من مشمولات الأطراف دون سواها خلافاً للمادة الجزائية التي هي استقرائية، لكن هذا المبدأ يعرف استثناءً وذلك لما يكون الدفع الذي تثيره المحكمة من تلقاء نفسها يهم النظام العام في مثل هذه الصنورة يصبح من واجب المحكمة أن تثير هذا الدفع لن الدفعات المتعلقة بالنظام العام ينبغي إثارتها من أي كان بما في ذلك النيابة العمومية بما في ذلك المحكمة من تلقاء نفسها ولو كان هذا لأول مرة لدى التعقيب، وهنا يطرح السؤال هل النظرية في استعمال الحق تتعلق بالنظام

العام حتى يحق للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها ؟

. الجواب هو بالنفي. لأن الفصل 103 م 1 ع الذي يتضمن نظرية التعسف في استعمال الحق لا علاقة له بالنظام العام فهل معنى هذا أن محكمة التعقيب قد جانبت الصواب حينما استبدلت الفصل 82 بالفصل 103.

في حقيقة الأمر إن ما قامت به محكمة التعقيب من استبدال الفصل 82 بـ 103 ليس مخالفا للقانون وليس ذلك لأن ما أثارته بهم النظام العام لأن ما قامت به فعلا لا يمكن اعتباره من قبيل التزيد ولا من قبيل التقارير في أكثر مما طلبه الأطراف بل لأن ما قامت به هو تصويب لخطأ مادي قد تكون ارتكبته الطاعنة عند تحرير عريضة الدعوى وعند تحرير أسانيد الدعوى ذلك أن محكمة التعقيب لاحظت وجود تناقض في أسانيد الطعن بين رقم الفصل المؤسس عليه الطعن وهو 82 م 1 ع وبين فحوى المبدأ الذي وقع تأسيس نفس الطعن عليه وهو التعسف في استعمال الحق.

فالطاعنة على الرغم من أنها نعت على وقضاة الأصل خرقهم أحكام الفصل 82 م 1 ع إلا أنها عند تحريرها لهذا المضمون ذكرت أن خطيبتها قد تخطى عنها من نور سبب مشروع وهذه الإشارة كافية وحدها للتكليف على أن الطاعنة ركزت طعنها على نظرية التعسف في استعمال الحق ولو تركز هذا الطعن على الخطأ فصل 82 م 1 ع.

*وهناك قاعدة إجرائية تقتضي أنه في صورة حصول تناقض بين محتوى المبدأ القانوني الذي وقع تأسيس القيام عليه عند تحرير عريضة الدعوى أو عند تحرير مستندات التعقيب من جهة وبين رأي النص المذكور كأساس للقيام أو للطعن من جهة أخرى فإن العبرة تكون بالفحوى وليس برقم النص، وذلك لأن فحوى المبدأ المراكز عليه وقع التثبيت فيه والتروي منه، في حين أن رقم النص يمكن أن يكون قد تسرب فيه خطأ مادي.

هذه القاعدة القانونية الإجرائية أكدتها محكمة التعقيب في قرار آخر عدد 6506 في 20 فيفري 69. نقول محكمة التعقيب لا تكون المحكمة ملزمة في كل الصور

باعتقاد النص القانوني الذي استند إليه القائم وإنما يجب عليها أن تركز حكمها على النص القانوني الذي يطبق على الدعوى.

هو ما أكدت عليه محكمة التعقيب في قرارها في 3 مارس 1959 بقولها "إن العدول وعن كان من المباحات إلا أنه ينبغي عدم إساءة استعمال هذا الحق وهو ما أشارت إليه المدعية وطلبت تحقيقه أي أن المدعية في نظر المحكمة أرادت أن تشير إلى الفصل 103 رغم أنها ذكرت الفصل 82 م 1 ع إذن محكمة التعقيب لم تقرر في أكثر مما طلب منها بل صوبت خطأ ملادي تسرب في أسانيد الطعن خاصة وأن محكمة التعقيب بقيت في كلتا الصورتين 82 و 103 في دائرة الجنحة المدنية أي في دائرة المسؤولية التقصيرية.

"موقف التعقيب يبدو سليماً من الناحية الإجرائية لكن المنفت للانتباه أيضاً هو أن محكمة التعقيب بدت وكأنها غير واثقة من صحة ما فعلته بدليل أنها لم تذكر رقم الفصل 103 م 1 ع بحيث لا يمكن أن نتصور أن المحكمة نسبته ولعل الذي يؤكد أنها لم تكن واثقة مما فعلته هو أنها لم تستعمل المصطلح الذي يستعمله الفصل 103 وهو التعسف في استعمال الحق بل سعت إلى استبداله بكلمة أخرى تفيد نفس المعنى وعدم إساءة استعمال هذا الحق ولكن ليست مصطلحاً في حد ذاته، فهل أن تخوفها بسبب عدم ثقتها في أن الفصل 103 غير قادرة على استيعاب دعوى هذه المرأة ؟

ثانياً : من الناحية الجوهرية، هل أن تغيير الخطأ التقصيري (ف 82 م 1 ع) بنظرية التعسف في استعمال الحق على معنى الفصل 103 الذي قامت به المحكمة سليم من الناحية القانونية أم لا.

الجواب لا يمكن أن يكون إلا إيجابياً وذلك لسببين :

الأول : أن الفصل 82 غير قادر على استيعاب دعوى جبر الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.

الثاني : هو قدرة الفصل 103 على استيعاب هذه الدعوى.

الأول افتقار الفصل 82 م 1 ع القدرة على استيعاب الدعوى :

- جاء بالفصل 82 م 1 ع ما يلي "من تسبب في ضرر لغيره عمداً منه واختياراً بلا وجه قانوني سواء كان الضرر حسياً أو معنوياً فعليه جبر الضرر الناشئ عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو الموجب للضرر مباشرة".

من خلال هذا النص تبين أن المشرع يبنى المسؤولية التقصيرية على الخطأ، والخطأ كيفما ورد في هذا النص هو الفعل الضار المخالف للقانون وهو الفعل الذي قد يرتكب من صاحبه عمداً منه واختياراً وهو 82 أو بصورة عفوية وعن غير قصد 83 ولكن نية الأضرار لا تعبر شيئاً لأن القانوني المدني يهتم بالتعويض ولا يهتم بالعقاب. فمن شروط الفصل 82 إذا أن يكون الفعل الضار أي الفعل الذي أدى إلى حصول الضرر للغير أن يكون من قبيل الخطأ أي الفعل الذي لا يسمح به القانون، نتيجة لذلك إذا كان الفعل الذي أدى إلى حصول الضرر للغير ليس خطأ بل حقاً أي فعلاً مطابقاً للقانون فعلاً يبيحه القانون فإنه لا يمكن لهذا الفعل أن يدخل داخل طائفة الفصل 82 من الفعل لا يمكن أن يكون الشيء ونقيضه في نفس الوقت أي أن يكون خطأ وحق في نفس الوقت.

تطبيقاً لهذه المعادلة على الوعد والمواعدة بالزواج نلاحظ أن الفعل الضار في هذه الصورة هو العدول ولكن العدول وصفته محكمة التعقيب بأنه مباح وإذا كان مباحاً فمعنى ذلك أنه حق وإذا كان حقاً فمعنى ذلك أنه ليس مخالفاً للقانون، فالخطأ إذاً على فرض وجوده لا يمكن أن يكون كامناً في العدول في الحد ذاته بل هو مستقل عن العدول على نحوها أي من خلال الظروف والملابسات التي حفت بوقوع العدول، فالخطأ لا يكمن في العدول بل في كيفية تنفيذه أي في كيفية استعماله وهذا يعني أن عجز الفصل 82 عن استيعاب الدعوى يقابله قدرة الفصل 103 على استيعاب نفس هذه الدعوى.

*ثانياً : قدرة الفصل 103 م 1 ع على استيعاب الدعوى.

- جاء بالفصل 103 م 1 ع : "من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه. فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعليه العهدة المالية".

- من خلال هذا النص يتضح أن نظرية التعسف في استعمال الحق تقوم على

وجهين :

* الأول : تمثله الفقرة 1 من هذا النص واقتضي إثبات المتضرر نية الإضرار لدى صاحب الحق عند استعماله لحقه وهي فقرة مستوحاة من المذهب المالكي وتؤكد النظرية الذاتية للخطأ.

* الثاني : تمثله الفقرة 2 من هذا الفصل وهي تقوم على النظرية الموضوعية بحيث لا تتطلب من المتضرر أن يثبت مباشرة نية الإضرار لدى صاحب الحق بل تجعل فقط من استعمال صاحب الحق لحقه مع إلحاقه ضرراً بالغير وكان بإمكان صاحب الحق أن لا يستعمل حقه دون أن يضر بنفسه قرينة على التعسف في استعمال الحق وهي قرينة قانونية لأنها من صنع المشرع. هذه الفقرة 2 مستوحاة من المذهب الحنفي.

من منطلق هذين الوجهين للنظرية نثبت أن الخطأ أي الفعل المخالف للقانون في هذه الصورة وجود لكنه مستقل عن الحق رغم أنه على اتصال وثيق به. فالخطأ إذا يكمن في كيفية استعمال الشخص لحقه تطبيقاً لهذه النظرية بوجوبها على صورة العدول عن الوعد والمواعدة بالزواج.

يمكن القول أن العدول وإن كان يعد في حد ذاته من قبيل الحق الذي يحميه القانون ويحمي استعماله أي الفعل الخالي من كل خطأ، إلا أن خلوه من هذا الخطأ لا يعني وجوباً خلو الطريقة التي وقع استعمالها من الخطأ، بل الخطأ يمكن أن يكون موجوداً في الكيفية التي وقع العدول على نحوها، فهي التي يمكن أن تكون مقبولة إذا كانت الغاية منها تكمن في إلحاق الضرر بالخطيب المتخلي عنه.

وهنا تطرح فرضيتان، الأولى تتعلق بالفقرة 1 والثانية بالفقرة 2 من الفصل

103 :

***الفرضية 1 :** يمكن أن يكون الخطيب المتخلي قد قصد من خلال عدوله أن يلحق ضررا بالخطيب الآخر، وهنا إذا تمكن الخطيب المتخلي عنه من إقامة الدليل المباشر على نية الاضرار لدى خطيبه فإن المسؤولية المدنية تقوم في هذه الصورة على كامل الخطيب المتخلي.

هذه الفرضية تبدو صعبة صعوبة إثبات نية الإضرار، لذلك فإن الخطيبة في القضية التي انتهت إلى قرار 3 مارس 59 لم تتمكن من الإدلاء امام قضاة الأصل بأي اثبات يدل على أن خطيبها أراد إلحاق الضرر بها. لكن ذلك لم يفقد هذه الخطيبة إمكانية التعويض في نظرية التعسف. بل لجأت إلى الفرضية الثانية أي الفقرة 2 من الفصل 103.

***الفرضية 2 :** في صورة عجز الخطيب المتخلي عنه إثبات نية الاضرار لدى الخطيب المتخلي فإن سمرد العدول الذي يكون قد انجر عنه لتخليه استلزم عنها ضرر يصبح قرينة بسيطة على تعسف الخطيب في استعمال حق العدول عملا بالفقرة 2 من الفصل 103 هذه القرينة بحيث تقبل الدحض من طرف صاحب الحق، فعليه أن يثبت أنه لم يتعسف في استعمال حقه في النكول، هو إثبات أمر سلبي صعب لا محالة لكنه غير مستحيل إذ لو كان مستحيلا لكان المشرع نص صراحة على هذه الاستحالة. بينما أحكام الفصل 420 م 1 ع وردت عامة لا تسب بين إثبات الأمر السلبي وإثبات الأمر الإيجابي. ولعل السبب في ذلك أن صعوبة إثبات الأمر السلبي يمكن تجاوزها عن طريق إثبات أمر ايجابي معاكس. أي أن يثبت صاحب الحق أنه لو لم يستعمل حقه لكان لحقه ضرر وهو ما يعني أن الخطيب المتخلي مطالب في هذه الصورة بإثبات أنه لو لم يعدل عن الوعد بالزواج ولو واصل الخطبة إلى حين الزواج لكان لحقه ضرر. أي إثبات أن عدوله كان لسبب مشروع كأن يكون مثلاً نتيجة سنوك

مشين لاحظته على خطيبه.

* ولكن الخطيب في صورة هذه القضية لم يدلي بأي شيء يثبت أن عدوله كان لسبب مشروع أي أنه لم يحدث قرينة الفقرة 2 من الفصل 103، وهو ما ذكرته الخطيبة في عريضة دعواها وأكدت في مستندات الطعن بالتعقيب من أن عدول خطيبها كان دون سبب مشروع، وهو ما يعني أن هذه المرأة ركزت دعواها على الفقرة 2 من الفصل 103.

نظرية التعسف تبدو الأكثر قدرة على استيعاب دعوى جبر الضرر الناجم عن العدول عن الوعد والمواعدة بالزواج إذا اعتبرناهما من قبيل الواقعة القانونية وذلك إما بإثبات نية الإضرار لدى المتخلي إن أمكن ذلك أو بإثبات وجود الضرر مع تمكين الخطيب المتخلي من التفصي من المسؤولية إن أثبت أن عدوله كان لسبب مشروع.

وربما كانت قدرة الفصل 82 م 1 ع على استيعاب دعوى جبر الضرر مقابل قدرة الفصل 103 عليها، ما يفسر الصعوبات التي وجدها فقه القضاء الفرنسي عند طرح مثل هذه القضايا، حيث كان في بداية عهده يؤسس دعوى جبر الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة على أحكام الفصل 1382 م مدنية (= 82 تونسي) أي يركز على الخطأ المعتبر فعلا مخالفا للقانون.

والملاحظ في جملة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحاكم الفرنسية أن هذه المحاكم لم تجد معيار الخطأ تستقر عليه وهو أمر يبدو طبيعيا لأن العدول عن الوعد والمواعدة بالزواج حق والحق لا يمكن أن يكون خطأ. ولكن المحاكم في فرنسا كانت مجبرة في ذلك الوقت على اللجوء إلى أحكام الفصل 1382 رغم عجزه عن استيعاب هذه الدعوى لأنها كانت أمام خيارين، إما التمسك بحسن تطبيق القانون وفي هذه الصورة تقضي برفض الدعوى وإما أن تتعسف على القانون وتقضي بقبول الدعوى وبجبر الضرر بين حل يعتمد العدل والانصاف ويؤدي إلى القضاء بجبر الضرر وحل

يقضي بحسن تطبيق القانون لكن يؤدي إلى رفض جبر الضرر وفضلت المحاكم الحل الأول، ولكن ذلك أدى بها إلى إصدار حلول تبدو في كثير من الأحيان متضاربة لأنها في بعض القضايا تستنتج المحاكم الخطأ من تاريخ الإعلان عن العدول فتقول إن هذا العدول صدر متأخراً مثلاً قبل يوم واحد من تاريخ عقد القران، هذا الموقف اتخذته في 12 نوفمبر 1901.

في قضية أخرى اعتبرت محكمة التعقيب أن الخطأ موجود لأن العدول حدث صبيحة يوم الزفاف بعد أن تكبدت الخطيبة مصاريف متعلقة بحجز قاعة الاحتفال واقتناء المأكولات ودعوة الأهل والأقارب وذلك في 13 جوان 1938.

في صورة أخرى تستنتج محكمة التعقيب الفرنسية وجود الخطأ من السبب الذي اتبني عليه العدول فتقول إن عدول الخطيب كان من أجل نزوة وهو ما يمثل في نظرهما خطأ على معنى الفصل 1382 (قرار في 3 جويلية 1944).

في صورة أخرى تعتبر المحاكم الفرنسية أن العدول من الخطية لا يمكن اعتباره سلوكاً مخطئاً على معنى الفصل 1382 حتى وإن جاء هذا العدول بصورة متأخرة إذا كان وراءه سبب مشروع كأن يكون الخطيب قد ثاب في نظرهما إلى رصده بعد أن أجهض زواجا محكوماً عليه بالفضل المسبق لأن الخطيب كان يكبر خطيبته بـ 32 سنة، هنا اعتبرت المحكمة أن عدول هذا الخطيب ليس فيه خطأ.

أما محكمة Avranches الابتدائية اعتبرت من جهتها أن الخطيب لم يرتكب خطأ حين قرر العدول بعد أن اتضح لديه أنه لم يعد يحبها ويرغب في استبدالها بفتاة أكثر جمالاً وثقافة في 27 أبريل 53، فهذه المحكمة تقول إن الخدش في الكرامة الذي ادعته الخطيبة لا يكفي وحده لتحقيق المسؤولية على الخطيب وترتيب جبر الضرر الناجم عن العدول.

كل هذا يعني أن تاريخ العدول المتأخر ولكن كان بعد قرينة قضائية واقعية على وجود خطأ إلا أنها قرينة بسيطة أو نسبة مرتبطة بالسبب الذي يكون قد اتبني

عليه العدول.

-ولكن فقه القضاء الفرنسي وجد نفسه مرغماً في البداية على التعسف على الفصل 1382 رغم إدراكه لعجز هذا الفصل عن استيعاب دعوى جبر الضرر الناجم عن العدول. والسبب في ذلك راجع بالأساس إلى أن المحاكم الفرنسية لم يكن بوسعها في ذلك الوقت أن تلجأ في جميع الحالات إلى التعويض على نظرية التعسف لسببين :

1-نظرية التعسف في القانون الفرنسي ليست نظرية تشريعية، فالمجلة المدنية الفرنسية خالية تماماً من فصل شبيه بالفصل 103 م 1 ع، بل إنها قضائية أي أن فقه القضاء هو الذي اكتشفها من خلال نظرية الخطأ الخفي أو المستتر *la faute virtuelle* في حين يقوم الفصل 1382 على الخطأ الحقيقي *la faute réelle*، أي الخطأ البين الواضح.

لكن فقه القضاء الفرنسي لم يتوصل في الحقيقة إلى اكتشاف نظرية التعسف من خلال مفهوم الخطأ المستتر إلا مع منتصف القرن الماضي وتحديدًا قرار المحكمة الذي أصدرته محكمة الاستئناف.

2-هو أن فقه القضاء الفرنسي في تعامله مع نظرية التعسف في استعمال الحق كان في البداية مركز على وجوب إثبات نية الأضرار وهو أمر صعب جداً لأنه عامل نفساني من الصعب إثباته في جميع الصور، لذلك لم يكن ممكن التعويل على نظرية التعسف في استعمال الحق في جميع الحالات. ولكن فقه القضاء الفرنسي شهد تطوراً فيما بعد في نظرية التعسف وخاصة خلال الثلاث الأخير من القرن الماضي تطوراً جعله يعمل بهذه النظرية بوجهيها أي الوجه الذاتي القائم على إثبات نية الإضرار والوجه الموضوعي القائم على أن مجرد حصول الضرر قرينة على التعسف.

ومنذ هذا التاريخ شهد أيضاً فقه القضاء الفرنسي في مادة العدول عن الوعد تطوراً موازياً جعله يتبنى نفس الحل الذي توصلت إليه محكمة التعقيب التونسية في قرار 59 أي الحل المبني على الفقرة 2 ق 103 م 1 ع وهو أن الخطيب المتخلي يعد

مسؤولاً عن الضرر الذي قد يلحقه بالخطيب المتخلي عنه بسبب عدوله عن الخطبة إلى أن يقيم الدليل على أن عدوله جاء السبب مشروع، وهو ما قررته محكمة التعقيب الفرنسية في قرار مبدئي أصدرته الدائرة الأولى بتاريخ 22 فيفري 72، وعلى هذا الأساس أصبحت المحاكم الفرنسية تركز قضاءها على نظرية التعسف وتخلت تماماً عن الفصل 1382 لتلتحق بالحل الذي أرسى عليه محكمة التعقيب التونسية.

- نتيجة لذلك يكون الخطيب المتخلي مسؤولاً مبدئياً بمقتضى عدوله عن الوعد بالزواج لكنه قادر على التخصي من هذه المسؤولية إن أثبت أن عدوله كان لسبب مشروع، هذا الحل أفرزته النظرية التي ترى في الوعد والمواعدة بالزواج واقعة قانونية في تونس وفرنسا.

فهل أن هذا الحل سيتغير إذا اعتبرنا الوعد والمواعدة بالزواج عقداً ؟

ب- القيام على أساس المسؤولية التعاقدية :-

هل أن الحل الذي توفقت إليه محكمة التعقيب من خلال قرار 3 مارس 59 والذي أسسته على نظرية التعسف على استعمال الأمر سيكون سائلاً للحل الذي من الممكن الوصول إليه لو اعتبرنا الوعد والمواعدة بالزواج عقداً ؟

ولو ركزنا القيام بدعوى المطالبة بجبر الضرر الناجم عن عدول أحد الطرفين عن الآخر على أحكام المسؤولية التعاقدية ؟

وإذا اعتبرنا الوعد والمواعدة بالزواج عقداً هو ذلك الذي يكمن في معرفة محتوى هذا العقد وطبيعة الالتزام الذي قد يحتوي عليه، فهل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية ؟

يبدو هذا السؤال ذو أهمية تطبيقية لأنه لو اعتبرنا عقد الخطبة ملزماً بتحقيق نتيجة وأن النتيجة المطلوب تحقيقها هي اتمام الزواج، فإن مجرد العدول عن الوعد والمواعدة بالزواج سيكون وحده إخلالاً بالعقد موجبا للتعويض وذلك سواء أثبت الخطيب المتخلي أن هناك أسباباً شرعية دعت به إلى هذا العدول أو لم يثبت. هذه

مادة القانون المدني، السنة الثالثة، شعبة قضائية /2007-2008

الأسباب لن تمكنه من التفصي من المسؤولية لأنه مطالب بتحقيق نتيجة، فالعدول إذا سيكون قرينة قاطعة على الإخلال بالعقد.

*أما إذا اعتبرنا الوعد والمواعدة بالزواج عقدا ملزما ببذل عناية فقط فإن مجرد العدول في هذه الصورة لا يمكن أن يقوم وحده قرينة قاطعة على أن صاحبه قد أخل بالعقد الذي يربطه بالطرف الآخر، بل يقوم فقط قرينة بسيطة يمكن دحضها بإثبات أن الخطيب المتخلي قد عمل كل ما بوسعه وقد بذل كامل عنايته للوصول إلى نتيجة وهي إبرام الزواج، لكنه لم يفلح في ذلك.

الجواب الأولي يبدو واضحا (هل التزام بنتيجة أم بذل عناية) هو أن الوعد والمواعدة بالزواج على فرض اعتبارهما عقداً فإن هذا العقد لا يمكن اعتباره محتويا على التزام بتحقيق نتيجة بل على التزام ببذل عناية وذلك لسببين :

-سبب 1 : يبدو مرتبطا بالطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج كيفما يراه المشرع بنفسه.

-سبب 2 : متعلق بوظيفة الوعد والمواعدة بالزواج والغاية التي شرع من أجلها.

السبب 1 : الطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج كيفما يعتبرها المشرع تفصي عنهما صفة الزواج وقوته الإلزامية وهذا الإقصاء كفيلا وحده بأن يحول دون أن يكون عقد الخطبة محتويا على التزام بتحقيق نتيجة لأن النتيجة هنا ستكون الزواج، وتحقيق هذه النتيجة هو تحقيق للزواج على أساس إذا كنا سنعتبر الخطبة عقدا ملزما لتحقيق الزواج فسوف يتحد بالضرورة مع نتيجته وهي الزواج وهو ما لا يسمح به الفصل 1 م أ ش الذي يقصي عن الوعد والمواعدة بالزواج صفة الزواج وقوته الإلزامية، لذلك لا يمكن لعقد الخطبة أن يكون محتويا على التزام بتحقيق نتيجة.

السبب 2 : انطلاقا من التعريف الزمني وكذلك الاجتماعي الذي أعطي للخطبة، وانطلاقا أيضا من الجدوى التي من أجلها شرعت الخطبة والتي تتمثل

بالأساس في تمكين الطرفين من التعرف على طابع بعضهما والاستعداد لإتمام الزواج في المستقبل، يمكن أن نتبين أن الخطبة على فرض اعتبارها عقدا لا يمكن أن تكون محتوية على التزام بتحقيق نتيجة بل ببذل عناية وهي السعي المشترك نحو الوصول إلى الزواج.

- واعتبارا لهذين السببين فإن العدول في حد ذاته عن الوعد بالزواج لا يكفي وحده لكي يكون قرينة قاطعة على إخلال صاحبه بالالتزامات التي يفرضها عليه عقد الخطبة بل هي قرينة بسيطة يمكن دحضها بإثبات الخطيب المتخلي أنه بذل كل عنايته لإدراك الزواج لكنه لم يتمكن من ذلك وهو ما يعني على مستوى التطبيق أن هذا الخطيب سيجد نفسه مطالبا بأن عدوله كان لأسباب شرعية إن أراد التفصي من مسؤوليته وهو هنا يلتقي الحل المؤسس على الالتزام ببذل عناية مع الحل الذي أسسته محكمة التعقيب على نظرية التمسك.

وهو ما يعني أنه عمليا - تكون رخصة الخطيب المتخلي هي نفسها سواء وقع القيام ضده على أساس المسؤولية التقصيرية أو على أساس المسؤولية التعاقدية. وهو ما يعني في النهاية أن البحث عن الطبيعة القانونية للوعد والمواعدة بالزواج من عقد إلى واقعة لا يكتسي سوى أهمية نظرية بحتة أنه على مستوى آثار الخطبة فإنها لا تتكيف بهذه الطبيعة القانونية وذلك سواء ورد فيها نص خاص أو الذي احكمكم في شأنها إلى النص العام.

الفصل الثاني : تحقيق الانصهار في الرابطة الزوجية :

انطلاقاً من أن الزواج يمثل مؤسسة أكثر منه عقداً باعتبار وأن المشرع هو الذي اعتنى بتنظيمه منذ تكوينه إلى حد اندلاله، أي منذ الشروط التي أوجب المشرع تحقيقها ومنذ تحديد لمختلف الأركان والأسس التي ينبغي عليها، فإن هناك سؤالين :

1- يتعلق بتحديد الطريقة التي يتم الانصهار في الزواج على نحوها (قسم 1).

2- يتعلق بعد الدخول في الزواج بإثبات الزواج (القسم 2).

القسم الأول : كيفية الانصهار في الرابطة الزوجية :

المشرع التونسي أوجب على المترشحين للزواج الاستجابة لجملة من الشروط التي بدون توفرها لا يمكن أن يسمح للشخص بأن ينصهر في مؤسسة الزواج، وهي بمثابة المفتاح الذي سيخول للطرفين أن يفتح باب الزواج في وجههما بعد التثبت من هذه الشروط فإن طريقة الدخول في الرابطة الزوجية ستكون بتقنيات العقد...

الفقرة الأولى : الاستجابة لشروط الزواج :

-الشروط التي أوجب المشرع توفرها في شخص المقبل على الزواج كثيرة، بعضها يكتسي صبغة مادية أو كمال صفها بعض شراح القانون (بن حليم) شروط بيولوجية، والبعض الآخر يصفه الشراح بأن له صبغة اجتماعية.

أ-الاستجابة للشروط ذات الصبغة المادية أو البيولوجية :

هذه الشروط عددها 3 :

1-اختلاف الجنس.

2-السن القانوني للزواج.

3-الشهادة الطبية السابقة للزواج.

1-الاختلاف في الجنس :

محتوى الشرط أنه يسمح لشخصان ينتميان لنفس الجنس بالزواج، وهو يبدو بديهي ولو أنه لم يعد معمولاً به اليوم في بعض البلدان الغربية التي باتت تسمح تشريعاتها بالزواج من شخصين من جنس واحد ومن بينها التشريع السويدي والدانماركي والهولندي والفرنسي الذي أصبح مؤخراً يعمل بعهد التضامن.

*أما القانون التونسي وكذلك جميع تشاريح البلدان العربية الإسلامية فجاءت خالية من نصوص تسمح بهذا النوع من الزواج.

لكن الملفت للانتباه هو أن القانون التونسي خلافاً لبقية القوانين العربية الإسلامية التي اعتنت بتعريف الزواج تعريفاً واضحاً ودقيقاً تذكر فيه صراحة أنه

رابطة تقوم بين رجل وامرأة مثل الفصل 1 من مدونة الأسرة المغربية "الزواج ميثاق ترابط وتنازل شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء"، كذلك المادة 3 قانون الأحوال الشخصية العراقي "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة النسل" وهو حرفيا ما جاء على لسان المشرع السوري في مادة 1 قانون أحوال شخصية.

خلافا لهذه التشاريح فإن ما نلاحظه هو غياب نص تشريعي شبيه في القانون التونسي بل إن شرط اختلاف الجنس بين المقبلين على الزواج لا يوجد له أثر ضمن نصوص التشريع التونسي.

"ونكن شراح القانون في تونس يعتبرون أن هذا الشرط يديهي لا يحتاج إلى ذكر، وإذا كان المشرع لم ينص عليه صراحة، فليس ذلك لأنه لا يريد العمل بهذا الشرط بل لأنه لم يخطر بباله أن ينص عليه بشكل صريح باعتبار أنه من قبيل الأشياء البديهية المسلم بها، وربما أسكن أيضا أن نستتجه بصورة غير مباشرة وذلك من خلال حديث المشرع سواء في ما أشير إليها عن ثنائية الزوج والزوجة والرجل والمرأة الذكر والأنثى، هذه الثنائية تدل على شرط اختلاف الجنس حاصل في ذهن المشرع. لكن هنا لا يمنع من التساؤل من الناحية القانونية البحتة ولو بصورة نظرية من تساؤل عن حقيقة وجود هذا الشرط في القانون التونسي. فهل من الممكن الحديث عن شرط ضمنى ؟ فالتشروط ينبغي أن يقع التخصيص عليها بشكل صريح ولا يمكن استحداثها بصورة ضمنية لأن في وضع شرط تقيد للحرية الفردية، وكل تقيد من الحرية الفردية يعتبر في حد ذاته استثناء لبدأ والاستثناء لا يعمل به إلا متى وقع التخصيص عليه بشكل واضح وصريح أي لا يمكن أن يكون نتيجة استثناء ضمنى. وبصرف النظر عن مدى وجاهة اعتبار شرط اختلاف الجنس موجودا من عدمه في التشريع التونسي فإن هذا المشكل لم يطرح على صعيد التطبيق في المحاكم.

*ولكن الذي طرح على صعيد التطبيق مشكل آخر مجاور له يتعلق بتغيير

الجنس ومدى قدرة صاحبه على إدخال تغيير في بطاقة حالته المدنية ومطابقته بالزواج بناء على هذا التغيير.

هذا السؤال أفرز فقه قضاء غزير في فرنسا (مقال Rogers Nerson بعنوان Etat civil, rectification de l'acte de naissance, changement du sexe) وهذا السؤال يمكن أن تختلف الإجابة عنه باختلاف الطريقة التي قد يكون تم التغيير على نحوها فهذا التغيير يمكن أن يحصل بصورة طبيعية أو مصطنعة، وهو الموضوع الذي نظرت فيه محكمة الاستئناف بتونس في قرارها المدني عدد 10298 في 93/12/22.

كما يثير أيضا موضوع التباين في الجنس مسألة أخرى تتعلق بضبط الجنس والمعايير التي من الممكن اعتمادها في هذا الشأن لأن هناك من الحالات التي أفرزت بعض الصعوبات مما استوجب اللجوء إلى الاختيار. وهو ما أدى بفقه القضاء الفرنسي إلى الاجتهاد في استنباط المعايير لتحديد جنس الشخص. هذا المشكل طرح في القضاء التونسي وأصدرت في شأنه المحكمة الابتدائية بين عروس قرار عدد 261 في 28 مارس 90.

2- السن القانونية للزواج :

يمكن لهذا الشرط طرح ثلاث فرضيات :

1- أن يكون المشرع قد ضبط السن الدنيا للزواج.

2- أن يكون المشرع قد فارق للسن بين الزوجين.

3- أن يكون المشرع قد فارق الحد الأقصى للزواج.

كل تحديد في السن مهما كان نوعه فإنه سيؤدي إلى الحد من الحرية الفردية للزواج التي يضمنها نص الدستور.

ولكن الدستور نفسه مكن القانون من الحد من هذه الحرية كلما اقتضى الأمر ذلك أي حفاظا على النظام العام الاجتماعي.

-فيما يتعلق بالسن القصوى أي السن التي بعد بلوغها لا يمكن الزواج فالملاحظ أن مختلف التشريعات طبيعياً كانت أم وضعياً، إلهية أم بشرية، لم تحدد سناً قصوى للزواج، لعلها أرادت التحريض على الزواج باعتباره رمزا للشرعية.

-أما فيما يتعلق بتحديد الفارق في السن بين الزوجين فالملاحظ أن التشريعات السماوية لم تتدخل في هذا الشأن، أما التشريعات الوضعية اختلفت فإذا كان أغلب المشرعين لم يحددوا فارقاً معيناً في السن فإن البعض الآخر أوكل مهمة تقدير هذا الفارق للقاضي وهو ما ذهب إليه المشرع السوري في المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية جاء فيها "إذا كان الخاطبان غير متناسبين سناً ولم يكن مصلحة في هذا الزواج، فللقاضي أن لا يأذن به"، وقد يشير هذا النص ملحوظتين :

*الأولى : تتمثل في أنه ولئن لم يحدد المشرع السوري فارقاً معيناً إلا أنه استوجب أن يكون المترشحان للزواج متناسبين في السن وهذه صيغة مرنة في التقدير استعمالها المشرع السوري ليعطي للقاضي صلاحيات تقديرها باعتبارها مسألة واقعية لا يمكن للمشرع أن يت فيها.

*الثانية : تكمن في أنه ولئن كان مطلوباً أن يكون المترشحان متناسبين في السن من حيث المبدأ إلا أنه هناك استثناء أسسه المشرع على المصلحة، والمصلحة لم يحددها المشرع السوري مرة أخرى، بل أحال في شأنها إلى السلطة التقديرية للقاضي يقدرها حسب الحالات المطروحة عليه.

وكلمة المصلحة وردت في هذا النص عامة بحيث ينبغي أخذها على عموميتها فتكون المصلحة إما متعلقة بأحد الطرفين أو بهما معا كأن يكونا متعاشرين قبل الزواج في إطار علاقات حرة وأرادا تسوية وضعيتهم لما يمكن أن تكون المصلحة متعلقة بالغير مثل الطفل الذي قد تكون حملت به أمه أو وضعته من علاقات غير شرعية، ولكن المشرع أراد أن يمكنه من اللحاق بهذه الشرعية.

-أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فلئن لم يضع شرطاً يوجب التناسق في السن بين

المقبلين على الزواج إلا أن ذلك لم يمنع محكمة الاستئناف بـ Montpelier من أن تعمل بهذا الفارق في السن ولو بشكل غير مباشر وذلك لما اعتبرت أن الخطيب الذي عدل عن وعده بالزواج في آخر لحظة لا يعتبر مخطئاً لأنه ثاب إلى رثده بما أنه كان يكبر خطيبته بما يفوق 30 سنة.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فإنه لم يحدد فارقاً ممكناً بين الزوجين.

- أما نحن الدنيا فالملاحظ أن جميع التشريعات السماوية وكذلك الوضعية اعتنت بتحديداتها ولو أنها اختلفت في بعض الأحيان في المعيار المعتمد في هذا التحديد وأحياناً أخرى في المقدار بعض التشريعات اعتدت معيار سن البلوغ الطبيعي، البعض الآخر اعتمد سناً محددة لعدد من السنوات مرت من العمر، لكن هنا وقع الاختلاف في مقدار هذه السنوات مثلاً التشريع الجزائري في مادة 73 قانون الأسرة يحدد السن الدنيا بتمام 21 سنة للرجل و18 للمرأة.

أما التشريع السوري مادة 16 قانون احوال شخصية يحددها بـ 18 للرجل و17 للمرأة، ولكنه يستوجب معهما أن يكون الطرفان مؤهلين بدنياً للزواج أي يشترط فيهما البلوغ والعقل والبلوغ. ولكنه في نفس الوقت أيضاً يعتبر أن هذه الأهلية تعد حاصلة مبشياً ببلوغ الرجل 18 والمرأة 17 سنة أي أن بلوغ هذه السن من طرف المشرع السوري قرينة على توفر العقل والبلوغ.

- أما فقهاء التشريع الإسلامي فميزوا بين مرحلتين في الزواج، مرحلة إبرام عقد الزواج ومرحلة إتمام الدخول بين الزوجين، فيما يتعلق بمرحلة إبرام عقد الزواج فالملاحظ أن فقهاء التشريع الإسلامي لم يشترطوا سناً معينة بل أجازوا تزويج الصغار من خلال إبرام عقود الزواج في حقهم من طرف أوليائهم الشرعيين، المذهب المالكي مثلاً يجيز للأب وإن علا وغيرهما من الأولياء الشرعيين تزويج الطفل الصغير والبنات الصغيرة، أما المذهب الحنفي فلا يسمح بهذه الإمكانية للأب إلا تجاه البنت الصغيرة فقط كما يجيز للوضعي على البنت الصغيرة (فصل 65 من لائحة الشيخ

جعيظ في التحرير الحنفي وما بعده).

أما بالنسبة لآتمام الدخول بين الطرفين فإن فقهاء التشريع الإسلامي لا يجيزون إتمام الدخول بين من وقع تزويجهم صغارا إلا مع إدراكهم البلوغ الطبيعي.

- أما القانون الفرنسي فحدد المشرع من خلال ف 144 مجلة مدنية فرنسية السن الدنيا للزواج بتمام 18 سنة للرجل و 15 سنة للمرأة، هذه السن تبدو منخفضة نسبيا، قد يكون المشرع أراد من خلالها التحريض على الزواج بدل العيش في إطار علاقات خرة.

- أما بالنسبة للمشرع التونسي فالملاحظ أن م أ ش شهدت تطورا، فعند صدورها سنة 56 كان الفصل 5 منها يعتمد نفس ما اعتمدته المشرع الفرنسي أي 18 سنة للرجل و 15 للمرأة، وهو تحديد الطرفان يعتبر حينها بمثابة الثورة على الوضع السائد قبل صدور هذه المجلة والذي تميز بظاهرة تزويج الأطفال الصغار وهي ظاهرة يعتبرها بن حيمة تجعل من الزواج يصبح بمثابة المهزلة، ذلك أنه بصرف النظر عن أن الزوجين زمن إبرام الزواج لم يكونا قادرين على فهم معنى الزواج ولا تقدير حجم المسؤولية والآثار المنجرة عنها سواء بالنسبة للطرفين وخاصة إزاء الغير (الأبناء) فإنه ينقص الطرفين النضج الكافي وذلك حتى أيضا إن تحمل أعباء الزواج أبازهم.

على الرغم من أن السن الذي حددها الفصل 5 تعتبر ثورة على الوضع الماضي إلا أن المشرع اعتبرها سنا مالت منخفضة وكان ينبغي الترفيع فيها وهو ما قام به حينما نقيح الفصل 5 بموجب قانون 21 افريل 61 باتجاه الترفيع في سن الزواج لتصبح 20 سنة للرجل و 17 للمرأة.

ولعل الدافع إلى الترفيع ديمغرافي بحث أي السعي نحو تحديد النسل خصوصا وأن تلك الفترة تزامنت مع رفع هذا شعار في تونس.

لكن رغم تحديده السن الدنيا إلا أنه لم يجعل من هذا الحد قاطعا أي لا يمكن

الزواج مطلقا قبل بلوغه ذلك أن الفصل 5 م أ ش في نفس الوقت الذي حدد فيه هذا السن مكن القاضي من أن يرخص في الزواج لمن لم يبلغ هذه السن وذلك لقوله في الفقرة الأخيرة "إبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من الحاكم، ولا يعطي الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة للمصلحة الواضحة للزوجين".

الفقرة الأخيرة من الفصل 5 يثير تساؤلات:

الأول إلى أي حد يمكن للقاضي أن ينزل فيه بالتحديد أي هل هناك سن معينة لا يجوز الترخيص في الزواج دونها؟

الثاني ما هو محتوى الأسباب الخطيرة؟

ما هو معيار المصلحة الواضحة للزوجين؟

الثالث يتعلق بالناحية الإجرائية كيف يقع الحصول على هذا الترخيص؟

ما هو الشكل الذي سيأخذه هذا الترخيص؟

* 1 هل هناك سن لا يرخص للقاضي أن ينزل فيه بالتحديد أي هل هناك سن معينة...

معينة...

الشرع لم يجب صراحة على هذا السؤال لكن هذا السؤال يمكن أن يجد له جوابا وجوابه هو أن هناك سنا لا يجوز للقاضي أن يرخص في الزواج دونها. وهي 13 سنة كاملة، وللوصول إلى تحديدها ينبغي الجمع بين فصلين، المعطى القانوني الأول هو الفصل 3 م أ ش ويستوجب في إبرام الزواج رضی الطرفين شخصيا جاء فيه "لا ينعقد الزواج إلا برضى الزوجين" يعني أنه لا يمكن للولي أن يزوج منظوره أو حتى منظورته إلا بموافقتهم، وموافقة الطرفين تقتضي من جهتها أن يكون المترشح للزواج قادرا على إعطاء هذه الموافقة.

المعطى القانوني الثاني هو أن الشخص في القانون التونسي لا يعتبر قادرا في نظر القانون على إعطاء موافقته إلا عندما يصبح قادرا على التمييز والقدرة على التمييز لا يتكسبها الشخص في القانون التونسي إلا بإدراكه 13 عاما كاملة من عمره،

بالتالي فإن السن التي لا يمكن أن يرخص بالزواج دونها هي 13 سنة كاملة.

* 2 محتوى الأسباب الخطيرة ومعيار المصلحة الواضحة للزوجين :

من بين المفاهيم القانونية ذات المحتوى المتغير وليس المحتوى المحدد هي من المحتوى المرنة التي تتغير من صورة إلى أخرى أي تتغير حسب المعطيات الواقعية وهو ما جعل المشرع غير قادر على تحديدها لذلك أوكل مهمة تقديرها إلى القاضي ويعتبر الأستاذ "بن حليم" أن من بين الصور المطروحة في مثل هذه الحالة صورة الفتاة الفاضلة التي لم تبلغ 17 من عمرها والتي استهدفت إلى موقعة على معنى 227 م ج ففي هذه الصورة يكون السبب الخطير هو الموقعة التي استهدفت لها البنت والتي ينبغي التستر عليها من خلال الإسراع بتزويجها هذا السبب يمكن أن يزداد خطورة إذا اتضح أن البنت حاملا هنا يصبح من المصلحة الواضحة الإسراع بتزويجها لحماية شرف البنت من جهة وتمكين الحمل من أن يقع وخضوعه في إطار الشرعية، أما المعتدي الجاني مرتكب الجريمة فمن مصلحته أن يتزوج وأن يرخص له بالزواج لو كان هو الآخر غير مؤهل له أي لم يبلغ السن القانونية لأن رواج الجاني بالمجني عليها بوقف التبعات الجزائية ويوقف أيضا تنفيذ الحكم إن صدر.

يعتبر أيضا "بن حليم" أنه من المصلحة الواضحة للبنت أن يرخص لها بالزواج دون السن القانونية إذا كانت يتيمة وفقيرة حيث يخشى عليها من الانزلاق في الرذيلة لو بقيت دون زوج ينفق عليها ويرخص أيضا بالزواج دون السن القانونية إذا كان المترشحان يعتزمان السفر إلى الخارج من أجل مزاولة الدراسة أو العمل، ويعتبر "بن حليم" أنه من الأفضل السفر وهما زوجان على أن يسافرا وهما خطيبان.

وبصرف النظر عن الأسباب التي تبقى خاضعة لاجتهاد قاضي الأصل فإن على هذا القاضي قبل إعطائه الترخيص أن يؤكد من فطرة المترشحين للزواج من الناحية المادية والبيولوجية وبإمكانه أن يخضع الطرفين أو أحدهما إلى الاختبار الطبي للتأكد من هذه القدرة.

*3 من هو القاضي المختص وشكل الترخيص والإجراءات ؟

-انطلاقا مما جاء بالفصل 5 م أ ش يتضح أن المشرع يتحدث عن إذن خاص أي أن الترخيص سوف يعطي في شكل إذن خاص وهو ما يعني أن الأمر لن يتعلق مبدئيا بقضية تقليدية لدعوى قضائية تتوج بصور حكم فيها لأنه لو كان كذلك لكان الفصل 5 تحدث عن حكم، لكن الفصل 5 تحدث عن إذن والإذن يتحصل عليه على اثر عريضة يحررها المعني بها ويتقدم بها إلى القاضي المختص.

وعلى هذه العريضة يأذن القاضي أو لا يأذن وهو ما اصطلح على تسميته الإذن على عريضة ordonnance sur requête والعريضة هي وثيقة يحررها المعني بها في نظيرين ويدون فيها المطلب الذي يريد أن يتقدم به ثم يقدمها إلى القاضي المختص وذلك بعد أن يرفقها بجميع الوثائق والمؤيدات التي تدعم مطلبه وفي آخرها يلتزم من القاضي بأن يقبل مطالبه وأن يأذن له بتنفيذه على ضوء هذه الوثيقة وعلى ضوء المؤيدات المصاحبة لها يتولى القاضي دراسة هذا المطلب ويتثبت من جدية المؤيدات المصلحية ثم إذا اقتنع وجدانه بوجاهة هذا المطلب فإنه يعطي الترخيص أي يعطي الإذن بتنفيذها جاء بذلك المطلب ويحرر هذا الترخيص على نفس تلك الوثيقة أما إن لم يقتنع بوجاهة هذا المطلب وبجدية المؤيدات المصاحبة له، فإنه يرفض الإذن بتنفيذ ما جاء بهذا المطلب ويدون رفضه على نفس تلك الوثيقة وعلى هذا الأساس يسمى إذنا على عريضة.

تطبيقا لهذا الإجراء على صورة الترخيص دون السن القانونية يتولى المترشح للزواج تقديم مطلبه للقاضي المختص، والقاضي المختص هنا هو رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه يلتزم منه أن يرخص له بالزواج قبل السن القانونية، أما الوثائق التي عادة ما يقع ظرفها في هذا المطلب فهي مضمون الولادة والكشف الطبي الذي يحقق قدرة المعني بالأمر على تحمل أعباء الزواج وكذلك ما يؤكد موافقة الولي على إتمام هذا الزواج إضافة إلى كل المؤيدات التي تدعم المطلب مثل نسخة الحكم

الجزائي أو بطاقة إيداع الصادرة ضد الجاني في صورة تتبعات جزائية على معنى ف 227 مكرر.

والإذن على العريضة يختلف عن الحكم باعتبار أن الحكم يتمثل في نتيجة إجراءات تنازعية تقتضي من المدعي أن يقوم باستدعاء خصمه وإعلامه رسميا بأنه يقوم ضده بقضية، في حين أن الإذن على عريضة هو في بدايته على الأقل إجراء ولائي وليس تنازعي] لأن القائم بهذه العريضة لا يعلم خصمه بها، ولأنه لا يشترط في القائم بهذه العريضة أن تتوفر فيه أهلية القيام. فالقاصر إذا بإمكانه أن يقوم بتقديم العريضة بنفسه لكنه من الممكن لهذا الإجراء أن ينقلب في الأثناء إلى إجراء تنازعي وذلك في الصورة التي يقوم فيها الخصم بالطعن فيه بالاستئناف.

وفي صورة الترخيص بالزواج فإن الطعن بهذا الإذن في الاستئناف يمكن أن يصدر عن النيابة العمومية لأن الأمر يتعلق بقاصر. وكلما تعلق الأمر بقاصر أصبح يبد النظام العام والسامرة الأولى عن النظام العام هي النيابة العمومية التي يحق لها هذا التدخل في النزاع.

أما القاضي المختص فهو هنا رئيس المحكمة الابتدائية أو من يتوبه. وفي هذا الشأن هناك اختلاف مع القانون الفرنسي، فلئن مكن المشرع الفرنسي بدوره من الترخيص بالزواج دون السن القانونية من خلال الفصل 145 م م ف إلا أنه لم يعطي اختصاص إعطاء هذا الترخيص إلى القضاء الجالس أي رئيس المحكمة الابتدائية أو من يتوبه. بل اسند هذا الاختصاص إلى القضاء الواقف أي النيابة العمومية (La magistrature débout) لدى المحكمة الابتدائية أي وكيل الجمهورية.

3-كشف الطبي السابق للزواج :

هذا الشرط وضعه المشرع بمقتضى قانون عدد 46 لسنة 64 المؤرخ في

64/11/3.

وقد نص : الفصل 1 على أنه يحجر على صاحب الحالة المدنية أو عدلي

الإشهاد إبرام الزواج طالما لم يستظهر المترشحان له بشهادة طبية تقيم الدليل على أنه وقع فحصهما لغاية إبرام الزواج، وينبغي أن يكون تاريخ هذه الشهادة لا يزيد على الشهرين.

*الفصل 2 يتعرض فيه المشرع إلى مختلف الأمراض التي يتعين على الطبيب الفاحص أني يتثبت منها عند الطرفين، وهذه الأمراض هي المتعلقة بالإصابات المعدية والاضطرابات العصبية وكذلك نتائج الإدمان على المشروبات الكحولية وجملة الأمراض الخطيرة التي من الممكن أن تنتسب عن طريق العدوى إما إلى القرين أو إلى الأبناء المرتقبين.

ومن هذه الأمراض يذكر المشرع مرضي السل والزهري وهو ما أكد أن الزواج مؤسسة وليست عقدا هذه المعطيات تتطلب من الطبيب أن يقوم بفحص شامل وأن يأذن بإجراء تحاليل بيولوجية ودموية شاملة.

*الفصل 3 تولى ضبط التحليل بدقة.

*الفصل 4 يتعرض إلى الأطباء المؤهلين لإجراء هذا الفحص والمختصين بتسليم الشهادات الطبية السابقة للزواج. هؤلاء الأطباء وكذلك المخابر هم الراجعون بالنظر إلى وزارة الصحة العمومية دون سواهم أي المستشفيات العمومية. ويثير الكشف الطبي جملة من الملاحظات :

1-تاريخية وتنتمى في أن الاستظهار بالشهادة الطبية السابقة للزواج سنة صدور هذا القانون أي 64/11/3 لم يكن وجوبيا في كامل مناطق الجمهورية، بل كان وجوبيا فقط في بعض المناطق البلدية التي وقع ضبطها بمقتضى قرار وزاري مشترك صدر عن وزيرى الداخلية والصحة العمومية. وهذه المناطق كانت تتزايد عددا وتنسج ميدانا يعني اتساع ميدان الشهادة الطبية السابقة للزواج سنة بعد سنة إلى أن أصبحت هذه الشهادة وجوبية على كمال تراب الجمهورية وذلك منذ صدور قرار وزيرى الداخلية والصحة العمومية في 28 جويلية 95.

وجاء بالفصل 1: "يكون تسليم الشهادة الطبية السابقة للزواج إجباريا إلى ضابط الحالة المدنية أو العدول الذين وقع اختيارهم لتحرير عقود الزواج وذلك بكامل تراب الجمهورية".

أما عن السبب الذي كان وراء هذا التطور التدريجي في ضبط ميدان تطبيق الشهادة الطبية فيبدو أنه مرتبط بتطور البنية الأساسية من حيث المستشفيات العمومية والأطباء ومخابر التحليل العمومية. فهذه البنية الأساسية سنة 64 لم تكن متوفرة إلا في بعض المدن الكبرى بتونس بحيث لم يكن ممكنا مطالبة مترشحين للزواج أصلي منطقة ريفية لا تتوفر فيها هذه البنية الأساسية بشهادة طبية سابقة للزواج، لذلك أوكل المشرع مهمة توسيع ميدان تطبيق هذه الشهادة الجغرافي إلى وزير الداخلية والصحة العمومية حسب تطور البنية الأساسية في المادة الاستشفائية.

وهذه البنية استكملت تطورها ومعبأ الشهادة الطبية يوم 28 جويلية 95.

2- فحوى هذه الشهادة : ما هي البيانات التي ينبغي أن تحتوي عليها الشهادة ؟
يجيب الفصل 1 من قا 64/11/3 بقول هذه الشهادة تنص على أن المترشح للزواج وقع فحصه لهذا الغرض وهو الشرط الوحيد المنصوص عليه في هذا النص علما أن المشرع يؤكد في الفصل 1 على وجوب أن يلتزم الطبيب بأن لأي ذكر أي إشارة أخرى أي يمنع عليه منعا باتا أن يذكر في هذه الشهادة الأمراض التي قد يكتشفها في شخص القربن، كما يمنع عليه أن ينص في هذه الشهادة أن هذا المترشح سلب من الأمراض الخطيرة والمعدية.

هذا الموقف هو نفس موقف المشرع الفرنسي من خلال الفصل 63 م م ف بعد تنقيحه بموجب قانون 45/11/2. هذا الفصل اقتضى صراحة وجوب أن يدلى كل من الطرفين المترشحين للزواج بشهادة طبية يقع التصييص فيها فقط أن المترشح وقع فحصه لغاية الزواج، وهو حل مغاير لما تبناه المشرع السوري الذي أقر صراحة بالفقرة 3 من الفصل 40 ق أ ش السوري على أنه على المترشحين للزواج أني سلما

ضابط الحالة المدنية كشفا طبييا يحرره طبيب يختارانه بمحض إرادتهما ينص على أنهما غير مصابين بأي مرض معد وأن صحتهما لا تتنافى مع متطلبات الزواج.¹
هذا الحل يعطي بكل وضوح تفوقا لمصلحة القرين المعافى ولمصلحة الأبناء ولمصلحة مؤسسة الزواج على الحرية الفردية للزواج، لكن موقف القانون التونسي والفرنسي يطرح ملحوظة أخرى تتعلق بالنجاعة لهذه الشهادة.

3- الجدوى من هذه الشهادة : إذا كان المشرعان التونسي والفرنسي قد أوجب على الطبيب أن لا يشير إلى أي مرض قد يكون اكتشفه لدى المترشح للزواج وأن لا يذكر أن المترشح للزواج سليم من كل مرض وأن يمتنع أيضا عن اطلاع أحد المترشحين على حقيقة الوضع الصحي للطرف الآخر، فمرد ذلك حرص هذين المترشحين على احترام وضمنان ما يفرضه القانون على الطبيب من واجب الالتزام بالسري المنهني وذلك على الرغم من أن مرض أحد الطرفين يهم مباشرة الطرف الآخر ويهم أيضا مباشرة النظام العام باعتباره مرتبط بمصير الأبناء المنتظرين والحياة الأسرية برمتها، لكن يبدو أن المشرعات خيرا ضمنان احترام سر المهنة من ناحية، وضمنان الحرية الفردية في الزواج من ناحية أخرى.

وربما ذهب المشرع الفرنسي إلى أبعد من هذا الحد من ضمنان الحرية الفردية في الزواج، وذلك من خلال إباحته امكانية إبرام الزواج بعد الوفاة، على أن الغاية من هذا النوع من الزواج تكمن في إضفاء الشرعية على الأبناء المولودين قبل إبرامه وكذلك إعطاء صفة الزوجة للمرأة التي كانت قبل الزواج خلية.

- لكن المشرع التونسي سعى إلى التوفيق بين ضرورة احترام سر المهنة أي عدم إفشاء سر مرض أحدهما وبين سلامة الطرف المعافى والأبناء المنتظرين، في نفس الوقت الذي منع فيه الطبيب من التصييص على كل ما يتعلق بالحالة الصحية للمترشح للزواج بعد فحصه أجاز له في المقابل أن يرفض تسليم الشهادة الطبية السابقة للزواج للمترشح الذي قد يكون اكتشف لديه أمراضا خطيرة أو معدية وهو ما نصت

عليه أحكام الفقرة 3 من ق 64 الذي جاء فيه "يمكن للطبيب أن يرفض تسليم الشهادة إن تبين له أن هذا الزواج غير مرغوب فيه، وأن يؤجل تسليم هذه الشهادة إلى أن يزول خطر العدوى من المريض أو تصير حالته الصحية غير مضرّة بذريته".

وهكذا يتبين أن بإمكان الطبيب في تونس الامتناع عن تسليم الشهادة وإن ينصح المريض بعدم التسرع في الزواج ومعالجة نفسه قبل ذلك لأن في زواجه في تلك الحالة خطر على الطرف الآخر وعلى الأبناء المنتظرين، وهو حل يقلل من ضمان الحرية الفردية في الزواج، ولكنه يزيد في ضمان الحفاظ على مؤسسة الزواج.

*ولكن الملاحظ في هذا القانون هو أن المشرع وضع استثناء ضرورة الاستظهار بالشهادة الطبية وذلك في بعض الصور التي يكتفيها المشرع ذاته على أنها صور استثنائية. ولكن دون أن يحددها، لعله أراد أن يحيل في شأنها إلى سلطة القاضي التقديرية، وهو ما نرى عليه ق 5 ق 64/11/3.

لكن الفقرة 2 من هذا الفصل أعطت صورة من هذه الصور الاستثنائية مثل الصورة التي يكون فيها أحد المترشحين في حالة احتضار تبو قريبة من ضرورة الزواج بعد الوفاة المعمول بها في القانون الفرنسي، وهي صورة تمثل تجديدا بالنسبة لأحكام التشريع الإسلامي باعتبار أن لائحة الشيخ جعيط تمنع منعاً باتاً إبرام الزواج في الصورة التي يكون فيها أحد الطرفين أو كلاهما في حالة مرض الموت، وهو حل مؤسّر في التشريع الإسلامي على نظرية أن الزواج عقد، لكن المشرع التونسي وضع حلاً مغايراً، إذ يبيح هذا النوع من الزواج لعل الغاية منه تكمن في تمكين المرأة التي قد تكون حملت من سفاح من وضع حملها في إطار الزواج أي الشرعية وهو ما يؤكد أن المشرع التونسي يتعامل مع الزواج على أنه مؤسسة وليس عقداً.

ب- الاستجابة للشروط ذات الصبغة الاجتماعية :

الملاحظ في هذا النوع من الشروط أن جلها يكتسي صبغة سلبية بحيث يظهر

في ثوب المانع وبعضها الآخر يكتسي صبغة ايجابية وهو المهر.

1- الشروط السلبية أو موانع الزواج :

- تأكيداً لطبيعة المؤسسة في الزواج حرص المشرع التونسي مثل سائل المشرعين الآخرين على أن لا يبيح لصنف معين من الأشخاص أن يتزوجوا من بعضهم وفي ذلك حتماً حد من الحرية الفردية في الزواج وتحديدًا في اختيار شخص انفرين لكنه حد له ما يبرره، ومتى كانت من قبيل الحد من الحرية الفردية فإن هذه الشروط تأتي في هذه الموانع أن الفصل 14 م 1 ش قسمها إلى صنفين، صنف ورد على سبيل التأييد وصنف ورد على سبيل التأخير.

أولاً : الموانع المؤبدة يقسمها المشرع في ف 14 م 1 ش إلى 4 أقسام :

1- القرابة 2 المصاهرة 3 الرضاع 4 التطليق ثلاثاً.

وعلى الرغم من أن هذه السلة حصرية باعتبارها تتعلق بموانع لا تقبل التوسع إلا أنها بدت منقوصة من موانع خاس تعرض إليه المشرع ولكن الفصل 14 أغفل عن ذكره وهو التفريق الأبدي الذي قد تقضي به المحكمة بين الطرفين على اثر قضائها بنفي النسب.

I- القرابة :

تعرض لها المشرع كموانع من موانع الزواج في ف 15 م 1 ش الذي ورد محرر على النحو التالي "للمحرمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا".

ويعتبر "بن حليمة" أن هذا النص ورد محرراً بأسلوب يذكر قرنه بالأسلوب الذي دأب على استعماله فقهاء التشريع الإسلامي وحقيقة هذا النص ليس بدعة بل هو نقل حرفي للـ 42 لائحة جعيط في تحريره المالكي، وهو نفس ما جاء في المادة 26 مدونة الأسرة المغربية. وبصرف النظر عن هذا الأسلوب العتيق فإن النساء المعنيات فيه بالتحريم الأمهات (الأصول) البنات (الفصول) والأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت (فصول أول أصل) العمات والخالات (أول فصل من كل أصل وإن علا) وهذا

التجريم منات من قوله تعالى في الآية 23 النساء "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت".

على أن هناك صورة لامرأة يشبه فيها أنها محرمة بالقرابة على الرجل ولكنها في الحقيقة ليست محرما عليه وذلك في التشريع الإسلامي والقوانين التونسية وهي صورة أخت الأخ كأن يكون للشخص أخ من الأب فقط وتكون لهذا الأخ أخته من الأم فقط وتثير القرابة باعتبارها مانعا مؤبدا ثلاث ملاحظات :

1- تتعلق بطبيعة المنع.

2- تتعلق بأساس المنع.

3- تتعلق بنوعية القرابة المعنية بالمنع.

1- طبيعة المنع :

في هذا المنع نلاحظ أنه منع مؤبد أي أنه لا يزول لا بمرور الوقت ولا بزوال سبب من الأسباب الأخرى وهو أيضا مانع مطلق ويتبين ذلك من أن صورة الف 15 وردت ضمن سلسلة الف 21 م 1 م التي تعدد صور الزواج الفاسد والزواج المانع على معنى ف 22 هو زواج باطل وبطلانه بطلان أي وجوبي أي لا يحتمل التصحيح، وقاطع أي لا يحتمل الزوال بموجب أي ترخيص يمكن أي صدر عن القضاء أو جهة إدارية، وفي هذا الشأن يختلف القانون التونسي عن التشريع الفرنسي فيما يتعلق بالتحريم الخاص ببنات الأخ وبنات الأخت، فلئن أقر الفصل 163 م 1 م ف أن زواج الشخص من ابنه أخيه أو ابنة أخته أو من عمته أو من خالته محرم سواء كانت القرابة القائمة بينهما شرعية أو طبيعية والا أن الفقرة 3 من الفصل 164 اقتضت صراحة أنه يجوز للرئيس الجمهورية بصورة استثنائية ولأسباب خطيرة أن يأن برفع التحريم القائم بين هذا الشخص وهؤلاء النسوة ويسمح بالزواج وهو أمر غريب في القانون التونسي.

هذا المانع أقرته جميع التشريعات السماوية والوضعية رغم اختلافها في بعض

درجات التحريم.

2- وإذا كانت قد اتفقت هذه التشريعات على تقرير هذا المناع فلأن السبب واحد وهو سبب ذو طبيعة مزدوجة :

*سبب مادي باعتبار أن مختلف البحوث العلمية البيولوجية التي أجريت من طرف أهل الاختصاص أثبت أنه كلما اشتمت علاقة القرابة قربا كلما ارتفعت نسب احتمال إصابة الأبناء المنتظرين بالأمراض الوراثية والإعاقات الناتجة عموما عن زواج الأقارب.

ولكن هذا السبب المادي ليس هو الفيصل الحقيقي في تقرير هذا المنع لأن هذا السبب من الممكن تجاوزه خصوصا وقد أثبت علم الطب تقنما ملحوظا في مجال الوقاية من هذا النوع من الأمراض قبل حصولها، وفي مجال المداواة منه بعد حصول هذه الأمراض، لذلك يبقى السبب الحقيقي كامنا في الداحية الأخلاقية، فالأخلاق الفاضلة تأبى أن تولد بين هؤلاء الأشخاص علاقات جنسية لذلك اعتبر الزواج بينهم ممنوعا لأن الزواج مبني بالأساس على صورة ارتباط القرينين بهذا النوع من العلاقات.

3-الملاحظة 3 المتعلقة بنوع القرابة المعنية بالمنع، السؤال هل أن القرابة المحدثة للمنع هي قرابة متأنية من علاقات شرعية أم كذلك من علاقات غير شرعية ؟ فقهاء التشريع الإسلامي انقسموا، بعضهم رأى أن القرابة المعنية هي الناتجة عن العلاقة الشرعية وحدها دون سواها أي عن علاقة النسب لكن أغلبية فقهاء التشريع الإسلامي اعتبروها القرابة في معناها الشامل أي الناتجة عن علاقات شرعية وغير شرعية، يكفي فقط التعرف على وجود هذه القرابة، وهو الموقف الذي يمكن استنتاجه من حديث الرسول (صل) "الولد للفراش وللعاهر الحجر" في واقعة هذا الحديث بعد أن أسند النبي النسب إلى زوج الأم رغم شعوره الباطن بأن الطفل ليس من صلبه مغلبا بذلك وسيلة الفراش على الإقرار، أمر في نفس الوقت بأن تحتجب

بنت الزوج من زوجة أخرى عن هذا المولود الذكر حين يكبر وهو ما يعني أنه ليس بأخيها البيولوجي.

وإذا كان الرسول (ص) قد أمر بهذا فإنه كان يخشى من أن يرتبطا بعلاقات أئمة لأنهما ليسا أخوين حقيقيين بل أخوين في نظر القانون فقط.

- أما بالنسبة للقانون التونسي، فلئن لم يكن المشرع قد حدد بالفصل 15 م أ ش طبيعة القرابة المانعة إلا أن المقصود مبدئيا هو القرابة الشرعية أي المؤسسة على علاقة النسب. يعني إذا كان النسب ثابتا فهو يرتب مانع القرابة، أما إذا لم يكن ثابتا فهو مبدئيا لا يرتبها لأن المنع استثناء والاستثناء لا يقبل التوسع فيه، لكن مع صدور ق 28 أكتوبر 98 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال مجهولي النسب أو المهيملين أقر الفصل 5 منه وجوب العمل بمانع القرابة إذا ثبتت على معنى هذا القانون وهي قرابة غير شرعية، ولكنها قانونية، لأنها متأتية من علاقات خارج الزواج، لكن هذا القانون لا يركب العمل بهذا المانع إلا متى ثبتت علاقة القرابة البيولوجية بين المولود وأبوه طبقا لمادة 2 من الفصل 1 من هذا القانون.

كما يمكن أن ينبني هذا المنع عن القرابة الناتجة عن التبني بشرط أن تعتبر جنبا أن موانع الزواج يمكن إدراجها ضمن الحقوق والواجبات القائمة بين المتبني والمتبني وهي صورة الفقرة 1 من الفصل 15 ق 4 مارس 58 المتعلق بالولاية والتبني. لكنها في صورة اعتبار أن التبني يفضي إلى إقرار المنع تماما مثل القرابة الشرعية، فإن ذلك لا يمنع من أن يبقى مانع القرابة قائما أيضا بين المتبني وأقاربه الشرعيين الأصليين وهو ما نصت عليه فقرة 2 ف 15 من هذا القانون.

II- المصاهرة :

هي العلاقة التي ينشؤها الزواج بين عائلي الزوج والزوجة. هذه العلاقة اعتبرها المشرع أساسا يمنع بمقتضاه زواج كل من الزوجين من بعض أقرباء الزوج الآخر منعاً موقداً وهو ما نص عليه ف 16 م أ ش المحرمات بالمصاهرة أصول

الزوجات بتجرد العقد وفصولهن بشرط الدخول بالأم، زوجات الآباء وإن علوا وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرد العقد".

هذا النص أيضا هو نقل حرفي للفصل 43 من لائحة الشيخ جعيط، أما النساء المقصودات بالتحريم هن أم الزوجة وجداتهم للأب والأم وعن علون (أصول الزوجات)، بنات الزوجة والريبيات وبنات بناتها وبنات بنيتها وإن سفلن (فصول الزوجات).

كما تحرم مؤبدا زوجات الآباء وإن علوا لقوله تعالى في آية 22 النساء "ولا تتكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف. إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا، كما تحرم على الشخص زوجات الأبناء وإن سفلوا لقوله تعالى في آية 23 "وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ".

والملاحظ في هذا النوع من التحريم أن الدخول يضطلع فيه بدور هام، فأحيانا يكون التحريم حاصلا بمجرد إبرام الزواج وهو انمبدأ أي في جميع الصور ما عدى فصول الزوجات أو الريبيات فهؤلاء لا يتحقق التحريم في شأنهن بمجرد أن يقع إبرام الزواج على أمهاتهن بل إن الدخول بالأمهات ضروري لتحقيق التحريم لأنه في غياب الدخول بالأم لا تحرم البنات لقوله تعالى "إن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم".

في مانع المصاهرة، القانون التونسي تبني كل ما جاء في التشريع الإسلامي ما عدى صورة واحدة لم يعد ممكن وجودها في القانون التونسي رغم أنها لا تمثل في الحقيقة صورة من صور الموانع المؤبدة في التشريع، بل المؤقتة، وهي الجمع بين الأختين، فهو في التشريع الإسلامي ممنوع مؤقتا لأنه يزول بزواله وهو ما نصت عليه آية 23 النساء "وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سفل إن الله كان غفورا رحيمًا".

هذه الصورة لم يعد لها مكان في القانون التونسي بعد أن ألغيت إمكانية تعدد الزوجات، أما القانون الفرنسي فيبدو مختلفا، فعلى الرغم أن الفصل 161 م م ف أقر صراحة بأن علاقة المصاهرة تؤدي وجوبا إلى تحريم الزواج نحو الأصول، إلا أن

التحريم لا يكون قاطعا وحاسما إلا في صورة انحلال الزواج الذي أنشأ المنع بالطلاق أما إذا انحل هذا الزواج بالوفاة فإن المنع الذي ينشئه يفقد صبغته القاطعة ويصبح قابلا للإزالة بمقتضى ترخيص من رئيس الجمهورية الذي يمكنه أن يأذن بإقامة الزواج بعد التثبت من وجود أسباب خطيرة.

وبصرف النظر عن الاختلاف بين تونس وفرنسا فإن السبب الأساسي الذي شرع من أجله هذا المانع القائم على علاقة المصاهرة هو أخلاقي بالأساس، يقضي بضرورة أن تقوم العلاقات الأسرية وبالأساس الحياء والفضيلة بشكل شبيه بالأساس الذي تقوم عليه القرابة الدموية، فالزوج محمول على أنه يندمج في أسرة زوجته وكذلك الزوجة ليصبح كل منهما فردا من أفراد أسرة الآخر لذلك يحرم الزواج أخلاقيا بينهما.

III- الرضاعة :

هو مانع انفردت به الشريعة الإسلامية عن بقية الشرائع السماوية الأخرى، وأصل التحريم ورد في الآية 23 النساء لقوله تعالى "وأما لكم المأثري أرضعكم وأخوانكم من الرضاعة" أصل هذا التحريم أيضا موجود في السنة لقول الرسول (ص) "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب".

المشرع التونسي نص على هذا المانع بالفصل 17 م أ ش وهو فصل يؤكد فقرته الأولى أن تكون نقلا حرفيا للحديث الذي قيل في الرضاع في التشريع الإسلامي عن حديث الرسول وجاء فيها "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة". ويشترط في الرضاع في التشريع الإسلامي توفر حملة من الشروط لكي تتحقق الغاية المنشودة من الرضاع وهي تغذية الرضيع بشكل يجعله يصبح بمثابة الابن البيولوجي للمرأة المرضعة ولزوجها وهو السبب الذي من أجله شرع المنع. وهو ما يعبر عنه الشيخ الطاهر بن عاشور بقوله "ولاحقت أصرة الرضاع بأصرة النسب بتزويل المرضعة منزلة الأم وتزويل الرضيع منزلة الأخ".

"من شروط الرضاع في التشريع الإسلامي أيضا أن يكون الذي سقته للرضيع لبنا ويكون أدرك جوف الرضيع وأن يكون بمقدار يمكن أن تتحقق معه الغاية المنشودة منه.

أما فيما يتعلق (بالإثبات) فإن الرضاع في التشريع الإسلامي لا يثبت إلا بالإقرار أو بالشهادة، أما الإقرار المؤدي لثبوت الرضاع فيتعين أن يكون وجوبا صادرا من الزوج الذي مهدد زواجه بالإبطال، أما إن كان قد صدر الإقرار عن الزوجة أو شخص آخر فإنه عمل عليه إذا صادق عليه الزواج.

وأما بالنسبة للبيئة بالشهادة فإنها تثبت الرضاع إذا صدرت عن شخصين عدلين أي محمولين على قول الصدق. أما إن كان الشاهدان غير عدلين فإن شهادتهما تصبح غير كافية بمفردها وينبغي تعزيزها بشرط آخر وهو أن يكون الرضاع ذائعا بين الأهل والأقارب قبل إبرام الزواج.

-وفي حين حدد التشريع الإسلامي كافة شروط الرضاع بشكل دقيق اكتفى المشرع التونسي بوضع شرط واحد في المادة 17 هو شرط أن يكون الرضاع قد تم في الحولين الأولين وهو ما اقتضته الفقرة 3 من الف 17 التي جاء فيها "ولا يمنع الرضاع من النكاح إلا إذا حصل في الحولين الأولين".

لكن المشرع التونسي يسكت فيما يتعلق بإثبات الرضاع فهل أن هذا السكوت يحمل في طياته إحالة على وجوب تطبيق وسائل الإثبات بالنصر العام أي في المادة 17 أم هل أن هذه الوسائل العامة عاجزة عن استيعاب خصوصيات الرضاع بحيث وجب الرجوع في هذا الشأن إلى التشريع الإسلامي باعتباره المصدر المادي الذي أخذ منه مانع الرضاع؟

هذا السؤال طرح على محكمة التعقيب وأصدرت فيه قرارا مبدئيا عدد 319 في 61/1/17، في هذا القرار اعتبرت أن للنيابة العمومية الاختصاص. في رفع قضية في إبطال زواج من أجل مانع رضاع بين الزوجين لأن "قضايا الأسرة تتعلق بالنظام

العام".

كما قررت محكمة التعقيب أن الرضاع لا يعتبر مانعاً مؤدياً إلى إبطال الزواج إلا إذا كان ذاتاً قبل إبرام الزواج، ولقد أصدرت محكمة التعقيب هذا القرار في أعقاب قضية أفادت وقائعها أن زوجاً أبرم بين شخصين فقام والد الزوج بقضية في إبطاله مدعياً أن بين ابنه وزوجته يوجد مانع رضاع لأنهما في صغرهما رضعا من نفس المرأة، وفي سبيل إثبات ذلك أدلى والد الزوج بشهادة ثلاث نسوة إحداهن قاصرة، شهدن جميعهن بوجود رضاع مشترك بين الزوجين فقضت المحكمة الابتدائية بإبطال هذا الزواج بناء على شهادة النسوة الثلاث وأيدتها الاستئناف، فطعن الزوجان بالتعقيب ناعيين عليه مطعنان اثنان، الأول أنه لا صفة لوالد الزوج للقيام بقضية الإبطال لأنه لا مصلحة له في ذلك، والثاني جوهرى يتعلق بأن الرضاع ولئن حقت النسوة الثلاث وجوده إلا أن هذه الشهادة غير كافية لأنها لم تحقق شرط التبوع في التشويع الإسلامى إضافة أن إحداهن قاصرة لا يؤخذ بشهادتها، وكان على محكمة التعقيب الأخذ بالمطعنين وقررت نقض القرار الاستئنافى فجاء موفقها على مرحلتين مرحلة إجرائية وجوهرية.

*الإجرائية : ردت محكمة التعقيب المطعن المؤسس على أن والد الزوج لا صفة له بالقيام بالدعوى، اعتبرت المطعن غير وجيه لأن الذي قام بدعوى الإبطال في نظر محكمة التعقيب ليس والد الزوج بل النيابة العمومية. أما دور الوالد هو التبليغ إلى النيابة العمومية عن طريق المحكمة بوجود زواج بين أخوين من الرضاع. والنيابة العمومية بمجرد أن علمت بهذا الزواج تبنت دعوى الإبطال وبأشرت بنفسها سير القضية. أما السبب الذي جعل النيابة العمومية تتصرف على هذا النحو فهو أن قضايا الأسرة تهتم النظام العام.

والمأمل في موقف محكمة التعقيب في هذا الموقف الإجرائى يتبين أنه سليم في جزء منه لكنه مجحف في جزء آخر منه، هو سليم لأن النيابة العمومية من واجبها أن

تتدخل في القضايا المدنية كلما كان الأمر متعلقا بالنظام العام، وتدخلها يمكن أن يكون كطرف أصلي أو كطرف منظم بصورة وجوبية.

- تدخلها كطرف أصلي بصورة وجوبية يحصل في الصور التي تتعلق فيها الأمر بنظام عام توجيبي أو موضوعي.

- أما تدخلها الوجوبي كطرف منظم فيكون عادة في الصور التي ضبطها المشرع على سبيل الحصر في ف 255 م م ت وهي صور يوجد فيها النظام العام أحيانا بشكل حمائي.

وإذا تدخلت النيابة العمومية في النزاع المدني كطرف أصلي فإنها تصبح إما قائمة بالدعوى أو مدعا عليها فيها، وإذا كانت قائمة بالدعوى فإن دورها في هذه الصورة يصبح شبيها بدورها في المادة الجزائية، وقد يكون أيضا تدخلها كطرف منظم بصورة اختيارية وذلك في الصور التي لا علاقة لها بالنظام العام.

وفي قضية مانع الرضاة تبين محكمة التعقيب أن المسألة متعلقة بالنظام العام التوجيهي لأن زواجا بين أخوين من الرضاة لا يمكن إلا أن يחדش الحياء ويحدث تشوشا في الأوساط الاجتماعية وهو ما يدعو إلى الإصرار بإبطاله لذلك فإن أمر إبطاله يهم كل شخص بلغ إلى علمه وجود هذا الزواج، وهو ما يعني أن وجود هذا الزواج شبيه بوجود جريمة والدليل أن هذا النوع من الزواج صنفه المشرع ضمن الزيجات الفاسدة والزواج الفاسد هو زواج باطل والبطالان المتحدث عنه هو بطلان مطلق لا يحتمل التصريح ولا يحتمل المصادقة كما لا يحتمل الترخيص المسبق، بدليل أيضا أن ألف 17 المتعلق بهذا المانع ورد التعرض إليه في سلسلة الزيجات الفاسدة إلى جانب ألف 18 الذي يرتب عقوبة جزائية والعقوبة الجزائية هي رمز النظام العام التوجيهي، لذلك يبدو موقف محكمة التعقيب وجيها من هذه الناحية باعتبار أن القائم الحقيقي بالدعوى هو النيابة العمومية وليس والد الزوج، لكن محكمة التعقيب موقفها يعتريه شيء من الإجحاف في جزء آخر منه.

لكن موقف محكمة التعقيب رغم وجاهته يبدو مشطا في جزء آخر منه، ووجه الإجحاف فيه هو أنها بلهجة المبدأ القانون الشامل قائلة أن قضايا الأسرة تهم النظام العام هذا القول يحمل مبدأ القانون استنبطته محكمة التعقيب لأنه لم يرد ذكره في نصوص تشريع وقد تكون استنبطته انطلاقا من طبيعة النصوص القانونية المتعلقة بالأسرة.

لكن وجه الإجحاف في هذا المبدأ هو أن قضايا الأسرة لا تتعلق جميعها بالنظام العام فإمكانية القيام بقضية في الطلاق لا علاقة لها بالنظام العام بحيث لا يمكن أن تتصور أن يقوم ممثل النيابة العمومية بقضية في إيقاع الطلاق بين زوجين، بل إن المطلق مسألة شخصية لا يقوم بها إلا أحد الزوجين أو كلاهما.

كذلك الشأن أيضا بالنسبة للبطلان الناتج عن عيوب الرضى في مادة الزواج، فهو بطلان نسبي لأنه حمائي ولا يتعلق بالنظام العام.

كما أن هناك أيضا بعض قصور لقضايا الأسرة المتعلقة بالنظام العام ولكنه نظام عام حمائي لا تتدخل فيه النيابة العمومية بصورة وجوبية مثل نفقة الزوجة، فالنفقة تهم النظام العام لأنه لا يجوز التنازل عنها قبل وجوبها وإلا أصبح الزواج فاسدا لأنه يكون قد اقترن بشرط ينافي جوهره، كما أن لها صبغة معاشية، لكنه نظام عام حمائي يحمي الزوجة وحدها دون سواها فلا تقوم بقضايا النفقة الزوجة إلا الزوجة ذاتها.

صحيح أن في صورة مانع الرضاع هي صورة تمتثل النظام العام الموضوعي أو التوجيهي لكنه كان يجدر بمحكمة التعقيب ألا تتحدث بنهجة المبدأ القاني العام والمطلق والشامل أي المبدأ الذي يتجاوز حدود صورة مانع الرضاع أو على أقصى تكدير الصور الشبيهة بها، بل كان عليها أن تتحدث بلهجة المبدأ الظرفي أي المتعلق بيذد الصورة أو بمثيلاتها.

*من الناحية الجوهرية :

اعتبرت محكمة التعقيب الرضاع في هذه القضية لا يمكن اعتباره ثابتاً لأن إثباته عن طريق شهادة أدلت بها ثلاث نسوة إحداهن قاصرة ولنن كان قد حقق حصول الإرضاع خلال الحولين الأولين، إلا أنه لم يحقق شرطاً آخر وهو شرط النبوع قبل إبرام الزواج.. وهو شرط تقول محكمة التعقيب لا قدرة لوسائل الإثبات الواردة بم 1 ع على إثباته وتحقيقه فقط قواعد التشريع الإسلامي المتعلقة بإثبات الرضاع هي القادرة وحدها على إثبات هذا الشرط وتحقيقه. ثم تتجاوز محكمة التعقيب هذا الحد لتصرح بلهجة المبدأ القانوني العام بأنه كلما تعلق الأمر بقضايا الأسرة والأحوال الشخصية فإن الأحكام الواردة بم 1 ع لا يمكن تطبيقها في صورة غموض أو سكوت م أش، بل إن الذي ينبغي تطبيقه في هذه الصورة هو التشريع الإسلامي.

تقييماً لموقف محكمة التعقيب يمكن القول إن موقفها قابل للتنفيذ من الناحية القانونية، لكنه من الناحية الواقعية يبدو جلاً أفضل من الحل الموجود في م 1 ع لأن فيه ضماناً أكبر للحرية الفردية في اختيار شخص القرين.

*من الناحية القانونية، م 1 ع أصبحت منذ دخول م أش حيز التنفيذ بمثابة المصدر الشكلي العام الذي يتعين مبدئياً الرجوع إليه كلما تبين أن هناك غموضاً أو صمتاً في المصدر الشكلي الخاص أي م أش.

وإذا كان المشرع قد نص على شرط واحد فقط متعلق بمانع الرضاع في ف 17 م أش وهو شرط الإرضاع خلال الحولين الأولين دون أن يتعرض إلى الكيفية التي يقع إثبات الرضاع على نحوها فمعنى ذلك أن المصدر الشكلي الخاص (ف 17) قد لازم الصمت في مادة وسائل إثبات الرضاع وهو سكوت ينبغي مبدئياً تسديده بالرجوع إلى المصدر الشكلي العام أي الأحكام العامة المتعلقة بوسائل الإثبات في م 1 ع، وهو ما قامت به محكمة الاستئناف في هذه القضية.

وبالرجوع إلى هذه الأحكام نتبين أنها تميز بين كيفية إثبات التصرفات والوقائع القانونية. فالتصرفات تثبت مبدئياً بالوسائل الكاملة بينما الوقائع تثبت بشتى الوسائل. واعتباراً إلى أن الرضاع يمثل واقعة قانونية فإنه من الممكن إثباته بشتى الوسائل ومن بينها الشهادة، وحتى إن كانت هذه الشهادة صادرة عن امرأتين لأن ف 473 م ا ع عندما تحدث عن الشهادة لم يحدد عدداً معيناً من الشهود ولم يضبط جنساً معيناً بحيث تقبل الشهادة مهما كان جنس الشاهد ومهما كان عدد الشهود، يكفي فقط أن تنفع هذه الشهادة وجدان القاضي.

أما قول محكمة التعقيب بأن الاعتماد على الشهادة لا يمكن إلا إذا كانت قد حققت شرط ذبوع الرضاع بين الأهل والأقارب قبل إبرام الزواج فيبدو أن هذا الشرط لم يرد في نص التشريع لا في الفصل 17 أو غيره، بل جاءت به محكمة التعقيب وأضافته وذلك من التشريع الإسلامي وما كان لها إضافته لأن الشروط القانونية جعلها نص الدستور من مشمولات التشريع وليس القضاء بحيث لا يمكن العمل بها إلا متى ورنست في نص صريح.

ولكنه في الحقيقة من الممكن إيجاد تفسير لموقف محكمة التعقيب الراضى لتطبيق م ا ع، هذا الموقف جاء سنة 1961 أي في زمن لم يمر على تطبيق م ا ش سوى 4 سنوات وهي مدة تعتبر قصيرة نسبياً لقبول هذه السجلة ونضم ما جاء فيها إذ لا ننسى أنها كانت قبل صدور ما محل احترام من قبل بعض القضاة الشرعيين، وإذا كان كذلك فمن باب أولى وأحرى أن تكون م ا ع محل احترام لأن هذه المجلة تعتبر دخيلة على مادة الأحوال الشخصية ففضاء التعقيب الذين كانوا آنذاك من بين القضاة الشرعيين القدامى لم يكونوا متعودين زمن تطبيق التشريع الإسلامي على تطبيق هذه المجلة في مادة الأحوال الشخصية لأن أحكام التشريع الإسلامي كانت تتوفر على جميع الحلول بحيث لم يكن القضاة الشرعيون آنذاك في حاجة إلى الرجوع إلى الأحكام العامة - م ا ع. لكن مع دخول م ا ش حيز التنفيذ، اختفت أحكام التشريع

الإسلامي كمصدر شكلي خاص في مادة الأحوال الشخصية وعوضت بم أش والقوانين اللاحقة لها.

وتبعاً لذلك ومنذ هذا التاريخ ظهرت إمكانية تطبيق م ا ع في مادة الأحوال الشخصية باعتبارها أصبحت المصدر الشكلي العام المطلوب الرجوع إليه كلما تبين أن المصدر الشكلي الخاص أي م أش يعترضه غموض أو سكوت.

*ولكن محكمة التعقيب تجاهلت كل هذا في هذا القرار، لكن محكمة التعقيب لم ترفض بعد هذا القرار رفضاً قاطعاً الرجوع إلى م ا ع في مادة الأحوال الشخصية، بل قبلت الرجوع إليها واستندت بالحلول الواردة فيها بشرط أن تكون هذه الحلول متفقة مع الحلول الواردة في التشريع الإسلامي، أما إن كان الحل الوارد فيها لا يتفق مع التشريع الإسلامي فإنها ترفض تطبيقها.

لكن الحل الذي أقرته محكمة التعقيب بهذا القرار والذي استوحته من التشريع الإسلامي وليس كان قابلاً للانتقاد قانونياً إلا أن فيه ضماناً أوفر لحرية الفرد في اختيار قريته لأن وضع شرط إضافي لترتيب المانع يقلص توسيع من دائرة الحرية الفردية خلافاً للحق، فإن كل شرط إضافي يقلص من الحرية الفردية في التمتع به.

III-التطبيق ثلاثاً :

يحجر على الرجل أن يتزوج مطلقته ثلاثاً. هذا النص يفيد أن الشخص إذا تزوج امرأة ثم وقع بينهما طلاق فإنه بإمكانه أن يراجعها وبعد مراجعتها يمكنه أيضاً الطلاق منها ثانية، وبعد هذا الطلاق تتفق إمكانية المراجعة الثانية واردة لكن إذا وقع الطلاق في المرة الثالثة فإنه لا يحق له أن يراجعها مرة أخرى.

وهذا المنع نجد له أصل ثابت في القرآن لقوله تعالى في الآية 229 البقرة "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان".

ويشير مانع الطلاق جملة من التساؤلات :

1-ما هو السبب الذي أدّى إلى وضع هذا المانع ؟

- 2- هل أن مانع الطلاق ثلاثا يستوجب بالضرورة وحدة السبب القانوني ؟
- 3- هل أن هذا المانع يستوجب بالضرورة وحدة طالب الطلاق ؟
- 4- متى يحصل الطلاق الذي يتحقق المنع بموجبه ؟
- 5- ما هي طبيعة هذا المنع ؟ هل هو حقيقة منع مؤبد أم في الحقيقة مؤقت ؟ أي هل يشترط في الطلاقات الثلاث أن تكون متتالية ؟

1- السبب : يبدو السبب في إقرار العمل بهذا التحريم كامنا في حث الأزواج على عدم الاستهتار بمؤسسة الزواج وهو ما يؤكد طبيعة المؤسسة هو على عدم التلاعب بالزواج خصوصا إذا أتموا إنجاب أبناء لأن الواجب يقتضي قبل إقرار العزم على الطلاق التروي بدليل أن المشرع أوجب المرور بمرحلة صلحية لأن الطلاق يبقى أبغض الحلال عند الله، لأن الزواج يبقى مؤسسة رمز للشرعية أولاها المشرع كمال تعديته، فتسبب إذا في هذا التحريم هو العقاب الذي تسلط على الزوجين معا في التشريع التونسي وعلى الزوج بشكل خاص في التشريع الإسلامي لأنه هو المتحكم في العصمة الزوجية وهو القادر على حلها بمفرده.

وهو عقاب يقضي بحرمانهما من الزواج مرة رابعة حرمانا مطلقا وبنينا في القانون التونسي وحرمانا مؤقتا في التشريع الإسلامي، لعل هذا الأخير أشد قساوة لأن زواج الشخص من مطلقته ثلاثا زواجا رابعا في التشريع الإسلامي يبقى موقوفا على زواج هذه المرأة من شخص آخر زواجا متبوعا بالبناء وذلك قبل طلاقه منها ورجوعها إلى زوجها الأول.

2- وحدة النسب : هل يتعين أن يكون الطلاق في ثمرات الثلاث مبنيا على نفس الفقرة من الفقرات الثلاث التي احتوى عليها ف 31 م 1 ش أي هل أن هذا المانع يتحقق مهما كان سبب الطلاق أي سواء كان نفسه أو تغير، أم أنه يتعين أن يكون سبب الطلاق هو نفسه في كل طلاق.

هذا السؤال ما كان يطرح لو كان المشرع يستعمل في الفصل 19 م 1 ش عبارة

الطلاق ثلاث لأن الطلاق هي المصطلح الذي ورد في الفصل 31 م 1^أش والطلاق يحكم به مهما كانت الصورة والسبب من الأسباب الثلاث لكن المشرع استعمل في ف 19 عبارة التطلق ثلاثا هي لها مدلول خاص في التشريعي الإسلامي فهي تدل على السلطة التي يتمتع الزوج بها في حل الرابطة الزوجية بإرادة منه منفردة ودون ضرورة اللجوء إلى انقضاء وهي إرادة لا ملك الزوجة قدرة على صدها.

الملاحظ أن هذه الطريقة لم يعد معمولاً بها في القانون التونسي وذلك منذ أن أصبح الطلاق قضائيا بشكل وجوبي أي لا عمل عليه إلا بعد أن تكون قد صرحت به المحكمة، ولكن هذا التغيير في المصطلح لا يبدو له تأثير فهو تغيير شكلي لا غير وذلك لأن الطلاق إنشاء الذي نصت عليه فقرة 3 ف 31 م 1^أش ولئن أوجب المشرع أن تقضي به المحكمة إلا أن هذا التصريح يبقى في النهاية شكليا لا غير لأن المحكمة نفسها في هذه الصورة لا تملك قدرة على منع منشي الطلاق من تحقيق غايته فهو طلاق مبناه الإرادة الفردية لطالبيه، ولكن هذا التصريح رغم صبغته الشكلية إلا أن أهميته كبيرة لأنه هو الذي جعل التطلق الذي كان يوقعه الزوج بمفرده خارج المحكمة أصبح بموجب حكم المحكمة إلى طلاق لأن إرادة منشي الطلاق رغم أنها تمثل الفصيل في تحقيق الطلاق إلا أن تنفيذ الطلاق لا يقع بداية من تعبير منشي الطلاق عن إرادته بإيقاع الطلاق بل من تاريخ تصريح المحكمة بهذا الطلاق.

* وعلى هذا الأساس يمكن القول أن لفظ التطلق في م 1^أش لا يعني فهمه في معناه التقليدي أي على معنى التشريعي الإسلامي وإنما ينبغي إعطاؤه معنى الطلاق الذي توقعه المحكمة.

* ومن هنا فإنه لا ينبغي جعله منحصرا في صورة معينة من صور الطلاق وتحديدًا في صورة الطلاق إنشاء وإنما يمكن لهذا الطلاق أن يكون مبنيًا في المرات الثلاث على نفس الفقرة أو على فقرات مختلفة وهو ما يعني أن مانع الطلاق ثلاثا يتحقق بحصول الطلاق ثلاثا مهما كان سببه.

3- وحدة الطالب : الملاحظ في الفصل 19 ان عبارته وردت عامة بحيث لم تشترط أن يكون القائم بدعوى الطلاق هو نفسه في المرات الثلاث فوحدة طالب الطلاق ليست شرطا لتحقيق هذا المانع يكفي فقط أن يحصل الطلاق ثلاث مرات سواء كان طالب الطلاق هو نفسه في المرات الثلاث أم تغير في الأثناء.

أما القول بأن عبارة التطلق التي استعملها المشرع توحي بأن الطلاق من طرف الزوج دون الزوجة باعتبار أن هذه الكلمة كانت تفيد حق الزوج في الطلاق المطلق فهذا القول مردود أيضا لأن حق المطالبة بإيقاع الطلاق أصبح مشتركا بين الزوجين بكامل المساواة، فالزوجة أصبحت بإمكانها أن تطلب إيقاع الطلاق من زوجها دون أن تكون مطالبة ببيان الأسباب التي دعتها إلى المطالبة بإيقاع الطلاق.

4- متى يحصل الطلاق المانع : لنذكرنا أن الطلاق لا يتحقق بين الطرفين إلا متى صرحت به المحكمة حسب ف 30 م أ ش إلا أن ذلك لا يعطي إجابة فاطعة على السؤال المتعلق بمعرفة التاريخ الذي يصبح فيه الطلاق نافذا بين الطرفين.

أي التاريخ الذي يصبح فيه الطرفان أجنبيان عن بعضهما ويحسب منه عدد الطلاقات الثلاث ؟

فهل أن الطلاق يحصل من تاريخ نطق المحكمة به أم من تاريخ صدور الحكم القاضي به أم من تاريخ آخر ؟

الإجابة تمر عبر الإجابة عن سؤال آخر يتعلق بمعرفة التاريخ الذي يصبح فيه حكم الطلاق قابلا للتنفيذ بين الطرفين :

بالرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بتنفيذ الأحكام يتضح أن الأحكام القضائية لا يمكن المرور إلى تنفيذها بين الطرفين إذا كانت ابتدائية الدرجة إلا متى أصبحت باتة أي انقضت أجل الطعن فيها بالاستئناف ولم يطعن فيها من له الحق في الطعن فيها. أما إذا وقع الطعن في الأحكام الابتدائية بالاستئناف فإن هذه الأحكام لا يمكن تنفيذها لأن من آثار الطعن بالاستئناف إيقاف تنفيذ الحكم الابتدائي المطعون فيه وهو

الأثر التوقيفي للاستئناف مع العلم أن أجل الطعن في الأحكام الابتدائية بالاستئناف هو 20 يوما بداية من تاريخ الإعلام بالحكم الابتدائي موضوع الطعن.

أما حكم الاستئناف فهو قابل للتنفيذ مباشرة بعد الإعلام به وذلك لأن الطعن بالتعقيب (وأجله 20 يوما) من تاريخ الإعلام بالقرار الاستئنافي موضوع الطعن لا يوقف تنفيذ القرار الاستئنافي المطعون فيه.

أما في مادة الطلاق فإنه لا يجوز تنفيذ حكم الطلاق بين الطرفين إلا متى أصبح هذا الحكم باتاً أي متى أصبح غير قابل للطعن فيه بأي وجه من الأوجه أو متى استنفذ جميع أوجه الطعن فيه.

والسبب هو أن الطعن بالاستئناف في حكم الطلاق وأجله (30 يوما من تاريخ صدور الحكم محل الطعن يوقف تنفيذ الحكم الابتدائي المطعون فيه. وكذلك الطعن بالتعقيب في القرار الاستئنافي في مادة الطلاق وأجله 30 يوما من تاريخ صدور المطعون فيه يوقف بدوره تنفيذ القرار الاستئنافي وهو استثناء بالنسبة للإجراءات المدنية العادية وغايته الحفاظ على الرابطة الزوجية إلى آخر لحظة.

* وعلى هذا الأساس فإن الطلاق الذي يتحقق المنع بموجبه هو الطلاق الذي يصبح باتاً والذي يستوجب إقامة رسم صداق جديد بينهما.

5- طبيعة المنع : إذا كان لا جدال أن التشريع الإسلامي يجعل من التطليق ثلاث مانعا مؤقتا أي مانعا يقبل الزوال بفعول شيء ما، فإن مفعول زوال هذا السبب ليس مرور الزمن بل تحقيق شرطا اقتضته أحكام النص القرآني وهو زواج المطلقة من رجل آخر ويكون مشفوعا بالبناء، يعني أن الطلقة لثلاث في التشريع الإسلامي لا يمكن لها أن تعند لمطلقها إلا بعد أن تكون قد تزوجت من آخر وبنت به ثم طلقها وذلك لقوله تعالى في آية 23 البقرة "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" وهو ما يجعل من الطلاق الثالث في التشريع الإسلامي طلاقا ليس رجعيا بل طلاقا باتاً لأن إمكانية الرجوع إلى المطلق تبقى موقوفة على تحقيق الشرط الذي

اقتضاه النص القرآني وهو زواجها من شخص آخر ثم طلاقها منه.
* ولقد أجمع فقهاء التشريع الإسلامي على أن زواج التحليل ينبغي أن لا يتوقف عند إبرام العقد بل يشترط أن يكون الدخول قد تحقق به، وينبغي أن يكون دخولا حقيقيا أي ماديا أي دخولا تمت فيه العلاقات الجنسية بين الطرفين، ولعل دليلهم على ذلك هو النص القرآني الذي استعمل في هذه السورة مصطلح "النكاح" وليس "الزواج" علما بأن لفظ النكاح يؤدي المعنيين معا في التشريع الإسلامي أي المعنى القانوني والمادي.

غير أن بين التشريع الإسلامي والقانون التونسي اختلافا باعتبار أن المشرع جعله مانعا مؤبدا وهو ما نصت عليه أحكام ف 14 م أ ش، أما السبب في هذا التأيد فلعله راجع إلى إرادة المشرع في القضاء على بعض الحيل الفقهية التي كان يقوم بها البعض من خلال تزويج المرأة بصبي يكون غير قادر على القيام بواجباته الزوجية أو رجل مصاب بعجز جنسي أو برجل يلتزم أمام الجميع أنه سيدخل دخولا صوريا على أن يطلقها مباشرة بعد ذلك وهو زواج غايته هي تحليل رجوع المرأة إلى مطلقها وهذه الحيلة من شأنها أن تفقد الأساس العقابي الذي جعل من أجله هذا المانع وزواج التحليل وهو عقاب المطلق بأن يرى مطلقته تتزوج شخصا آخر قبل أن يراجعها.
من أجل ذلك وحفاظا على الروح العقابية لهذا المانع خیر المشرع التونسي أن يجعل منه مانعا مؤبدا.

وعلى الرغم من أن الفصل 14 م أ ش قد صنف صراحة مانع التطبيق ثلاثا ضمن سلسلة الموانع المؤبدة إلا أن ذلك لم يمنع الأستاذ بن حليمة من التساؤل هل أن هذا المانع قد أصبح حقيقة مانعا مؤبدا أم أن وضعه في سلسلة الفصل 14 ضمن الموانع المؤبدة هو وضع خاطئ ؟ وكان ينبغي ضمنه إلى سلسلة الموانع المؤقتة ؟ ولعل السبب الذي دفع بالأستاذ إلى هذا القول هو الكيفية التي تمت على نحوها صياغة الفصل 19 م أ ش وهي صياغة اعتبرها تؤدي إلى تأويل هذا المانع تأويلا يجعله

ضمن الموانع المؤقتة ليصبح امتدادا للتشريع الإسلامي وليس تجديدا بما يعني أنه مانع يزول بموجب زواج المطلقة ثلاثا من رجل آخر وطلاقها منه.

* وصورة تأويل الفصل 19 على هذا النحو اعتبرها كالاتي : إذا كان المشرع قد حجر على الزوج أن يتزوج مطلقة ثلاثا فمعنى ذلك أن المرأة المحجر عليه الزواج منها هي مطلقة ثلاثا. أما إن تزوجت من غيره بعد طلاقه الثالث منها فإنها بعد طلاقها من هذا الغير لم تعد مطلقة بل أصبحت مطلقة غيره. وبناء على ذلك تتجاوز تحجير الفصل 19 وتصبح هذه المرأة قابلة للرجوع إلى مطلقها الأول.

* هذا التأويل يبدو سائغا في ظاهره لكن بالتأمل فيه مليا يمكن أن نجده قابلا للنقاش والسبب في ذلك هو أن طلاق هذه المرأة من زوجها الثاني لا يعني بتاتا أنها لم تكن في يوم ما مطلقة ثلاثا فطلاقها من غيره لا يمحو من الوجود الأثر الذي خلفته الطلاقات الثلاث من زوجها الأول فهذا الأثر باقي لا محالة ويمكن التأكد من بقاءه من خلال ما تحمله بطاقة الحالة المدنية لهذه المرأة من تنصيب على طلاقها من زوجها الأول ثلاث مرات.

-نتيجة لذلك تكون هذه المرأة إضافة إلى أنها مطلقة ثلاثا ومطلقة غيره.

* هل يتعين أن تكون الطلاقات الثلاث متتالية أم يمكن أن يتخللها زواج من شخص آخر يكون متبوعا بطلاق منه ؟

بالرجوع إلى الفصل 19 نثبت أن النص يتحدث عن تحجير الزواج على الرجل من مطلقة ثلاثا وهو تحجير ورد عاما ومطلقا ولم يميز فيه بين صورة وأخرى، لم يشترط أن تكون الطلاقات متتالية، وطالما لم يشترط النص تمييزا بين صورة وأخرى فإنه يتعين إجراؤه على إطلاقه حتى وإن كان نصا استثنائيا لأن التأويل الحرفي للتحجير لا يعني وجوب التضيق منه ومن مجاله إنما يعني فقط عدم التوسع فيه إن كان مضيقا وعدم التضيق فيه إلا كان موسعا.

* وعلى هذا الأساس فإن المنع الناتج عن الطلاق ثلاثا يحصل إن كانت الطلاقات

متتالية في الزمن أو متقطعة.

IV- التفريق الأبدي :

لقد نص الفصل 75 م أ ش على أنه "إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينفي عليه إلا بحكم الحاكم. وتقبل نفى هذه الصورة بجميع وسائل الإثبات الشرعية".

هذا النص يمثل إحدى الصورتين اللتين يقع فيهما دحض قرينة الفراش التي يتمتع بها المولود بقرينة الفراش التي تقتضي بأن المولود الذي تضعه المرأة المتزوجة خلال المدة القانونية للحمل محمول على أنه من صلب زوجها هي قرينة بسيطة تقبل الدحض ومن بين وسائل دحضها ما جاءت به أحكام الفصل 75 م أ ش وهو أن يثبت الزوج بكامل الوسائل الشرعية أن هذا المولود ليس من صلبه. وهذا الدحض سيؤدي إلى تحقيق نتيجتين :

أولاً: نفى النسب أي قطع الصلة القانونية والشرعية التي تربط المولود بزوج أمه. ونفي هذه العلاقة لا يمكن أن يحصل إلا بحكم من المحكمة أي بموجب تصريح المحكمة بذلك، وهذا التصريح يأتي على إثبات زوج الأم أن هذا المولود رغم أن ولادته تمت في المدة القانونية للحمل إلا أنه ليس من صلبه.

2- تترتب هذه النتيجة أياً ووجوباً عن الحكم بقطع النسب وهي نتيجة تقضي بها المحكمة وتصرح بها ضمن حكمها وهي القضاء بالتفريق الأبدي بين الزوجين وهو ما حققه الفصل 76 م أ ش جاء فيه "إذا أثبت الحاكم نفى الأبوة طبق أحكام الفصل السابق فإنه يحكم بقطع النسب والفراق الأبدي بين الزوجين".

والملاحظ في الفراق الأبدي الذي تقضي به المحكمة هو أنه يمثل نوعاً خاصاً من أنواع فك الرابطة الزوجية، نوع مستقل عن الطلاق لأن الطلاق ولئن كانت تقضي به المحكمة أيضاً وجوباً إلا أنها لا تقضي به إلا بناء على طلب من أحد الطرفين أو كليهما. كما أنه ليس إبطالاً لأن الزواج الذي تكون قد قضت المحكمة بحله بالتفريق

الأبدي هو زواج صحيح فشروطه جوهرية كانت أم شكلية متوفرة، بينما البطلان هو جزء من الزواج أبرم منقوصا من شروطه كلاً أو بعضاً، وهو أيضاً ليس شبيهاً بالغيبية لأن الحكم بالغيبية يحصل على اثر طلب من الزوجة بعد أن تثبت أن زوجها قد تغيب عنها مدة من الزمن طالت ولم يعرف له أثر.

*لذلك فغن التفريق الأبدي يعبر صبغة خاصة من صيغ فك الرابطة الزوجية تحكم به المحكمة وجوباً من تلقاء نفسها بناء على أن الحياة الزوجية بين الطرفين باتت مستحيلة من الناحية الأدبية.

لأن في قطع علاوة النسب يكمن مبدئياً اتهام غير مباشر للزوجة على ارتكابها جريمة الزنا ولو أن جريمة الزنا حتى وإن ثبت ارتكابها تكفي في حد ذاتها للفصل بين الزوجين لكن المشرع قد يكون اعتبر أن قطع علاقة النسب هي الأثر الذي سوف تخلفه جريمة الزنا والذي لن ينمحي بينما إذا كانت جريمة الزنا قد ارتكبت دون أن تكون متبوعة بقطع النسب فإنه يمكن بمرور الأيام أن تنسى.

*كما أن قطع علاقة النسب أكد المشرع على أنها يمكن أن تقع بكافة وسائل الإثبات الشرعية، وعلى الرغم من أن محكمة التعقيب أقرت أن من بين وسائل الإثبات الشرعية في نفي النسب التحليل الدموي ومن بعده التحليل الجيني إلا أن ذلك لا يقضي بالضرورة إمكانية التعويض عن الوسيلة التقليدية التي كان معمولاً بها قبل ظهور الوسائل الحديثة وهي وسيلة اللعان التي ورد ذكرها في سورة النور وهي أن يلاعن الزوج زوجته في صورة عجزه عن إقامة الدليل على زناها فإن ردت الزوجة فإن حد الزنا ينتفي عنها أما إن لم ترد فإن حد الزنا يقام عليها، لكن في كلتا الصورتين يقع قطع علاقة النسب والسبب هو أن الزوج هو المتحكم الوحيد في هذه العلاقة بحيث لا دخل للأم فيها. كما أنه يمكن أن يكون الطفل مولوداً من غير صلب الزوج دون أن تكون الزوجة قد زنت؛ وإذا كان الزوجان قد تلاعنا فيما بينهما فمعنى ذلك أنه لم يعد ممكناً أن يتعايشا معاً لأن الثقة قد افتقدت بينهما.

ثانيا : الموانع المؤقتة :

هي التي يمكن أن تزول بمرور الوقت أو بزوال سببها. وأغلبها لم يجادل في شأنه أحد في حين أن بعضها الآخر أثار جدلا كبيرا بين شراح القانون وكذلك بين المحاكم حول وجوده.

I-المنع المتفق عليه :

هذه الموانع هي التي نص عليها المشرع بشكل صريح ولم يترك مجالا لإنكار وجودها وهذه الموانع يمكن توزيعها إلى صنفين :

-موانع تتعلق بتعلق حق الغير بعدة.

-تعلق حق الغير بزواج سابق وقائم.

*تعلق حق الغير بعدة :

-العدة هي مانع مؤقت خاص بالمرأة ويفيد المدة الزمنية التي ينبغي على الزوجة التي فارقتها زوجها بسبب من الأسباب القانونية التي وردت على سبيل الحصر أي أن تتربصها قبل أن تقدم على الزواج من جديد.

والعدة تعرف أصلا ثابتا لها في النص القرآني وتحديدا في الآية في سورة البقرة لقوله تعالى و الذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقال تعالى و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروا .

والعدة تطرح جملة من المشاكل أولها :

*المدة : الملاحظ في أن هذه المدة تختلف باختلاف صور انحلال الزواج، وأحيانا نلاحظ أن المشرع حددها وأحيانا أخرى لم يحددها وهو ما يطرح السؤال، فمدة العدة للمطلقة محددة تشريعا بـ 3 أشهر من تاريخ إيقاع الطلاق وذلك بشرط أن يكون الدخول بين الطرفين قد تم قبل الطلاق وبشرط ألا تكون الزوجة حاملا ففي صورة حملها فإن مدة العدة تستمر إلى ما بعد 3 أشهر وتتواصل إلى حين حصول الوضع، أما إن لم يكن البناء تم بين الطرفين قبل الطلاق فإن المطلقة لا تعتد.

أما المتوفى عنها زوجها فمدة العدة 4 أشهر و 10 أيام منذ تاريخ الوفاة سواء وقع الدخول بين الطرفين قبل الوفاة أم لم يقع.

أما بالنسبة لزوجة المفقود فإنها تعتك عدة المتوفى عنها زوجها أي 4 أشهر و 10 أيام منذ تاريخ الحكم بالفقدان وذلك سواء وقع الدخول بين الطرفين أم لم يقع.

أما بالنسبة لمن أبطل زواجها فهذه صورتان :

- صورة من أبطل زواجها على معنى الفصل 22 م 1 ش أي صورة الزواج

الفاقد.

- صورة التي أبطل زواجها على معنى الفصل 36 قانون 1 أوت 57 وهو

الزواج على خلاف الصيغ القانونية.

في هذين الصورتين أوجب المشرع العدة لكنه لم يبين مدة هذه العدة وهو نقص

في التشريع يتطلب تدخل المشرع لإكماله ولو أنه في هذه الصورة يمكن القياس على

صورة المرأة المطلقة لأنها شبيهة بها، ووجه الشبه هو أنه في كلتا الصورتين لا

تترتب العدة إلا إذا كان الدخول قد تم بين الطرفين، فالعدة موقوفة على الدخول

بصريح النص بالنسبة للمرأة المطلقة ف 34 م 1 ش الذي جاء فيه يجب على كل

امرأة فارقتها زوجها بطلاق بعد الدخول أو مات عنها قبل الدخول أو بعده أن تتربص

مدة العدة.

والعدة أيضا موقوفة على وقوع الدخول بالنسبة لمن أبطل زواجها على معنى

ف 22 م 1 ش .

كذلك الشأن بالنسبة لمن أبطل زواجها على معنى الفصل 36 ق 1 أوت 1957

فعلى الرغم من أن هذا الفصل لا يتحدث عن الدخول بشكل صريح إلا أنه تحدث عن

المعاشرة التي قد تحصل بين الزوجين المعنى الذي يحمله الدخول لذلك يكون من

الممكن قياس وضعية من أطل زواجها على وضعية المطلقة.

لكن الملفت للانتباه هو أن المشرع لم يستوجب من المرأة التي قضى بالتفريق

الأبدي أن تعتد وهو ما يمثل فراغا تشريعيا يستوجب تدخل المشرع لأن القياس في هذه الصورة ولئن بدا منطقيا، إلا أنه يصعب قبوله من حيث المنطق القانوني لأن العدة مانع من موانع الزواج والمانع استثناء لأنه حد من حرية الفرد في الزواج والاستثناء لأنه حد من حرية الفرد في الزواج والاستثناء ينبغي أن يكون منصوص عليه صراحة ولا يجوز إعمال القياس في شأنه.

-تاريخ بداية احتساب أجل العدة : من الصور التي لا تثير إشكالا لأن التاريخ فيها ثابت وقطعي هي صورة المتوفى عنها زوجها، فهذه المرأة تعتد بداية من تاريخ الوفاة وهو تاريخ ثابت لأن المشرع ذكره صراحة ضمن سلسلة التواريخ الثابتة التي حددها الفصل 450 م 1 ع في مادة الاحتجاج بالمكاتب.

ومن تصور كذلك التي لا تطرح صعوبة صورة المطلقة، فلئن اكتفى المشرع بالإشارة إلى المطلقة في ف 35 م 1 ش بما يوحي بالضرورة بأنه يتعين انتظار أن تصبح هذه المرأة مطلقة إلا أنه لن تكون مطلقة بصورة قانونية إلا عندما يصبح حكم الطلاق حكما باتا أو قرار استئنافيا باتا.

أما بالنسبة للمرأة التي أبطل زواجها فغنه يتعين التمييز بين صورتين الإبطال. صورة من أبطل زواجها على معنى ف 22 م 1 ش وصورة إبطال الزواج على معنى ف 36 ق 57.

فبالنسبة للصورة الأولى فإن العدة يبدأ احتساب أجلها بداية من يوم التفريق وأما بالنسبة لصورة الفصل 36 ق 57 فإن المرأة تعتد بداية من الحكم المصروح بالإبطال.

وهنا يطرح سؤال هل ينبغي أن يكون هذا الحكم قد أصبح باتا أم يكفي أن يكون قد صدر في شأنه حكم استئنافي.

أي هل ينبغي القياس على صورة الطلاق أم العمل بالإجراءات العامة ؟

كفي غياب نص خاص يخضع صورة الإبطال إلى نظام استثنائي غير النظام

العادي فإنه من الصعب التقياس على صورة الطلاق لأن نظام الإجراءات في الطلاق نظام استثنائي والاستثناء لا يقاس عليه.

كذلك الشأن بالنسبة لزوج المفقود حيث اكتفى المشرع بالقول بأنها تبدأ منذ صدور الحكم بالفقدان دون بيان إن كان الحكم ابتدائي أم بات.

ويبقى السؤال مطروحا بالنسبة لمن قضى بالتفريق الأبدي لها فهل أنها ستعتد وما هو أجل عدنها ومتى يبدأ هذا الأجل إن كانت ستعتد ؟

هل أن أجل العدة كافي ؟ للإجابة يجب الإجابة عن سؤال آخر، السبب الذي من أجله شرعت العدة هو اجتناب (اختلاط الأنساب) إضافة إلى اجتناب الوقوع في الأمراض التناسلية فالمرأة تعد لتؤكد مما إذا كانت قد حملت من مفارقها أم لا، فإن كانت حاملا فإنها لن تتزوج إلا بعد وضع حملها وإن لم تكن حاملا فإنه يحق لها الزواج مجددا.

إذا كان السبب هو التأكيد فهل أن الأجل الموضوع بالنسبة للطلاق على الأقل وحتى الوفاء كاف لاجتناب اختلاط النسب ؟

الأجل الذي وضعه المشرع بالنسبة للمطابقة التي تم الدخول بينها وزوجها قبل الطلاق وهو 3 أشهر من تاريخ صيرورة حكم الطلاق باتا، يبدو غير كاف لتحقيق الغاية المقصودة من العدة وهي اجتناب اختلاط الأنساب لأن إذا ربطناه بالحين الأدنى والأقصى لمدة الحمل فإننا سنجد أجلا قصيرا بحيث لا يقدر على تحديد إن كان المولود الذي قد تضعه المرأة هو مولود من زوجها الأول أم الثاني وهو ما يمكن أن يؤدي إلى تنازع ايجابي في النسب بين المطلق الذي يتمسك بالحد الأقصى لقرينة الفراش وهو سنة من تاريخ صيرورة الحكم بالطلاق باتا وبين الزوج الثاني الذي سيمسك الحد الأدنى لقرينة الفراش وهو 6 أشهر من تاريخ إبرام الزواج.

*تعلق حق الغير بزواج سابق قائم :

المقصود بهذا المانع هو تعدد الزواج بصنفيه أي تعدد الزوجات وتعدد الأزواج.

والزواج المتعدد كان يمثل ظاهرة شائعة لدى العرب في الجاهلية وكذلك عند غيرهم من القبائل والشعوب وكانت له أسبابه منها خصوص الأسباب الإرث المتعلقة بالمحافظة على ثروة الأسرة والأسباب البشرية المتعلقة بالسعي نحو تكاثر أفراد الأسرة، وعند مجيء الإسلام قررت النصوص القرآنية وضع حد لظاهرة تعدد الأزواج بحيث لم يعد يسمح للمرأة أن تقتن في نفس الوقت إلا بزواج واحد. أما تعدد الزوجات فإن النص القرآني ولئن لم يمنعه بصورة باتة إلا أنه قلصه من حدته متوخيا في ذلك أسلوب التدرج نحو إقرار الزوجة الواحدة. ففي مرحلة أولى حدد عدد الزوجات بـ 4، ثم في مرحلة ثانية أوجب على الزوج أن يعامل زوجاته على قدم المساواة، ثم في مرحلة ثالثة اقتضى أن العدل صعب يكاد يكون مستحيلا أما التشريع التونسي فمُنذ صدور م أ ش أقر ما كان سابقا بالنسبة لمنع تعدد الأزواج وهو أم لم يجدد فيه المشرع وهو ما جاء بالفصل 20 م أ ش، ومحتوى هذا المنع هو أنه يحجر على المرأة المرتبطة بعلاقة زواج مع رجل أن تتزوج ثانية قبل حل الزواج الأول، والغاية من ذلك واضحة وهي :

1- اجتناب حصول الأمراض التناسلية من جهة.

2- اجتناب الوقوع في اختلاط الأنساب لأن المولود الذي تضعه المرأة المتزوجة ينسب إلى أبيه وليس إلى أمه والنسب علاقة قانونية وشعرية تربط بين الطفل وأبيه، ولئن كانت الأم تتدخل إذا كانت زوجة في تحويل هذا النسب على زوجها إلا أن علاقة النسب تبقى ثنائية.

أما تعدد الزوجات فالغاية التي قصدها المشرع لا يمكن أن تكون كامنة في اختلاط الأنساب، بل في إقرار المساواة بين الرجل والمرأة من ناحية وهو توجه أثاره المشرع التونسي وظل يسعى إلى تحقيقه على مراحل، ومن جهة أخرى الحفاظ على استقرار الأسرة وذلك حتى لا تشتت مجهودات الزوج المالية على أسر كثيرة. أما الغاية الثالثة فهي أيضا تنبني على توجه اختاره المشرع بعد الاستقلال وهو

السعي نحو تحديد النسب.

أما الجزاء المترتب عن زواج ثاني قبل انحلال الزواج الأول فهو مزدوج :
- هو جزاء مدني ثابت وهو الفساد المؤدي إلى الإبطال الوجوبي بدليل أن
الفصلين 18 المتعلق بتعدد الزوجات و 20 (الأزواج) ورد ذكرهما ضمن سلسلة
الفصل 21 م أش المتعلقة بصور الزواج الفاسد التي يعتبرها ف 22 زيجات باطنة
وجوبا وهو بطلان يذكرنا بالبطالان المطلق في البطلان الذي لا يقبل التصحيح ولا
المصادقة عليه والذي تثيره النيابة العمومية وتقوم لطرف أصلي بقضية في إبطاله
باعتبار أن الأمر يتعلق بالنظام العام التوجيهي.
كما ينبغي على المحكمة إثارته من تلقاء نفسها ولو كان ذلك لأول مرة لدى
التعقيب.

ولعل خير دليل على أنه يتعلق بالنظام العام هو العقاب الجزائي المرصود لهذا
الصنف من الزواج.

-العقاب الجزائي هو صارم لأنه بالسجن والخطيئة ولا يسمح للقاضي بتبنيع
المخالفين ظروف التحقيق ولا بإيقاف تنفيذ العقاب.

كما أن هذا العقاب مرشح للتشديد في صورة العود وهو ما جاء بالفصل 18 م أ
ش.

لكن هذا العقاب الجزائي بالفصل 18 والذي أقره المشرع لتأكيد إرادته في
انقضاء على ظاهرة تعدد الزوجات هذا العقاب أقرز على سبيل التطبيق صعوبتين :

1-الأولى هي معرفة متى من الممكن القول أن التعدد قد حصل ؟

2-الثانية هي معرفة هل أن هذا العقاب الجزائي يشمل حقيقة تعدد الزواج

بصنفيه (الزوجات والأزواج) أم صنفا واحدا وهو تعدد الزوجات فقط ؟

*الصعوبة الأولى : هي تتفرع إلى فرعين :

أ-هل يكفي لحصول التعدد إبرام الزواج الثاني قبل حل الزواج الأول أم أنه

يشترط إتمام الدخول في الزواجين حتى يحصل التعدد وتتحقق الجريمة ؟
-الجواب يبدو سهلا باعتبار أن المشرع التونسي عندما تعرض إلى مؤسسة الدخول تعرض إليها بصورة استثنائية أي أن الآثار المترتبة عن الدخول هي آثار موقوفة على إتمام الدخول بصورة استثنائية معنى هذا أن جميع الآثار المترتبة عن الزواج تحل مبدئيا بداية من تاريخ إبرام الزواج ما عدى الآثار التي اقتضى المشرع استثنائيا ترتيبها على الدخول.

*من هذا المنطلق فإن الآثار المترتبة عن الدخول هي استثنائية لذلك فهي قد وردت حصريا وصراحة. أي يجب أن يكون منصوصا عليها صراحة وإلا تعود إلى المبدأ أي تاريخ إبرام الزواج.

وبذلك وحسب الفصول 18 و 20 م أ ش يتبين أن المشرع عندما أقر العمل بهذا المانع لم ينص صراحة على أنه يتحقق بوقوع الدخول، بل تحدث عن زواج ثانى يبرم قبل حل الزواج الأول، وهذا يعني أن هذا المانع يتحقق بمجرد إبرام الزواج الثاني قبل حل الزواج الأول.

ب-ما هي طبيعة الزواج الثاني ؟ هل يشترط أن يكون الثاني والأول صحيحين أم أن التعدد ممكن حتى إن كان أحدهما باطلا لغير سبب التعدد ؟

الحل يبدو سهلا وواضحا ولا يثير صعوبة إذا كان الزوجان صحيحين شكلا وجوهرا لذلك يصبح الزواج الثاني باطلا بموجب التعدد.

لكن الصعوبة تنأت لما يكون الزواج 1 صحيحا شكلا وجوهرا والثاني 2 باطلا إما شكلا أو جوهرا أو الاثنين. في هذه الصورة بطلان الزواج الثاني بسبب الإخلال بأحد الشروط الجوهرية أو الشكلية أو الاثنين يجعله في حكم الزواج المعلوم الذي لا يترتب آثارا سواء التي نص عليها المشرع صراحة واستثنائيا ولم يكن من بينها العقاب الجزائي، بطلان هذا الزواج يزيله عن الوجود ليبقى قائما فقط الزواج الأول انصحيح فقط. بما على انعدام التعدد وانعدام إمكانية تسليط العقاب الجزائي.

كذلك أيضا إذا كان الزواج الأول باطلا إما لإخلاله بشرط جوهراني أو شكلي أو الاثنين معا والزواج الثاني صحيح شكلا وجوهرا، هنا بطلان الزواج الأول لغير سبب التعدد يعدمه من الوجود ولا يبقى سوى الزواج الثاني، هذا يعني أنه لا وجود للتعدد ولا عقاب جزائي.

هاتين الصعوبتين حتمتا على المشرع التدخل على مرحلتين بموجب ق 20 فيفري 64 للتأكيد على أن جريمة ف 18 تحصيل سواء كان الزواج الأول صحيحا واثاني باطلا أو العكس.

وسبب التدخل هو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يقتضي تأويل النص الجزائي حصريا والذي يقتضي أيضا أن تسليط العقاب الجزائي لا يقع إلا على الأفعال التي شملها نص سابق الوضع.

*الصعوبة الثانية : هل أن العقاب الجزائي يشمل حقيقة تعدد الزواج بنفيه أم يشمل صنف واحدا وهو تعدد الزوجات ؟

كما لا شك فيه أن العقاب الجزائي يشمل تعدد الزوجات باعتبار أن هذا العقاب ورد التنصيص عليه في الفصل 18 م أ ش وهو الفصل الذي يقر فيه المشرع وضع حد لتعدد الزوجات، وما يؤكد ذلك إرادة المشرع الواضحة في التجريم بالنسبة للتشريع الإسلامي التقليدي بالقضاء على ظاهرة تعدد الزوجات.

لكن الحياة القضائية أفرزت عند التطبيق سؤالا طرح على المحكمة المختصة من خلال قضية طرحت عليها وأحيلت من خلالها امرأة على قاضي الناحية بتهمة تعدد الأزواج وذلك لأنها امرأة متزوجة ارتبطت بعلاقة زواج مع شخص آخر قبل حل الزواج الأول، وكان مطلوبا من قاضي الناحية أن يبطل هذا الزواج وأن يسلط عقوبة جزائية على هذه المرأة لكن محاميها في دفاعه عنها لم يجادل في بطلان زواج وكيالته لأن الف 20 م أ ش صريح وكذلك ف 21 و 22 م أ ش لكنه في المقابل جادل في العقوبة الجزائية وطالب من المحكمة بالقضاء فيها بعدم سماع الدعوى وإخلاء

السبيل متمسكا بأن عقوبة الفصل 18 لا تشمل المرأة التي تبرم زواجا ثانيا قبل حل الأول بل تتعلق فقط بالرجل الذي يبرم زواجا ثانيا. وعملا [بمبدأ شرعية الجزائيم والعقوبات القاضي بالتأويل الحصري للنص الجزائي] فإن عقوبة هذا النص لا تنطبق على تعدد الأزواج.

فاستجاب قاضي الناحية لطلب هذا المحامي بعد أن اقتنع بوجاهة موقفه قانونيا، ف قضى بإبطال الزواج الثاني مدنيا تأسيسا على الفصل 20 و 21 و 22 م أ ش وبعدم سماع الدعوى جزائيا وإخلاء السبيل لفقدان السند القانوني في القانون الجزائي.

نكن محكمة التعقيب أصدرت قرار في 1966 يبدو خارقا للنص الجزائي اعتبر فيه أن عقوبة الفصل 18 لا تتعلق بتعدد الزوجات فقط بل تشمل أيضا تعدد الأزواج مؤسسة موقفيا على أن عبارة هذا الفصل وردت عامة ولم تحدد صنفًا من الجنسين إذ جاء فيها "وكل من أبرم..." لذلك وجب أخذها على عموميتها خصوصا وإن المشرع انتزعي قد انتحى منحى المساواة بين الرجل والمرأة في م أ ش.

موقفها يبدو قابل للانتقاد لأن فقرة 2 ف 18 رغم أنها وردت عامة بحيث تحدثت عن كل من يبرم زواجا ثانيا قبل حل الزواج الأول إلا أن هذه الفقرة تبدو مرتبطة ارتباطا وثيقا بالفقرة الأولى لأنها تأتي نتيجة لها، والفقرة الأولى تتعلق بمنع تعدد الزوجات، وكان على المشرع لو أراد فعلا تحقيق المساواة بين الجنسين في المادة الجزائية أن ينص على نفس العقوبة في الفصل 20. نكن هذا التناقض حاول المشرع أن يتلافاه من خلال تدخله على الفصل 18 لجعله يعاقب الجنسين ويعاقب صنفى الزواج المتعدد ولو أن الغموض بقي عالقا رغم هذا التدخل. أما السبب في هذا التناقض فلعله راجع بالأساس إلى سيو من المشرع مرده إرادة هذا المشرع في القضاء على ظاهرة كانت موجودة وهي تعدد الزوجات أما تعدد الأزواج فلم يفكر فيه المشرع لأنه أمر كان محسوما من زمن التشريع الإسلامي التقليدي.

المانع المختلف في شأنه : الديانة :

يتعلق بانتباين في الدين، فأحكام التشريع الإسلامي (وهو مصدره) تحجر على المسلم أن يتزوج من غير كتابية أي امرأة لا تدين إلى دين سماوي أي امرأة يجب أن تكون مسلمة أو يهودية أو نصرانية. أما بالنسبة للمرأة فإن التشريع الإسلامي تحجر عليها أن تتزوج من غير مسلم حتى وإن كان كتابيا.

-بالنسبة للشرعية النصرانية لا تجعل من اختلاف الدين مانعا للزواج لكنها تستوجب إقامة الزواج في الكنيسة عن طريق أحد كهنتها أو قديسيها.

-أما اليهودية فنقتضي أن المرأة والرجل لا يتزوجان (إلا من نفس دينهما خاصة الرجل. أما المرأة فقد يسمح لها بالزواج من غير يهودي لأن الديانة اليهودية في نظر رجالها تمر عبر الأم قبل الأب.

-بالنسبة للقانون الوضعي التونسي لا يوجد نص إلا الفصل 5 م أ ش فقرة 1. جاء فيها يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية.

هذه الفقرة أثارت جدلا حادا بين شراح القانون وموطن هذا الجدل هو الاختلاف القائم بينهم حول مفهوم كلمة الشرعية، هل يتعلق الأمر بوجوب الرجوع إلى الشرع الإسلامي أم بوجوب الرجوع إلى الموانع القانونية (القانون الوضعي) ولعل حقيقة هذا الاختلاف تعبر عن الاختلاف الذي كان سائدا بين أفراد اللجنة التي وضعت مشروع م أ ش هذا الاختلاف أدى إلى اتفاق هؤلاء الأعضاء على استعمال مصطلح يعتبر في نفس الوقت في نظر كل من التيارين عن حقيقة موقفه كما لو كان هذا المصطلح غامضا وهو غموض مقصود.

-فبالنسبة للشق المحافظ يعتبر أن الموانع الشرعية هي التي جاء بها الشرع الإسلامي، وبالرجوع إلى الشرع الإسلامي نتبين أن الاختلاف في الدين هو مانع من موانع الزواج والدليل على وجهة موقفهم يستمدونه من أن النص يستعمل مصطلح الشرعية لا القانونية كما يؤكدون على أن م أ ش هي مستوحاة من التشريع الإسلامي

وأن لأئحة جعيط التي أقرت هذا المانع مثلت أحد المراجع الأساسية التي عملت بها هذه اللجنة. يمكن أن يدعم كذلك هذا الموقف منشور وزارة العدل في 1973 كذلك منشور وزارة الداخلية في 1972 الذين يؤكد الوزيران من خلالهما على ضرورة أن يتمتع ضباط الحالة المدنية وعدول الإشهاد والعدول المنفذين عن إبرام زواج يتبين لديهم أن بين المترشحين له يوجد اختلاف في الدين يمنع هذا الزواج.

*بالنسبة للتيار المتحرر يعتبر كلمة الموانع الشرعية تفيد الرجوع إلى الموانع القانونية أي التي نص عليها المشرع الوضعي التونسي في الفصل 14 م أ ش وما بعده - 20 م أ ش.

وبالرجوع لهذه الفصول لا نجد بينها فصلاً يؤكد على اختلاف الدين كمانع من موانع الزواج لذلك لا سبيل لمنع زواج لم يمنعه المشرع، ولهم في ذلك أدلة :

1- هذه الفقرة الأولى ف 5 لا يمكن أن تكون محتوية على موانع الزواج بل هي تقدم لبقية الموانع، ولو كانت هذه الفقرة في المحتوية على جميع الموانع بالتشريع الإسلامي (الشرعية) لما كان وجب على المشرع أن ينص عليها مانعاً فيما بعد.

2- النص الفرنسي للفقرة 1 ف 5 جاء فيها : " Les époux ne doivent pas être dans l'un des empêchements légaux de mariage »

3- اتفاقية نيويورك في 62/12/10 والتي صادقت عليها تونس في 67. وهي ترسي مبدأ المساواة بين الجنسين في اختيار شخص القرين بصرف النظر عن الاختلاف في الألوان والأديان.

والاتفاقية المصادق عليها في الهرم القانوني هي أقوى من النص القانوني الداخلي.

كما أن تونس صادقت فيما بعد في 79/12/18 على الاتفاقية الدولية وهي معاهدة كوبن هافن وأكدت المعاهدة ما جاء في اتفاقية نيويورك.

إضافة لذلك كله، الفصل 1 من الدستور الذي يقتضي أن تونس دولة مستقلة

نظامها الجمهورية ودينها الإسلام. هذا النص اختلف في تأويله فبالنسبة للتيار المحافظ يعتبر أن الإسلام هو دين الدولة التونسية، والدولة سلطات ثلاث تشريعية وتنفيذية وقضائية وإذا كان الإسلام يتعلق بالدولة فيو يتعلق بهذه السلطات الثلاث ومن بينها السلطة التشريعية ما يعني أن القوانين الوضعية ينبغي أن تكون متناغمة مع مبادئ الإسلام. بينما التيار المتحرر يعتبر أن الإسلام ليس دين الدولة التونسية ولكن دين البلاد ؟

بما يعني أن الأغلبية أما الدولة فلا تتعلق بهذا الوصف خاصة أن الدستور التونسي لا يشترط الديانة الإسلامية إلا في شخص الرئيس أما بقية السلطات فيمكن أن تكون من دين غير الإسلام والدليل أنه بعد صدور دستور 59 بقي في محكمة التعقيب التونسية قضاة غير مسلمين.

بالنسبة لفقه القضاء هناك موقف كان ثابتا ولكن هناك بداية تحول والموقف الثابت أسسه قرار حورية في 66/1/31 عدد 3384 هذا القرار اعتبر أن زواج المسلمة بغير مسلم هو زواج باطل عملا بأحكام التشريع الإسلامي، وهو أيضا من المعاصي الكبرى، في هذا القرار تصرفت محكمة التعقيب تصرف محاكم الأصل لأنها صرحت ببطالان زواج حورية، في حال أن التصريح هو إجراء خاص بمحاكم الأصل والحال أن لا أحد طلب منها ذلك.

ثم محكمة التعقيب أبطلت الزواج عملا بأحكام التشريع الإسلامي وليس الفصل 5 أي لم تأت بالحديد لأن الجميع يعرف أن التشريع الإسلامي يبطل هذا النوع من الزواج وكان عليها إعطاءنا موقف المشرع التونسي إي موقفها من الفصل 5 م أ ش. صحيح أن الفصل 5 لا يمكن أن ينطبق على زواج حورية لأن هذا الزواج أبرم قبل صدور هذا الفصل. لكن كان بإمكان محكمة التعقيب أن تفسره خصوصا وأنها تعلم أن قرارها لن يكون له تأثير مادي على زواج حورية لأن قرار التعقيب لا يقبل مبدئيا التنفيذ إذا لم يكن قد نقض القرار الاستئنافي المطعون فيه.

لكن موقفها الرسمي ليس من الصعب التكهّن به، لأنّ موقفها يعتبر هذا النوع من الزواج باطلاً وأنّ الموانع بالفصل 5 هي موانع بالرجوع إلى التشريع الإسلامي والدليل على هذا التمشي هو أن محكمة التعقيب في نفس هذا القرار أولت الفصل 88 المتعلق بالإرث بالرجوع للتشريع الإسلامي حيث لو طلب منها تأويل الفصل 5 فإنها ستفعل نفس الشيء.

بقي موقفها مستقراً للفصل 88.

لكن صدر حكم عن المحكمة الابتدائية بتونس العاصمة عدد 26855 في 29 جوان 99، هذا الحكم جاء ولأول مرة في تاريخ القضاء التونسي مخالفاً تماماً لتوجه قرار حورية، هذا الحكم تبنى صراحة النظرية المتحررة واعتبر أن زواج المسلمة بغير المسلم هو زواج صحيح على معنى القانون الوضعي التونسي عملاً بالفصل 5 م أ ش الذي يتحدث عن الموانع الشرعية وهذه الموانع ينبغي تفسيرها على ضوء الموانع القانونية أي الفصول 14 م أ ش وما بعده إلى 20 م أ ش وهو أيضاً زواج صحيح عملاً باتفاقية نيويورك وأيضاً زواج مطابق للأحكام العامة لحقوق الإنسان التي تدعو إلى احترام الحرية في المعتقد والحرية في اختيار القرين بصرف النظر عن المعتقد وهذا يعني أن التباين في الدين لا يمكن اعتباره حاجزاً أمام حرية الزواج وحرية اختيار شخص القرين.

لكن الملفت للانتباه في هذا الحكم هو أن المحكمة تمسكت بوجوب تطبيق اتفاقية نيويورك لسنة 62 مؤكدة على علويتها على القانون الداخلي التونسي بعد التصادق عليها وتغاضت عن معاهدة كوبن هافن في 79، والحال أن هذه المعاهدة أكثر حداثة من اتفاقية نيويورك، وهذه المعاهدة تؤكد في الفقرة ب من ف 16 على إلغاء كافة أشكال التمييز العنصري إزاء المرأة وذلك على الرغم من أن الحكومة التونسية لم تبدي تحفظاً في شأن هذه الفقرة بل صادقت عليها وهذه الفقرة تؤكد على مبدأ المساواة بين الجنسين وبين الأجناس مرتبة على ذلك بـ حرية الزواج وحرية اختيار شخص

القرين .

«لكن محكمة تونس لما تغافلت عن ذكر هذه المعاهدة قد تكون تفتنت إلى أن الحكومة التونسية ولئن لم تبدي حول هذه الفقرة ب تحفظا أي صادقت عليها إلا أنها خيرت أن تعلن صراحة في حفل التوقيع على نص المصادقة بتعهدا بان لا تتخذ أي قرار إداري أو نص تشريعي يكون مخالفا لمقتضيات الفصل 1 من الدستور التونسي وهو ما قد يكون جعل المحكمة الابتدائية في هذا الحكم تتجنب الإشارة لهذه المعاهدة وتكتفى باتفاقية نيويورك لأن هذه المعاهدة قد لا تخدم موقفا لأن الأغلب على الظن أن الحكومة التونسية من خلال إعلانها في حفل التوقيع عن عدم اتخاذها... ف 1 دستور كانت تقصد النصوص والقرارات المخالفة للشرع الإسلامي.

II- الشرط الإيجابي : المهر :

المهر هو شرط من شروط الزواج ورثه المشرع عن التشريع الإسلامي الذي يعتبره شرطا لصحة الزواج. وبعبارة أخرى محتوى المهر الذي ينبغي أن يكون مقدار من المال أو شيئا مقدرا بمال منقول أو غير منقول، والمهر يقدمه الزوج إلى زوجته. وقد اختلف شراح القانون في تحديد الطبيعة القانونية للمهر، فالبعض يعتبره بمثابة الثمن الذي يدفعه الزوج لقاء الزواج منها وهو شبيه بالثمن في مادة البيع، لكن البعض الآخر رأى في ذلك امتحان للزوجة باعتبار أن المهر ليس ثما للزواج بل هو عربون مودة من الزوج لزوجته.

أما البعض الآخر فيعتبره مبلغا من المال تتحصل عليه الزوجة مسبقا تدخره لوقت لاحق قد تحتاجه في صورة ما إذا تراءى للزوج أن يطلقها.

ومهما اختلفت الطبيعة القانونية فإن المهر يبقى شرطا من شروط صحة الزواج في القانون التونسي وهو شرط لا وجود له في القوانين الغربية المتأثرة بالقانون الكنسي بدليل أن هذا المصطلح لم يوجد له مرادف في المعجم القانوني الفرنسي، فعلى الرغم من أن هذا المصطلح ترجم إلى كلمة dot إلا أن هذه الترجمة لا

تعني حقيقة مفهوم dot في القانون الفرنسي لأن هذا المصطلح يفيد نظام يتفق عليه الأطراف فيما يتعلق بالأموال المشتركة بينهما وهو ما يعني أنه رغم صبيغته المالية إلا أنه يختلف عن المهر اختلاف جذري قد يشبه ما يسمى في التشريعي الموسوي بالكيد وشيم وهو عادة ما يتمثل في قطعة من الذهب يقدمها الزوج لزوجته ولا يعتبر الزواج قد تم إلا بموجب تقديمها.

ولكن "المهر" في التشريعي الموسوي الشبيه بالمهر في التشريع الإسلامي هو مقدار المال الذي تقدمه الزوجة إلى زوجها لقاء زواجه منها. وبصرف النظر عن هذه السائل، فإن المهر في القانون التونسي له أهميتان أساسيتان :

- الأولى تتعلق بوظيفته في مادة الزواج.

- الثانية تتعلق بنظامه القانوني.

1- الوظيفة تتعلق بتسمية المهر وهي بصريح النص شرط من شروط صحة الزواج وهو ما أكدته الفقرة 2 من ف 3 م أ ش التي جاء فيها "ويشترط لصحة الزواج اشهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر الزوجة".

2- نظامه القانوني يتعلق بتسليم المهر المشرع في هذا الصدد يشير إلى أن تسليم المهر يجب مبدئياً أن يقع قبل إتمام الدخول بدليل أنه بإمكان الزوجة الامتناع عن الدخول طالما لم تتحصل على كامل معين مهرها رده امتناع مشروع لأنه المبني على سبب قانوني بحيث لا يجوز للزوج المطالبة بالطلاق لتضرر بناء على أن زوجته امتنعت عن الدخول.

أما إذا وقع الدخول بإرادة من الزوجة قبل أن تتحصل على كامل مهرها، فإن المشرع اقتضى هنا أن المهر يتحول ألماً إلى دين في ذمة الزوج يجعل من حق الزوجة المطالبة باستخلاصه بالوسائل القانونية العادية في المادة المدنية المتعلقة باستخلاص الديون.

ما ينبغي استنتاجه أن للمهر وظيفتان.

الفقرة الثانية : كيفية تحقيق الانصهار في مؤسسة الزواج :

- الانصهار في مؤسسة الزواج يقع بإرادة من الطرفين ولكنه يقع بواسطة المأمور العمومي.

أ- الانصهار الإرادي بمؤسسة الزواج :

- على الرغم من أن الزواج مؤسسة ينظمها المشرع بدقة وبقواعد جليها يغلب عليه الطابع الأمر والارتباط بالنظام العام، إلا أن الدخول إليها ليس مفروضا من المشرع، بل هو اختياري لأن الزواج وضع لا يجد الإنسان فيه نفسه دون إرادة منه بل هو وضع اختياري يختاره الإنسان بإرادته.

- والإرادة تعني تقنيات العقد والمقصود من ذلك أنه يشترط في الزواج أن يكون

الرضى من الطرفين بالزواج موجود ويكون أيضا غير معيب - صحة الرضى.

I- وجود الرضى :

وجود الرضى يطرح سؤالين :

1- من ينبغي أن يصدر الرضى ؟

2- كيف يقع التعبير عنه ؟

1- مصدر الرضى :

الرضى يصدر عن الطرفين شخصا وهو ما أكد عليه الفصل 3 م 1 من الفقرة 1

وجاء فيها "لا ينعقد الزواج إلا برضى الزوجين".

هذه الفقرة اعتبرها شراح القانون بمثابة الثورة على النظام التشريعي القديم فهي التي قضت نهائيا على "حق الجبر" الذي كان يمارسه الولي على منظوره ذكره كان أو أنثى ولكن على الأنثى خاصة، وذلك بتزويجها من الشخص الذي يختاره لها ولو لم تكن راغبة في الزواج منه.

كما اعتبروا هذه الفقرة بمثابة الثورة على ظاهرة زواج الأطفال التي كانت سائدة

قبل م أ ش والتي كان معمولاً بها في التشريع الإسلامي المالكى خاصة بدليل أن لائحة الشيخ جعيط أقرت في تحريرها المالكى هذا النوع من الزواج.

لأنه في صورة انعدام الرضى يصبح الزواج فاسداً وينبطل وجوباً.

وهذا المشكل يمكن أن يطرح بالنسبة للمعتوه : شراح القانون اختلفوا بين من اعتبر أن زواج المعتوه غير ممكن خصوصاً إذا كان العته غير منقطع ومتواصل باعتبار عجزه عن إعطاء رضاه الحقيقي بالزواج، أما الرأي الآخر فيرى عكس ذلك إذ يشجع على تزويج المعتوه إذا كان زواجه سيساعد على شفائه.

- بالنسبة للحل في القانون التونسي؛ إذا كان العته متواصلًا فإن الزواج غير ممكن لأن الفقرة 1 ف 3 تستوجب رضى الطرفين لانعقاد الزواج، ولعل ما يزيد في تأكيد هذا الحل هو أن الزواج مؤسسة تضع جملة من الواجبات على كاهل الزوجين والمعتوه لا يندر على تحمل أعباء مسؤوليتها، فالمعتوه يقدم عليها ولذلك لا يمكن تأسيس مؤسسة الزواج بواسطة المقدم.⁹

لكن الصعوبة تنأت من وضعية المعتوه الذي تبين أن عته منقطع أي عته تتخله فترات يصبح فيها هذا الشخص متحكماً في مداركه العقلية. هنا لا شيء مبدئياً يمنع هذا المعتوه من إبرام زواجه في خلال الفترة التي يكون متحكماً فيها في مداركه العقلية.

- لكن هذا الحل يصطدم أيضاً بطبيعة الزواج. فالزواج ليس عقداً حينياً بقدر عند إبرامه فقط بل هو مؤسسة تتواصل في الزمن وترتب آثاراً مستقبلية تتجاوز حدود الطرفين.

لكن الرضى يمكن أن يصدر أيضاً عن شخص آخر هو الولي. وهذا الرضى يأتي في شكل موافقة، هذه الموافقة تصبح وجوبية عندما يكون أحد الطرفين أو كلاهما قاصراً أي لم يبلغ سن الرشد القانوني المؤهل لإبرام العقود. أو صورة أحد الطرفين محجوراً عليه لسفه (سفيه، غير قادر على التصرف في ممتلكاته بصفة سليمة).

سؤال : ماذا لو لم يقع الحصول على الموافقة ؟

في هذه الصورة يشير المشرع أنه يمكن رفع الأمر إلى القاضي، مما يعني أن الرضى يمكن أن يصدر عن شخص آخر هو القاضي، فرضاه يمكن أن يعوض رضى الولي، أي أن القاضي بإمكانه الموافقة على الزواج إذا تبين أن مصلحة القاصر أن يتزوج ورفض الولي هو تعسفي.

هذه الصورة كثيرا ما تطرح في صورة تتبعات جزائية على معنى الفصل 227 مكرر د ج هذه الصورة تقتضي فيها المشرع أن التتبعات يقع إيقافها وكذلك المحاكمة وتنفيذ الحكم في صورة إذا تزوج الجاني بالتجنى عليها، وبما أن المجني عليها قاصرة فإن زواجها يتطلب موافقة وليها، عادة ما يوافق الولي على إتمام هذا الزواج لكن أحيانا قد يمانع، في هذه الصورة يرفع الأمر إلى القاضي الذي تعوض موافقته موافقة الولي. وموافقة القاضي هذا تختلف اختلافا جديدا عن الترخيص القضائي عندما يكون أحد الطرفين أو كلاهما لم يبلغ السن القانونية المؤهلة للزواج. فالترخيص دون السن المؤهلة للزواج يؤول للزواج أما موافقة القاضي المعوضة فتؤول لإبرام الزواج.

*سؤال : ما هو مصير الزواج دون موافقة الولي أو موافقة القاضي تعويضا

له؟

-المشرع لا يذكر جزاء محددا، لذلك، وبما أننا نتحدث عن الزواج بتقنيات العقد فإنه عملا بالأحكام العامة المتعلقة بإبرام العقود فإن الجزاء الذي من الممكن ترتيبه هو البطلان لأن الرضى منقوص لكنه بطلان نسبي لأنه من الممكن تلافيه بدليل أن الولي في صورة زواج السفية دون موافقته لا يستطيع المطالبة بإبطال هذا الزواج إلا قبل إتمام الدخول، أما إذا وقع الدخول فإن الزواج يصبح صحيح، يعني أن الدخول يصحح الزواج في هذه الصورة.

2- كيف يصدر الرضى :

-التعبير عن الرضى هو بشكل :

مباشرة : يجب التمييز بين الشخص العادي والأخرس، الشخص العادي يعبر عن رضاه مباشرة أمام العدلين، ووجود المأمور هو ضمان لوجود الرضى ويعاين بنفسه مثل الطرفین أمامه ويستمتع بنفسه إلى الرضى الصادر عنهما بالرضى وهو الشاهد على ذلك وشهادته رسمية لا يقدر فيها إلا بدعوى الزور.

بالنسبة للأخرس يمكنه التعبير مباشرة أمام المأمور العمومي عن طريق الإشارة الدالة بوضوح عن إرادته في الزواج من الشخص الذي اختارده..

*غير مباشرة : يطرح مسألة الوكالة في الزواج وهي ممكنة في إبرام الزواج لأن مرحلة إبرام الزواج التي يلعب فيها الرضى دورا أساسيا هي مرحلة قانونية بحتة، والوكالة عقد يمثل موضوعه وجوبا في إتمام الأعمال القانونية البحتة وليس في القيام بالأعمال المادية.

والوكالة معمول بها في التشريعي الإسلامي. وإذا كان عقد الوكالة لنفي بعض الحالات يخضع شكليات معينة وذلك إذا كان العقد موضوع الوكالة يخضع هو الآخر لشكليات معينة، في هذه الصور يصبح عقد الوكالة خاضعا لنفس الشروط الشكلية التي يخضع لها العقد موضوع تكل الوكالة وهي شروط تعتبر لصحة عقد الوكالة.

*تطبيقا لهذه القاعدة فإن الوكالة في الزواج ينبغي أن تخضع لنفس الشكليات التي يخضع لها الزواج، أي أن يكون عقد الوكالة مدونا في كتاب رسمي يحرره إما ضباط الحالة المدنية أو عدلا إلهادا.

*لكن السؤال الذي قد يطرح يتعلق بإمكانية الجوع في الوكالة، متى يمكن للموكل هنا أن يسحب الوكالة في مادة الزواج ؟

ما هو التاريخ الذي من الممكن أن نقول إن الموكل أعطى فيه رضاه بالزواج، هل هو تاريخ الوكالة أم تاريخ إبرام الزواج بواسطة المأمور العمومي ؟

---تاريخ إبرام الزواج هو تاريخ التصريح بقيامه من المأمور العمومي لذلك يبقى ممكنا الرجوع في الوكالة طالما لم يصرح المأمور العمومي بالزواج.
-لكن الصعوبة يمكن أن تنجر عن كيفية إثبات التراجع في الوكالة- يمكن حل هذه الصعوبة بمبدأ التوازي بين الأشكال أي مثلما تعطى الوكالة في كتب رسمي يحرر ضابط الحالة المدنية أو عدلا إلهاد فإن سحب الوكالة يكون بنفس الطريقة أي بكتب رسمي آخر يحرره ضابط الحالة المدنية أو عدلي إلهاد ينبغي إثبات أن التراجع في الوكالة قد وقع قبل تصريح المأمور العمومي بقيام الزواج وذلك حتى وغن بلغ هذا التراجع إلى علم المأمور بعد إبرام الزواج.

II- صحة الرضى :

صحة الرضى في مادة الزواج عادة ما ترتبط بعنصرين : 1- أن يكون الرضى جنيا 2 وإن يكون سليما من العيوب التي قد تصيبه.

1-جدية الرضى :

مسألة جدية الرضى طرحت في القانون الفرنسي من خلال صور قضائية متنوعة أنتجت نقاشات غزيرة ولكن من الممكن أن تطرح في القانون التونسي لكن بشكل آخر، فبالنسبة للقانون الفرنسي طرحت أمام القضاء صورة الفتاة التي لم يتجاوز سنها 25 من شيخ عجوز طريح الفراش لا ينتظر سوى أن يلفظ أنفاسه الأخيرة. ولم تكن غايتها سوى الحصول على مبلغ مالي هام جدا إذ كان قد أوصى به الشيخ لفانيتها ورثة هذا الشيخ قاموا بقضية في إبطال الزواج باعتباره زواجا سوريا، غير جدي.

كما طرحت أيضا على المحاكم الفرنسية صورة الشاب الذي أقدم على الزواج من عجوز بلغت الـ 90 لكن غايته كانت تكمن في التفصي من الخدمة العسكرية باعتباره أصبح العائل الوحيد لزوجته العجوز هذا النوع من الزواج راج كثيرا في فرنسا خلال فترة الحرب العالمية 1 و2 وكانت الغاية من هذا الزواج التفصي من الخدمة العسكرية أو الحصول على جنسية القرين من أجل تأمين السفر إلى بلده

والتفصي من الخدمة العسكرية.

. كما طرح في الفترة المعاصرة بالنسبة للشباب الذي يهاجر إما للعمل أو للدراسة. فلا يجد سندا في فرنسا مما يضطره إلى إبرام زواج تكون غايته الوحيدة الحصول على امتيازات الإقامة بفرنسا.

في حالات أخرى كانت الغاية من الزواج تكمن في إضفاء الشرعية على طفل ولد أو حمل حصل قبل إبرام الزواج، وقد اتفق الطرفان مباشرة بعد إبرام الزواج للضرر المتبادل بينهما وذلك بمجرد أن تضع الزوجة مولودها.

وفي حين أبطلت المحاكم الفرنسية الزيجات المبرمة من أجل التفصي من الخدمة العسكرية أو الحصول على الجنسية، قضت بعدم سماع دعوى الإبطال في الصورة التي كانت الغاية فيها إضفاء الشرعية على الطفل، مؤسسة موقفها على أن الرضى بينهما موجود ويرتب الزواج في هذا الشأن جميع آثاره وذلك بصرف النظر عن الغاية التي نشدها الطرفان.

- كان يمكن للمحكمة هنا التعليل للرفض لدعوى الإبطال على سبب آخر غير أن نقول أن الرضى موجود، وهو أن الغاية المنشودة وهي إضفاء الشرعية للمولود فهي غاية من الغايات الأساسية للزواج (حكم في Bayonne مدني في 9 أبريل 36). لكن المحاكم الفرنسية وتحديدا محكمة الاستئناف بمدينة Nîmes الفرنسية في 17 جوان 29 أبطلت زواجا اعتبرته أبرم للهزل والضحك وهي صورة المقيم الفرنسي بعينيا المدعو Cousin De La Vanairée الذي أقدم على الزواج في بعينيا من أختين فقيرتين، مقيما زواجه طبق الطقوس والأعراف لتلك البلاد. فهذا الزواج فضلا عن أنه مشوب بعيب تعدد الزوجات اعتبرت المحكمة أنه باطل من أساسه لعله فاقد تماما للرضى بالزواج.

هذا الفصل 146 هو معادل للفقرة 1 فصل 3 م أ ش هذا القرار وجد صداد لدى محكمة التعقيب التي رفضت مطلب التعقيب الذي قدم الطعن فيه محكمة التعقيب

الفرنسية دائرة العرائض chambre des requêtes .

هذا النوع من الزواج أثار نوعين من الصعوبات :

*الأول يتعلق بإثبات الغاية غير الجدية.

*الثاني مآل هذا الزواج.

1-بالنسبة لإثبات الغاية من الممكن تجاوز هذه الصعوبة وذلك بالترجع إلى الظروف والملابسات التي تم فيها الزواج لأن الغاية مسألة نفسانية يمكن إثباتها من خلال ما تخلفه من آثار مادية أي الملابسات التي حقت بالزواج وهي قرائن مادية واقعية غالبا ما يعتبرها القاضي كوسيلة إثبات شريطة أن تكون قوية ومتظافرة وخطيرة أي قادرة على إقناع وجدان القاضي.

2-أما مآل الزواج فإذا كنا سنعتبر أن الزواج هزلي وأن الرضى فيه غير موجود فإن الرضى لا يكن أن يكون غير موجود لأنه في ظاهره على الأقل ثابت، حتى وإن لم يكن في حقيقته جديا، لذلك كان من المفروض الحديث عن زواج محدود الآثار لكن بهذه الصورة يطرح.

بحيث يبقى الزواج قائما بين طرفيه ومرتباً لجميع آثاره ما عدى الأثر الذي أراده الطرفان والذي أرادا من خلاله التحيل على القانون.

فقه القضاء الفرنسي اختار في البداية حلولا متباينة، ففي صورة التفصي من الخدمة العسكرية اعتبرت المحكمة الزواج باطلا برمته.

كذلك قضت محكمة بـ Melon بالإبطال الشامل للبحث عن الحصول على

جنسية القرين في 54.

لكن فقه القضاء الفرنسي لم يعمر على هذا الموقف بعد انتقاده من شراح القانون مطالبين بإبطال الشرط المتفق عليه من الطرفين دون إبطال الزواج برمته أي يبقى مرتباً لجميع آثاره، ولعله أول دراسة فقهية فتحت الباب أمام فقه القضاء لهذا هو دراسة الكاتبة Pginaniol.

أول ما نلاحظه في القانون التونسي هو غياب شرط يتعلق مباشرة بجدية الرضى في مادة الزواج، لكن هناك فقرة 1 من ف 21 م أ ش المتعلقة بتحديد صور الزواج الفاسد، في هذه الفقرة نص المشرع على أن من صور الزواج الفاسد صور الزواج الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد. الملاحظ في هذه الفقرة هو أن فيها إشارة إلى إمكانية العمل بمؤسسة خيار الشرط في مادة الزواج وهي من التشريع الإسلامي وأنزلها في ف 11 م أ ش والذي جاء في بدايته "يثبت في الزواج خيار الشرط".

المتأمل في هذا الفصل 11 يشعر وكأن المشرع أراد أن يعيد إلى الأذهان نظرية الزواج عقد بدليل أنه مكن لزوجين من حرية إضفاء الشروط التعاقدية في الزواج. لكن هذه الحرية تبدو شبيهة بالوهم نظراً لمحدودية مجالها لأن المشرع استرجع نفوذه على الزواج ولم يترك للأطراف سوى القليل والنادر لأن حرية الطرفين لا يمكن أن تخالف جوهر الزواج، فكل شرط منفي لجوهر الزواج يبطل معه الزواج.

لكن المشرع لم يبين محتوى جوهر العقد، وإنما اكتفى بالإشارة إليه لعله أراد الإشارة من خلال ذلك إلى ما تتميز به مؤسسة الزواج من شروط وأركان حددها المشرع وقتئذ بنصوص يغلب عليها الطابع الأمر والارتباط الوثيق بالنظام العام.

ونظرية المؤسسة تمكن من اكتشاف أن جوهر الزواج هو مختلف الأركان التي يقوم عليها والغايات التي يسعى إلى تحقيقها، وعلى هذا الأساس إذا كان الزواج قد جعل من أجل إضفاء الشرعية على العلاقات الجنسية بين الطرفين وتحقيق الإحصان أي حماية الزوجين من الوقوع في العلاقات المحرمة وتكوين أسرة تتميز بالشرعية فبنا ندرك أن جوهر الزواج هو مختلف الحقوق والواجبات التي أكد عليها الفصل 23 م أ ش أن جوهر الزواج هو مختلف الآثار التي يترتبها الزواج بين الطرفين من جهة ونحو الغير من جهة أخرى. لعنا نقصد بذلك مثلاً واجب المساكنة، واجب الإنفاق

المحمول على الزواج أساسا وعلى الأروجة بصورة ثانوية، واجب الإخلاص ترتيب
حرمة المصاهرة للغير وخاصة ثبوت النسب.

هذه العناصر وغيرها التي تقوم عليها مؤسسة الزواج لا يمكن للأطراف الاتفاق
على خلافها ضمن مؤسسة خيار الشرط، لأن الاتفاق على خلافها يفقد في الزواج
صبغته كمؤسسة، كما أنه لا يمكن للأطراف الاتفاق على أن الزواج لن يرتب إلا أثرا
دون بقية الآثار لأن هذا الاتفاق من شأنه أن يقلص من مجال مؤسسة الزواج ولعل ما
يؤكد هذا اتوجه هو الإبطال الشامل الذي يستهدف الاتفاق الحاصل بين الطرفين
وكذلك الزواج برمته لأن إقحام شرط ينافي جوهر الزواج لا يمكن إلا أن يدل على
عدم جدية الطرفين عندما قررا الزواج، لذلك رأى المشرع من الأفضل إخراجهما
عنوة من هذه المؤسسة.

هذا الاتجاه اعتمدته فقهاء التشريع الإسلامي مستندين على مادة زواج السعة،
فهذا الزواج اعتبرود باطلا من أساسه لأن الطرفين حددا من زمانه ومجاله، باعتبار
أن الزمان محدود المدة، ومجاله محدود لأنهما قصدا تحقيق أثر وحيد، كذلك أطلق
فقهاء التشريع الإسلامي ولنفس السبب زواج المريض مريض الموت لأن هذا الزواج
اقتصرت غايته في التعدي على حقوق الورثة من خلال إقحام شخص القرين في
الميراث، وهو موقف من التشريع ينسجم تماما مع موقفهم في مادة العقود المدنية
بشكل عام، فبيع المريض مريض الموت هو بيع باطل لأن فيه أيضا تعديا على حقوق
الورثة، لذلك لا يبدو موقف التشريع الإسلامي غريبا خصوصا وأن الزواج في نظرهم
عقد.

لكن التشريع التونسي جاء مخالفا للتشريع الإسلامي في مادة زواج المريض
مريض الموت، لأن النصوص التونسية تعتبر ولو بشكل غير مباشر أن زواج المريض
مريض الموت هو زواج صحيح والدليل هو أن ف 5 من ق 3 نوفمبر 1964 المتعلق
بالشهادة الطبية السابقة للزواج يعفي صراحة من الإدلاء بهذه الشهادة في الصورة التي

يكون فيها المترشح للزواج مريضا مرض الموت، أما القانون الفرنسي أجاز بإمكانية إبرام الزواج بعد الوفاة، والغاية منهما لعلها تمكن الطرفين من إضفاء شرعية ولو بصورة متأخرة على وضعية بين الطرفين كانت قبل الزواج غير شرعية، وهذا من شأنه التأكيد مرة أخرى صبغة المؤسسة في الزواج.

لكن هناك صورة أخرى في القانون التونسي يمكن أن يثير التساؤل حول مدى جدية رضى الطرفين وهي صورة الزواج الذي يبرمه الجاني في جريمة واقعة قاصرة برضاها، علما بأن الفصل 227 مكرر م ج اقتضى صراحة إيقاف تنفيذ العقاب، وذلك في الصورة التي يتولى فيها الجانب إبرام الزواج بالمجني عليها.

فغاية هذا الزواج بالنسبة للجاني على الأقل ليست مبدئيا في بناء أسرة شرعية ولا في إضفاء شرعية على الأبناء وإنما في التفصي فقط من المسؤولية الجزائية وتبعاتها.

في الحقيقة تبدو الغاية التي شرع المشرع الزواج من أجلها هنا ليست في تمكين الجاني من الإفلات من المسؤولية الجزائية فقط لأن هذا الإفلات هو في الحقيقة ليس سوى نتيجة للغاية الحقيقية التي أرادها المشرع وهي المتمثلة في حماية شرف البنت المعتقد عليها لأن الزواج من شأنه تحقيق هذه الحماية.

أما تمكين الجاني من التفصي من العقوبة الجزائية فشرع من أجل حثه على إتمام هذا الزواج.

ولعل المشرع من خلال هذه الغاية كان أيضا يأمل في أن يستأنس الطرفان إلى بعضهما ففدح مؤسسة الزواج بينهما بدليل أن المشرع اقتضى أن هذه التبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقوبة تستأنف وجوب إذا تراءى للزوج الطلاق قبل مضي عامين على الأقل منذ إتمام الدخول فأجل سنتين اعتبره المشرع كافيا لإتمام مؤسسة الزواج لتجد طريق الفجاح بين الطرفين.

2- سلامة الرضى من العيوب :

هناك سؤالان :

- معرفة محتوى العيوب التي من الممكن أن تصيب الرضى في الزواج.
- كيفية تعامل المحاكم معها.

أولا : محتوى عيوب الرضى في مادة الزواج :

- أولا نجد سكوت المشرع التونسي عن تحديد عيوب خاصة بالرضى في الزواج، فم أش وكذلك جملة النصوص اللاحقة لها جاءت خالية تماما من حديث حول هذه العيوب في مادة الزواج تميزه عن بقية العقود المدنية الأخرى، وهذا خلافا لما توخاه المشرع الفرنسي الذي جاءت أحكامه تخص الرضى في مادة الزواج بعيوب مستقلة به. فالأحكام الخاصة بمادة الزواج في المجلة المدنية الفرنسية نصت على أن عيوب الرضى في مادة الزواج تنحصر في عيبين فقط هما الغلط والإكراه. وهنا نلاحظ أن المشرع الفرنسي أقصى التغيرير المعمول به في بقية العقود المدنية. وبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية التي سبقت سن المجلة ان المشرع الفرنسي أقصى عيب التغيرير قصدا، لعله أراد العمل بقوله Loysel الشهيرة : " En fait de mariage est trompe qui peut" وإن كان قد قال ذلك، فإنه اعتبر أن التغيرير في الزواج امر طبيعي لأن الإنسان من طبعه يريد الظهور لخطيئه في أبهى المظاهر لجلب اهتمامه بحيث يخفي عيوبه عنه دون شعور منه.

بالنسبة للمشرع التونسي، إذا كانت النصوص الخاصة قد لازمت الضمت في مادة الزواج ولم تخصصه بعيوب تميزه عن بقية العقود المدنية العامة، فغن ذلك لا يمنع من الرجوع إلى النصوص العامة وخصوصا وان الانصهار في مؤسسة الزواج يتم عن طريق التصريح بالإرادة أي عن طريق تقنيات العقد.

وبالرجوع إلى الأحكام العامة بم أ ع نتيين أن عيوب الرضى في مادة العقود هي التغيرير، الغلط، الإكراه لغين بالنسبة للقاصر فقط ثم الشكل.

وإذا استثنينا الغبن باعتباره مرتبطاً بطبيعته بالتصرفات التعاقدية ذات الصبغة المالية البحتة إضافة إلى تعلقه بالقاصر فقط، وإذا استثنينا أيضاً عيب الشكل الذي يمثل حالة عرضية شبيهة بحالة المعتوه الذي تتخلل عتبه فترات يتحكم فيها في مداركه العقلية، فإنه لا شيء مبدئياً يمنع من سحب بقية العيوب الأخرى دون استثناء على الرضى في مادة الزواج، وهو ما يعني إعطاء مكان للتغريب ضمن هذه العيوب خلافاً للقانون الفرنسي.

ثانياً : التطبيقات القضائية :

الملاحظ في التطبيق الفقه نصاً يبين عيوب مادة الزواج هو أنها جاءت بمزيرة في فقه القضاء الفرنسي لكنها نادرة جداً في فقه القضاء التونسي، والسبب كما في الاختلاف الجوهري بين النظام القانوني الفرنسي ونظيره التونسي في مادة الطلاق. في القانون التونسي يعتبر الطلاق حرية يمارسها الطرفان بصفة تكاد تكون مطلقة بدليل الطلاق إنشاء الأمر الذي يكون قد جعل المتقاضين يخيرون اللجوء إلى الطلاق على أن يدخلوا في متأهات الإبطال، لكن القانون الفرنسي يبدو مختلفاً فهو يتميز بصرامته في مادة الطلاق، متأثراً في ذلك بالقانون الكنسي، الأمر الذي لا يجد المتقاضون معه بداً من الاعتماد على الإبطال. لأن الإبطال هو المنفذ الوحيد للخروج من مؤسسة الزواج عوض الطلاق.

أ- التطبيقات القضائية في فرنسا :

من خلال مختلف الأحكام والقرارات المنشورة في مادة عيوب الرضى في الزواج نلاحظ أن عيب الغلط في الشخص هو الذي شد إليه الأنظار أكثر من عيب الإكراه ولربما أدى هذا العيب إلى إحداث تطور في فقه القضاء أثر في الأخير على محتوى الفصل 180 م م فرنسية المتعلق بعيب الغلط في الشخص وتحديد أثر على محتوى كلية الشخص التي جاءت في هذا النص.

لقد جاء الفصل 180 في بنائه على النحو التالي : يبطل الزواج إذا انبنى على

غلط في الشخص.

الملاحظ في هذا النص احتواؤه على مصطلحات 4 هي البطلان، الزواج، الخط والشخص.

وإذا كان البطلان لا يثير نقاشا في تعريفه ومحتواه باعتباره يفيد الجزاء المسلط على العقد على مستوى إبرامه لإخلاله لشرط من شروط صحته وإذا كان الزواج لا يثير أيضا صعوبة باعتبار أن رغم سكوت المشرع عن تعريفه فإن الفقه من جهة وفقه القضاء من جهة أخرى اجتهدا في تجاوز هذا السكوت. وإذا كان الخط أيضا لا يثير بدوره صعوبة من حيث تعريفه باعتباره يمثل الهفوة التي قد يرتكبها المتعاقد بتقصير منه وقلة انتباه بما يجعله يتوهم بوجود شيء يتبين فيما بعد أنه من نسج الخيال، فإن مصطلح الشخص يدعو إلى التساؤل حول حقيقة المفهوم الذي من الممكن إعطاؤه له، فما معنى الشخص على معنى أحكام الفصل 180 ؟

من هو الشخص الذي من الممكن أن يحصل غلط حوله ؟

المشرع اكتفى باستعمال هذا اللفظ دون تعريفه أو بيان فحواه. قد يكون أراد أن يجعل منه مفهوما قانوني من بين المفاهيم القانونية ذات المحتوى المتغير أي التي تتغير من صورة إلى أخرى، من بيئة إلى أخرى، ومن مجتمع إلى آخر. بما يجعل من الصعب تحديد محتواها، لذلك يكون من الأفضل ترك هذه المسألة موكولة إلى فقه القضاء يتعامل معها حسب الصور والحالات المطروحة عليه.

وفعلا تعامل فقه القضاء مع هذه الكلمة بشكل أفرز تطورا كبيرا في مفهوم الشخص انتهى في الأخير إلى إحداث تطور أيضا في مستوى التشريع.

*التطور القضائي لمفهوم الشخص :

التطورات القضائية المسطرة على الفصل 180 وتحديدًا على كلمة "الشخص" كشفت عن ثلاث مخططات عرفتھا المحاكم في فرنسا وخاصة التعقيب :

+محطة 1 : سبقت قرار الدوائر المجتمعة لسنة 1862. وهو قرار Berthon.

+محطة 2 : تمثل المرحلة اللاحقة لهذا القرار إلى 1975.

+محطة 3 : بداية من 1975 صدور قرارات.

مرحلة 1 : قبل صدور قرار 24 أبريل 1862 عن الدوائر المجتمعة :

كانت المحاكم الفرنسية بمختلف درجاتها تعتبر أن مفهوم الشخص يتمثل في صفاته المالية والمقصود هو التغيير الذي من الممكن أن يحصل في شخص القرن في آخر لحظة أي أنه يقع استبدال القرن. هذا التأويل كان يعتبر منطقيا وقتها باختبار أن فقه القضاء في فرنسا عند بداية تطبيق المجلة كان يتعامل مع التأويل على طريقة الشرح على المتن، وهي طريقة تتبني أساسا على تحليل كلمات النص لغويا ونحويا بحسب معانيها وحسب عرف استعمالها، وتعتمد في مقام ثاني على البحث عن نية المشرع والغاية التي قصدها من خلال وضعه لذلك النص ومن خلال استعماله لذلك المصطلح.

وهي طريقة في التفسير محبذة لأن القضاء مطالب قبل كل شيء بتطبيق القانون أي بالاستئصال إلى إرادة واضعه، وهي طريقة مثلى خصوصا إذا كان التشريع حديث العهد، أي يتعلق بأشياء يكون من المفروض أن المشرع توقع وجودها. وعلى هذا الأساس كانت طريقة المشرع على المتن تقوم على العودة إلى الأعمال التحضيرية السابقة لوضع هذا النص عنده كان في طور المشروع، وكذلك العودة إلى مداونات مجلس البرلمان المتعلقة بهذا النص وذلك للوصول إلى معرفة مقصد المشرع من خلال هذا النص.

تطبيقا لهذه الطريقة، وبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية المتعلقة بالفصل 180 وبمداونات النواب حوله، تبين لدى رجال القضاء أن ما أراد المشرع أن يعبر عنه من خلال كلمة "الشخص" في الفصل 180 هو الشخص في ذاته المادية وغايته في ذلك الحيلولة دون استبدال قرين بقرين آخر، أي الصورة التي يكون القرين يعتقد فيها أنه تزوج من شخص معين فإذا بيه يكون قد تزوج شخصا آخر وهي ظاهرة كانت في

ذلك الوقت متفشية في المجتمع الفرنسي الذي كان متأففا بشدة باعتبار التأثير الكبير الذي كان يخضع له من قانون الكنيسة ومن صرامة تعاليم الرسالة المسيحية، التي كانت تعتبر الاختلاط بين الجنسين عملا محرما وان العلاقات الجنسية هي رجس من عمل الشيطان لا يمكن إلا اجتنبها لا تكون إلا في إطار الزواج دون غيره على أن لا تكون غاية في حد ذاتها بل مجرد وسيلة تحافظ على الجنس البشري.

هذا الوضع الاجتماعي جعل أن القرين لا يتعرف على قرينه إلا في آخر لحظة وبعد إقامة الزواج، وتبعاً لذلك، فإن عملية استبدال شخص القرين في آخر وقت بشخص آخر كانت واردة بل ومتفشية في المجتمع الفرنسي.

وعلى الرغم من أن الغلط في الصفة المادية لموضوع التعاقد بشكل عام أو محله وهو شخص القرين في مادة الزواج، يؤدي إلى إعدام الرضى وليس إلى إصابته بالعيب، باعتبار أن الغلط في موضوع أو محل العقد يمنع الرضى ولا يعيبه بما كان ينبغي معه اعتبار الزواج معدوم الوجود أو على الأقل اعتباره باطلا بطلانا مطلقاً لأنه الأقرب إلى عدم الوجود، إلا أن فقه القضاء درج على اعتبار هذا النصف من الغلط أن الرضى معيب وليس منعدماً وذلك حتى يتمكن المتعاقد من المصادقة عليه إذا أراد ذلك. وبذلك يكون فقه القضاء قد أعطى فرصة للعقد بشكل عام والزواج في هذه الصورة فرصة للاستمرار في الوجود.

مرحلة 2 : المرحلة اللاحقة قرار 1862، قرار 1975:

بعد مرور 60 سنة تقريباً، شهد فقه القضاء تطوراً جعله يدخل مرحلة جديدة هي الثانية في تاريخ تطور محتوى الفصل 180، في كلمة "الشخص" بداية هذا التطور كان قرار الدوائر المجتمعة في 24 أبريل 1862.

في هذا القرار اعتبرت محكمة التعقيب أن الشخص على معنى الفصل 180 م فرنسية ليس فقط منحصر في صفاته المادية، بل ينبغي إضافة الصفات المدنية، ولكن دون إضافة الصفات الجوهرية. هذا القرار صدر بمناسبة قضية روت أحداثها

أن امرأة أبرمت زواجا مدني من شخص اعتقدت انه حسن السيرة، نقي من السوابق العدلية وهو زواج أشفعبته بزواج آخر ديني لدى الكنيسة لكنها عند خروجها من الكنيسة بعد أن بارك الكاهن هذا الزواج فوجئت بأعوان الشرطة العدلية في استقبالها ليقتوا القبض على الزوج من أجل إخضاعه إلى تنفيذ حكم كان قد صدر ضده بالأشغال الشاقة من أجل جريمة قتل.

الزوجة بادرت بالقيام في قضية لإبطال زواجها منه بناء على أنها وقعت في غلط، على إحدى الصفات التي كانت تعتبرها جمهورية في نظرها في زوج المستقبل وهو السيرة الحنة والنقاوة من السوابق العدلية، أي أنها لو كانت تعلم أن هذا الشخص مجرم خطير لما أقدمت على الزواج منه.

قضاة البداية رفضوا مطلبها بناء على أن الغلط الذي تدعي الزوجة وجوده لم يكن في الذات المادية للشخص القرين. هذا الحكم أيده الاستئناف، فوقع الطعن بالتعقيب، لكن محكمة التعقيب نقضت القرار الاستئنافي وأحالت أمام محكمة استئنافية أخرى، محكمة الإحالة لم تسأير موقف محكمة التعقيب بل سألرت محكمة الاستئناف الأولى أي أدت بدورها حكم البداية، فوقع الطعن بالتعقيب ثانية لنفس السبب، وهو ما كان يدعو للالتنام الدوائر المجتمعة، التي أكدت خلاف ما قررت محكمة التعقيب في دائرة مستقلة أي قررت أن الغلط في الشخص يمكن أن يكون إضافة للغلط في الصفات المادية غلطا في الصفات المدنية، ولكن لا يمكن في أي حال أن يكون غلطا في الصفات الجوهرية، وهذا القرار هو قرار مبني يتطلب التحليل ثم النقد والتقييم.

”تحليل مبدأ قرار Berthon :

الملاحظ في هذا المبدأ الذي وضعه قرار Berthon أنه ينقسم إلى قسمين أحدهما إيجابي والآخر سلبي.

”العنصر الإيجابي : يعتمد على المظاهر الخارجية للشخص وهو أيضا ينقسم إلى صنفين.

ليس تبني فيه قرار فقه القضاء السابق الشخص يبقى ممثلاً في صفاته المادية، إلا أن الإضافة التي حققها قرار Berthon هي في الفرع الثاني من الصفات الخارجية والمتمثلة في الصفات المدنية، والمقصود بها هنا هوية الشخص، انتماءه إلى هذا المعطى الاجتماعي الجديد اعتبرته الدوائر المجتمعة هاما جدا في تقرير مفهوم الغلط في الشخص، أهميته يستغلها من الوضع الاجتماعي الذي ساد آنذاك في فرنسا والذي كان قائما على حرب الطبقات بين مختلف فئات المجتمع، هذه الحرب حرب الطبقات بين مختلف فئات المجتمع، هذه الحرب تجعل ان عائلة النبلاء مثلا، أو أيضا البرجوازيين لا تقبل أن يكون زوج ابنتها أو زوجة ابنها ينتميان إلى عائلة الفلاحين أو عائلة العمال، وذلك لعدم التناسب الاجتماعي بينهما.

كما لا تقبل أيضا هذه العائلات أن يتزوج ابنها أو ابنتها من قرين يكون ابنا طبيعيا (غير شرعي) لذلك فإن الغلط في الهوية المدنية للقرين من حيث انتماءه الأسري أصبح في نظر فقه القضاء غلطا حاسما في تقرير الزواج، هذا المفهوم الجديد الذي أرساه قرار الدوائر المجتمعة جاء في فترة زمنية كثر فيها هذا النوع من الغلط في ذات الشخص ومرد ذلك أن نظام الحالة المدنية لم يكن آنذاك متطورا بالشكل الذي يجعل المترشح للزواج يطلع على هوية القرين لذلك كان من السهل إيهام الخطيئة أو العكس بالانتماء إلى عائلة النبلاء وبأنه ابن شرعي والحال أنه ينتمي إلى عائلة العمال أو الفلاحين أو أنه طفل طبيعي، لذلك اعتبرت الدوائر المجتمعة أن هذا السبب كافي لإبطال الزواج.

العنصر السلبي : قرار الدوائر المجتمعة Berton تتمثل في رفض الدوائر المجتمعة اعتبار الغلط في الصفات الذاتية للشخص هذه الصفات ليست خارجية بل هي باطنية لات قدر على إبطال الزواج، ولعل السبب في ذلك أنه لو وقعت الاستجابة لإمكانية الاعتماد على الصفات الجوهرية للشخص كعيب من عيوب الرضى المبطل للزواج فإن النتيجة ستكون حتما إبطال جل الزيجات لأنه لن يوجد زواج يخلو من هذا

الصنف من الغلط وهي نتيجة مخالفة لفلسفة المجتمع الفرنسي الذي يسعى إلى المحافظة على الرابطة الزوجية وعدم التساهل في حلها نظرا إلى أنه مازال في ذلك الوقت تحت وطأة القانون الكنسي الذي يغلق باب الطلاق، لذلك لا ينبغي أن نفتح في المقابل باب الإبطال وربما أيضا اعتمدت الدوائر المجتمعة في رفضها الاعتماد على الصفات الجوهرية على أن هذا النوع من الغلط لا يمكن في الحقيقة تكييفه على أنه غلط، بل كان ينبغي تكييفه على أنه تغيير لأنه صادر عن القرين الآخر الذي يكون قد أخذ عن قرينه صفة من صفاته الباطنية والتغيير أخرجه المشرع الفرنسي من دائرة عيوب الرضى في مادة الزواج.

*تقييم مبدأ قرار Berton : هذا المبدأ يمكن أن يبدو في ظاهره وجيها إلى حد ما، لكنه في الحقيقة لا يخلو من النقائص التي قد تكون أدت إلى تجاوزه، فهو وجيه مبدئيا حين أضاف الصفات المدنية إلى الصفات المادية لأن عبارة الغلط الواردة في القانون 180 وردت على صيغة العموم ولم تميز بين نوع من الغلط في صفة معينة يعنى اعتماده ونوع آخر في صفة معينة لا يقع اعتماده. بل وردت عامة لتشمل جميع أنواع الغلط خصوصا وأن فقه القضاء الفرنسي كان يعمل بمدرسة الشرح على المتون وقاعدة إجراء المطلق على إطلاقه. كما أن موقف الدوائر المجتمعة يبدو منطقيا باعتبار أن هذا الموقف مواكب لتطور الاجتماعي الذي شهده المجتمع الفرنسي باعتبار أن صور الغلط في الصفات المدنية أصبحت كثيرة. لكن مبدأ قرار Berthon يبدو منتقدا من جانب آخر وذلك حينما أقصى الصفات الجوهرية بداعي أنه لو وقع اعتمادها لأدى ذلك إلى إبطال جل الزيجات ولعل موطن النقص الذي لاح عليه مبدأ قرار Berthon هو التناقض الذي وقعت فيه الدوائر المجتمعة، فمن جهة تتمسك الدوائر المجتمعة بعسومية كلمة الغلط في الشخص الواردة في الفصل 180 لتتوسع في محتواه فتضيف الصفات المدنية إلى الصفات المادية ومن جهة أخرى تعتبر أن الصفات الجوهرية لا يمكن إضافتها وهو امر غريب فإذا كانت العبارة مطلقة فإن

إطلاقها لا يمكن أن يكون نسبيا أي تسمح بإضافة شيء ولا تسمح بإضافة شيء آخر، أما القول بأن الغلط في الصفات الجوهرية سوف يؤدي إلى إبطال جل الزيجات، فهو أيضا مردود من أساسه لأن القاضي لن يكون مطالبا بقبول كل ما يدعيه القرين في غلط في الصفات الجوهرية، بل إن القاضي يكون أمام مفهوم جديد غير محدد بحيث يقدره بنفسه معتمدا في ذلك في نفس الوقت معيارين 2 : المعيار الاجتماعي والسعي الذاتي أي أنه سوف يضع نفسه مكان القرين ثم يقدر حقيقة ما إذا لو كان عالما بهذا العيب قبل إبرام الزواج، هل كان سيفهم على الزواج منه أو لا، وهو تقدير ينبغي تحليله، أما قول الدوائر المجتمعة بأن الصفات الجوهرية لا يمكن اعتبارها غلطا مبطلا للزواج الذي لا يمكن لن المشرع أقصاه من دائرة عيوب الرضى فهو أيضا مردود من الأساس لن التغيرير الذي أقصاه المشرع من دائرة عيوب الرضى في مادة الزواج هو التغيرير المحمود أي المبني على الكذب البسيط الذي لا يقع تحت طائلة القانون، أما إذا بلغ هذا التغيرير درجة عالية من الخطورة فإنه يفقد صفته كتغيرير محمود وينقلب إلى غير محمود وهو الذي يؤدي إلى إيقاع انطراف المقابل في الغلط.

جميع هذه الانتقادات وحدث صداها بعد 110 سنة تجاوز فقهاء القضاء الفرنسي

مبدأ قرار Berthon.

المرحلة الثالثة في فقه القضاء الفرنسي بعد مرور قرن تقريبا. ظل امتداد قرار Berthon مهيمنا خلاله على فقه القضاء الفرنسي يتراءى لمحكمة التعقيب في مطلع سنة 1975 أن تصدر سلسلة من القرارات المتتالية مبدئية جاءت في نفس الاتجاه مخالفة لمبدأ قرار Berthon إذ اعتبرت هذه القرارات أن الغلط في الشخص يمكن أن يكون في الصفات الجوهرية وذلك اتضح جليا "أن هذه الصفات كانت السيد الحاسم في جعل القرين يتأخر عن الزواج بقرينه لو كان عالما فعلا بوجود هذه الصفات. في هذه السلسلة في القرار لم تكن الأولى، لكن سبقها حكم ابتدائي سنة 1944 في قضية شبيهة بأحداث Berthon حيث أن امرأة أبرمت زواجا من شخص

اعتقدت ببراءة أن سلوكه حسن لكن اكتشفت أنه مجرم خطير ومحكمة عليه بسبب القتل العمد وهو ما اعتبرته خدعة، فقدمت قضية في إبطال الزواج منه اعتمادا على وقوعها في غلط في صفة من صفاته الجوهرية وهو غلط أكدت على أنه حاسم وأسست الدعوى على الفصل 180 م م ف استجابت محكمة Bressure للدعوى وقضت بإبطال الزواج بناء على الغلط في الصفات الجوهرية للقرين، لكن هذا الحكم الابتدائي لم يكن ممكنا الاعتماد عليه للقول أن فقه القضاء الفرنسي دخل مرحلة جديدة في مفهوم الغلط في الشخص لأنه حكم ابتدائي لا يطيح بقرار الدوائر المجمعة.

وأول قرار عن محكمة التعقيب الفرنسية جاء في 1975 كان عن الدوائر المدنية في غرفتها الأولى في 29 جانفي 75. وأكدت فيه أن الغلط في الشخص على معنى الفصل 180 م م ف هو بالأساس في الصفات الجوهرية للشخص إذا كانت هذه الصفات حاسمة في إبرام الزواج وبذلك تكون محكمة التعقيب قد أكدت أن مبدأ قرار Berthon قد تجاوزته الأحداث وكان ينبغي الدخول المتحف القضائي لأنه أصبح من الصعب القول في أواخر القرن 20 بأن الغلط في الشخص هو الغلط في الصفات المدنية أو المادية وذلك لأسباب، فالغلط في الصفات المدنية لم يعد واردا بالمرة لأن المجتمع الفرنسي تطور تطورا ملحوظا على مستوى الغلط بين الجنسين، فالمجتمع الفرنسي لم يعد ذلك المجتمع المحافظ الذي يعيش على مبادئ القانون الكنسي، بل أصبح مجتمعا متحررا من قيود الكنيسة، وبلغ في الاختلاط بين الجنسين إلى الإباحية، الأمر الذي أصبح معه الشخص يتعرف على قرينه المستقبلي قبل إبرام الزواج وذلك في أماكن الدراسة، العمل وفي الحياة العمومية. وهذا يجعل أن صور تغيير القرين واستبداله بشخص آخر في آخر وقت. كذلك الشأن في الغلط في الصفات المدنية، هذا الغلط لم يعد واردا لسببين، الأول هو حرب الطبقات بين مختلف شرائح المجتمع وفئاته هذه الحرب تقلصت بشكل لافت للانتباه، الأمر الذي جعل أن أغلبية المواطنين لا يعطون وزنا كبيرا.

وحتى الابن الطبيعي الذي أصبح معترفا به والذي أصبح منذ قانون ماي 1972 يتمتع بنفس الحقوق للابن الشرعي. و عليه نفس الواجبات، ولم يعد مرفوضا. أما السبب الثاني فما شهده التطور في البلاد الفرنسية بحيث أصبح من السهل على المترشح للزواج ان يتعرف على هوية قرين المستقبل بدقة أي على انتمائه الأسري من جهة وعما إذا كان شرعيا أو طبيعيا من جهة أخرى. وذلك من خلال الاطلاع على دفاتر الحالة المدنية لهذا القرين خصوصا وأن هذه الدفاتر تمثل مكاتب رسمية خاضعة إلى نظام تشريعي أمر ويتعلق بالنظام العام، وهي مكاتب مشهود لها بالصحة لأن محرريها مأمورون عموميون يتمتعون بثقة المشرع ومحمولون على الصدق والنزاهة. فمكاتبهم ودفاترهم لا يدحض في صحتها إلا بدعوى الزور وهي دعوى خطيرة لأنها تخفي وراءها دعوى جزائية ولأنه أيضا من الممكن لها أن تنقلب على القائم بها في صورة فشله في اثبات الزور أو التخليس المتهم بهما.

من اجل ذلك، أصبح الوقوع في الغلط في الصفات المدنية لشخص الثرين يكاد يكون منعذما. وعلى هذا الأساس فإنه إذا انعدمت إمكانية الغلط في الصفات المدنية والبدنية، فإنه لم يعد يتبقى لمفهوم الغلط في الشخص ولمحتوى الفصل 180 سوى الغلط في الصفات الجوهرية وهو ما أدركته محكمة التعقيب وفقه القضاء الفرنسي بداية من 1975.

هذا التجاوز القضائي لمبدأ قرار Berthon تلاه في الحين تجاوز على المستوى التشريعي وذلك لأن المشرع الفرنسي بعد مضي 6 أشهر تقريبا من صدور تلك السلسلة من القرارات التعقيبية وخاصة من 75/7/15 يتدخل المشرع لينقح الفصل 180 ليصبح هذا الفصل ناصا على أن "يبطل الزواج إذا انبنى على غلط في الصفات الجوهرية للشخص".

+ التطبيق القضائي التونسي :

في الحقيقة يوجد قرار تعقيبي وحيد من الممكن أن تكون له علاقة بإبطال

الزواج على أساس الغلط في الشخص، هذا القرار هو مدني عدد 5939 مؤرخ في 81/12/15 هذا القرار صدر بمناسبة قضية موضوعها تعلق بالطلاق للضرر ولم يتعلق بالإبطال من أجل عيب الرضى المتمثل في الغلط في الشخص، لكن الملفت للانتباه أن محكمة التعقيب أبت إلا أن تتعرض إلى مسألة إمكانية المطالبة بالإبطال وإن تقول كلمتها في هذا الموضوع.

أحداث القضية تمثلت في أن شخصا أبرم زواجه من امرأة اكتشف بعد الدخول بها أنها مصابة بمرض الأعصاب بما جعله يتضرر من العيش معها نظرا لسوء معاملتها له جراء هذا المرض، وقد حاول هذا الزوج معالجتها، ولكنها لم تشفى، وحينما يش من شفافيتها تقدم ضدها بقضية يطالب من خلالها بإيقاع الطلاق بينهما من أجل الضرر الذي أصابه منها والناجم عن سوء معاملتها له، كما تمسك في دعواه بأن زوجته قد ارتكبت خطأ لأنها لم تصارحه بحقيقة مرضها بل أخفته عنه هذا المرض الذي كانت تعلم هي الأخرى أنها مصابة به لأنه سبق لها أن حاولت العلاج منه قبل إبرامها الزواج، لذلك يطالب الزوج الطلاق على أساس فقرة 1 ف 31 م أ ش (قديم).

ومن طور إلى طور وصلت القضية إلى محكمة التعقيب، وكان المشكل القانوني المطروح على هذه المحكمة يتمثل في معرفة أهل بحق لزوج أن يطالب بالطلاق للضرر من أجل مرض بالأعصاب أصيبت به زوجته قبل الزواج منه وأخفته عنه.

عن هذا السؤال أجابت محكمة التعقيب بأن مرض الأعصاب هو مصيبة لم تكن الزوجة مسؤولة عنها لذلك لا يمكن اعتباره كافيا لإيقاع الطلاق للضرر.

كان يمكن أن تتوقف المحكمة عند هذا الحد من الإجابة، لكنها تراءى لها أن تضي قدما لتضيف بأن مرض الأعصاب السابق للزواج يمكن أن يكون سببا للمطالبة بفسخ الزواج إذا كان الزوج غير عالم به قبل إبرام الزواج.

ومن خلال رد محكمة التعقيب نتبين أن هناك مسألتين تعرضت إليهما :

1- إمكانية المطالبة بالطلاق للضرر من عدمها.

2- إمكانية المطالبة بالفسخ من عدمه.

1- مدى إمكانية المطالبة بالطلاق في صورة وجود مرض الأعصاب سابق

للزواج :

محكمة التعقيب اعتبرت أن مرض الأعصاب الذي أصيبت الزوجة به هو مصيبة حلت بها ولم تكن قد ارتكبت خطأ جعلها تصاب بهذا المرض، فهي ليست مسؤولة عنه، لذلك لا يمكن لهذا المرض أن يؤدي إلى الطلاق للضرر، لأن شروط تطبيق الفقرة 1 قديمة ف 31 م أ ش لم تتوفر.

هذا الجواب يثير النقاش باعتبار أنه يمثل موقفا اتخذته محكمة التعقيب من

محتوى الفقرة 1 قديمة ف 31 م أ ش (الطلاق للضرر) من مسألة أثارت جدلا حاداً حولها، تتعلق بمعرفة هل أن طنب الطلاق على معنى تلك الفقرة يتأسس على مجرد حصول ضرر للقرين المطالب بالطلاق أم أنه يشترط لهذا الضرر أن يكون مؤسباً على خطأ ارتكبه القرين المتسبب في الضرر.

وعلى الرغم من أنه لا شيء في الفقرة 1 قديمة ف 31 يوحي بوجود أن

يتأسس الضرر المؤدي للطلاق على خطأ، على الرغم من ذلك فإن محكمة التعقيب

اختارت أن تتبنى النظرية الذاتية وليس النظرية الموضوعية، والذاتية هي التي

تستوجب الخطأ ولا تكفي بالضرر ولو أن الفقرة 2 ف 31 جاءت وضاحة أكثر لأنها

تتحدث عن إمكانية أن يطالب أحد الزوجين بالطلاق بسبب ما حصل له من ضرر

دون أن تشير هذه الفقرة على وجوب تأسيس هذا الضرر على خطأ يكون قد ارتكبه

القرين الآخر.

لكن موقف محكمة التعقيب رغم أنه يوحي في هذا القرار بوجود تأسيس

الضرر على الخطأ، إلا أنها لم تعر أدنى اهتمام لما أكدته الزوج من أن الخطأ في هذه

الصورة موجود، ولقد أثبتته أمام قضاة الأصل، وهو المتمثل في أن زوجته قد اخفت

عنه مرضها وهو ما يعين في نظره أنها خرقت واجب المصارحة الذي كان محمولا عليها ولكن محكمة التعقيب تجاهلت هذا الدفع.

يمكن أن نقول تعليقا على موقفها انه كان عليها أن تجيب صراحة من الناحية الإجرائية لا أن تتجاهل لن عدم الإجابة عن الدفوعات سبب من أسباب الطعن بالتعقيب لأن فيه هضم لحقوق الدفاع، لكن من الناحية الجوهرية يبدو موقف محكمة التعقيب من هذا الدفع وجبها لأن الخطأ الذي ادعاه الزوج والذي نسبه لزوجته وهو عدم إعلامه بإنهاء بحقيقة مرضها هو خطأ على فرض وقوعه سابق لإبرام الزواج وليس لاحقا له في حين أن الأخطاء أو الأضرار على الأقل التي من الممكن أن يتأسس عليها إيقاع الطلاق ينبغي أن تكون لاحقة لإبرام الزواج وليس سابقة له، لأن هذه الأخطاء إن كانت سابقة لإبرام الزواج فهي تصيبه على مستوى تكوينه بما قد يؤثر على صحته بما قد يصيره قابلا للإبطال، بينما الطلاق لا يمكن إيقاعه إلا إذا كان الزواج قد أبرم صحيحا لأن الطلاق على معنى الفصل 29 م.أش هو حل الزواج التصحيح والزوجان على قيد الحياة وليس حل الزواج الباطل.

لكن كان يمكن في هذه الصورة لمحكمة التعقيب أن تقول إلى نفس النتيجة التي أتت إليها عمليا ولكن على أساس قانوني مغاير، أي أن تعتبر أن مرض الأعصاب الذي أصيبت الزوجة به قبل إبرام الزواج وأخفته عن زوجها لا يمكن أن يؤسس لطلاق للضرر على معنى فقرة 1 قديمة ليس لأن هذا المرض مصيبة حلت بالزوجة ولم تكن مسؤولة عنها، بل لأن هذا المرض كان سابقا لإبرام الزواج وليس لاحقا له بينما أسباب الطلاق تأتي لاحقة للزواج وليس سابقة له.

تكن محكمة التعقيب حينما أغفلت عن الرد الصريح والباشر للدفع الذي تمسك به الزوج والمتمثل في خرق زوجته واجب المصارحة قد تكون فضلت أن تجيب عنه بشكل غير مباشر، ضمنى فترده لأنه لا يمكن أن يؤدي إلى الطلاق للضرر بل يمكن أن يؤدي إلى المطالبة بالفسخ.

2- مدى إمكانية المطالبة بالفسخ من عدمه :

عرجت محكمة التعقيب عند حديثها عن الطلاق تشير في أثناء ذلك إلى أنه في غياب إمكانية المطالبة بالطلاق للضرر، يمكن المطالبة في المقابل بفسخ الزواج، وذلك عندما يثبت الزوج أنه كان يجهل أن زوجته قبل إبرام الزواج، مصابة بمرض الأعصاب، هذه الإجابة تثير ملحوظتين : إحداهما شكلية والأخرى جوهرية.

الملحوظة الإجرائية : محكمة التعقيب أثارت هذا الدفع والحال أن لا أحد من بين الطرفين سعى إلى أثرته، فحتى إدعاء الزوج بأن زوجته خرقت واجب المصارحة فإن هذا الادعاء جاء في إطار المطالبة بالطلاق للضرر وليس في إطار مطالبته بالفسخ أو الإبطال وهو ما يدعو إلى التساؤل عما إذا كان يحق لمحكمة التعقيب أن تتحدث أم لا عن إمكانية المطالبة بالإبطال، ألم تكن قد تجاوزت حدود اختصاصها ؟ أي لو كان هذا القرار قد صدر عن محكمة استئنافية ألم يكن ممكنا الطعن فيه بالتعقيب على أساس أنه فرار في أكثر مما طلب منه ؟

الجواب هو مبدئيا بنعم لأنه ليس من حق المحكمة أن تثير دفعا لم يثره الأطراف إلا إذا كان هذا الدفع مرتبطا بالنظام العام، ففي هذه الصورة فقط يكون واجبا على المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها ولو كان ذلك لأول مرة لدى التعقيب.

لكن الفسخ في معنى الإبطال لعيب من عيوب الرضى لا يمكن أن يكون على ارتباط بالنظام العام لأنه بطلان حمائي يحمي الطرف الذي وقع في الغلط بدليل أن القواعد المتعلقة بهذا النوع من الإبطال كيفما وردت في م 1 ع ف 46 وما بعده هي قواعد غير أسرة والبطلان المنجر عنها هو بطلان نسبي لأنه بطلان حمائي بحيث لا يثيره سوى الطرف المحمي به كما لا يثيره هذا الطرف لأول مرة لدى التعقيب بل لابد من التمسك به أمام قضاة الأصل لأنه مبني على وقائع مادية (إثبات انه وقع في غلط) لا يمكن أن تنظر في ثبوتها محكمة التعقيب.

لذلك تبدو محكمة التعقيب قد تجاوزت حدود اختصاصها إجرائيا.

كما انه يعاب أيضا إجرائيا عليها خرقها مبدأ حياد القاضي الذي أقرته أحكام ف 12 م م ت هذا المبدأ الذي يفرض على القاضي أن يلازم الحياد وأن لا يبحث عن الأدلة والبراهين بنفسه بل إن عليه أن يتلقاها من الطرفين المتقاضيين، يمكنه على أقصى تقدير أن يساعد الطرفين على إيجادها شريطة أن يطلبوا منه هذه المساعدة، أما أن تنتصب المحكمة من تلقاء نفسها مستشارة لفائدة أحد الطرفين على حساب الآخر فإن في ذلك خرقا صريحا لمبدأ حياد القاضي وهو خرق يؤسس إلى الطعن بالتعقيب لو كان هذا القرار صادرا عن محكمة استئناف لأن الإجراءات المدنية بما فيها إجراءات قضايا أش هي إجراءات اتهامية أي أن الإثبات فيها موكول للأطراف على خلاف الإجراءات الجزائية التي هي استقرائية أي أن القاضي هو الذي يبحث عن الحقيقة.

لكن الحقيقة هي أن محكمة التعقيب قد تكون بحثت من خلال هذا التدخل عن استغلال الفرصة التي أتاحت لها، قد تكون استندت في ذلك إلى ما أثار الزوج من خرق زوجته واجب المصارحة، لتبين للمتقاضين أن إمكانية المطالبة بإبطال الزواج على أساس الغلط في الشخص على معنى الفصل 46 م ا ع واردة وأن هذا الفصل من الممكن تطبيقه في مادة الزواج لأنه نص عام يمكن اللجوء إليه خاصة وإن النصوص الخاصة بالزواج لم تتعرض إلى عيوب الرضى خاصة بالزواج.

ولعل الذي قد يكون جعلها تستغل هذه الفرصة ما لاحظته من عزوف لدى المتقاضين عن اللجوء إلى المطالبة بالإبطال في صورة وجود مرض أصاب القرين وكان سابقا للزواج، فالمتقاضون ظلوا يخبرون تأسيس دعواهم على الطلاق والسبب في ذلك هو عدم تعود هؤلاء المتقاضين والمحاكم على تطبيق هذا النوع من الإبطال في مادة الزواج خصوصا وإن م ا ش لم تتعرض إلى هذا الصنف من الإبطال لعيب من عيوب الرضى في مادة الزواج.

قد تكون محكمة التعقيب أرادت التأكيد على قدرة الفصل 46 م ا ع على

استيعاب دعوى إبطال الزواج لوجود غلط في شخص القرين.

***الملحوظة الجوهرية :**

بصرف النظر عن المآخذ التي من الممكن تقديمها من الناحية الإجرائية، يمكن القول أن موقف محكمة التعقيب من مسألة المطالبة بالإبطال يستقيم مبدئيا من الناحية الجوهرية. لأن مرض الأعصاب التي أصبت به الزوجة من الممكن أن يؤدي فعلا إلى المطالبة بالإبطال إذا كان هذا المرض سابقا لإبرام الزواج ولم يكن القرين المعافى على علم بوجوده لدى قرينه.

فالزوجة في هذه الصورة بإخفائها عن زوج المستقبل حقيقة هذا المرض لديها تكون قد أوقعته في غلط حول صفة من الصفات الجوهرية في شخص القرين، لأن القرين عندما يقبل على الزواج فإن إقباله يكون مبنيا على أساس أن قرينه سليم من الأمراض لأن الغاية المقصودة من الزواج هي تكوين أسرة شرعية سليمة من الأمراض. والمرض المقصود في هذه الصورة ليس المرض البسيط الذي يعالج والذي هو عرضة لكل إنسان، بل المرض الخطير أو المزمن الذي يؤثر على سلوك المصاب به والذي يؤثر إخفاؤه إلى إصابة الرضى بعيب الغلط والدليل على ذلك اشتراط المشرع الكثف الطبي السابق للزواج ولو أن مرض الأعصاب ليس منصوصا عليه من بين الأمراض المطلوب من الطبيب أن يبحث عنه. فالمرض في هذه الصورة هو غير موضوعي لأنه حاسم في تقرير موقف القرين المعافى الذي ما كان له ليبرم هذا الزواج لو كان عالما بوجوده لدى قرين المستقبل.

كما أن في وجود مرض سابق للزواج وإن كان خرقا لواجب المصارحة وهو واجب يمكن أن يوافق تماما واجب الإعلام المعمول به في مادة العقود المالية وهذا الواجب يؤدي إلى الإخلال به إلى إمكانية المطالبة بالإبطال لأنه يعيب الرضى.

-كما أنه أيضا لا شيء يمنع مبدئيا من تطبيق ف 46 م 1 غ على مادة الزواج

في هذه الصورة وذلك لسببين :

-سكوت النص الخاص أي عدم وجود نصوص خاصة تتعلق بعيوب الرضى في مادة الزواج ومع فقدان النص الخاص يتعين الرجوع إلى النص العام.

-لا شيء مبدئيا يمنع من تطبيق أحكام العقد في مادة الزواج رغم أن الزواج مؤسسة وليس عقدا، لأن هذا الزواج يبقى مؤسسة يدخل إليها بتقنيات العقد، وطالما أننا في إطار الدخول لهذه المؤسسة أي في إطار التعبير عن الإرادة بالانصهار في مؤسسة الزواج، فإنه لا شيء يمنع مبدئيا من تطبيق الأحكام المتعلقة بعيوب الرضى في مادة الزواج.

ب-تحقيق الانصهار في الزواج على يدي المأمور العمومي :

العقود هي مبدئيا رضائية أي أنها تتكون بمجرد أن تتلاقى إرادة الطرفين على تكوينها، لكن المشرع اعتبر أحيانا وفي بعض العقود الخاصة التي يرى فيها أهمية تفوق بقية العقود الأخرى، اعتبر أنه من الضروري أن يحترم الأطراف جملة من الشكليات التي من بينها خصوصا وجوب تحرير كتب وهو ما يعني أن هذا الشرط الشكلي قد ارتقى إلى مرتبة شرطا الصحة، فوظيفة هذا الكتاب أصبحت في هذه الصورة مزدوجة. فإضافة إلى وظيفته الأصلية وهي وسيلة إثبات لوجود هذا العقد، الذي وقع تدوينه في ذلك الكتاب، يصبح هذا الكتاب في حد ذاته شرطا من شروط صحة ذلك العقد.

مثال عقود البيع المتعلقة بالعقارات، فباعتبار ما يمثله حق الملكية من أهمية بالغة لما له من علاقة بالممتلكات والثروات وخاصة إن تعلق الأمر بعقارات. أوجب المشرع حماية هذا الحق بحيث لا يمكن أن ينتقل هذا الحق من شخص إلى آخر إلا بعد أن يكون قد استل أو خضع إلى شكليات من بينها تحرير كتب ثابت التاريخ ومسجل طبق القانون بالنسبة للعقارات غير المسجلة وكتب يحضره أشخاص حددهم القانون على سبيل الحصر ويقع ترسيمه وجوبا بدفاتر الملكية العقارية إذا كان الأمر متعلقا بعقار مسجل وذلك لكي يقع إشهاره وإعلام الغير بوقوع البيع حماية لحقوقهم.

-إذا كان الأمر على هذا النحو بالنسبة لبعض العقود الهامة فإنه من باب أولى وأحرى لما يكون الأمر متعلقا بمؤسسات يكونها المشرع بنفسه وينظمها بدقة وبقواعد قانونية جلها أمر ويغلب عليها طباع النظام العام من بينها مؤسسة الزواج، فاعتبر المشرع أن الانسهار في مؤسسة الزواج هو حدث في حياة الإنسان هام وخطير لأنه يحدث منرجا في حالته المدنية ويضع على عاتقه مسؤوليات جسيمة لذلك لا يمكن لهذا الحدث أن يمر في الخفاء فيبر هام للطرفين وهام بالنسبة للمجتمع وذلك لكي يدرك الجميع أن الطرفين لا يعيشان في إطار علاقات خنائية حرة بل في إطار علاقات شرعية هي نواة للأسرة الشرعية التي تكونت، لذلك حرص المشرع التونسي على غرار بقية المشرعين الآخرين على أن يراقب بنفسه عملية الدخول في مؤسسة الزواج وذلك بواسطة المأمور العمومي، فأسند إليه هذه المهمة، كما حرص أيضا أن يحيط عملية الانسهار في الزواج بهالة كبرى من العلنية والاجهار لكي يكون الجميع على علم بوقوع هذا الزواج من جهة، وضمانا أيضا لحرية الطرف في الزواج من جهة أخرى.

فالمأمور العمومي هو الذي يتولى بنفسه السماح للطرفين بالدخول في مؤسسة الزواج وهو الذي أيضا يعلن بنفسه قيام الزواج بينهما أي أنه يصرح بنفسه أنهما أصبحا زوجين في نظر القانون وذلك بعد أن يكون قد أحكم التثبت من أن جميع شروط الزواج قد توفرت في الطرفين وأن يكون قد استمع بنفسه للرضى بالزواج من بعضهما الصادر عنهما تباعا وهذا يعني بالضرورة أن يكون الطرفان حاضرين أمام المأمور العمومي إما شخصا أو بواسطة من ينوبه عنهما قانونا أي عن طريق التوكل وذلك بحضور شاهدين من أهل الثقة يشهدان أولا وقوع هذا الزواج ويستعين بهما ثانيا للتثبت من خلو الطرفين من موانع الزواج لأن المشرع أوجب على الشاهدين أن يشهدا بخلو الطرفين من موانع الزواج التي نص عليها المشرع.

والمأمور العمومي الذي كلفه المشرع ليكون رقبيا على مؤسسة الزواج بحيث لا

يسمح للطرفين بالدخول إليها إلا بعد التثبت من توفر كافة الشروط التي أوجب المشرع تحقيقها. فيهما، هو إما ضابط الحالة المدنية أو عدلا إسهاد في الصورة التي يقع فيها إبرام الزواج داخل التراب التونسي، أما إن تقرر إبرام الزواج خارج أرض الوطن فإن إبرامه بين التونسيين يقع أيضا أمام مأمور عمومي وهو ممثل في الأعوان الدبلوماسيين أو القنصلين العاملين في البلاد الأجنبية المزمع إبرام الزواج فيها. لكن المشرع مكن الطرفين من إبرام زواجهما خارج أرض الوطن طبقا للقوانين المعمول بها في البلدان الأجنبية المراد إبرام الزواج فيها وهو ما يتبين من خلال الفصل 31 ق 1 أوت 57 الذي جاء فيه "يبرم عند الزواج بالبلاد التونسية أمام عدلين وأمام ضباط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من أهل الثقة.

ويبرم عقد زواج التونسيين بالخارج أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القنصلين التونسيين أو يبرم العقد طبق قوانين البلاد التي يتم فيها". أما الفصل 32 وما بعده من هذا القانون، فقد أوجب على المأمور العمومي تحرير كتيب رسمي بالنسبة لضابط الحالة المدنية أو حجة عادلة بالنسبة لعدلي الإسهاد، وهذا الكتيب الرسمي يتعين على ضباط الحالة المدنية أن يدرجه ضمن دفاتر الحالة المدنية التي يمسكها كما يتعين عليه أيضا أن يعلم به نظيره الذين ولد الزوجان بدائرة كل منهما، وذلك لكي يقع ترسيم هذا الزواج ببطاقة الحالة المدنية لكل من الزوجان.

أما إذا أبرم الزواج بواسطة عدلي إسهاد فإن على هذين العدلين أن يعلموا ضابط الحالة المدنية الراجعين بالنظر لدائرته بوقوع هذا الزواج وذلك في أجل لا يتجاوز شهر من إبرام الزواج والسبب في ذلك هو تمكين ضابط الحالة المدنية من ترسيم الزواج بدفائره وإعلام نظيره أو نظيره بمكان ولادة كل من الزوجين حتى يقع أيضا إبرام هذا الزواج ببطاقة حالتهما المدنية. كما أوجبت أحكام الفصل 1 أوت 57 على ضابط الحالة المدنية وعدلي الإسهاد أن يكون الكتيب الرسمي أو الحجة العادلة محتويين على جملة من البيانات تتعلق بهوية الطرفين وكذلك هوية الشاهدين. وهي

بيانات ضبطها القانون بدقة، كما تتعلق بتحديد المهر المسمى للزوجة وهي بيانات وتقصيصات وجوبية بحيث يصبح الكتب الرسمي والحجة العادلة باطلين في صورة الإخلال بهذه البيانات كلا أو بعضا.

كما هناك عقوبات جزائية وتأديبية يمكن أن تلحق بضابط الحالة المدنية أو عدلي الإشهاد في صورة الإخلال بهذه البيانات.

أما الزواج الذي يقع إبرامه على غير هذه الطريقة، فهو زواج باطل من أساسه وانبطلان هذا مطلق مع إمكانية استهداف الزوجين المخالفين لعقوبات بالسجن والخطية.

دسني سكس، استأب أن استصحب في نزع

القسم 2 : إثبات الانصهار في مؤسسة الزواج :

الإثبات هو الركيزة الأساسية لجمعي الحقوق والواجبات، فالحقوق والواجبات لا أهمية لها إن عجز صاحبها على إثبات وجودها.

وعلى هذا الأساس ونظرا لأهمية الزواج وخطورته، وخاصة من حيث النتائج والآثار المترتبة عنها والتي لا تتوقف عند حدود الطرفين بل تمتد ن حو الغير، فقد كان لابد من إثبات وجود هذا الزواج. وي طرح موضوع الإثبات تقليديا ثلاث أسئلة :

-من يثبت (عبء الإثبات).

-ماذا تثبت (موضوع الإثبات).

-كيف تثبت (طرق الإثبات).

* عبء الإثبات :

عملا بالفصل 420 م 1 ع، فإن إثبات الالتزام موكل للقائم به، وهذا المبدأ القانوني في الاثبات يتجاوز حدود إثبات الالتزامات أي سواء كانت تصرفات أو وقائع ليشمل جميع مكونات القانون المدني وحتى القانون الجزائي.

تطبيقا لهذا المبدأ، فإن إثبات وجود الزواج يكون موكولا لكل من له مصلحة في

إثباته، لأن من شروط الدعوى القضائية إلى جانب الصفة والأهلية، هناك المصلحة في القيام، وعلى هذا الأساس فإن كانت الزوجة ترغب في المطالبة بالإبقاء عليها من قبل زوجها فإن عليها إثبات أنها متزوجة ممن تدعي أنه زوجها. كذلك بالنسبة للطفل الذي يدعي أن نسباً يربطه بشخص معين فإن عليه إثبات أن والدته متزوجة من ذلك الشخص وأنه ولد أثناء المدة القانونية للحمل هذا إن كان أسس دعواه على وسيلة التراض.

كذلك أيضاً يمكن أن يكون المطالب بإثبات الزواج هو الزوج إن كانت مثلاً زوجته قد توفيت وذلك حتى يكون من بين ورثتها.
كما يمكن أيضاً أن تكون النيابة العسومية متحيلة عقب إثبات الزواج إن كانت تتبع الزوجين من أجل التزوج على خلاف الصيغ القانونية.
موضوع الإثبات :

يسو هذا السؤال غريباً لأن إجابته واضحة، لأن موضوع الإثبات الزواج.
لكن هذا السؤال يخفي صعوبة على مستوى التطبيق وهو الزواج المبرم.
لأنه من هو الزواج المبرم منذ دخول قانون 1 أوت 57 حيز التنفيذ والذي لم يرد نصاً لمختلف الشكليات التي حددها هذا القانون وذلك على أساس أن هذا القانون هو الذي أصبح معمول به أي النافذ المفعول فعلاً. أم أن الزواج المطلق اسمه سيكون أيضاً لزواج المبرم قبل قانون 1 أوت 57 أم أيضاً الزواج الذي قد يكون أبرم بعد دخول قانون 1 أوت 57 لكن من غير امتثال الشكليات التي جاء بها هذا القانون.

لذا ينبغي أن نذهب إلى أن هذه هي المادة من الزواج المطلوب إثباته هو الزواج المبرم منذ دخول قانون 1 أوت 57 حيز التنفيذ والذي أبرم أيضاً طبقاً لشكليات هذا القانون. ذلك على أساس أن هذا القانون هو الذي أصبح نافذ المفعول. فحار بيننا لزواج المبرم قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ أي المبرم طبقاً للشكليات الأساسية هو مبدئياً الزواج بعد دخول قانون لم يعد معمولاً به. كذلك أيضاً الزواج المبرم بعد دخول قانون

1 أوت 57 حيز التنفيذ ولكن دون مراعاة شكليات هذا القانون، فهذا الزواج باطل مطلقا بينما المشرع لا يهتم مبدئيا ولا ينظم إلا الأشياء الصحيحة. لكن في الحقيقة موضوع الإثبات سوف يشمل جميع أنواع هذه الزيجات وذلك لأسباب كثيرة.

المطلوب إثبات الزواج بعد قانون 1 أوت 57 وطبقا لشكلياته وهذا الزواج هو الصحيح شكلا وهذا المبدأ لكن أيضا سنتثبت الزواج المبرم قبل قانون 1 أوت 57 لأنه زواج صحيح وهو زواج يرتب كافة آثاره ولأنه خاصة مازال موجودا في واقع المجتمع التونسي إلى يومنا هذا. لذلك لا يمكن أن نتجاهل وجوده بل ينبغي أن نرتب عنه جميع آثاره ولن نستطيع ذلك إلا بإثبات وجوده.

كذلك أيضا بالنسبة للزواج الذي يكون قد أبرم بعد دخول قانون 1 أوت 57 حيز التنفيذ لكن بدون احترام شكليات هذا القانون. هذا الزواج باطل بلا شك مطلقا، لكنه رغم بطلانه فإن المشرع جعله مرتبا لجملة من الآثار استثنائية. لذلك ولترتيب هذه الآثار لابد من إثبات هذا النوع من الزواج.

* كيفية الإثبات :

هل سنعتمد شتى وسائل الإثبات ؟ أم هناك وسائل معينة حددها المشرع حصريا حيث لا يمكن اعتماد غيرها ؟

للجواب، يمكن القول مباشرة، بتعين استبعاد الإثبات الحر، لأنه هو خاصية تتميز بها الوقائع القانونية، والزواج ليس واقعة قانونية. فهل سيقع إثباته بالوسائل المعتمدة في مادة العقود أي الكتب أو ما عاد له من الحجج الكاملة أي الإقرار الحكمي أو اليمين الحاسمة ؟ الجواب بالنفي لأن الزواج لا يصنف على أنه عقد كسائر العقود المدنية الأخرى، لعله ليس عقدا بالمرة بل هو مؤسسة والمؤسسة أعلى درجة من الوقائع القانونية وكذلك من العقود لأنها من صنع المشرع بينما العقود من صنع الأطراف. والمشرع يتميز عن الطرفين لن قواعده هي قوانين تتميز بالتجرد

والإلزامية والعموم بينما العقود هي قوانين لا تهم مبدئياً إلا الطرفين.

لأن المؤسسة أعلى درجة من الواقعة والعقد فإنه لا يمكن إثباتها إلا بمقتضى وسائل معينة ضبطها المشرع بنفسه بصفة خاصة، أي أنه لا يمكن اتفاق الأطراف على اعتماد وسائل غيرها والسبب في هذا هو أن وظيفة هذه الوسائل في مادة المؤسسات هي وظيفة مزدوجة بحيث لا تقتصر على الإثبات فقط بل تقوم بوظيفة أخرى أكثر أهمية وهي أنها شرط من شروط صحة تلك المؤسسة أي أنه يقع تقديرها عند تكوين تلك المؤسسة وهذا الأمر ينطبق على الزواج، ذلك أن ما يستتج من النص صريحاً التشريعية وتعدد من الفصل 4 م أ ش هو أن وسائل إثبات الزواج هي وسائل ضبطها المشرع بشكل حصري ولكنه أيضاً حدد كيفية استعمالها. والمثال في هذه الوسائل إثبات الزواج هي وسائل ضبطها المشرع بشكل حصري ولكنه أيضاً حدد كيفية استعمالها. المثال في هذه الوسائل يحدداً تنوع إلى صنفين، صنف نص عليه المشرع صراحة وهو صنف سمي بالوسائل التشريعية وصنف استلطفه فقهاء القضاء. من جهة المصدر التي تدخل فيها إثبات الزواج مع الاختصاص من المحاكم هذا الصنف يمكن تسميته بالوسائل القضائية وله سبلان تشريعية وانعكاسية تتعادلان في النسبة من حيث قوة الحجية أو الثبوتية.

الفقرة الأولى : إثبات الزواج بالوسائل التشريعية :

تطلاقاً من أن المشرع التونسي كان على علم من أن التريجات السراية إثباتها هي نفس الوقت التريجات المبرمة قبل دخول قانون غرة أوت 1957 حيز التنفيذ، لأنها كانت موجودة فعلاً وكذلك أيضاً التريجات المبرمة بعد الزواج.

طرقاً من هذا، تولى المشرع ضبط وسائل إثبات معينة خاصة بتبين الصنفين

من « بيتات » وهو ما جعلنا أمام نوعين من الوسائل التشريعية المثبتة لزواج.

تلك الوسيلة التشريعية التي يقع إعلانها بصورة متزامنة مع إبرام الزواج.

وهي الثانية ولكن استثنائياً هذا نوع ثاني من الوسائل وهي الوسيلة التشريعية التي يمكن

المشرع ومن إعدادها استثنائيا لاحقا لإبرام الزواج أي أن الزواج يكون قد أبرم قبل إعداد هذه الوسيلة أي بعد أن أصبحا زوجين أمام القانوني.

I- الوسيلة الملزمة لإبرام الزواج :

سؤالان ينجران عن كيفية الإثبات الأول يتعلق بمعرفة محتوى الوسيلة التشريعية الملزمة لإبرام الزواج، أما الثاني فيتعلق بمعرفة مدى حجية هذه الوسيلة.

أ- محتوى الوسيلة التشريعية الملزمة للزواج :

قبل قانون 1 أوت 57 كان هناك صنف معمول به في إثبات الزواج درجت عليه أحكام التشريع الإسلامي لكنه لم يكن وجوبيا بل كان اختياريا فقط، هو الحجة العادلة، لكن منذ قانون 1 أوت 57 تراءى للمشرع أن يبقى على العمل بالحجة العادلة ولكنه في نفس الوقت أضاف إليها صنفا آخر جعله معادلا لها. وهو الكتب الرسمي الذي يحرره ضابط الحالة المدنية وجعل الاختيار بين هذا الكتب الرسمي والحجة العادلة موكولا إلى الطرفين.

1- الكتب الرسمي الصادر عن ضابط الحالة المدنية :

الكتب الرسمي هو وسيلة إثبات حديثة العهد استوحاها المشرع من القانون الفرنسي وأقحمها في قانون 57/8/1 وتوزع إلى صنفين :

- صنف الكتب الرسمي الذي يحرره ضابط الحالة المدنية إذا كان الزواج يبرم فوق تراب الجمهورية.

- صنف من الكتب الرسمي يحرره الأعوان الدبلوماسيون أو القنصليون التونسيون إذا كان الزواج سيبرم خارج أرض الوطن.

ولقد اقتضى المشرع صراحة وجوب أن يتضمن هذا الكتب الرسمي جملة من البيانات والتتصيلات وذلك لكي يكون هذا الكتب الرسمي صحيحا وقد حددها الفصل 32 ق 57/8/1 وهي :

1- اسم المترشحين للزواج.

2- لقب كل منهما.

3- حرفة كل منهما.

4- سنهما.

5- تاريخ ولادتهما.

6- مكان الولادة

7- جنسية كل منهما.

8- مقر إقامتهما.

9- موطن إقامتهما.

10- اسم الوالدين.

11- لقب الوالدين.

12- حرفتهما.

13- جنسيتهما.

14- موطنهما.

15- هوية الشاهدين أي اسمهما ولقبهما وجنسيتهما وحرفتهما ومقر إقامتهما.

16- التصريح على أن الشاهدين قد صرحا أمام ضابط الحالة المدنية بأن

الطرفين خاليان من كل الموانع التي قد تحول دون إمكانية الزواج من بعضهما، واسم
الفرين السابق ولقبه إن وجد مع ذكر دقيق لتاريخ النكاح أو الطلاق أو انحلال الزواج،
ولو أن المشرع اقتصر على هذين الصورتين من مسود الفصل الرابطة الزوجية
والشغل عن التمتع عن بقية الصور الأخرى، وهي انحلال بصفية الفساد والإخلال
بالتنروط الشكاسة) والنفاد أو الغيبة والحكم بتفريق الأبدي.

17- والتصريح وجوبا على رضى الولي وموافقة على إبرام زواج منطوره

إذا كان قاصرا أو محجورا عليه لفسده.

18- التصريح أيضا على الترخيص القضائي إذا كان أحدهما أو كلاهما دون

السن القانوني المؤهلة للزواج.

19-التتصيص أيضا على الاستظهار بالكشف الطبي السابق للزواج.

20-التتصيص على المهر المسمى من الزوج للزوجة.

لما إذا أبرم الزواج خارج أرض الوطن، فإن الكتب الرسمي يصبح على نوعين جديدين والاختيار للطرفين :

*صنف 1 يجعل من الكتب الرسمي يبقى تونسيا رغم أنه خارج الوطن وذلك لما يعمد الطرفان إلى إبرام الزواج بينهما على يدي الأعران الدبلوماسيين أو القنصليين التونسيين.

ومعنى ذلك أن الكتب الرسمي الذي يحرره العون الدبلوماسي يعوض تماما الكتب الرسمي المحرر من ضابط الحالة المدنية بتونس لأن الأعران التونسيين جعلهم انتمتع بمثابة المأمورين العموميين في مادة الزواج.

*صنف 2 يفقده الهوية التونسية وبصريح خاضعاً لقانون البلاد المزمع إبرام الزواج فيه هذا إن كان هذا البلد يعمل بدوره بوسيلة الكتب الرسمي.

هذان الصنفان هما اللذان نص عليهما الفصل 31 قانون 57.

واللجوء إلى اعتماد الكتب الرسمي هو اختياري بينه وبين الحجة العادلة في مادة الزواج.

2-الحجة العادلة :

هي وسيلة من وسائل الإثبات الرسمية لأنها تعادل وسيلة الكتب الرسمي على أن الفرق بينهما أن الحجة العادلة يحررها عدلان كانا في السابق قبل 1994 إما عدلا إلهاد أو عدلا تنفيذ أو عدلان أحدهما للإشهاد والآخر للتنفيذ، والسبب في ذلك هو أن عدول التنفيذ كانوا مؤهلين لممارسة صلاحيات عدول الإشهاد وذلك إلى جانب ممارستهم لصلاحياتهم الشخصية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتبليغ نسخ منها وتبليغ الاستدعاءات للمحكمة وكذلك إجراء المعاينات وتدوين التصاريح والشهادات، بينما لم

تكن لعدول الإشهاد صلاحيات التنفيذ غير أنه منذ 1994 أصبحت صلاحيات عدول التنفيذ مقتصرة على تنفيذ الأحكام وتبليغ الاستدعاءات وإجراء المعاينات وتلقي التصاريح والشهادات دون إبرام العقود ودون إبرام الزيجات، أي أن هذا الاختصاص انتزع منهم لينفرد به عدول الإشهاد.

والحجة العادلة في مادة الزواج ليست بدعة في حد ذاتها بل كان معمولاً بها من قبل قانون 57/8/1 فهذا القانون تبناها باعتبارها كانت كثيرة التداول خاصة في المدن الكبرى أين كان ينتصب عدول الإشهاد بكثرة. وهذه الطريقة قديمة جداً أقر فيها التشريع الإسلامي إمكانية العمل بها لأهم لم يجدوا فيها ما قد يتضارب مع تعاليم الإسلام. بل لعل العكس هو الأرجح لأن في اعتمادها حاية لحقوق الأزواج وحماية لحقوق الأبناء، لكن اعتماد الحجة العادلة قبل 57/8/1 كان اختيارياً بسبب :

1- لم يكن ممكناً تعميم هذه الظاهرة على كامل مرافق الجمهورية نظراً لظروف عدد عدول الإشهاد.

2- هذه الحجة العادلة كان منطوقها ومادتها الأصلية هي أن الزوجين يتبعان في غاية استعمالها كوسيلة إثبات وليس كشرط من شروط صمد الزواج. لأن شروط الزواج الشكلية في التشريع الأساسي كانت شرطين اثنين : حضور الشاهدين من أهل الثقة، وتسمية مير للزوجة من جهة أخرى.

لكن مع صدور قانون 57/8/1، أبقى التشريع العمل بهذه الحجة العادلة اختيارياً مع الكتب الرسمية لكنه اختار وجوب من الاثبات، والسمة العادلة يجرى هذا التسياد وحباً بحضور المترشحين لتزواج إما أنفسهم وإما بواسطة من يسمون شهوداً، وكذلك أيضاً بحضور شاهدين من أهل الثقة.

وإذا كان معمولاً بهذه الحجة العادلة من قبل دخول قانون 57/8/1 فمعنى ذلك أنه من الممكن أن تصبح هذه الحجة العادلة لإثبات الزواج المنفرد لا فقط بعد 57/8/1 بل أيضاً المنبرم قبل دخوله، حيث التنفيذ وذلك في الصورة التي يكون فيها الطرفان قد

التجأ إلى العمل بها عند إبرام زواجهما لكن الفرق بين الحجة العادلة المحررة قبل قانون 57/8/1 والحجة العادلة المحررة بعد هذا القانون هو أن الأولى لم تكن خاضعة لتلك البيانات والتنصيصات التي أوجب المشرع تدوينها في الحجة العادلة بعد 57/8/1 وكذلك في الكتب الرسمي الذي يحرره ضابط الحالة المدنية.

إذا الحجة العادلة سواء كانت سابقة لقانون 57/8/1 أو لاحقة له وكذلك الكتب الرسمي، هذه الوسائل ستمكن من إثبات الزواج المبرم بعد 57/8/1 وكذلك المبرم قبله. وإذا كان المشرع قد ركز على هذين الوسيطتين فلأن لكل منهما حجة قوية في إثبات الزواج.

ب-الحجية :

تمثل الحجة العادلة والكتب الرسمي وسيلة إثبات رسمية لأن محرري هاتين الوسيطتين هم مأمورون عموميون أي أشخاص يتمتعون بقوة الشرع بحيث أن مكانتهم تتمتع بقوة في الثبوت هي مبدئيا قاطعة لأن أصحاب هذه المكاتب محمولون على قول الصدق بحيث أن هذه المكاتب لا تدحض إلا بدعوى الزور وهذه الدعوى خطيرة لسببين :

- 1- هو أن هذه الدعوى تحصل في طياتها دعوى جزائية لأن وراءها تدليس وهما جريمتان مصنفتان في القانون الجزائي على أنهما من قبيل الجناية والجناية في سلم ترتيب الجرائم حسب خطورتها هي أخطر الجرائم لأن العقاب فيها هو بالسجن من 5 سنوات فما فوق وقد يصل إلى الإعدام.
- 2- هو أنه في صورة فشل مدعي التزوير فإنه من الممكن أن تنقلب عليه هذه الدعوى.

وإذا كانت الحجة العادلة والكتب الرسمي يتمتعان بقوة ثبوتية تكاد تكون قاطعة لأن محرريها محمولون على الصدق فلأنهم عاينوا بأنفسهم ممثل الطرفين أمامهم وثبتوا من هوية المترشحين للزواج واستمعوا بأنفسهم إلى الرضى الصادر عنهما

بالزواج بعد أن طرح عليهما سؤال في الغرض لذلك فإنه لا أحد من الطرفين يمكنه إنكار أنه لم يتزوج من الآخر وأنه لم يعطي موافقته بالزواج، فدخل الطرفين إلى مؤسسة الزواج عملية عاينها ضابط الحالة المدنية وأتموها بأنفسهم ثم حرروا كتاباً رسمياً في شأنها أو حجة عادلة لتكون الدليل المادي لوثوق هذه العملية، لذلك فإن ثبوت الزواج بالكتب الرسمي أو الحجة العادلة هو ثبوت قطعي نظراً لقوة حجية المكاتب الرسمية. ولعل هذا السبب هو الذي جعل الحجة العادلة والكتب الذين جاء بهما الفصل 31 ق 57/8/1 تتميزان من حيث قوة الثبوت في إثبات وجود الزواج عن كتب رسمي آخر هو بطاقة ولادة الطفل التي وردت تحمل نصيصاً على زواج والديه. فهذه البطاقة هي كتب رسمي لأنها من صنع من الأمور العمومي الذي يحرر رسم الزواج أي ضابط الحالة المدنية الذي يحررها ويسك بنفاذ رغم أن هذه البطاقة تنقل كثيراً سيما إلا أنها تبقى مع ذلك فيما يتعلق بمدى قدرتها على إثبات وجود الزواج تبقى كل قوة في الحجية والثبوت من الكتب الرسمي الذي يحرره ضابط الحالة المدنية طبق أحكام الفصل 31 ق 57/8/1. رغم أنها كتب رسمي إلا أنها لا تذكر على إثبات الزواج بصفة قاطعة والذي يجب التمييز في مادة المكاتب الرسمية فيما يتعلق في مادة الثبوت بين شئئين أحدهما يثبت بصورة قاطعة أو نكاح أي لا يمكن دحضه إلا بإقامة دعوى الزور وهو ما يعاينه ضابط الحالة المدنية بنفسه وما يستمع إليه شخصياً وينتج عنه مثل قدوم الطرفين أمامه وتعيين كل منهما عن رضا بالزواج من الطرف الآخر بينما نشيء الآخر يثبت بصورة مجبرة له قيمة تشييد أي قيمة وسيلة الإثبات المنقولة بحيث من الممكن دحضه بمجرد إقامة الشك المعتبر وهو فحوى التصريحات التي استمع إليها ضابط الحالة المدنية ومنحت من الشهادات التي قدمت إليه من الأشخاص الذين ادعوا بهذه التصريحات لديه. فهذه الأخيرة لم يعاين ضابط الحالة المدنية وقوعها بنفسه لم يشهد حصولها شخصياً، لذلك فإنه ليس بمفهومه أن يضمن صحتها بل علم فقط بوقوعها نقلاً عن المصريح الذي أدلى بهما أمامه ذلك فإن

العبدة على من صرح ولا على من استمع إلى التصريح والمصرح قدي كون ضادقا وقد لا يكون، لذلك لا يضمن ضابط الحالة المدنية صحتها ولا حقيقة وجودها نتيجة لذلك فإن بطاقة ولادة الطفل التي تحمل تنصيحا على زواج والديه لا تقدر على إثبات هذا الزواج بصورة قاطعة لأن هذا الزواج مدعي بوجوده من طرف المصرح كما لا يمكن لهذه البطاقة أن تثبت في مادة النسب هو إثباتها للنسب في الصورة التي يكون فيها المصرح هو الأب نفسه ولكن ربما عن ذلك فإن بطاقة الولادة في هذه الصورة لن تثبت النسب بصفتها تلك بل بصفتها وثيقة رسمية تضمنت إقرار الأب خصوصا وأن فقه القضاء درج على اعتماد الإقرار المثبت للنسب سواء كان هذا الإقرار حكمي أو غير حكمي. فالمثبت الحقيقي للنسب في هذه الصورة هي الإقرار وليس بطاقة الولادة.

لا يمكن أيضا لهذه البطاقة أن تثبت قطعيا وقوع الولادة بل إن لها قيمة الشهادة التي من الممكن دحضها بالحجة المعاكسة لأن ضابط الحالة المدنية لم يحضر بنفسه وضع المرأة لحملها بل استمع إلى تصريح من الغير بذلك. غاية ما يمكن لهذه البطاقة أن تثبت بصورة قطعية هو ما عاينه ضابط الحالة المدنية واستمع له بنفسه أي حضور شخص المصرح لديه في اليوم المعين وفي الساعة المحددة وتثبته من هويته وبأنه أدلى بتلك التصريحات التي أدلى بها بحيث لا يمكن لهذا الشخص أن ينكر ذهابه في ذلك التاريخ إلى ضابط الحالة المدنية وتصريحه بما صرح به إلا بدعوى الزور وهو ما أكدته محكمة التعقيب في قرار مدني عدد 3538 الصادر في 23 فيفري 65، وقد أصدرته بمناسبة قضية تفيد أحداثها أن امرأة قامت بقضية في النفقة لدى قاضي الناحية بمدينة ماطر ضد شخص إدعت أنه زوجها منذ سنة 1950 مطالبة منه الإنفاق عليها وعلى ابنها منه مدلية في سبيل إثبات هذا الزواج ببطاقة ولادة ابنها التي تحمل تنصيحا على أن المدعى عليه هو والد ابنها وعلى أنها متزوجة منه لكن الزوج المزعوم أنكر أمام قاضي الناحية أن يكون مرتبطا بعلاقة زواج مع هذه المرأة كما

أنكر أن يكون أباً لذلك الطفل، لكن هذه المرأة تخلت عن المطالبة بنفقة ابنها وبقيت متمسكة فقط بالمطالبة بنفقتها (مع العلم أن في مادة الإجراءات الجزائية هي الطلبات الأخيرة)، لكن قاضي الناحية رغم إنكار الزوج المزعوم قضى بنفقة لهذه المرأة معتبراً أن علاقة الزوجية ثابتة بين الطرفين رغم إنكار الزوج المزعوم لها وذلك استدلالاً بالكتب الرسمي الذي أدلت به هذه المرأة المتمثل في بطاقة ولادة ابنها المرسم منسوباً إليهما التي تحمل أيضاً تنصيصاً على زواج بينهما. هذا الحكم كان ابتدائياً ونهائياً في نفس الدرجة أي أنه لا يخضع إلى مبدأ التقاضي على درجتين بحيث لا يقبل الطعن بالاستئناف لذلك قام المطلوب بالطعن فيه مباشرة بالتعقيب التي رأت وجوبها أن تقبل هذا الطعن شكلاً وأصلاً على أساس أن بطاقة ولادة الطفل التي تحمل تنصيصاً على الزواج بين الطرفين لا قيمة لها على إثبات هذا الزواج المزعوم بصورة قطعية ويبدو موقفها سليماً من هذه الناحية.

وإذا كانت هذه المرأة قد لحقت إلى بطاقة ولادة ابنها لإثبات زواجها فلأنه لم يكن بإمكان إثبات الزواج بالكتب الرسمي أو الحجة العادلة (ف 31) لأن هذا الزواج المدعى بوجوده قد أبرم قبل 57/8/1. كما يبدو أيضاً أن هذه المرأة كانت تقتصر إلى الحجة العادلة التي يحررها عدل الإشهاد والسبب أن الحجة العادلة كانت اختيارية باعتبار أن زواجها على فرض وجوده أبرم على طريقة العرف الجاري وبقي زواجاً عرفياً، لكن كان بإمكانها التحري بعد إبرام زواجها على وسيلة أخرى في الإثبات بصورة لاحقة لو كانت استدلت الفرصة التي أتاحت لها.

II-الوسيلة اللاحقة لإبرام الزواج :

ما هو محتوى الوسيلة السابقة لإبرام الزواج وخصوصاً وأن الزواج أبرم ؟

والى أي مدى تتمتع هذه الوسيلة بقوة ثبوتية للزواج ؟

أ-محتوى الوسيلة اللاحقة لإبرام الزواج :

هناك زيجات أبرمت قبل 57/8/1 على طريقة العرف الجاري أي على

مادة القانون المدني، السنة الثالثة، شعبة قضائية 2007-2008

الطريقة التي كانت تقرها أحكام التشريع الإسلامي، وتتمثل في إبرام الزواج بحضور شاهدين من أهل الثقة مع تسمية مهر للزوجة، وهو ما يعني في النهاية أن هذه الزيجات جاءت خالية من الحجة العادلة التي ولئن كان معمولاً بها في ذلك الوقت إلا أنها كانت اختيارية.

انطلاقاً من هذا، يعتبر الزواج السبرم على طريقة العرف الجاري قبل دخول 57/8/1 صحيحاً وتبعاً لذلك فهو يرتب جميع آثاره سواء بين الطرفين أو إزاء الغير، والسبب في ذلك هو أن القانون الذي أوجب العمل بالكتب الرسمي أو الحجة العادلة وهو قانون 57/8/1 لا يمكن تطبيقه على هذا الصنف من الزيجات لأن هذا القانون ليس له مفعول رجعي في الزمن.

لم يكن بوسع المشرع أن يجعل هذا القانون رجعي في الزمن وذلك للسببين التاليين :

1- القانون يحتوي على عقوبة جزائية، والنص الجزائي لا يقدر أن يكون رجعياً في الزمن.

2- قانون 57/8/1 يحتوي أيضاً على عقوبة مدنية هو من فئة الإبطال المطلق، والنصوص المبطلّة إبطالا مطلقا لا تقدر على أن تكون ذات مفعول رجعي في الزمن لأن الإبطال عقاب، والعقاب يقدر عند وقوعه على ضوء القانون الذي كان معمولاً به في ذلك الوقت، والبطلان عقاب يسلط على العقد أو المؤسسة على مستوى تكوينهما من أجل إخلال بأحد شروط التكوين وهي شروط تقدر حسب القانون المعمول به في تاريخ إبرام ذلك العقد أو تكوين تلك المؤسسة، كما أن الإبطال يمثل استثناء والاستثناء يؤول حصرياً ولا يعود إلى الوراء، كما أنه أيضاً لا يمكن إبطال عقود أو مؤسسات قانونية نشأت صحيحة ولم تنشأ مختلة الأركان كلاً أو بعضاً لذلك يمكن الحديث عن التصفية وليس عن الإبطال إذا أراد المشرع إلغاء وضعيات قديمة تثبتت صحيحة، على غرار تصفية الأحداث وتصفية الشركات التي تبين إفلاسها.

لكن المشرع التونسي، رغم اقتناعه بأن الزيجات العرفية التي أبرمت على هذا النحو قبل 57/8/1 صحيحة ومرتبعة لكافة آثارها بين الطرفين وإزاء الغير، إلا أنه أراد أن ينظمها ولو بصورة لاحقة ليسهل في نفس الوقت على المعين بها إثبات وجودها، ومن خلال هذا التنظيم يكون المشرع قد أكمل تنظيم الحالة المدنية لكافة المواطنين المتزوجين ليجعل من وضعيتهم وضعية مستقرة بحيث يسهل التعرف عن كان متزوجا وعن كان مطلقا أو من كان متوفى عنه قرينه وكذلك عن كان أبطل زواجه.

لتحقيق هذه الغاية سن المشرع التونسي قانون 58/7/4 وهو قانون استثنائي مكن من خلاله المتزوجين على طريقة العرف الجاري قبل دخول قانون 57/8/1 أو من بقي حيا منهما أو الأبناء عند الاقتضاء من التوجه إلى شيخ التراب العائدين له بالنظر ترابيا مع اصطحاب شاهدين من أهل الثقة يتوليان لدى هذا المأمور العمومي بالتصريح بوجود هذا الزواج والشاهدان يدعمان هذا التصريح ويشهدان به وعلى ضوء ذلك يسلم شيخ التراب المعنيين بالأمر شهادة في وقوع هذا التصريح لديه. وهذه الشهادة يسلمها المعني بالأمر إلى ضابط الحنة المدنية الراجعين له بالنظر ترابيا الذي يتولى بموجبها ترسيم هذا الزواج بالدفاتر التي يمسك ثم يسلم الطرفين كتابا رسميا.

غير أن هذا القانون هو استثنائي وهو ما جعل منه قانونا محدودا في الزمن، فالمشرع حصر مجال العمل بيه في أجل كان في البداية لا يتجاوز سنتين ثم لما تبين لديه أن هذا الأجل قصير بحيث لم يكن كافيا لتمكين كافة المتزوجين على طريقة العرف الجاري من تسوية وضعيتهم، عمل إلى التمديد في أجل تطبيقه ففتح أجلا ثانيا بسنتين ثانييتين أي إلى موفى جوان 62، ومع حلول هذا الأجل أغلق الباب أمام إمكانية العمل بهذا القانون.

-مدى حجية وسيلة هذا القانون ؟

ب-مدى حجية الوسيلة اللاحقة لإبرام الزواج :

أول ما ينبغي الإشارة إليه أن الكتب الرسمي الذي يسلمه ضابط الحالة المدنية بعد ترسيمه هذا الزواج في دفاتره على ضوء شهادة شيخ التراب، هو كتب رسمي بلا شك باعتبار أنه صدر عن مأمور عمومي، وهو نفس المأمور العمومي الذي يحرر رسم الصداق الذي جاء به قانون 57/8/1 بالنسبة للزيجات المبرمة بعد 57/8/1، لكن رغم كل ذلك تبدو حجية هذا الكتب الرسمي أقل بكثير من حجية الكتب الرسمي الذي جاء به قانون 57/8/1 وذلك لأن ضباط الحالة المدنية لم يعاين حضور الطرفين أمامه ولم يستمع إلى رضاهما بالزواج عند تكوينه ولم يصرح بنفسه على قيام الزواج حتى يضمن حقيقة وقوع هذا الزواج، بل أنه علم مؤخرا بأن المعنيين بالأمر متزوجين منذ مدة سابقة، وعلمه بذلك جاء بناء على شهادة من شيخ التراب الذي عل هو بدوره بوقوع هذا الزواج بصورة متأخرة. بناء على شهادة من الغير أي تصريح الزوجين وشهادة الشاهدين. والشهادة جعلها المشرع وسيلة في الإثبات منقوصة لأن الشاهد قد لا يكون صادقا وقد لا يكون لذلك فهي تختلف عن الكتب الرسمي في قوة الثبوت، وهو

ما أكد عليه الأستاذ محمد الشرفي في مقال *les conditions de forme de mariage en droit tunisien*

جميع هذه الأسباب تجعل أن الكتب الرسمي الذي يحرره ضابط الحالة المدنية طبقا لقانون 58/7/4 مختلفا عن الكتب الرسمي الملزم لإبرام الزواج لعله شبيه من حيث قوة الثبوت ببطاقة والددة الطفل التي تحمل تنصيحا على زواج والديه ووجه الشبه بينهما هو أن كلا منهما يبنى على الشهادات والتصاريح.

لكن رغما عن كل ذلك فإن المشرع اعتبر بصورة استثنائية أن الكتب الرسمي الذي يحرره ضابط الحالة المدنية بصورة لاحقة لإبرام الزواج طبقا لقانون 58/7/4 بالنسبة للزيجات التي أبرمت قبل دخول قانون 57/8/1 هو كتب رسمي يتمتع بنفس القوة الثبوتية في إثبات الزواج التي يتم عبها الكتب الرسمي الملزم لإبرام الزواج

الذي جاء به قانون 57/8/1 بالنسبة للزيجات المبرمة بعد قانون 57/8/1 لأن غاية المشرع من وراء ذلك كانت تكمن في حث المتزوجين قبل 57/8/1 على طريقة العرف الجاري على العمل بطريقة قانون 58/7/4 ليسهل عليهم عملية إثبات زيجاتهم ولكي يتمكن أيضا من تنظيم الحالة المدنية للمواطنين المتزوجين، لكن المشرع كان شاعرا بخطورة هذه الطريقة باعتبار عمليات التحيل التي قد تحصل من خلال تصاريح كاذبة وشهادات زائفة بوجود زيجات وهمية، من أجل ذلك حدد مجال تطبيق هذه الطريقة في الزمن بأجل أول ثم بأجل ثاني، ثم مع حلول الأجل الثاني أغلق الباب نهائيا ولم يعد ممكنا العمل بطريقة قانون 58/7/4.

وهو ما يطرح السؤال : مصير الزيجات العرفية المبرمة على طريقة العرف الجاري قبل 57/8/1 وبقيت على هذه الحال بحيث لم يقع تدوينها في كتب رسمي طبق قانون 58/7/4 وكان أجل هذا القانون قد انتهى ؟

هل من الممكن إثبات هذه الزيجات؟ إن نعم كيف سيتم إثباتها ؟

أجاب فقه القضاء مدعوما بالنفع بإمكانية إثبات هذا الصنف من الزواج، أما عن الوسيلة فإنه في غياب الوسيلة التشريعية فإنه من الممكن الاستناد بوسيلة قضائية.

الفقرة الثانية : إثبات الزواج قضائيا :

من الممكن استعمال الوسيلة التشريعية في إثبات الزواج وهي الكتب الرسمية أو لحجة العادلة الذين جاء بهما قانون 57/8/1 وذلك بإثبات الزواج الصحيح شكلا والنسب بعد دخول قانون 57/8/1 حيز التنفيذ.

أما بالنسبة للزواج المبرم قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ، فمن الممكن إثباته بالحجة العادلة السالزمة لإبرام الزواج إن كانت هذه الحجة قد وجدت.

أما إذا أبرم هذا الزواج على طريقة العرف الجاري فإنه من الممكن أيضا إثباته بالوسيلة التشريعية وهي الكتب الرسمية المتحصل عليه بصورة لاحقة لإبرام الزواج والذي جاء به قانون 58/7/4.

لتسهيل هذا النوع من الزواج بصفة استثنائية وذلك إن وقع إعداد هذا الكتب الرسمي قبل فوات الأجلين الذين حددهما هذا القانون لكن يبقى السؤال مطروحا بالنسبة لمن فاتته الأجل الثاني لهذا القانون. ولم يسع إلى إعداد الوسيلة التشريعية اللاحقة لإبرام الزواج.

كما يبقى السؤال مطروحا بالنسبة للزواج المبرم بعد دخول قانون 57/8/1 على خلاف النصيغ القانونية فهل من الممكن إثبات هذين الزواجين ؟ وإن كان الجواب بنعم فكيف يتم ذلك ؟

للإجابة عن هذا السؤال استنبط فقه القضاء وكذلك الفقه إمكانية إثبات الزواج بالوسيلة القضائية :

هناك وضعيتان من الممكن اللجوء في شأن كل منهما إلى الإثبات القضائي :
* الصورة 1 : تخص الزواج العرفي المبرم قبل دخول قانون 57/8/1 حيز التنفيذ والذي لم يتم النص بوجوده على طريقة قانون 58/7/4 وفي الأجل التي حددها هذا القانون.

* الصورة 2 : صورة الزواج المبرم بعد دخول قانون 57/8/1 حيز التنفيذ لكن أبرم على خلاف النصيغ القانوني التي جاء بها هذا القانون بمعنى أنه لم يقع إبرامه على يدي ضابط الحالة المدنية أو عدلي إلهاد.

I-صورة الزواج العرفي المبرم قبل 57/8/1:

بعد انقضاء الأجل الثاني الذي ضبطه قانون 58/7/4 طرح السؤال عن مآل الزواج العرفي الذي أبرم قبل 57/8/1 ولم يتم السعي إلى الحصول على الكتب الرسمي الذي مكن قانون 58/7/4 من الحصول عليه في آجال محددة. فكيف سيكون التعامل مع هذا النوع من الزواج ؟

هذا السؤال جاءت إجابتان مختلفتان كل واحدة تمثل تياراً معيناً :

- التيار 1 : يعتبر الزواج لم يعد من الممكن وجوده لأن قانون 58/7/4 الذي

جاء بحل خاص للزواج انتهى مفعوله بعد فوات الأجل الثاني. وهو الموقف الذي تبنته المحكمة الابتدائية بالمهدية في قرار عدد 605 في 13 مارس 1961، أحداث القضية تشير إلى وجود زواج أبرم قبل دخول قانون 1 أوت 57 حيز التنفيذ وقد أبرم على طريقة العرف الجاري أي أنه يفترض إلى الحجة العادلة. ولما تعلق الأمر بإثبات هذا الزواج، حاول القائم بالقضية إقناع المحكمة بوجود هذا الزواج بواسطة الشهادة التي أدلى بها بعض الأشخاص الذين حضروا إبرام هذا الزواج. لكن محكمة المهدية رفضت الدعوى معتبرة أن هذا النوع من الزواج لا يمكن إثباته إلا بالطريقة التي جاء بها قانون 58/7/4 وهذا الحكم لم يبقى وحيدا لأن محكمة التعقيب أصدرت قرار سنة 1975 بمناسبة قضية أخرى أكدت من خلاله هذا الحل، أي أن من فاته الأجل الثاني الذي حدده قانون 58/7/4 يكون قد فقد إمكانية ثبوت زواجه، وأن الموقف الذي تبنته محكمة المهدية لم يثر نقاشاً وانتقاداً تقبله الأطراف كما شراح القانون باعتبار صدور الحكم في 13 مارس 1961 أي في تاريخ مازال فيه قانون 58/7/4 ساري المفعول لأن أجله عامين لم ينتهي بعد، كما لو كانت محكمة المهدية أرادت أن تحت القام بالدعوى على الإسراع بتسوية وضعيته قبل انتهاء أجل القانون أي السعي إلى ترسيم زواجه بدفاتر الحالة المدنية بعد الحصول على شهادة من شيخ التراب الراجع له بالنظر، ثم يتسلم كتب رسمي من مأمور عمومي يقر بقطعية هذا الزواج. ويمكن للمحكمة حينئذ أن تعتمد.

لكن ما يثير الانتقاد هو موقف محكمة التعقيب في قرار سنة 1975 في قضية لم يعد ممكنا تطبيق أحكام قانون 58/7/4 عليها. نظرا لفوات الأجل الثاني. وهذا القرار انتقد بشيء من الشدة من طرف شراح القانون الذين يمثلون التيار الثاني. انتقد هذا القرار لأنه صدر بعد فوات الأجل الثاني، وثانيا لأنه صادر على محكمة التعقيب أعلى سلطة في الهرم القضائي.

-التيار 2 : يعتبر العكس. ويرى أن ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في قرار

1975 وان ما ذهب اليه التيار الأول هو توجه خاطئ (مخالف للقانون) وخطير من حيث نتائجه :

*خاطي : لأن قانون 58/7/4 لم ينص صراحة على انه من فاته أجل جوان 1962 ولم يسعى للحصول على كتب رسمي لاحق يثبت به زواجه طبق هذا القانون لم ينص على أنه فقد كل إمكانياته في إثبات زواجه، فالمتمامل في فحوى هذا القانون يتبين أن أحكامه ليست أمرة من جهة ولا علاقة لها بالنظام العام.

*ليست أمرة : لن هذه الأحكام لا تستخدم صبغة الأمر والإلزام بل تنوحي أسلوب الإمكان فنص القانون ورد في السياق التالي "يمكن لمن تزوج على طريقة التعرف الجاري" فالأمر اختياري بالنسبة للأطراف.

*أحكام لا تهم النظام العام : رغم تعلق قانون 58/7/4 بتنظيم الحالة المدنية لفئة المواطنين الذين تزوجوا قبل دخول قانون 57/8/1 على طريقة التعرف الجاري، مع العلم أن تنظيم الحالة المدنية هو من اهتمامات النظام العام والاجتماعي.

ورغم ذلك فقانون 58/7/4 لا يمكن تصنيفه على أنه يهتم النظام العام والسبب في ذلك راجع للصبغة الاستثنائية لهذا القانون، لأنه على خلاف القوانين العادية التي لها مفعول في المستقبل فإن هذا القانون ليس له مفعول في المستقبل تماما لأنه لا يتعلق بالزيجات التي تبرم بعد دخوله حيز التنفيذ. لكن مجال تنفيذ هذا القانون هو الماضي فأحكامه تنسحب على الزيجات التي أبرمت قبل مجيئه فهو قانون رجعي في الزمن والقوانين الرجعية لا يمكن مبدئيا أن تكون أمرة أو على ارتباط بالنظام العام.

كل ما يمكن أن نستنتجه من قانون 58/7/4 أنه جاء ليعطي فرصة لمن تزوجوا عرفيا قبل ق 57/8/1 للحصول وبصورة سهلة على وسيلة رسمية في إثبات زيجاتهم، وربما الدليل على أنه جاء ليمنح الفرصة لإثبات هذا النوع من الزواج، يكمن في تحديد المشرع للمجال الزمني لإثبات هذا القانون وذلك لإجتناّب الدخول في الفوضى، وذلك من خلال اختلاق زيجات وهمية بناء على شهادات زائفة ومما يزيد

في تأكيد هذه النتيجة أن قانون 58/7/4 لا يحتوي على جزاء البطلان أي لا ينص صراحة ولا حتى ضمناً على أن من فاته الأجل ولم يبرئ وضعيته يصبح زواجه باطلاً، فحبيته الرجعية في الزمن تمنعه من أن يكون مبطلًا للزيجات التي لم تستجب لما جاء به هذا القانون.

*موقف خطير : لا جدال في أن الزواج المبرم عرفياً قبل دخول قانون 57/8/1 حيز التنفيذ والمراد إثباته لا جدال فيه أنه صحيح لأنه أبرم طبق القانون الذي كان معمولاً به زمن إنشائه.

كما أنه لا جدال أيضاً في أن هذا الزواج لا يخضع لأحكام قانون 57/8/1 لأن هذه الأحكام ليست رجعية في الزمن وعلى هذا الأساس لا كان قانون 57/8/1 الأمر والمتعلق بالنظام العام لا ينطبق على هذا النوع من الزواج -نظام العام لا ينطبق على هذا النوع من الزواج وإذا كان قانون 58/7/4 لا يحتوي على جزاء البطلان لأنه قانون رجعي في الزمن بل جاء ليسهل في الإثبات فقط، هذا من جهة أخرى، وكل ذلك يعني أن الزواج المبرم قبل 57/8/1 والذي بقي عريساً رغم فوات أجل قانون 58/7/4 فإن هذا الزواج قد نشأ صحيحاً وبقي صحيحاً ومن ثمة فهو مرتب لجميع آثاره بين الطرفين وإزاء الغير وخاصة الأبناء. ومن هذا نستطرق فإن السؤال الممكن طرحه هو كيف من الممكن ترتيب جميع آثار هذا الزواج لو جارينا ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في قرار 1975 وقلنا أنه ليس من الممكن إثباته ؟

فموقف محكمة التعقيب خطير لأنه يؤدي إلى مازق قانوني وهو أن الزواج موجود وهو صحيح ولكن لا قدرة على ترتيب آثاره لأنه لا قدرة على إثبات وجوده. هذا الموقف يزداد خطورة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن الزواج العرفي المبرم بعد 57/8/1 هو زواج أصبح باطلاً بطلاناً مطلقاً ويستهدف إلى عقوبة جزائية ومع ذلك جعله المشرع يرتب جملة من الآثار أي أنه مكن من إثبات وجوده للمتمكين من ترتيب تلك الآثار.

وهنا يصبح الخل قائما وهو أن الزواج العرفي المبرم قبل 57/8/1 لا قدرة على إثباته رغم أنه صحيح ويرتب جميع آثاره وفي المقابل الزواج العرفي المبرم بعد 57/8/1 الذي أصبح باطلا سنتمكن من إثباته لن المشرع رتب عنه جملة من الآثار رغم بطلانه.

هذا التناقض يجعل محكمة التعقيب مستهدفا للانتقاد بلهجة جديدة نظرا لما لاح عليه من وهن وضعف من الناحية القانونية ومن خطورة من الناحية العملية. وتبعاً لذلك لم يكن هذا الموقف قائرا على الصمود لا واقعا ولا قانونا.

الحل من الممكن استنتاجه من ق 58/7/4 لا يمكن أن يكون متمثلا في أن من فاته الأجل الثاني (30-6-1962) ولم يسعى إلى الحصول على الكتب الرسمي اللاحق للزواج حسب إجراءات هذا القانون فإنه لا يمكن أن يكون متمثلا في أنه فقد كل إمكانية في إثبات زواجه. وإنما فقط التسهيلات التي جاء بها القانون في سبيل الحصول على هذا الكتاب اللاحق وهو ما يعني أنه يمكن لهذا الشخص أن يثبت زواجه بغير الطريقة التي جاء بها قانون 58/7/4. فما هي هذه الطريقة ؟

إذا انطلقا من أن قانون 57/8/1 ليس نه مفعول رجعي في الزمن وأن الزواج العرفي المبرم قبل هذا القانون هو زواج صحيح من الناحية الشكلية لأنه جاء طبق القانون المعمول به زمن إبرامه (التشريع الإسلامي) فإن الحل الذي يتجه التفكير فيه مبدئيا هو أن إثبات هذا الزواج يتعين أن يبقى خاضعا في مقتضيات إلى أحكام القانون التي نشأ هذا الزواج في ظله. وبناء على ذلك فإنه بالرجوع إلى أحكام التشريع الإسلامي فإنها تمكن من إثبات الزواج المبرم دون حجة عادلة يثبت بإحدى الوسائل الثلاث الآتية :

-الشهادة.

-الإقرار.

-النكول عن اليمين أي الامتناع عن أداء اليمين أمام القضاء بأنه متزوج.

كما والملاحظ في هذه الوسائل أن البيئة بالشهادة في الوقت الذي يعتبرها المشرع التونسي وسيلة إثبات منقوضة خلافاً للإقرار الحكمي الذي يضعه موضوع وسيلة الإثبات الكاملة، فإن فقهاء التشريع الإسلامي يعتبرون البيئة بالشهادة وسيلة إثبات متعددة تتجاوز شخص الزوجين وتشمل أشخاصاً آخرين، بينما الإقرار وسيلة إثبات غير متعددة تصدر عن شخص المقر وحده ولا تتعدى إلى غيره.

لكن الصعوبة التي من الممكن أن تنبثق لإثبات الزواج العرفي المبرم قبل قانون 57/8/1 وبقي على حاله دون الحصول على كتب رسمي لاحق، وتتمثل الصعوبة في معرفة ما إذا كان إثبات وجود هذا النوع من الزواج بطريقة التشريع الإسلامي يمكن أن يقع أمام جميع الجهات المعنية بإثباته أم أن هناك جهة واحدة مختصة دون سواها في تلقي إثبات هذا الزواج على طريقة التشريع الإسلامي ؟

كما إذا انطلقنا من الطبيعة القانونية التي أصبح عليها الزواج في القانون التونسي والتي أصبحت يغلب عليها طابع مؤسسة من جهة، وإذا انطلقنا من جهة أخرى من أن هذه المؤسسة التي هي من صنع المشرع، لا يمكن إخضاعها مبدئياً إلى وسائل الإثبات العامة المنسقة برأيات الوفاق والتصرفات القانونية، بل يجب إخضاعها عند الإثبات إلى وسائل خاصة حدها المشرع بنفسه ونص عليها صراحة فلا يمكن على ضوء ذلك أن يحتج الأطراف بوسائل أخرى.

وبذلك فإن إثبات الزواج العرفي المبرم قبل قانون 57/8/1 على طريقة التشريعي الإسلامي لا يمكن أن يقع بطريقة هذا التشريع إلا تحت رقابة المحكمة والمحكمة المختصة لأن هذا الزواج نشأ في ظل التشريع الإسلامي بطريقة العقود لأنه عند في التشريع الإسلامي إلا أن صبغة المؤسسة التي أصبح عليها اليوم تجعل إثباته يكون بالوسائل التي نص عليها المشرع وطالما أن الزواج فاقده للوسيلة التشريعية الحديثة فإن رقابة المحكمة على إثباته بطريقة القانون الذي نشأ في ظله أي التشريع الإسلامي هي التي ستخضع عليه هذه القوة الثبوتية المعادلة للقوة الثبوتية التي تتمتع

بها الوسائل التشريعية التي أقرها المشرع التونسي الحديث (ما يعادل الحجة الرسمية هو الحكم القضائي البات) وتبعاً لذلك فإذا كانت الحجة الرسمية (كتب رسمي أو حجة عادلة) يعدها مأمور عمومي (عدل إشهاد أو ضابط الحالة المدنية) الخاضعين للسلطة التنفيذية، فإن الوسيلة القضائية لا يمكن إلا أن تعادلها من حيث القوة الثبوتية لأنها صادرة عن ممثلين عن سلطة أخرى في البلاد وهي السلطة القضائية.

ولا يخفى ما تمثله الأحكام الصادرة عن القضاء من ضمانات لحقوق الأطراف وكذلك لحقوق الغير وهو الحل الذي تبنته المحاكم وأصبح يمثل فقه قضاء مستقر،
سكن السؤال : أمام أي محكمة يتعين إثبات الزواج بطريقة التشريع الإسلامي (زواج عرفي) ؟ هل أن هناك مع خاصة بهذه المسائل ؟

الجواب هو النفي لأن المشرع لم يهيئ محكمة تختص بالنظر في إثبات الزواج العرفي المبرم قبل 57/8/1. فهل هي محكمة الناحية ؟
إذا انطلقنا من أن إثبات الزواج مسألة تتعلق بمادة الأحوال الشخصية من جهة، وإذا انطلقنا من جهة أخرى أن اختصاص قاضي الناحية في مادة الأحوال الشخصية هو اختصاص استثنائي أي انحصار في صور محددة ضبطها المشرع حصرياً بحيث لا يجوز الزيادة فيها وهي :

- 1- إصدار الأحكام المتعلقة بإسناد التبني.
 - 2- الأحكام المتعلقة بإبطال الزواج بثاني أو ثالثة.
 - 3- إبطال الزواج المبرم على غير الصيغ القانونية.
 - 4- البت في قضايا النفقة المقدمة بصورة مستقلة عن قضايا الطلاق.
- من هذين المنطقتين نتبين من مختلف هذه الصور أنه لا يوجد ذكر للاختصاص محكمة الناحية في البت في إثبات الزواج العرفي المبرم قبل 57/8/1 مما يجعل قاضي الناحية غير مختص في مسألة إثبات الزواج المشار إليه.
- فهل أن المحكمة الابتدائية مختصة بالنظر ؟

إن الجواب يكون "بنعم" والسبب في ذلك هو أن المحكمة الابتدائية تتمتع باختصاص شامل إذ أنها تنظر في جميع أنواع القضايا وأصناف الدعاوى ما عدى ما خرج عنها بنص خاص وصريح وطالما لا يوجد نص خاص وصريح يسند الاختصاص في مادة إثبات الزواج العرفي المبرم قبل 57/8/1 إلى محكمة معينة المحكمة الابتدائية هي التي تكون بالضرورة مختصة بالنظر في ثبوت هذا النصف من الزواج، وهو اختصاص مطلق وأمر ويهم النظام العام بحيث لا يجوز للأطراف الاتفاق على تغييره. ولا أن يستبدلوا المحكمة الابتدائية بمحكمة أخرى لأن الأمر يتعلق باختصاص حكمي، والاختصاص الحكمي أمر ويهم النظام العام وهو ما أكدته محكمة التعقيب في قرار 65/2/23 لما صرحت بأن قاضي الناحية الذي طلب منه البت في النفقة غير مختص في مسألة ثبوت الزواج والدفع بعدم اختصاص القاضي الناحية في ثبوت الزواج هو دفع يتعلق بالنظام العام. بدليل أن الناحية العمومية هي التي تدرته أمام محكمة التعقيب، وهي التي تمسكت به عند في حكم قاضي الناحية. وبعد ما يدعو إلى التساؤل حول ماذا سيفعل قاضي الناحية عند ما تدعى أمامه قضية من اختصاصه، ولكن البت فيها يتوقف على البت في مسألة أخرى ليست من اختصاصه ؟

على هذا السؤال أجابت محكمة التعقيب في نفس قرار 65/2/23 على قاضي الناحية في هذه الصورة أن يوقف النظر في النفقة أي في المسألة التي تدعى ضمن اختصاصه في انتظار أن تبت المحكمة المختصة بالنظر في ثبوت الزواج أي المحكمة الابتدائية وهي المسألة التي ليست من اختصاص قاضي الناحية. ولكن البت في قضية النفقة يتوقف على البت في ثبوت الزواج.

مبدئياً قاضي الناحية مطالب بإصدار حكم تحضيري في إيقاف النظر في البت في مسألة النفقة فيعلق ملف هذه القضية (النفقة) بصفة مؤقتة في انتظار أن ترفع المدعية قضية أخرى في ثبوت زواجها ممن تدعي أنه زوجها أمام المحكمة الابتدائية

وتستصدر حكماً منها في ثبوت الزواج بعد أن يصبح باتاً حجة على ثبوت هذا الزواج، وأمام المحكمة الابتدائية يمكن لهذه المرأة أن تثبت زواجها العرفي المبرم قبل دخول قانون 57/8/1 حيز التنفيذ بجميع وسائل الإثبات المعتمدة في التشريع الإسلامي وخاصة البينة بالشهادة، ثم على ضوء هذا الحكم القاضي بثبوت الزواج (إن ثبت) يستأنف قاضي الناحية النظر في قضية النفقة هناك طريقة أخرى جرى عليها العمل في بعض محاكم النواحي، وهو أن قاضي الناحية عوض أن يصدر حكماً تحضيرياً يقضي فيه بإيقاف النظر في دعوى النفقة فإنه يقوم بالنظر في الدعوى ويقضي بعدم سماع الدعوى الآن أي عدم سماع الدعوى على ضوء ما تقدم إليه من حجج غير قاطعة في إثبات الزواج، والذي في عدم حكمه الآن هو أن يمنع هذا الحكم من أن يتصل به القضاء ومن أن يصبح باتاً وذلك حتى لا تحرم المرأة إمكانية الحصول على نفقتها.

القاضي الناحية وبصفة عامة كل جهة غير مختصة يتلقى ثبوت الزواج لا يمكن لها أن تعتبر الزواج ثابتاً لديها إلا متى ثبت ذلك لديها بصفة قاطعة أي إلا متى وقع الإدلاء بالوسيلة التشريعية لأنه لا يجوز القدرح فيه بدعوى الزور أو بالوسيلة القضائية أي بالحكم الصادر عن المحكمة المختصة أي الحكم البات الصادر عن المحكمة الابتدائية لأنه يمثل حجة قاطعة لا توجب الطعن بأي وجه من الأوجه.

وعلى هذا الأساس تتعادل الوسيلتان في قوة الثبوت والحجية، هذا ما لم نقل أن الوسيلة القضائية أقوى من الوسيلة التشريعية.

نتيجة لذلك، إذا كانت المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى المقامة لديها هي نفسها المختصة بالنظر في المسألة التي توقف عليها البت في الدعوى المقامة لديها فإنها في هذه الصورة لا توقف النظر في الدعوى التي من اختصاصها ولا تقضي بعدم سماعها الآن بل تنتظر في المسألتين معا في نفس القضية وتبت فيهما معا في نفس الحكم لأنهما من اختصاصها ويمكن أن نستدل على ذلك بمثال الشخص الذي

يقوم بقضية في إثبات نسبه نحو أبيه المزعوم مؤسسا دعواه على وسيلة الفراش متمسكا بأن المدعى عليه زوج والدته، فقيام هذا الشخص في إثبات نسبه وقع أمام المحكمة المختصة هي المحكمة الابتدائية باعتبارها مختصة بالنظر في قضايا أش وأن القضاء في ثبوت النسب لم يخرج عنها بنص خاص لفائدة محكمة أخرى، لكن ثبوت النسب في هذه الصورة بقي موقوفا على البت في ثبوت الزواج الذي ادعى الطالب وجوده بين والدته والمدعى عليه. وفي هذه الصورة إذا كان هذا الزواج المدعى بوجوده هو زواج عرفي مبرم قبل 1 أوت 57 وبقي عرفيا بحيث لم تقع تسويته طبق ق. 4 جويلية 58، في هذه الصورة يحق للمدعي إثبات هذا الزواج أمام المحكمة الابتدائية في نفس قضية إثبات النسب بالوسائل التي كان معمولاً بها في التشريع الإسلامي الذي كان مطبقا زمن إبرام هذا الزواج ومن بينها الشهادة. وعلى ضوء ذلك ثبت المحكمة الابتدائية في ثبوت هذا الزواج أولا ثم على ضوء ذلك ثبت في مسألة ثبوت النسب وذلك في نفس القضية والحكم لأن المسألتين من اختصاصها. السؤال المطروح بالنسبة للزواج العرفي المبرم بعد 1 أوت 57 أي المخالف للتصريح القانوني العامة.

II- صور الزواج المبرم بعد 57/8/1 على خلاف التصريح القانوني :

إذا كان الزواج العرفي أي الذي لم يقع إبرامه أمام مأمور عمومي هو زواج صحيح إذا كان قد تم قبل 57/8/1 بحيث يرتب كافة آثاره، إلا أنه منذ 57/8/1 أصبح هذا النوع من الزواج زواجا باطلا بطلانا مطلقا لأنه لم يقع على يدي مأمور عمومي، ولأنه فاقد للكتب الرسمي أو الحجة العادلة الملائمين لإبرامه. وهو بطلان مطلق مشفوع بعقوبة جزائية تحمل دلالة قاطعة على إرادة المشرع في انقطع مع ظاهرة الزواج العرفي التي كانت متفشية في كامل أنحاء البلاد وخاصة في المناطق الريفية. والملاحظ أنه منذ 57/8/1 أصبح الزواج العرفي يعرف بالزواج المخالف للتصريح القانوني، ولكن الزواج العرفي بعد 57/8/1 لا يمكن اعتباره الصورة الوحيدة

للزواج المبرم على خلاف الصيغ القانونية، فهناك إلى جانبه صورة الزواج الذي يبرم على يدي مأمور عمومي ولكن دون حضور شاهدين، فهذا الزواج مخالف للصيغ القانونية، ولكنه ليس زواجا عرفيا لأن الزواج العرفي يستوجب وجود شاهدين، كما هناك صورة أخرى وهي صورة الزواج المبرم بواسطة مأمور عمومي مع حضور شاهدين لكن دون تسمية مهر للزوجة، فهو زواج مخالف للصيغ القانونية لكنه ليس زواجا عرفيا.

وهناك صورة الزواج المبرم دون حضور شاهدين ودون تسمية مهر للزوجة رغم انه مبرم على يدي مأمور عمومي، فهو مخالف للصيغ القانونية لكن ليس زواجا عرفيا.

وهناك أخيرا صورة الزواج المبرم دون حضور شاهدين ودون تسمية مهر للزوجة وعلى غير يدي مأمور عمومي هذا الزواج ليس عرفي لكنه مخالف للصيغ القانونية.

هناك صورة قريبة وهي الزواج المبرم على يدي مأمور عمومي مع شاهدين وتسمية مهر، لكن الكتب الرسمي أو الحدة العادلة المعدة منقوصة من إحدى التتصيصات أو البيانات التي نص عليها الفصل 32 م قانون 1957/8/1.

هذه الصور جعلها المشرع التونسي منذ 57/8/1 باطلة بطلانا مطلقا لكنه في نفس الوقت رتب عنها بصورة استثنائية جملة من الآثار الهامة والخطيرة حددها على سبيل الحصر الفصل 36 مكرر ق 57/8/1 وهي ثلاث آثار :

1-ثبوت النسب.

2-وجوب العدة.

3-حرمة المصاهرة.

ولعل السبب في ترتيب هذه الآثار رغم بطلان الزواج بطلانا مطلقا يكمن في أنها آثار حصلت وانجرت عن وضعية سابقة ولم يعد ممكنا الرجوع فيها [الرجوع

بالطرفين إلى الوضعية التي كانا عليها قبل إبرام الزواج، هذا بالإضافة إلى أنها آثار تتجاوز حدود الطرفين لأنها تشمل الغير وهي ما يؤكد أن الزواج مؤسسة وليس عقدا لأن العقد الباطل يعيد الطرفين إلى الوضعية التي كانا عليها قبل إبرامه.

واعتبارا إلى أن الزواج الباطل لإبرامه على خلاف الصيغ القانونية يرتب هذه الآثار، فقد وجب إثبات وجوده، الأمر الذي يدعو إلى التساؤل عن كيفية إثبات هذا النوع من الزواج.

وفي إطار الإجابة يتعين التذكير بأن هذا الزواج المبرم بعد 57/8/1 كما ينبغي الإشارة إلى أنه منذ 57/8/1 فإن الفصل 4 م.أ ش يكون قد دخل بدوره حيز التنفيذ وهو ما يعني مبدئيا أن كل زوج يبرم بعد 57/8/1 هو زواج داخل مبدئيا فيما يعني بوسائل إثباته، لكن الملاحظ في أحكام هذا الفصل 4 هو أنها وردت تتجس صراحة على أنه لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية بضبطها قانون خاص، ويتضح من خلال قراءة هذا النص أن المشرع توخى فيه أسلوب النفي المتمسح باستثناء، وهو دليل واضح على أن الوسيلة التي أتى بها هذا الفصل هي التوفيق في إثبات الزواج ولو توقفت عند هذا النص، فإن النتيجة التي سوف تؤول إليها هي مبدئيا المأزق لن من بين حالات الزواج المبرم على خلاف الصيغ القانونية، الصور التي يقتدر فيها هذا الزواج من الكتب الرسمي أو الحجة العادلة مثل صورة الزواج العرفي المبرم بعد 57/8/1.

فإذا وقفنا عند ضرورة العمل بوسيلة الفصل 4 م.أ ش باعتبار أنها الوسيلة الوحيدة المعتمدة لإثبات الزيجات المبرمة بعد 57/8/1، فإن النتيجة الحتمية التي سنؤول إليها هي العجز عن إثبات هذا الزواج. لكن هذه النتيجة لا يمكن أن نتصور أن المشرع قد فكر فيها لأنه لو كان قد فكر حقيقة فيها لما كان رتب عن هذا الزواج جملة الآثار التي ارضدها حصرا الفصل 36 مكرر قانون 57/8/1 والسبب في ذلك بسبب وهو أن العجز عن إثبات وجود هذا الزواج يعني آليا العجز عن ترتيب الآثار المنجزة عنها.

لذلك يصبح من الضروري البحث عن حل قانوني يمكن من تجاوز عقبة الفصل 4 م أ ش والتخلص من هذه الوسيلة الوحيدة، وإمكانية الخلاص من هذه العقبة واردة وتتمش أساسا في أن الفصل 4 م أ ش لا يقبل التطبيق إلا على الزيجات الصحيحة شكلا أي التي وقع إبرامها طبق النص القانوني أي الزيجات التي استجابت للشروط الشكلية كافة التي نص عليها ف 36 و 57/8/1 بما فيها إبرامه على يدي مأمور عمومي وتحرير كتيب رسمي أو حجة عادلة في الغرض.

أما الزيجات التي لا تحترم مقتضيات ف 31 ق 57/8/1 فإنه لا يمكن إدراجها تحت طائفة الف 4 م أ ش لأن المبدأ العام المعمول به قانونا يقتضي أن المشرع لا يعني مبدئيا إلا بالأشياء الصحيحة أم الباطلة فلا يعتني بها ولا ينظمها لأنها في نظره من قبيل الأشياء المعلومّة، ولكن لهذا المبدأ استثناء، فقد يعتني المشرع استثنائيا في حالات بالأشياء الباطلة أو البعض منها، ولكن في هذه الصورة فإنه عليه أن ينص على ذلك صراحة مقلما فعل عندما أراد أن يرتب عن هذه الزيجات الباطنة جملة الآثار التي نص عليها في الفصل 36 مكرر ق 57/8/1 وهي آثار حصرية ثلاث منها مدنية وهي ثبوت النسب ووجوب العدة وترتيب حرمة المصاهرة، وواحدة جزائية هي السجن والخطية للزوجين المخالفين.

أما وسيلة الإثبات فلم ترد ضمن هذه الآثار وهو ما يعني أنها ارتقت إلى مقام شرط الصحة.

واعتبارا إلى أن الاستثناءات تؤول وجوبا بصورة حصرية أي لا يعمل بها إلا متى وقع التخصيص عليها بصورة واضحة وصريحة من جهة، واعتبارا من جهة أخرى، إلى أن المشرع لم ينص صراحة لا في الف 4 م أ ش ولا في غيره على أن أحكام هذا الفصل تطبق على الزوجين الصحيح والباطل شكلا، بل تحدث فقط عن الزواج دون تخصيص، فإن المقصود من ذلك عملا بالمبدأ هو الزواج الصحيح شكلا وحده دون سواه وذلك على الرغم من أن عبارة الزواج الواردة في ف 4 قد وردت مطلقة وكان من

المتجه مبدئيا اجراؤها على إطلاقها، لكن الإطلاق يجري في الحقيقة في نطاق ما هو صحيح فقط وليس في نطاق ما هو باطل إلا إذا نص المشرع صراحة على خلاف ذلك أي على أنها تجري في الصحيح وفي الباطل وهو ما لم يفعله في ف 4 ومن هذا المنطلق، فإذا تجاوزنا عقبة ف 4 فإن إثبات هذا النوع من الزواج أصبح ممكنا.

السؤال : كيف يقع إثباته ؟

جوابا عن هذا السؤال يمكن التأكيد منذ البداية على أنه يمكن إثبات هذا النوع من الزواج بشئى وسائل الإثبات وليس هذا دليلا على أن هذا الزواج المخالف للصيغ القانونية قد فقد صيغته كمؤسسة وأصبح واقعة قانونية التي تثبت بكافة وسائل الإثبات، بل لأن هذا الزواج هو زواج باطل والباطل عقدا كان أم مؤسسة لا يفقد صيغته تلك، بل يفقد فقط مكانته التي كان يتميز بها عن الوقائع القانونية لينزل مباشرة إلى مرتبة الواقعة القانونية فيثبت مثلها بكافة وسائل الإثبات وإذا أصبح يتعامل معه في مادة الإثبات مثلما يتعامل مع الوقائع القانونية فإنه سوف يتعامل معه أيضا في مادة اختصاص المحاكم مثلما يتعامل مع الوقائع القانونية.

وتبعاً لذلك فإنه إذا كانت الواقعة القانونية لا تخضع مبدئياً إلى محكمة مختصة بالنظر معينة فإن الزواج باطل لإبرامه بخلاف الصيغ القانونية لن يكون خاضعاً لاختصاص محكمة معينة مبدئياً، شأنه في ذلك شأن الواقعة القانونية لأنه بات في مرتبة لذلك عملياً يمكن لهذا النوع من الزواج أن يقع إثباته وأن يتلقى إثباته قاضي الناحية بمذاهبية قضية يتعهد فيها بالنظر في جريمة التزوج على خلاف الصيغ القانونية جزائياً ودعوى التصريح بإبطال هذا الزواج مدنيا إذا لم تكن الدعوى الجزائية قد انقضت، ولما الحكم يصبح باتا يمكن الاحتجاج به أمام المحكمة الابتدائية في قضية إثبات النسب لأن البات النسب يبقى من اختصاص المحكمة الابتدائية لأنه أثر صحيح رغم أنه تولد عن زواج باطل. أما إذا انقضت الدعوى الجزائية فإن المحكمة الابتدائية يحق لها أن تتلقى وسائل إثبات هذا الزواج بحيث لا توقف النظر في دعوى

ثبتت النسب المقامة على أساسه إلا إذا لم تكن الدعوى الجزائية قد انقضت. وهكذا يمكن للزواج العرفي المبرم بعد 57/8/1 أن يثبت بحكم من قاضي الناحية يستدل به أمام المحكمة الابتدائية في قضية النسب بينما الزواج العرفي المبرم قبل 57/8/1 لا يثبت إلا بحكم من المحكمة الابتدائية يستدل به لدى قاضي الناحية في قضية النفقة.

العنوان الثاني : التفاعل مع الرابطة الزوجية :

التفاعل مع الرابطة الزوجية يكون إما ايجابيا وأما سلبيا فيقرر الخروج منها أو

البقاء.

الفصل الأول : العيش في الحياة الزوجية :

القبول بالعيش في الحياة الزوجية يعني القبول بالخضوع إلى كافة الآثار المنجزة عنها والتي رتبها المشرع، ولكن هذه الآثار يتبين من خلال النصوص القانونية أن البعض منها مرتبط بصورة استثنائية جعلها مرتبطة بمؤسسة خاصة بالزواج هي مؤسسة الدخول، بينما بقية الآثار الأخرى جعلها المشرع تنجر بصورة مبدئية منذ تاريخ إبرام الزواج.

- لكن قبل ضبط مختلف الآثار المنجزة عن تاريخ إبرام الزواج يجب ضبط الآثار المنجزة عن الدخول، فهي حصرية وقبل ضبط هذه الآثار يجب التعرف على مؤسسة الدخول حتى نتبين منطلقه وإلى أين سينتهي.

القسم الأول : الدخول :

الدخول يطرح سؤالين :

1- ما معنى الدخول في مادة الزواج ؟

2- ما هي طبيعته ؟

المادة الأولى : مفهوم الدخول :

يميز شراح القانون عامة في مادة الزواج بين مرحلتين متتاليتين في الزمن : المرحلة الأولى قانونية بحتة وهي التي تشهد تاريخ إبرام الزواج وهو اللحظة

لنتي بصرح فيها بالمأمور العمومي أن الطرفين أصبحا زوجين أمام القانوني وبين
مرحلة ثانية.

المرحلة الثانية مادية بحتة لا تقبل الإنابة خلافا للمرحلة القانونية وهي التي
تتعلق بها الحياة الزوجية بشكل عملي.

محتوى هذه المرحلة تشريعيًا وقضائيًا ؟

أ- التشريع :

أول ما يمكن ملاحظته في الدخول هو أن المشرع لازم الصمت وأحجم عن
تعريف الدخول وذلك على الرغم مما يربط عنه جملة الآثار الهامة والخطيرة، لكنه
تحدث في المقابل عن المعاشرة خاصة في الزواج الباطل على معنى قانون 57/8/1
وكن دون أن يبين محتواها أيضًا، فهل توجد علاقة بين الدخول والمعاشرة ؟ كما
ينبغي أن نلاحظ أن المشرع يستخدم إلى جانب مصطلح دخول مصطلح آخر مرادفًا
له يفيد نفس المعنى هو مصطلح النساء.

أما عن التشريع الإسلامي المصدر الذي لهذا المصطلح يمكن أن نلاحظ أن
انقضاء أعطوا للدخول مفاهيم متنوعة وذلك حسب الآثار المنجزة عن الدخول، فبذلك
دخول خاص بالمهر، هناك دخول خاص بالنفقة، وهناك دخول خاص بالنسب، وهناك
دخول خاص بالحضانة، وهو ما يعني أن التشريع الإسلامي يفتقر إلى نظرية متكاملة
في مادة الدخول. أما الشراح فيعتبرون على أن الدخول هو مرحلة تأتي لاحقة لإبرام
الزواج تفصل بين المرحلتين مدة من الزمن فقد تطول وقد تقصر وقد يأتي الدخول
مباشرة وأتيا بعد إبرام العقد.

لكن السؤال الذي يبقى قائمًا : لماذا أحجم المشرع عن تعريف الدخول ؟ لماذا
امتنع عن بيان محتواه ؟ هل لأنه من الصعب ضبط محتوى للدخول يكون صلتها
لجميع الآثار المنجزة عنه بحيث أن الدخول مفهوم يتغير محتواه من صورة إلى أخرى
ومن أثر إلى آخر أم هل أن مفهوم الدخول يتطور من بيئة إلى أخرى ومن وقت إلى

آخر حسب العرف والعادة بحيث يصعب حصره أيضا ؟ أم هل أن المشرع يتأثر أن مؤسسة الدخول منقولة عن التشريع الإسلامي وأن مفهومها ينبغي البحث عنه في هذا المصدر ؟ أم أن مشرعنا أراد أن يترك هذه المهمة على عاتق فقه القضاء ؟
مختلف هذه الافتراضات واردة تؤكد مبدئيا أن الدخول هو مفهوم من بين المفاهيم القانونية ذات المحتوى المتغير. وهو ما سوف يتأكد من خلال فقه القضاء.

ب- فقه القضاء :

سكوت المشرع عن تعريف الدخول أفرز فقه قضاء غزير ومتنوع، والملاحظ في هذا التنوع القضائي لمفهوم الدخول أن هناك محطات ثلاث توقف عندها فقه القضاء عامة ومحكمة التعقيب خصوصا وتعلقت جميعها بتحديد محتوى الدخول .

-المحطة 1 : يمكن تسميتها بالدخول المادي.

-المحطة 2 : الدخول الفعلي (حسب محكمة التعقيب).

-المحطة 3 : الدخول الحتمي (حسب محكمة التعقيب).

1-الدخول المادي :

مفهوم الدخول المادي أسس له قرار محكمة التعقيب المبدئي والمدني في 2 أفريل 68 عدد 5350 الأحداث تواعد على الزواج وارتبط بعلاقات جنسية على هذا الأساس أدت إلى وضع مولودة وقع ترسيمها بدفاتر الحالة المدنية منسوبة لأبيها المزعوم. على اثر هذه الولادة سارع الأبوان في إتمام مراسم تحرير سم الصداق بينهما، لكن بعد مرور مدة، تراءى للزوج إنشاء الطلاق على زوجته فتحصل على حكم في ذلك الغرض لكنه لم يتوقف عند هذا الحد بل قام بقضية في رفع شبهة النسب التي أحدثها ترسيم تلك البنت بدفاتر الحالة المدنية منسوبة إليه. هذه القضية مرت أمام قضاة الأصل الذين قبلوا الدعوى وقضوا بقطع علاقة المولودة بالطالب فطعن في القرار الاستئنافي وأمام محكمة التعقيب التي اعتبرت أن النسب ثابت ليس لأنها مرسمة بدفاتر الحالة المدنية بل لأنها مولودة من علاقة شرعية والترسيم هو نتيجة

لهذه العلاقة الشرعية. يعني أن محكمة التعقيب ركزت ثبوت النسب على العلاقة الشرعية التي ربطت بين أبوي هذه البنت والعلاقة الشرعية قد أوجدت لها إطار قانوني ومادي، الإطار القانوني لما اعتبرت الوعد والمواعدة بالزواج الذين تأسست عليهما العلاقة الجنسية بين الطرفين هما من قبيل الزواج الباطل لأنه في نظرها زواج تام الشروط لا ينقصه إلا الكتب الرسمي فهو باطل لأنه لم يبرم بواسطة مأثور عمومي والزواج الباطل مثبت للنسب.

لم يكن مسبقا بخطبة بل بزواج باطل شكلا ونسب البنت لم يثبت بالزواج الرسمي لأنه أبرم بعد ولادتها بل ثبت بالزواج الباطل الذي سبق ولادة البنت والزواج الرسمي.

أما الإطار المادي الذي ركزت عليه محكمة التعقيب قرارها فهو الدخول وهو ما يعني أيضا أنه في نظر محكمة التعقيب لابد من إثبات الدخول لكي يثبت النسب أي أن النسب ليس أثرا من آثار الزواج بشكل عام بل أثر من آثار الدخول الحاصل في الزواج.

وعن مفهومه اعتبرت محكمة التعقيب أن الدخول بين الطرفين في هذه القضية قد وقع وذلك بعد أن تأكد لدى قضاة الأصل من خلال وفائع القضية أن الطرفين اعترفا مع بوقوع الخلوة بينهما وهذا الاعتراف استنتجت منه محكمة التعقيب بصورة آلية أن الوفاء بين الطرفين قد حصل وذلك بصورة قطعية أي لا يمكن دحضها أي تعتبر محكمة التعقيب أن اعتراف الطرفين بالخلوة بينهما قرينة قاطعة على ارتباط بعلاقات جنسية. نكتين من خلال هذا الموقف أن الدخول في نظر محكمة التعقيب قرينة تحمل في طياتها دليلا ماديا على وقوع العلاقة الجنسية بين الطرفين لكن محكمة التعقيب بدت وكأنها حلت مشكلة في نفس الوقت الذي أثارته فيه مشكلة أخرى. لقد أعطت محتوى للدخول لكنه مبني على الخلوة، وهو مفهوم جديد يحتاج إلى تعريف وتحدي لسنواته. لكن على الرغم من أن محكمة التعقيب لم تعطي محتوى للخلوة ولم

تحدد لها مفهوما ولم تتحدث عما يتعين ان يتوفر في هذه الخلوة من شروط حتى تصبح قرينة قاطعة على العلاقات الجنسية بين الطرفين إلا أن إشارة محكمة التعقيب الصريحة إلى التشريع الاسلامي في هذا القرار توجب جدبا بأن محكمة التعقيب قد تكون أرادت أن تبنى الشروط التي جاء بها التشريع الاسلامي وأوجب تحقيقها في خلوة حتى تكون مؤدية حتميا إلى حصول العلاقة الجنسية.

اولا : أن يختل الطرفين في مكان آمن بحيث لا ينفذ اليه أحد وهما فيه دون إذن منيما.

الثاني : ان لا يوجد مانع حسي يمنع الطرفين من الارتباط بعلاقة جنسية بينهما (مثلا لما يكون أحدهما غير بالغ).

الثالث : أن لا يوجد بينهما مانع قانوني أو شرعي يحول دون الارتباط جنسيا بينهما كأن تكون الزوجة في حالة حيض أو نفاس.

نتيجة لهذا الموقف للمحكمة التعقيب، يمكن القول أن الدخول في نظرها هو في النهاية العلاقة الجنسية التي تقع بين الطرفين وهو ما جعلنا نسميه بالدخول المادي. وقد أكدت عليه سابقا في قرار عدد 4576 في 66/7/12 وفي هذا القرار اعتبرت محكمة التعقيب أن الدخول بين الطرفين حاصل بعد أن تأكد من خلال الأحداث التي نظر فيها قضاة الأصل أن الطرفين قد ارتبطا بعلاقات جنسية بينهما. مع العلم أن موضوع القضية في قرار 66 تعلق بالنفقة وليس بالنسب.

2- الدخول الفعلي :

هو تسمية جاءت على لسان محكمة التعقيب هذا المفهوم برز لأول مرة مع قرار أصدرته محكمة التعقيب سنة 1973 لكنها سنة 88 أصدرت قرارا آخر جاء يحمل في طياته إضافة لما جاء في قرار 73 وهي تدعو للتعجب في 20 فيفري 73 أصدرت محكمة التعقيب قرارا مدنيا مبدئيا تحت عدد 9294 بمناسبة قضية أحداثها هي قيام امرأة متزوجة لدى قاضي الناحية بالمهدية تطلب زوجها بأن ينفق عليها

مدعية انه اطردها من محل الزوجية دون سبب مشروع. ردا على هذه الدعوى أكد الزوج أن زوجته لا تستحق منه نفقة وذلك على أساس أنه رغم زفافها إليه إلا أنها لم تبقى طويلا ببيت الزوجية بل غادرته بمجرد مجيئها إليه وبارادتها مضيفا بأنها بقيت عذراء لأنها كانت على امتداد المدة القصيرة معرضة عنه وهو ما يعني في نظره أن الدخول بينهما لم يحصل لذلك فإنها لا تستحق منه النفقة باعتبار أن الفصل 38 م أ ش رتب نفقة الزوجة على تحقيق شرط وهو إتمام الدخول بينها وبين زوجها.

لكن محكمة التعقيب في هذا القرار اعتبرت أنه على الرغم من تصديق الطرفين على عدم حصول العلاقة الجنسية بينهما مما قد يكون جعل أن الزوجة تبقى عذراء (لا أن ذلك لا يكفي لنقول بأن الدخول لم يقع بين الطرفين، فإن الدخول قد وقع فعلا وهو ما أكدته محكمة التعقيب نتيجة تنبئ باستقرائها مبدأ قانونيا وذلك بقولها انه مسا لا جدل فيه أن الدخول بالزوجة شرعا وقانونا هو زفافها لزوجها واختلافه بها ولا لزوم له بقتلها أو البكارة، إذ مجرد الخلوة وإنزال الستائر عليها يتكون منه الدخول شرعا وقانونا، سبب الفصل 38 م أ ش.

ينبذ من خلال هذا القرار أن محكمة التعقيب لم تعد تعطي أهمية للعلاقة الجنسية في علاقة الزواج لأنه رغم حديث محكمة التعقيب عن عدم افتضاض البكارة الذي لا دخل له في هذه الصبورة ولا تأثير له لأن العذارة ليست في نظر المشرع ركنا من أركان الزواج حتى يمكن أن نقول بأن الدخول لا ينحقق إلا بفتضاض البكارة كما أن المشرع لم يرتب عن إزالة البكارة استحقاق الزوجة نفقتها بل رتب هذا الاستحقاق بتمام الدخول، كما أنه لا يمكن أيضا أن يتشكل الدخول في افتضاض البكارة لأن الزوجه قد لا تكون أصلا عذراء كأن تكون مطلقا أو أرسلت أو أبطل زواجها أي قبل زواجها الحالي.

لكن رغم عدم حديثها عن عدم افتضاض البكارة كانت تقصد أنه لا لزوم لتحقيق العلاقة الجنسية لتحقيق الدخول، فيكفي أن تزف إليه فيختلي بها يمكن أن نقول

مبدئياً أن هذه الظروف أوجبت محكمة التعقيب تحقيقاً، تهيئاً لإتمام العلاقة الجنسية بين الطرفين وهو ما يجعل من هذا الاختلاف قادراً على أن يكون قرينة على وقوع العلاقة الجنسية بين الطرفين ولكنه على خلاف الخلوة في قرار 68 قرينة بسيطة وليست قاطعة والدليل أنه وقع دحضها في هذا القرار بدليل أنهما أقرا معا بعدم وقوع العلاقة الجنسية بينهما. لذلك سمي الدخول دخول فعلي وليس مادي.

الاستنتاج الثاني هو هل أن هذا الدخول خاص باستحقاق الزوجة لنفقتها أم من الممكن أيضاً أن يكون كافياً لإثبات النسب ؟

2-قرار 1988 (الدخول الفعلي) :

لقد أشرنا إلى أن محكمة التعقيب عرجت في قرار 2 افريل 68 المتعلق بالدخول المادي إلى ما جاء في التشريع الاسلامي من ضرورة تحقيق الإشهار أي العن في مادة الدخول وذلك بقولها بأن في الإشهار سد لذريعة الزنا مستشيدة في ذلك بما جاء في تحفة ابن عام بقله وفي الدخول الختم للأشهاد...وهو المكمل في الاعتقاد.

وتعرضت محكمة التعقيب في قرار 68 إلى هذا البيت الشعري إلا أنها لم تركز عليه كثيراً أي لم تركز كثيراً على عنصرى الاثبات والاشهار في مادة الدخول بقدر ما ركزت في هذا القرار على الكيفية أي الشكل الذي يتحقق على نحو اتمام الخلوة بين الطرفين.

لكنها في قرارها المدني في 88/12/13 بعدد 21420 وتراءى لها أن تضيف إلى ما صرحت به في قرار 20 فيفري 73 ضرورة أن تزف الزوجة إلى زوجها أي أن تنتقل إلى بيته في كنف الاشهار والعناية وبالرجوع إلى الأحداث التي جرت في القضية نجدها تشير إلى أن شاباً عقد قرانه على فتاة، لكن هذا الزواج لم يعمر طويلاً لأن الزوج سرعان ما انشأ الطلاق على زوجته طالباً من المحكمة أن تقضي به بينه وبينها لأول مرة قبل البناء، لكن الزوجة عارضت في مسألة البناء واعتبرت أن البناء

قد وقع بينها وبين زوجها مشيرة في ذلك إلى أن هذا الدخول ولنن لم يكن قد وقع على الطريقة المعتادة إلا أن معاشرتها لزوجها بمجل والديه الذي انقل تاليه بالسكنى وارتباطها معه هناك بعلاقات جنسية كافيان وهدهما لجعل الدخول حاصلا بينهما.

قضاة الأصل اقتصروا بموقف الزوجة وقضوا بالطلاق إنشاء لأول مرة بعد البناء محملين الزوج المطلق واجب الإنفاق على مطلقته أثناء العدة، قضاة الاستئناف أيدوا هذا الموقف، لكن الزوج تعقب القرار الاستئنافي مؤكدا على أنه لم يكن قد ارتبط بعلاقات جنسية بزوجته وهو دفع تسمك به أمام قضاة الأصل ودليله هو أنه بقيت عذراء وهو أيضا ما أثبتته أمام قضاة الأصل لما قدم لهم شهادة طبية على أن زوجته مازالت عذراء.

أما انتقالها للإقامة بالسكنى بمجل أبيه فهو صحيح لكنه راجع في نظره لحالة الخصام التي كانت عليها الزوجة مع أهلها.

محكمة التعقيب اجابت إجابة مدنية بضرورة التمييز المبدئي إذ تقول "إن الزفاف (لم ترد على لسان المشرح) لا يكون إلا إذا اختفى الزوج وروسته خطوة صحيحة. أي خلق الباب وأرخص الستائر وأظهر ذلك أول ما برز من أمامه من هذا الجزء من الحيثية أن محكمة التعقيب قامت باستبدال مصطلح الدخول بالزفاف وهو ما اعتبره بن حليمه انزلاق لغويا يمكن أن يدل في حد ذاته على أن محكمة التعقيب لم تفر اهتماما كبيرا لمسألة وقوع الارتباط الجنسي من عدمه بين الطرفين بقدر ما أرادت أن تركز اهتمامها على ضرورة إتمام الخطوة الصحيحة. والتي ينبغي في نظرهما أن ترف لعروس إلى بيت عريسها أي أن تنتقل إلى مقر إقامة بشكل يؤدي إلى اختلاعه بها وإرخائه الستائر عليها وإغلاقه المنافذ المؤدية إليها. إلى هذا الحد يبدو موقف محكمة التعقيب في هذا القرار يبدو نقلا حرفيا لموقفها في قرار 20 فيفري 73. لكنها لم تتوقف حقيقة عند هذا الحد لكنها خطت خطوة أخرى نحو الأمام أكدت فيها أن الخطوة الصحيحة لا يمكن أن تكون صحيحة فعلا ولا يمكن أن تكون مؤدية إلى وقوع الدخول

الفعلي إلا متى وقعت في كنف الإشهار والعلنية، وربما نتبين أن تخيير محكمة التعقيب استعمال لفظ زفاف بدل مصطلح الدخول لأنه يؤدي في نظرهما أكثر من مصطلح الدخول معنى الإشهار والعلنية. لأن المعروف عن الزفاف أن فيه رمزا لليلة العرس التي تنتقل خلالها العروس من بيت والديها إلى بيت الزوج وذلك في إطار مراسم شهرية ثابتة ووسط أجواء احتفالية واضحة.

لكن الملاحظ في موقف محكمة التعقيب هو أنها تشترط الإشهار في إتمام الدخول، لكن دون أن تحدد صيغة معينة يمكن اعتمادها كمعيار نقول بأن الإشهار قد وقع فعلا.

في الحقيقة كان من الصعب على محكمة التعقيب أن تحدد صيغة معينة من صيغ الإشهار لأنها صيغ متنوعة ومتغيرة حسب العرف والعادة وحسب التقاليد المعمول بها في منطقة وأخرى وبيئة وأخرى لذلك خيرت محكمة التعقيب أن تشير في ذلك إلى العرف والعادة بقولها بما جرت به العادة ودرج عليه عرف كل جماعة. ومحكمة التعقيب تعتبر في هذا القرار أن إضافة شرط الإشهار في إتمام الدخول أمر هام جدا بل وضروري والسبب في ذلك هو أنه يهدف إلى تحقيق غاية مقصودة تبنيها محكمة التعقيب بقولها "حتى يعلم به الخاص والعام والقريب والبعيد ويخرج بذلك عن نكاح المنهى عنه".

وإذا كانت محكمة التعقيب قد انتهت إلى تقرير هذه النتيجة من خلال اشتراطها الإشهار في مادة الدخول فلعل السبب في ذلك راجع إلى إرادتها في أن ينسجم موقفها مع ما استقرت عليه المحكمة التشريعية الإسلامية في هذا الإطار من ضرورة الإشهار لغاية التمييز بين الحلال والحرام تمشيا في ذلك مع ما جاء في الحديث النبوي الشريف "بين الحلال والحرام ضرب الدف".

وربما أمكن أن نستنتج من موقف محكمة التعقيب الذي تبنته في هذا القرار أن العلاقات الجنسية التي قد يرتبط بها الزوجان فيما بينهما تبقى في حد ذاتها غير قادرة

لوجودها على تحقيق الدخول بينهما ما لم تكن هذه العلاقات قد وقعت بينهما على إثر زفاف الزوجة لزوجها أي على إثر انتقالها إلى بيت زوجها واختلاء الزوج بها وإرخائه الستائر عليها في كنف الإشهار والعُنية طبق ما درج عليه العرف وجرت به العادة.

وهو استنتاج لا يمكن اعتباره اعتباطي بل هو صحيح لأن محكمة التعقيب نفسها صرحت به وأكدت عليه في هذا القرار بقولها "وحيث أن محكمة التعقيب لها علاقة جنسية بين الطرفين على فرض كونه لا يكفي لاعتبار الدخول قد تم وإعطاء الزوجة حكم الزوجة المدخول بها إذ أن ذلك لا يعتبر بناء بالمعنى القانوني ويعتد به". وهو ما جعل "بن حليمة" يستنتج من هذا القرار أن الزوجة على فرض أنها أثبتت أنها مفتضة البكارة وادعت أن المتسبب في ذلك هو زوجها بحكم مساكنتها له بمحل أهليه، وحتى على فرض أنه اعترف بذلك، فإن ذلك ما كان يكفي لاعتبار أن "الدخول قد تم فعلاً".

فيما حاول استنتاج أن الحل الذي اتمدت إليه محكمة التعقيب يبدو منسجماً ما ذهبت إليه محكمة التعقيب يبدو منسجماً مع ما ذهبت إليه أحكام التشريع الإسلامي المالكي التي تستوجب تحقيق الإشهار في مرحلة الدخول وتعتبره السعيار الوحيد المحدد لحقيقة الاتفاق الحاصل بين الطرفين قبل وقوعه أي أن الإشهار الحاصل في الدخول يؤكد بأن الاتفاق الحاصل بين الطرفين قبله هو اتفاق بالزواج وليس الوعد والمواعدة بالزواج. فالإشهار مقترن بالضرورة بالشرعية. فالناس لا يشهرون إلا ما كان شرعياً. أما ما هو غير شرعي فإن الناس عادة ما يتستررون عليه لأنه من قبيل المعصية.

3-المرحلة الثالثة : الدخول الحكمي :

يوم 77/7/15 أصدرت محكمة التعقيب قراراً مدنياً آخر هو أيضاً من فئة القرارات المبدئية بعدد 1229 في هذا الصدد إثر قضية أثارها وقائعها إلى قيام اب في حق ابنته القاصر والمتزوجة بقضية لدى محكمة الناحية بالكاف يطالب من خلالها

المحكمة بأن تلزم صهره بأن ينفق على زوجته وهو الذي أصغر على عدم إتمام البناء بها رغم أنها دعتة إلى إتمام البناء بصورة رسمية وذلك لما أرسلت إليه عدل تنفيذ يدعو به إلى إتمام الدخول بزوجه لكن الزوج امتنع لذلك يطلب من المحكمة إلزامه بالإنفاق بناء على الفصل 38 م أ ش هذه الدعوى قبلها قاضي الناحية واعتبرها وجيبة قانونيا ونقضى بإلزام الزوج على أن ينفق على زوجته بموجب حكم ابتدائي ونهائي الدرجة في نفس الوقت. لكن الزوج تعقب هذا الحكم مدعيا أنه جاء مخالفاً للفصل 38 م أ ش الذي لا يوجب على الزوج بأن ينفق على زوجته إلا متى ثبت أن الدخول بينه وبينها قد وقع ولكن الدخول في هذه القضية لم يقع بالطريقة التي اقتضتها محكمة التعقيب في قرار 73/2/20 أي أن الدخول الفعلي لم يقع، لكن محكمة التعقيب رفضت هذا المطعن واعتبرت أن ليس ضروريا تحقيق الدخول الفعلي لكي نصبح الزوجة مستحقة نفقتها من زوجها بل يكفي حصول الدخول الحكمي لكي يمسير الزوجة محقة في مطالبة زوجها بالإنفاق عليها. والدخول الحكمي كيفما حددته محكمة التعقيب يحصل بمجرد أن تدعو الزوجة زوجها رسميا إلى إتمام الدخول بها فيمنع الزوج عن الاستجابة لمطالبها.

هذا الدخول الحكمي جاء في الحيثية المبدئية التالية "وحيث أن عبارة الدخول الواردة بالفصل 38 م أ ش لا تعني فقط الدخول الفعلي، بل تشمل أيضا الدخول الحكمي، وهي الحالة التي يمتنع فيها الزوج عن الدخول بعد دعوته إليه". ولكن محكمة التعقيب لم تكفي بوضع هذا المبدأ، بل قامت بتعليقه فبحثت له عن أسس قانونية لتدعيمه واستهلت هذا التدعيم بالإشارة إلى أنه لا يوجد نص تشريعي يوجب لإتمام الدخول أن تنتقل الزوجة إلى بيت زوجها وأن يختلي الزوج بها ويرخي الستائر عليها ويغلق المنافذ المؤدية إليها. وأضافت أن المشرع لم يحدد صنفا معينا من أصناف الدخول لاستحقاق الزوجة نفقتها من زوجها بل إن الفصل 38 اشترط تحقيق الدخول دون تحديد صنف معين من أصنافه، واستنتجت الدخول دون تحديد صنف

معين من أصنافه، واستنتجت محكمة التعقيب من ذلك أن عبارة الدخول كيفما جاءت بالفصل 38 وردت مطلقة لذلك وجب إجراؤها على إطلاقها، وهو ما يعني أنه يمكن التعويل على الدخول بجميع صورته وأصنافه أي الدخول الفعلي وكذلك الدخول الحكمي والدخول الحكمي يتكون حسب محكمة التعقيب من عنصرين متلازمين :

-العنصر 1 هو استدعاء الزوجة رسمياً زوجها لإتمام الدخول بها.

-العنصر 2 صور رفض الزوج وامتناعه عن الاستجابة لهذه الدعوة.

هذان العنصران اعتبرتهما محكمة التعقيب كفيلين بجعل الدخول بين الطرفين يعتبر كما لو كان قد وقع فعلاً.

أما السبب في ذلك فيمكن في أن الزوجة تكون قد احتسبت من أجل زوجها أي أنها وضعت نفسها رسمياً على ذمته أي عبرت رسمياً عن استعدادها غير المشروط لتقيام بجميع الواجبات التي يفرضها الزواج عليها.

هذا الحل جاءت به محكمة التعقيب من أحكام التشريع الإسلامي وتحديداً المذهب المالكي الذي يعمل بنظرية الاحتساب في مادة نفقة الزوجة. ومحكمة التعقيب لم تضيف عن قارئها المصدر الذي استمدت منه هذا الحل، بل صرحت بذلك بصورة واضحة بقولها "وحيث أن هذا التأويل للنص يتماشى وأحكام الفقه المالكي التي كانت مصدراً له".

لكن الملفت للانتباه هو أن محكمة التعقيب لم تتوقف عند حد الاستناد على المذهب المالكي بل حاولت الإقناع أن هذا الحل ليس غريباً عن أحكام القانون التونسي عامة، لقد وجدت لهذا الحل سنداً في قاعدة الفصل 547 م 1 أ ع وجاء فيه "من سعى في نقض ما تم من جهته فسيح عليه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بشكل صريح".

تضيف محكمة التعقيب إلى ذلك مفسرة بقولها أن الدخول الحكمي يتسجم مع المبادئ القانونية الوضعية التي لا تسمح للمدين بالتفصي مما هو مفروض عليه بفعله الخاص".

كما اعتبرت أيضا محكمة التعقيب أن نظرية الدخول الحكمي تنسجم أيضا مع قواعد المسؤولية المدنية التي تحمل المدين الذي وقع إنذاره بكافة النتائج الناجمة عن تقاعسه عن الوفاء بالتزاماته وعن امتناعه عن تنفيذ ما كان قد تعهد بتنفيذه.

الملاحظ في الدخول الحكمي حسب ما استندت محكمة التعقيب أنه ينسجم أيضا مع الحل الذي أقره المشرع المغربي وذلك من خلال المادة 197 من مدونة الأسرة التي جاء فيها "تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد الدخول بها، وكذلك إذاعته للدخول بعد أن يكون قد عقد عليها عقدا صحيحا".

كما ينسجم مع الحل الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال الفصل 74 قانون الأسرة وجاء فيه "تستحق الزوجة نفقتها بالدخول لها أو بدعوتها إليه بينه".

الحل الذي اهتدت إليه محكمة التعقيب يبدو سليما ومؤسسا على قواعد صحيحة. لكنه بالتبني فيه مليا يتضح أنه حل ضعيف وقابل للانتقاد.

صحيح ما تقول محكمة التعقيب من أن الفصل 38 م أ ش تحدث عن الدخول بصورة مطلقة ولم يفرق بين صنف من الدخول وآخر، واعتبار إلى ذلك وجب إجراء عبارة الدخول على إطلاقها تشمل جميع أنواع الدخول بما فيها الدخول الحكمي. صحيح أيضا أن الحل الذي جاءت به محكمة التعقيب ينسجم مع التشريع الإسلامي المالكي خاصة المؤسس على نظرية الاحتباس خصوصا وأن أحكام هذا التشريع تجيز جبر الزوج بالتنفيذ في مثل هذه الصورة مثلما تجيز بجبر الزوجة على التنفيذ لما تكون ناشزا فتعيدها عنوة إلى محل الزوجية.

صحيح أيضا أن الدخول الحكمي ينسجم مع مقتضيات الفصل 547 م أ ع وكذلك مع أحكام المسؤولية التعاقدية التي تجعل المدين بعد أن يقع إنذاره غير محق في الاستناد إلى فعله الشخصي الذي قد يقوم به على غير وجه قانون للتفصي من تنفيذ الالتزامات التي كان قد تعهد بتنفيذها أي أنه لا يمكن للزوج أن يمتنع من الإنفاق على زوجته بدعوى أن الدخول بها لم يقع والحال أن الزوج هو المتسبب في عدم إتمام هذا

الدخول دون سبب مشروع.

لكن موقف محكمة التعقيب بقدر ما يبدو وجيها في ظاهره يبدو أيضا غير وجيه وضعيفا لأسباب أخرى لا تقل أهمية عن الأسباب السابقة :

-السبب 1 : محكمة التعقيب بدت وكأنها وضعت الزوج في موضع المدين الذي يمانع في خلاص دينه الذي تعلق بذمته، والذي يرفض تنفيذ التزام كان قد تعهد بتنفيذه وهو ما يعني أن محكمة التعقيب اعتبرت الزواج عقدا علما بأن بقية المحاكم السفلى بقيت متأثرة بالنظرية العقدية للزواج المستمدة من التشريع الإسلامي والحال أن الزواج في القانون التونسي أصبح مؤسسة ينظمها المشرع بقواعد يغلب عليها الطابع الأمر والمرتبطة بالنظام العام. فالنفقة المستحقة للزوجة لم يلتزم الزوج بها وتنفيذها بموجب اتفاق أبرمه مع زوجته في شأنها، بل أوجبها المشرع بمقتضى نص أمر بهم النظام العام، فمصدر نفقة الزوجة ليس العقد بل القانون، لذلك لم يكن بآلية العقد.

السبب 2 : ينبثق عن النظرية العقدية. أي سيجاري محكمة التعقيب. لنفرض جدلا أن الزواج كما نقول عقد كسائر العقود المدنية. ولنفرض أن الزوج الذي يرفض إتمام الدخول هو بمثابة المدين الذي يرفض تسديد دين الذي كان قد تعهد بتسديده. فهل أن من الممكن اعتبار مجرد إنذار الزوج بوجوب إتمام الدخول بالزوجة ورفضه إتمام ذلك يعتبر كما لو كان الدخول قد وقع فعلا ؟ الجواب بالنفي لأن الحل الذي انتهت إليه محكمة التعقيب قد يوافق قاعدة الفصل 547 م.ع. وقد يوافق مبدئيا أحكام المسؤولية التعاقدية، ولكنه لا يوافق أحكام نص آخر من هذه المسؤولية التعاقدية وهو الفصل 275 م.ع. لأن هذا النص يمنع مطلقا من اللجوء إلى التنفيذ الجبري إذا كان الالتزام المطلوب تنفيذه من فئة الالتزامات المرتبطة مباشرة بذات المتعاقد أي لا يقبل العقد التنفيذ عنوة على الذات إذا كانت ذات المتعاقد هي محل تنفيذ الالتزام. فالتجبر بالتنفيذ يصبح غير ممكن وينقلب النية إلى إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن الامتناع.

وهو ما يعني في صورة الزواج أنه على فرض اعتبار الزواج عقدا فإنه ما كان يحق لمحكمة التعقيب أن ترتب النفقة بناء على الدخول الحكمي لأن الدخول الحكمي هو تنفيذ جبري على الذات، قد لا يكون تنفيذا ماديا لكنه تنفيذ حكمي، والفصل 275 يمنع التنفيذ الجبري على الذات بشكل عام أي مادي كان أو حكمي.

والحل أنه في هذه الصورة كان يحق للزوجة أن تطالب بالفسخ مع التعويض أي في مادة الزواج المطالبة بالطلاق للضرر لا المطالبة بالنفقة.

خصوصا وأن محكمة الاستئناف بتونس وفقه القضاء عامة يعتبر أن عقد الزواج بمناه المكارمة، وذات الشخص مقصودة فيه بالذات، ومتى فقدت هذه الشروط المطلوبة يتعين فسخه لا التنفيذ على الذات. قرار عدد 17793 في 57/7/20.

لكن محكمة التعقيب لما جارت قاضي الناحية فيما ذهب إليه واعتبار أن الزوج الذي امتنع عن الدخول رغم أن زوجته قد دعتة إلى ذلك رسميا بمثابة الدخول أي كما لو كان الدخول قد وقع فعلا، فمحكمة التعقيب تكون هنا قد نفذت الدخول على الزوج تنفيذا جبريا وهو تنفيذ جبري حكمي لأنه ليس تنفيذا جبريا ماديا. وإنما بحكم الإنفاق على زوجته رغم معارضة الزوج في إتمام الدخول، وهو تنفيذ للدخول جبري غير مقبول قانونا لأن الدخول في لغة العقد سيصبح التزاما شخصيا بحتا ودليل أنه لا يجوز إعطاء وكالة لتنفيذه، بل إن تنفيذ الدخول موكل للقرينين شخصا بخلاف إبرام الزواج الذي تقبل فيه الوكالة لأنه من قبيل العمل القانوني البحت، لكن الفصل 275 م 1 ع يمنع التنفيذ الجبري في الالتزامات الشخصية البحتة منعاً عاماً دون تمييز بين تنفيذ مادي وآخر حكمي، لذلك وجب إجراء هذا المنع على إطلاقه (ف 533 م 1 ع). وقد يقول البعض إن النفقة في لغة العقد التزام مالي يقبل التنفيذ الجبري هذا صحيح لكن تنفيذ هذا الالتزام المالي موقوف على تنفيذ الالتزام آخر شخصي بحت هو الدخول.

رغم هذا الضعف في الدخول الحكمي فإن ما استتبطته محكمة التعقيب في قرار

77 أصبح بمثابة المبدأ الذي اتبعته بقية المحاكم السفلى وهو ما قضت به محكمة الناحية بمدينة مارت في قضية تعلقت بنفقة الزوجة التي مانع زوجها في إتمام الدخول بها رغم دعوة الزوجة رسميا لإتمام هذا الدخول.

لكن محكمة الناحية قضت بإلزامه بالإنفاق حسب نظرية الدخول الحكمي ومشيرة في حكمها صراحة إلى قرار محكمة التعقيب المؤسس لهذه النظرية أي قرار 77 (قرار عدد 301 في 1982/2/3).

ولأن هذا الحكم استند إلى نظرية الاحتباس الواردة في المذهب المالكي وهي النظرية التي يعمل بها فقه القضاء في البلدان العربية الإسلامية فقد وقع نشر هذا الحكم بالمجلة العربية لفقه القضاء سنة 1985.

الفقرة الثانية : طبيعة الدخول :

الحديث عن الطبيعة القانونية للدخول يوحى بثلاث أسئلة :

- 1- معرفة هل أن الدخول واقعة قانونية أو تصرف.
- 2- هل من الممكن اعتبار الدخول شرطاً من شروط صحة الزواج.
- 3- هل أن الدخول واجب من الواجبات الزوجين أو التزاماً.
- 1- مدى إمكانية اعتبار الدخول واقعة قانونية أن تصرف قانوني :
- تأكيد الطبيعة القانونية للدخول كواقعة أو كتصرف سيكون له تأثير مباشر مبنياً على مسألة اثباته.

- عن طبيعة الدخول يؤكد فقه القضاء والشرح على أنه واقعة قانونية تأتي لأخقة لإبرام الزواج.

I- تأكيد الصبغة الواقعية للدخول :

أول ما يجب الإشارة إليه هو أن المشرع التونسي لازم النصت في شأن تعريف الدخول وتحديد فحواه، ولازم النصت أيضا في ما يتعلق بطبيعته القانوني، بحيث ليس هناك نص يؤكد على أنه مؤسسة قانونية ينظمها التشريع كما لا وجود

لنص يعتبره عقد يبرمه الطرفان.

المشرع يكتفي فقط بترتيب جملة من الآثار الهامة والخطيرة عن إتمام الدخول. ولكن رغم خطورة هذه الآثار. فإنه لا تكمن في حد ذاتها لنقول بأن الدخول يمثل مؤسسة قانونية ينظمها المشرع بدقة وإحكام، والدليل على ذلك هو أن المشرع لم يعتني حتى بتعريف الدخول ولم يصنع للدخول وسائل خاصة به في الإثبات تميزه عن الوقائع والتصرفات القانونية خاصة وأنه عودنا على تخصيص المؤسسات بوسائل إثبات خاصة بها غالبا ما جعلها ترتقي إلى مقام شروط الصحة.

-إذا انطلقنا من التعريف الذي يعطيه شراح القانون للدخول، وإذا انطلقنا أيضا من المفاهيم التي اكتشفتها محكمة التعقيب في الدخول نتيين أن الدخول يمثل مرحلة تأتي لاحقة لإبرام الزواج تفصل بينها وبينه مدة من الزمن قد تطول أو تقصر وهو ما يعني أنه لا يمكن الحديث عن الدخول قبل إبرام الزواج بل بعده، بدليل أن المشرع ميز في الفصل 22 م أ ش بين تاريخ إبرام الزواج من جهة وبين تاريخ الدخول من جهة أخرى.

وذلك لما اقتضى صراحة أنه في الزواج القاسد لا يترتب عن مجرد العقد أي أثر وتترتب عن الدخول جملة من الآثار حددها الفصل 22 على سبيل الحصر. وهذا الاستقلال بين مرحلة إبرام الزواج من جهة ومرحلة اتمام الدخول من جهة أخرى يوحي مبدئيا أن هاتين المرحلتين مستقلتين أيضا من الناحية القانونية لأنه لو كانتا متحدتين من حيث الطبيعة القانونية لما كان هناك مبدئيا وجب لهذا التمييز.

من هذا المنطلق يمكن أن نقول بأنه إذا كانت مرحلة إبرام الزواج التي يتحول بمقتضاها المترشحان له من وضعية خطيبين أو غير متزوجين إلى وضعية متزوجين إذا كانت هذه المرحلة تكتسي صبغة قانونية بحتة باعتبار أنها تقبل التوكيل من جهة، وباعتبار أنها أيضا تتم بتقنيات العقد، وإذا كانت أيضا مرحلة الدخول ستتميز عن مرحلة إبرام الزواج من حيث الطبيعة القانونية ولا تتحد معها فمعنى ذلك أن الدخول

لا يمكن أن يكون تصرفاً قانونياً بل يبدو أقرب إلى الواقعة القانونية نظراً لما استنتجته محكمة التعقيب فيه من محتوى مادي في قرار 68 يتمثل في إتمام العلاقة الجنسية وهو ما يتأكد من خلال عدم جواز التمثيل عند إتمامه.

فالدخول من الناحية القانونية وهو ما أكدت عليه محكمة التعقيب من خلال قرار مبدئي عدد 2300 في 64/3/1، جاء في هذا القرار "مجرد عقد النكاح لا يستلزم وجوباً وقوع البناء بالفصل، وإثبات البناء يقوم على وقائع جديدة لا يقتضيها مجرد العقد نفسه".

من خلال هذه الحثيثة نتبين أن محكمة التعقيب تنفي إمكانية اعتبار تاريخ إبرام الزواج قرينة على وقوع الدخول لأن الدخول في نظرها واقعة تثبت بصورة مستقلة عن تاريخ الزواج.

ما منحته من خلال هذا القرار أن محكمة التعقيب ركزت هذا المبدأ على أحكام التشريع الإسلامي المألوي التي تميز في الإثبات بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ إتمام الدخول. وهذا على خلاف أحكام المذهب الحنفي التي تعتبر تاريخ إبرام عقد الزواج قرينة على إتمام الدخول.

II- تأثير الصبغة الواقعية للدخول على الإثبات :

قد لا تؤثر الصبغة الواقعية على موضوع الإثبات. وقد لا تؤثر أيضاً على عبء الإثبات لأنه مهما كانت طبيعة الدخول فإن عبء الإثبات يبقى قائم على المنقصد بالدخول، مثل الزوجة التي تكون مطالبة بإثبات الدخول عندما تطلب من لخاصي إلزام زوجها بالإنفاق لأن الفصل 38 م أ ش يجعل استحقاق الزوجة لنفقة مؤمناً على إتمام الدخول بينهما.

كذلك بالنسبة للطفل الذي يسعى لإثبات نسبه نحو أبيه المزعوم وبناء على وسيلة الفراش وتحديدًا على الزواج الفاسد على معنى 220 م أ ش. فهذا الطفل مطالب بإثبات إلى جانب الزواج الفاسد القائم بين أبويه وقوع

الدخول بينهما لأن المشرع رتب ثبوت النسب في هذه الصورة على ثبوت الدخول ولم يرتبه على مجرد العقد.

كذلك الشأن بالنسبة للزوجة، المطالبة بإثبات الدخول إذا أرادت التحصل على حكم بالطلاق بعد البناء لكي تتمتع بجراية عمرية تعويضا عن الضرر المادي الناجم عن الطلاق.

أ- كيفية الإثبات : هي التي قد تتأثر بالطبيعة القانونية للدخول، لأنه لو كان مؤسسة قانونية ينظمها المشرع بدقة وإحكام فإن إثباتها لن يكون إلا بصيغة محددة من المشرع نفسه، أما لو كان تصرفا قانونيا فإن إثباته سيخضع مبدئيا إلى إحدى الوسائل الكاملة، أما إن كان واقعة قانونية فسيخضع لمبدأ الإثبات الحر (وسائل الكاملة والمنقوصة).

وانطلاقا من أن الدخول هو واقعة قانونية كما اقتضت محكمة التعقيب مستقلة عن تاريخ إبرام الزواج فإن إثباته ممكن بمختلف الوسائل التي ضبطها الفصل 427 م 1 ع الكاملة منها والمنقوصة، ومن بينها شهادة الشهود، لكن هذا التصور يبدو بسيطا في ظاهره لكنه في الحقيقة لا يخلو من صعوبات قد تكون انجرت عن المفاهيم الثلاثة التي اكتشفتها محكمة التعقيب في الدخول.

في الحقيقة كيفية إثبات الدخول يمكن أن تتغير حسب كل صورة من صور الدخول، فبالنسبة للدخول الحكمي يمكن الاكتفاء بإثباته بالأدلاء بالمحضر الذي يحرره عدل التنفيذ الذي أرسلته الزوجة إلى زوجها، فهذا المحضر سيتضمن الدعوة الموجهة إليه لاتمام الدخول كما سيتضمن امتناع الزوج عن الاستجابة لهذا الطنب وتلك وسيلة إثبات قاطعة أو تكاد لأن عدل التنفيذ مأمور عمومي ومحاضره ومكاتبه هي رسمية ولا تدحض إلا بدعوى الزور.

أما بالنسبة للدخول الفعلي وما تضمنه من اختلاء بين الزوجين وارشاء للسبائر فمن الممكن إثباته بشتى وسائل الإثبات وخاصة شهادة الشهود وهو إثبات سهل

خصوصا وان محكمة التعقيب في قرار 88 اوجبت تحقيق الاشهار والعلانية في إتمام الدخول.

وربما أضاف المشرع في مثل هذه الصورة امكانية إقامة وسيلة إثبات أخرى ذات صبغة ادارية تتمثل في شهادة في البناء يسلمها عمدة المكان (شيخ التراب) الذي وقع اتمام البناء في دائرته تسمى بشهادة البناء أو شهادة تعريف بالبناء وهي عبارة عن وثيقة يحررها هذا المأمور العمومي وتتضمن تأكيد منه على انتقال الزوجة إلى المحل الذي أعده لها زوجها ليكون مقرا للزوجية مع بيان واضح لتاريخ إقامة الزفاف والمكان الذي وقع احياء الزفاف فيه.

ولعل السؤال الذي قد تطرحه هذه الشهادة يتعلق بمدى معرفة قوة حجيتها في إثبات الدخول لأن في هذه الصورة لابد من التمييز بين حالتين الأولى وهي الحالة التي يكون فيها العمدة قد حضر شخصيا مراسم الزفاف على الأمر الذي منحتة محكمة التعقيب في قرار 73 وفي هذه الصورة تكون هذه الشهادة مثبته له قوع البناء اثباتا

أما الحالة الثانية فهي التي تمثل ثقل هذا المأمور العمومي التصريحت من الغير بوقوع الدخول على النحو الذي ذكرته محكمة التعقيب. في هذه الصورة تصبح شهادة البناء مكتسبة لقيمة الشهادة العادية لأن هذا المأمور العمومي لم يحضر مراسم الزفاف بنفسه بل سلم بوقوعها بناء على تصريحت من الغير الأمر الذي يجعل امكانية دحضها بالحجة المعاكسة أمرا مقبولا مع الملاحظة بأن الشهادة في المسائل المتعلقة بالحياة الزوجية وكل ما ينجر عنها يمكن قبولها حتى لو كانت صادرة عن اقارب الزوج وذلك على الرغم من أن شهادة الأقارب لا تثبت مدنيا في المسائل المدنية الأخرى لأنها شهادة مقدوح فيها لكن في المسائل المتعلقة بالمسائل الزوجية خول المشرع من خلال الفقرة 4 ف 98 م م ت اعتماد شهادة الأقارب لسبب بسيط هو انه لا يطلع عادة على المسائل الشخصية سوى الأقارب.

وهو ما أكدته محكمة التعقيب من خلال قرار عدد 1070 في 4 جوان 1974 وهذا الصنف من الشهادة يمكن اعتماده عند الاقتضاء بإثبات الخلوة بين الطرفين على غير الطريقة الاثهارية حسب محكمة التعقيب في 73 و88.

ب-مدى امكانية اعتبار الدخول شرطا من شروط صحة الزواج :

يبدو السؤال المتعلق بمعرفة هل يجوز اعتبار الدخول شرطا من شروط صحة الزواج غريبا في ظاهره والسبب هو أن الدخول يأتي لاحقا لإبرام الزواج بينما شروط الصحة تقدر قبل إبرام الزواج لكن ذلك قد يكون دعا إلى طرح السؤال أن هناك من الشروط التي أوجب المشرع توفرها لصحة الزواج ما سوف يكون له تأثير على مسألة اتمام الدخول.

فإذا كان الدخول المادي يتمثل في العلاقة الجنسية التي تربط بين الطرفين من جهة أولى وهذا كان الدخول الفعلي يقوم على اختلاء الزوجين وهو الاختلاء الذي يمكن اعتباره قرينة على وقوع العلاقة الجنسية بين الطرفين من جهة ثانية. وإذا كان الدخول الحكمي يقوم على احتباس الزوجة من أجل زوجها أي وضعها نفسها على ذمته وإيدائها الاستعداد اللامشروط للقيام بكافة الواجبات الزوجية بما فيها الارتباط بعلاقات جنسية من جهة ثالثة، فإننا ننتبين أن الغاية المنشودة من الدخول تصبح كاسية في العلاقات الجنسية.

وهذه الغاية تتأكد من خلال جملة الشروط البيولوجية التي أوجبت المشرع توفرها في الطرفين عند إبرام الزواج مثل السن الدنيا للتزوج وخاصة اختلاف الجنس، كذلك جملة الموانع المبنية على اجتذاب العلاقات الجنسية، كل هذه الشروط تدل على أن المشرع أوجب تحقيقها لأنها تمكن من اتمام الدخول فيما بعد، وهذه الشروط هي التي تمثل شروط الصحة في الزواج، لكن تأثير هذه الشروط على القدرة في تحقيق الدخول من عدمها لا يمكن أن يكون كافيا ليحول الدخول في حد ذاته إلى شرط صحة في الزواج. يبقى تنفيذه في جميع الحالات لاحقا لإبرام الزواج وليس

سابقاً، لكن الدخول يمكن أن يضطلع بوظيفة أخرى في صحة الزواج وهي المتمثلة في تصحيح الزواج إن كان قد أبرم وبه خلل هذه الصورة المتعلقة بزواج السفية الذي أبرم زواجه دون الحصول على موافقة من وليه، هذا النوع من الزواج جعله المشرع قابلاً للإبطال في الصور التي يطالب فيها الولي بإبطال هذا الزواج شريطة أن يقوم الولي بالإبطال قبل إتمام الدخول، لأنه بعد الدخول يفقد الولي امكانية ذلك وهو ما يعني أن الدخول الحاصل بين الطرفين صحح هذا النوع من الزواج.

يمكن أيضاً للدخول أن يؤثر إيجابياً على الزواج لفساد على معنى الفصل 22 م أ ش فإن كان الدخول لا يقدر على تصحيح الزواج الفاسد لأن البطلان مطلق، وجوبي والي، إلا أنه يقدر على إحياء هذا الزواج ولو بصورة جزئية لأنه بالدخول فقط يمكن لهذا الزواج الفاسد أن يرتب جملة الآثار التي نص عليها الفصل 22 م أ ش. لأنه بغير الدخول أي بمجرد إبرام الزواج فقط لا يمكن لزواج الفاسد أن يترتب أي أثر.

— الدخول رغم قسوته على تصحيح زواج السفية وأيضاً على ترتيب جملة الآثار التي نص عليها المشرع في الزواج الفاسد إلا أنه لا يمكن تصنيفه على أنه شرط من شروط صحة الزواج لأنه ياتي لاحقاً لإبرام الزواج وليس سابقاً له.

سؤال ثالث : هل هو أثر من آثار الزواج ؟

ج- مدى امكانية اعتبار الدخول واجباً من الواجبات الزوجية :

إذا انطلقنا من أن العلاقات الجنسية بين الزوجين تمت واجباً من الواجبات التي يفرضها الفصل 23 م أ ش على الزوجين من خلال إحلتهم على التعريف والعادة مستلماً أكدت على ذلك المحاكم بمختلف درجاتها على رأسها محكمة التعقيب من خلال قرار عدد 24219 المؤرخ في 23 جانفي 1990 جاء فيه أن الالتزام الجنسي من أبرز مفومات الزواج والواجبات المتبادلة بين الزوجين خصوصاً وأنه الغاية المقصودة من الزواج وإذا كان الدخول يقوم بدوره على ارتباط الطرفين على هذه العلاقات، فإن ذلك يعني أن إتمام الدخول بين الطرفين يصبح من أوكذ الواجبات الزوجية ولعل ما

يؤكد ذلك أن المشرع جعل من الدخول مصدرا لترتيب أهم الآثار التي تنجر عن الزواج خصوصا إذا كان الدخول يمثل في حد ذاته نقطة انطلاق المساكنة بين الطرفين علما بأن المساكنة مصطلح ولئن لم يستعمله المشرع في أي نص من نصوصه إلا لأن فقه القضاء استنبطه من طبيعة العلاقة الزوجية ودرج على استخدامه وقد يكون استنتجه من خلال إحالة المشرع صراحة في الفصل 23 م أ ش على العرف والعادة.

وقد يكون استنتجه من حديث المشرع عن المعاشرة بين الزوجين في الفصل 18 م أ ش والفصل 36 مكرر قانون 57/8/1.

والمساكنة تمثل في حد ذاتها ركيزة الحياة الزوجية وهو ما يعني أن الإخلال بإتمام الدخول أي رفض اتمامه يمكن أن يكون في حد ذاته سببا من الأسباب الداعية للمطالبة بالتطابق للضرر.

القسم الثاني : آثار الزواج :

إذا انطلقنا من أن الدخول يمثل في مادة ترتيب الآثار استثناء أي أن ما يترتب المشرع عن الدخول هو بمثابة الاستثناء وأن المبدأ يكمن في أن آثار الزواج تترتب منذ إبرامه ما عدى الآثار التي جعلها المشرع موقوفة استثنائيا على اتمام الدخول، وإذا انطلقنا من أن الاستثناء يؤول بصورة حصرية أي في حدود ما نص عليه القانون، فمعنى ذلك أن آثار الدخول يمكن حصرها وأن البقية تبقى مترتبة منذ تاريخ إبرام الزواج.

الفقرة الأولى : الآثار المرتبطة بالدخول :

الملاحظ في جملة هذه الآثار، أن البعض منها يكتسي صبغة مادية في حين يكتسي البعض الآخر صبغة مالية.

I- الآثار المادية المترتبة عن الدخول :

-الأثر 1 : العدة.

-الأثر 2 : حرمة المصاهرة.

-الأثر 3 : النسب بالنسبة للزواج الفاسد على الأقل عملا بأحكام الفصل 22 م أ ش.

II- الآثار المالية :

حددها المشرع : هناك الهدايا، المهر، والنفقة.

1- الهدايا :

الفصل المنظم لهدايا الزوجين هو الفصل 28 م أ ش الذي أقر المشرع من خلاله أنه في صورة الفسخ والمقصود به هو الطلاق فإن الهدايا التي وقع تقديمها من أحد الزوجين إلى الآخر بعد إبرام الزواج يقع استرجاعها. لكن نفس هذا الفصل يضع حاجزا لأنه لا يمكن من استرجاع الهدايا أو ما بقي قائما منها ولو تغير بعد استعمالها، إذا كان الدخول بين الطرفين قد حصل.

كما يشترط المشرع لعدم إرجاع الهدايا أن يكون القرين المطالب بالاسترجاع متسببا في إيقاع الطلاق.

من هذا المنطلق إذا اقصينا صورة الطلاق بالتراضي فإن المطالب بإرجاع الهدايا هو القرين الذي يكون قد حكم عليه بالطلاق للضرر لفائدة قريبه أو الذي قد أنشا الطلاق على قريبه.

هذا المطالب بالطلاق انشاء منه أو الذي حكم عليه بالطلاق للضرر لا يحق له أن يسترجع هداياه إذا كان الدخول قد تم كما لا يحق له أن يسترجع هدايه حتى ان لم يكن الدخول بينهما قد تم لأنه هو المتسبب في انهاء الرابطة الزوجية، أما إذا تم الدخول فإن الهدايا لن يقع استرجاعها مهما كان القرين المتسبب في انهاء الرابطة الزوجية.

-لكن السؤال المطروح هو حول نوعية الدخول المؤدي إلى غلق الباب أمام

امكانية استرجاع الهدايا هل هو الدخول المادي، هل يكفي بالدخول الفعلي ؟ وهل يكفي بالدخول الحكمي ؟

لم يتعرض فقه القضاء لهذه المسألة.

2-المهر :

إذا كانت تسمية المهر جعلها المشرع من خلال الفقرة 2 ف 3 م أ ش شرطاً من شروط صحة الزواج فإن تسديد معين المهر من الزوج إلى زوجته يصبح أثراً من آثار الزواج، وهو أثر يتكيف بالدخول، ذلك أن الزوجة بإمكانها الامتناع عن إتمام الدخول بما لم تحصل على كامل معين مهرها، فامتناعها هنا جعله المشرع مشروعاً لا يخول للزوج أن يطالب بالطلاق وللضرر على أساسه. لكن الزوجة إذا أتت الدخول دون الحصول على كامل معين مهرها، فإن هذا المعين يتحول ألياً بموجب القانون إلى دين في ذمة الزوج يحق للزوجة أن تستخلصه منه بالطرق المدنية المعمول بها في استخلاص الديون.

3-نفقة الزوجة :

النفقة حسب الفصل 50 م أ ش تشمل بصريح النص الطعام والكسوة والسكن والتعليم وجميع ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

ومن خلال هذا الفصل نتبين أن المشرع تعرض إلى مكونات النفقة بشكل عام أي النفقة المتعلقة بالزوجة والأقرب وكذلك المتعلقة بالالتزام.

أما الفصل 52 م أ ش فيؤكد على أن النفقة تقدر بـ 3 عناصر بحسب وسع المنفق وبحسب حال المنفق عليه وبحسب حال الوقت والأسعار.

والفصل 37 م أ ش ورد يحدد الأسباب الداعية إلى الانفاق وحصرها في ثلاث أسباب جاءت في هذا النص حسب ترتيب تفاضلي، وضع المشرع من خلاله الزوجية في المقام الأول، تليها القرابة، فالالتزام في المقام الثالث.

-والزوجية تقتضي بان الزوج مطالب بأن ينفق على زوجته، لكنه لا ينفق

عليها إلا بشرط وضعه المشرع وهو اتمام الدخول، وهو ما جاء بالفصل 38 م 1 ش كما اقتضى المشرع وجوب ان ينفق الزوج على مفارقتها أثناء فترة العدة.

وإذا كان الفصل 38 م 1 ش قد أوجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها، فهو يتلق في ذلك مع ما جاء بالفصل 23 م 1 ش الذي يجعل الزوج ينفق على زوجته بصفته رئيس العائلة، كما أوجب عليه أيضا على الانفاق على أبنائه. أما الزوجة فجعلها المشرع تساهم فقط في الانفاق على الأسرة وهي مساهمة أصبحت وجوبية منذ تنقيح 1992 لكنها مساهمة مشروطة والشرط أنه إن كان لها مال وهو ما يعني أن المنفق الرئيسي هو الزوج أما الزوجة فتتفق بصورة ثانوية.

ولعل هذا الواجب في الانفاق والمحمول على الزوج يجد له أصلا في النص القرآني لقوله تعالى في النساء "الرجال قوامون على النساء بما أنفقوا من أموالهم".

لكن السؤال المطروح، ما هو نوع الدخول المرتب للانفاق على الزوجة ؟

يبدو إذا حسب الصور القضائية أن الدخول المرتب لنفقة الزوجة هو الدخول بجميع أنواعه لأنه إذا كان الدخول الحكمي مثلما قالت محكمة التعقيب ومن بعده الدخول الفعلي قادرين على ترتيب نفقة الزوجة فيصبح من باب أولى وأحرى أن يكون الدخول المادي مرتبا لنفس النتيجة خصوصا وأن الدخول المادي اعتمدته محكمة التعقيب في اثبات النسب وتبعاً لذلك إذا كان الدخول المادي قادرا على اثبات النسب فمن باب أولى وأحرى أن يكون قادرا على ترتيب النفقة لأن من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل. وربما وجد فقه القضاء في الربط الذي أحدثه المشرع في الفصل 38 م 1 ش بين استحقاق الزوجة نفقتها ومن جهة أخرى سببا في احدث استحقاقها لنفقتها من زوجها من جهة وبين استمرارها في مساكنة زوجها من جهة أخرى مع العلم بأن كلمة المساكنة لم يستعملها المشرع، أتى بها فقه القضاء لعله استنبطها من طبيعة العلاقة الزوجية ومن العرف والعادة، والدليل على أن المحاكم تحث هذا الربط بين استحقاق النفقة والمساكنة هو اعتبار هذه المحاكم أن نفقة الزوجة تسقط أليا بمجرد نشوزها،

علما أيضا بأن كلمة النشوز التي ستعملها المشرع، بل دأب فقه القضاء على استعمالها وهي مستوحاة من التشريع الإسلامي.

-مصطلح النشوز إذا كان يفيد لغويا كل خروج عما هو مألوف بين الناس. أي كل تصرف أو عمل أو سلوك يأتيه الفرد مخالفاً به السلوك العام، وفي التشريع الإسلامي، اصطلاحياً اعتمد للتدليل على إخلال أحد الزوجين وكلاهما بالتواجبات التي يعرضها الزواج عليهما كلا أو بعضاً، وهو ما يعني أن هذا المصطلح ينسحب في التشريع الإسلامي على الجنسين معا وهو المعنى الواسع للنشوز.

-أما بالنسبة لماد درت عنه المحاكم التونسية فهو المعنى الضيق لهذه الكلمة وهو معنى خاص بالزوجة دون الزوج ويفيد مغادرة الزوجة محل الزوجية دون أن من زوجها وامتناعها من الرجوع إليه دون سبب مشروع.

والنشوز بهذا المعنى اعتكفه فقه القضاء مؤدياً إلى تحقيق نتيجتين ممكنتين :

*النتيجة 1 : هذا النشوز يمكن أن يكون سبباً يمكن الزوج من طلب الطلاق للضرر لفائدته وذلك على معنى الفقرة 2 من الفصل 31 د أ ش أو الفقرة 1 قديمة من هذا الفصل، وهو ما اعتبرته محكمة التعقيب في قرارها المدني عدد 3855 في 65/10/25 والذي ورد فيه "إن النشوز الثابت بحكم أحرز على قوة ما اتصل به القضاء هو من الأسباب المقررة لطلب الطلاق على معنى الفقرة الأولى (قديمة) من الفصل 31 من م أ ش". وهو أيضاً ما قضت به محكمة الاستئناف في قرارها المدني عدد 59552 في 2 مارس 1967 وذلك بقولها بما يتضرر به الزوج يخول لهذا الأخير طلب الطلاق للضرر".

*النتيجة 2 ك قد يؤدي النشوز غير المبرر إلى حرمان الزوجة من مواصلة التمتع بنفقتها من زوجها أي إسقاط حقها من مواصلة التمتع بنفقتها من زوجها، وهو ما أكدته محكمة التعقيب في قرارها المدني عدد 1165 في 9 ماي 1978. نتيجة لذلك، يعتبر فقه القضاء أن بقاء الزوجة مستحقة لنفقتها بعد وقوع الدخول

معلق على مدى قيامها بواجباتها الزوجية وخاصة منها واجب المساكنة.

- أما عن الأسانيد القانونية، التي اعتمدتها المحاكم وخاصة محكمة التعقيب لاسقاط حق الزوجة في النفقة بسبب نشوزها تكمن أساسا في القاعدة الأصولية القائلة بأنه "ليس لأحد من المتعاقدين أن يقوم بطلب جبر معاقده على الوفاء بالتزاماته ما لم يثبت أنه وفي م من جهته بما عليه من التزامات تجاه معاقده".

وهي نفس القاعدة القانونية التي جاء بها الفصل 246 م 1 ع والتي تضمنت "قاعدة الدفع بعدم التنفيذ" وهو ما عبرت عنه محكمة التعقيب بصريح اللفظ في قرارها المدني عدد 7416 في 1 مارس 1983 بـ "من الواجب على الزوجة مساكنة زوجها وطاعته لكي يكون لها عليه من مقابل ذلك حق النفقة. ومن لم يوفي بالتزاماته ويطلب غيرد بالوفاء له (قانون 240 م 1 ع).

هذا الموقف ليس حديثا. بل استقر عليه فقه القضاء من قبل هذا التاريخ (قرار تعقيبي عدد 1210 في 62/2/13).

- وإذا كان موقف فقه القضاء من النشوز يستقيم من الناحية القانونية بالنسبة لها، يمكن تزوج من المطالبة بالطلاق لتضرر ألفتته باعتبار أن في نشوز الزوجة أي مغادرتها لمحل الزوجية وامتناعها عن الرجوع اليه دون سبب مشروع ضرر ثابت يكون قد نحق بالتزوج وخرق واضح لاحكام الفصل 23 م 1 ث يبرر حكم الطلاق للضرر، فإن السؤال يبقى مطروحا بالنسبة لاسقاط نفقة الزوجة.

* إلى أي مدى يبدو موقف فقه القضاء وجيها من هذه الناحية ؟

ما يمكن أن نلاحظه منذ البداية من خلال الأسلوب الذي توخته المحاكم في التعبير من خلال قولها مثلا "قيام العلاقة الزوجية لا يوجب الاتفاق إلا مع وجود المساكنة".

- هذا التعبير يبنى على صيغة النفي مع الاستثناء وهذه الصيغة تدل دلالة واضحة على أن المساكنة هي الشرط الذي تبقى الزوجة مع تحقيقه مستحقة لنفقتها من

زوجها، وهو الشرط الذي بدونه تفقد الزوجة هذا الحق".

*السؤال المطروح : هل يستقيم ما ذهب إليه المحاكم من الناحية القانونية ؟

لما نعود إلى النصوص القانونية المنظمة لنفقة الزوجة نتبين أن المشرع وضع من خلالها لهذه النفقة سببا في استحقاقها (سبب قانوني) وهو الزواج (ف 37 م أ ش).
- لكن المشرع لم يكتفي بوضع السبب بل أضاف إليه شرط لاستحقاق الزوجة للنفقة وهو شرط مادي وهو الدخول ومن هنا نتبين أنه لا وجود في أي نص من نصوص التشريع للساكنة كشرط لمواصلة الزوجة استحقاق لنفقتها من زوجها وهو ما يعني أن في موقفه شيء من التزبد، ولكنه مخالف للقانون لأن فيه إضافة لشرط جديد لتمتع الزوجة بحقوقها في نفقتها من زوجها، وهو شرط لم ينص عليه المشرع.

وفي إضافة هذا الشرط للتمتع بحق النفقة تقييد في هذا الحق وتضييق لحرية

التمتع به والتقييد من الحقوق والتضييق من الحريات العامة للتمتع بتلك الحريات ليس من مشمولات فقه القضاء.

بل جعله الدستور من مشمولات المشرع دون سواه، والسبب في ذلك قائم على

مبدأ التوازي بين الأشكال، أي أنه إذا كان المشرع وحده دون سواه هو المشرع للحقوق والحريات فإنه يكون في المقابل من مشمولاته أيضا وحده دون سواه أحد من هذه الحقوق.

- هذا المبدأ هو مبدأ دستوري فصل فيه الدستور بين السلطة التشريعية

والقضائية بحيث لا يجوز الحياد عنه ولا يجوز لفقه القضاء أن يخرقه لأن وظيفة القضاء تنحصر مبدئيا في تطبيق النصوص التشريعية واستثنائها في تأويلها للقضاء ان يقوم بها على ضوء قواعد قانونية ضبطها المشرع بنفسه وتقوم أساسا على مدرسة الشرح على المتون وهي مدرسة من بين ما جاءت به قاعدة تقتضي بأنه لا يجوز للقاضي عندهما يدعي إلى القيام بعملية التأويل أن يضيق أو يعسر بل عليه أن ييسر (ف 541).

وفي إضافة الشروط التضييق والتعسير أمر مخالف للفصل 541 م 1 ع.
كما ان المتأمل في طبيعة الحل الذي تبنته محكمة التعقيب والقاضي بأن النشوز
الغير مبرر يسقط للزوجة حقها في نفقتها من زوجها.
يتبين أنه ينجر عن النشوز اسقاط لحق والاسقاط هو في القانوني المدني عقاب
يسلط على الشخص والعقاب استثناء، والاستثناء لا يمكن استنتاجه، استنباطه بالتأويل
بل ينبغي أن يكون منصوباً عليه صراحة في القانون ويكون تأويله تأويلاً حصرياً
أي في حدود ما نص عليه القانون.

وبالرجوع إلى النصوص التشريعية ، لا نجد نصاً واحداً يتعلق بإسقاط نفقة
الزوجة، بل نجد فقط نصاً واحداً هو الفصل 51 م 1 أ ش لا يتعلق بإسقاط نفقة الزوجة
بل يتعلق بزوالها. ولقد جعل المشرع نفقة الزوجة مرتبطاً بزوال سببها القانوني،
وهذا الزواج لم ينصب على الشرط وهو الدخول بل أنصب على السبب وهو الزوجية.
ولقد جاء بفصل 51 تسقط النفقة بزوال سببها والسبب هو قانوني وليس
قضائي.

أما المسألة التي ركزت عليها المحاكم فلا يجوز اعتبارها سبباً بقدر ما هي
واجب من الواجبات الزوجية بقدر عند التنفيذ، وتبعاً لذلك فإن ما يمكن استنتاجه من
الفصل 51 بالنسبة لنفقة الزوجة هو أن النفقة لا تسقط ولا تزول (إلا عند انحلال
الرابط الزوجية لأن سبب هذه النفقة هو الزواج).

لكن محكمة التعقيب قد تكون وجدت في إشارة المشرع بالفصل 23 م 1 أ ش إلى
وجوب أن يقوم الزوجان بواجباتهما الزوجية طبق ما يقتضيه العرف والعادة، ما
مكنها من إضافة هذا الشرط باعتبار أنه من العرف والعادة ان يسكن الزوج زوجة،
ومحكمة التعقيب لم تضيف هذه الإشارة بل عبرت بصريح اللفظ عنه من خلال قرار
عدد 50912 المؤرخ في 96/11/5. جاء فيه ان اصرار الزوجة على عدم مساكنة
زوجها دون ابداء سبب وجيه رغم التنابيه العديدة التي أرسلت إليها للاستئناف

المعاشرة بعد أن أعد لها الزوج محلاً يعد نشوزاً وإخلالاً بواجباتها نحو زوجها مخالفة بذلك أحكام القانون الذي يوجب عليها القيام بواجباتها حسب ما يقتضيه العرف والعادة".

لكن حتى في هذه الصورة أي حتى لو اعتمدت محكمة التعقيب على إحالة المشرع إلى العرف والعادة، فإنه ما كان عليها أن تقرر بصورة مبدئية أن حق الزوج في نفقتها من زوجها يسقط بنشوزها غير المبرر أي بانقطاعها عن المساكنة وذلك لسبب بسيط وهو أن الإخلال بالواجبات بالفصل 23 م أ ش الذي يحيل على العرف والعادة لم يجعله المشرع سبباً لسقوط الحقوق التي أنشأ بنفسه للطرفين، بل جعله سبباً من الأسباب المؤدية إلى الخروج من الرابطة الزوجية وذلك من خلال الفصل 31 م أ ش الذي أشار في الفقرة الأولى قديمة (قبل تنقيح) إلى امكانية المطالبة بالطلاق بسبب الاختلاف باحد فصول م أ ش ومن بينها ف 23 أو إلى الفقرة 2 جديدة إلى امكانية مطالبة أحد الزوجين بالطلاق بسبب ما حصل له من ضرر وهذا نلاحظ أن السبب الذي اعتمده المشرع لتمكين القرين المتضرر (الزوج هنا) من الطلاق للضرر هو واضح ووجيه، وهو أن الحياة الزوجية بدون مساكنة أصبحت جوفاء لأن المساكنة هي الركيزة التي تقوم عليها مؤسسة الزواج، حيث لا معنى في أن تسقط النفقة ونواصل في الارتباط في علاقة زوجية جوفاء.

وعلى هذا الأساس فإن وصول الزوج إلى اسقاط نفقة الزوجة لا يمكن أن يكون والحياة الزوجية مازالت قائمة بينهما، بل ينبغي أن يمر عبر انحلال الرابطة الزوجية، وهو ما يعني ان نشوز الزوجة غير المبرر يؤدي إلى الطلاق للضرر، ومع حصول الطلاق ينحل الزواج وبانحلاله يزول سبب الانفاق.

لكن محكمة التعقيب لم تتوخى هذا التدرج، بل ركزت الحل الذي صنعه على النظرية العقدية للزواج متأثرة بأحكام التشريع الإسلامي كما لو كان الزواج في نظرها لا يتعدى حدود العقد المدني. محكمة التعقيب تعاملت مع النشوز من جهة والنفقة من

جهة أخرى بالآليات العقد بعد أن طبقت عليهما قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، والحال أن نفقة الزوجة لا تستمد وجودها ولا تجد أساسا لها في العقد، بل في القانون، وذلك لأن المشرع هو الذي أوجب بقوة القانون الأمر والمرتبط بالنظام العام أن ينفق على زوجته بعد الدخول بها أي أن أساس النفقة ليس الاتفاق الحاصل بين الزوجين، والنفقة واجب وليست التزاما والدليل على الصبغة الأمرة بالارتباط بالنظام العام لنفقة الزوجة هو أن لها صبغة معاشة.

ورغم أنه نظام عام حمائي، لكنه يبقى نظاما عاما لا يجوز تجاهله بدليل أنه لا يمكن الاتفاق على خلافه أي أنه لا يحق للطرفين أن يتفقا في إطار رسم الصداق عملا بمؤسسة خيار الشرط، لا يحق لهما الاتفاق على أن لا ينفق الزوج على زوجته لن شرطا من هذا القبيل يعتبر مخالفا من أساسه لجوهر الزواج مما يجعله اتفاقا باطلا وبمعه يبطل وجوب الزواج برمته عملا بالفصل 21 و 22 م أ ش. فهذا الشرط الاتفاق أن تقدم من شأنه أن يصير الزواج زواجا فاسدا والسبب في ذلك يبقى في النية أنه لا يجوز إسقاط حق إنشاء القانون بالآليات العقد لأن القانون أصلي مرتبط من العقد، لأن العقد شريعة الطرفين فقط أما القانون فهو شريعة الجميع.

لذلك لا يمكن للزوجة أن تنازل عن حقها في النفقة بل يمكن لها فقط أن تنازل عن معين نفقتها المنصوص بشرط أن يكون قد انقضى أي قد انقضى وقت النفقة، لأنه في هذه الصورة جعل المشرع معين النفقة يصبح من قبل الدين في ذمة الزوج نحو زوجته.

لكن فقه القضاء تأثرا منه بالتشريع الإسلامي استمر على تطبيق النظرية العقدية على الزواج وعلى اعتبار النشوز غير المبرر سببا لسقوط نفقة الزوجة لكن المحاكم تشترط أيضا في النشوز المسقط للنفقة أن يكون غير مبرر، أي أنه إذا ثبت أن نشوز الزوجة له ما يبرره من الأسباب المشروعة فإنه لن يكون مسقطا لحقها في النفقة وهو ما يدعو إلى البحث عن المبرر المشروع للنشوز (قرار عدد 9410 في 57/7/10)

المبرر الذي توصلت اليه المحاكم قالت انه من المسائل الواقعية التي يقدرها قاضي الموضوع تحت رقابة محكمة التعقيب أي أن يعلل تلك الأسباب المشروعة التي حملت الزوجة على مغادرة بيت الزوجية. من خلال الاطلاق على الصور القضائية تبين ان من بين ما اعتبرته المحاكم مبررا لنشوز الزوجة، تصرفات الزوج او تصرفات أحد أقاربه الساكنين للزوجة او إهمال الزوج لزوجته او اعتناؤه عليها بنعنف او وجود مرض معدي وخطير أصيب به الزوج.

لكن النشوز لكي يكون نشوزا بالمعنى الذي أرادته المحاكم (مسطحا للنفقة) لا يمكن أن يتمثل في خروج للزوجة من محل الزوجية خروجاً مؤقتاً كالخروج لقضاء شؤون او لزيارة بعض الأقارب.

وهنا يطرح السؤال، هل الزوجة مطالبة بأخذ الاذن من زوجها ؟ الإجابة مرتبطة بمعطين :

1- معرفة هل أن الزوجة مطالبة بطاعة زوجها أم لا ؟ علماً أن واجب الطاعة المحمول على الزوجة كان مصنفوا عليه صراحة بالفصل 23 من المشرع لكنه وقع الغاؤه بموجب التقيح بقانون 93/7/12، لكن الغاء هذا الواجب لم يسع المشرع على الإبقاء على تمتيع الزوج برئاسة العائلة. وهنا يترك السؤال هل أن واجب الطاعة بقي موجودا بالفصل 23 أم لا من خلال مؤسسة رئاسة العائلة ؟ باعتبار أن من خصائص الرئاسة أن يطيع المروؤوس رئيسه.

--المحاكم تبدو مواصلة في اعتبار واجب الطاعة محمول مبدئيا على الزوجة.

2- هل من الممكن اعتبار خروج الزوجة المؤقت لقضاء بعض الشؤون أو زيارة الأقارب مندرجا ضمن العرف والعادة ؟ إن كان الجواب بنعم فقد ينجر اختلاف في الوضعيات القانونية باختلاف الأعراف والتقاليد من جهة أخرى، فالأعراف الريفية تختلف عن الأعراف الحضرية وتقاليدها.

المسألة الثانية عن تبرير النشوز، على مستوى الاثبات، كيف يتم ؟ طرح هذا

السؤال كما هناك سؤال على من يطرح ؟ هل وجوبا هي المحكمة الابتدائية وليس لقاضي الناحية النظر فيها لأن المشرع لم يسند له ذلك بفص صريح ؟ أم هل من الممكن اعتبار ان النشوز واقعة قانونية والواقعة لا تخضع إلى اختصاص محدد ؟
عن هذا السؤال أجابت محكمة التعقيب بأن النشوز من أنظار المحكمة الابتدائية رغم أنها واقعة قانونية لأن النشوز مسألة مرتبطة بتقدير مدى قيام الزوجة بواجباتها الزوجية وهذه المسألة ليس لقاضي الناحية ان ينظر فيها (قرار تعقيب عدد 49225 مؤرخ في 30 أفريل 12996 قرار عدد 2796 مؤرخ في 2000/12/21).

أما وسائل اثبات النشوز فباعتباره واقعة قانونية فهي تثبت أمام المحكمة الابتدائية بكافة الوسائل، أما أمام قاضي الناحية، فينبغي ان تكون وسيلة الأثبات قاطعة أي إما بحكم قضائي أو بموجب محضر يحرره عدلي الإشهاد للتنفيذ يرسله الزوج إلى الزوجة يستدعيها من خلاله للرجوع إلى محل الزوجية فتمتنع الزوجة وتصر على الاستناع وهو محضر رسمي حجيت قاطعة لانه لا يحض فيه إلا بدعوى الزور (قرار عدد 6855 مؤرخ في 65/10/25).

الفقرة الثانية : الآثار المستقلة عن الدخول :

ما نلاحظه من خلال مختلف النصوص التشريعية هو أن أهم هذه الآثار المستقلة عن الدخول ناتج عن الزواج نفسه أي عن الزواج كمؤسسة أي هذه الآثار تكتسي صفة الواجب وذلك لأن المشرع هو الذي ضبطها بنفسه وهو الذي أوجب على الطرفين احترامها.

أما البعض الآخر وهو قليل، ناتج عن الالتزامات أي عن الاتفاقات التي قد تحصل بين الطرفين بمناسبة زواجهما من بعضهما وذلك من خلال لجوءهما إلى العمل بمؤسسة خيار الشرط التي خول ف 11 م أش اللجوء للاستعمالها، هذه الآثار تكتسي صفة الالتزامات لأنها من اختيار الطرفين وليس من وضع المشرع.

I- الالتزامات :

ما نلاحظه من خلال النصوص التشريعية هو أن المشرع وفر للطرفين إطارا عاما يبرسان فيه مختلف الاتفاقات التي يبرمانها، ولكن منذ قانون 98/11/9 وفر المشرع إطارا خاصا للطرفين لأبرام هذه الاتفاقات بينهما.

أ- الإطار العام للاختيارات التعاقدية بين الزوجين :

الإطار هو الفصل 11 م 1 من أي مؤسس خيار الشرط. لقد اعتبر المشرع أنه بإمكان الزوجين أن يمارسا حرية التعاقد فيما بينهما في مادة الزواج، فعلى الرغم من أن الزواج مؤسسة، إلا أنها قادرة على أن تحوي اتفاقات بين الطرفين، لكن المشرع الفرنسي ولئن ذهب في نفس هذا الاتجاه إلا أن النصوص القانونية الفرنسية فصلت بين الاثنين. فبذلك، نعبر عن تنطق بالزواج باعتباره مؤسسة والأثر المترتبة عنها تنتمي مسبة الواجبات، وإلى جانب هذه النصوص، توجد نصوص أخرى تتعلق بمقدار الزواج وهو المجال الذي فتحه المشرع للطرفين لكي يبرم الاتفاقات بينهما في إطار علاقاتهما كزوجين.

لكن المشرع الفرنسي وضع لحرية التعاقد بين الزوجين حدا لا يمكن تجاوزه وهو أن لا تمس هذه الحرية التعاقدية بجوهر الزواج لأن جوهر الزواج مسألة خاصة بالمشرع ولا دخل للأزواج فيها.

ورأينا كيف أن جوهر الزواج مفهوم ولئن لم يحدده المشرع بشكل صريح ومباشر، إلا أنه من الممكن استنتاجه من خلال جملة الواجبات التي أوجب المشرع على طرفين تحملها، وكذلك مختلف الآثار التي تتولد عن الحياة الزوجية، والمتعلقة سواء بالطرفين أو حتى بالغير، وكذلك أيضا مختلف الغايات التي يهدف الزواج إلى تحقيقها، جميع هذه المجالات لا يمكن التعاقد بين الزوجين على خلافها..

فلا يمكن أن نتصور اتفاقا بين الزوجين على عدم المساكنة، أو عدم ارتباطهما

بـعلاقات جنسية، أو عدم احترامهما واجب الاخلاص، أو عدم اتفاق الزوج على زوجته، أو عدم تحقيق النسب للأبناء الذين سيولدون، أو عدم رتيب العدة على الزوجة في صورة انفصام الرابطة الزوجية أو عدم تحقيق المصاهرة.

فكل اتفاق يقضي هذه الآثار كلا أو بعضا تعتبر اتفاقا باطلا من أساسه وينجر عنه بطلان الزواج برمته، وهو بطلان وجوبي وآلي لا يكفي المصادقة ولا التصحيح لأن الزواج أصبح فاسدا إذا مجال التعاقد بدا ضيقا، لكنه رغم التضيق منه إلا أن المشرع أبقاه مفتوحا.

ويمكن أن يشمل هذا الاتفاق ذات الشخصين أو أموال كل منهما وممتلكاته.

*ذات القرينين : وذلك كان يشترط أحدهما على الآخر السلامة من الأمراض المعدية والخطيرة وهو ممكن لا يتضارب مع جوهر الزواج بدليل أن المشرع أقره بنفسه من خلال الشهادة الطبية التي جاء بها قانون 64/11/3.

• كذلك يمكن أن يشترط أحدهما على الآخر أن لا يكون قد سبق له الزواج من الغير أو أن لا يكون له أبناء من الغير.

يمكن أيضا للزوجة مثلا أن تشترط أن يفردها بمسكن خاص بها أو العكس أن يشترط على زوجها أن تسكن والديه أو أن تكون عذراء. من ذلك مثلا ما قضت به المحكمة الابتدائية بقرمبالية في حكمها المدني عدد 7487 المؤرخ في 68/12/30 اعتبرت فيه محكمة قرمبالية أن م أ ش لم تتعرض إلى التفريق بين الشيب والعذراء، وكان يتجه عندئذ الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الذي هو أهم المصادر التي استمدت منها م أ ش أحكامها".

كما قضت هذه المحكمة أيضا بأن البكر في الفقه الإسلامي هي التي لم يسبق منها الزواج بقطع النظر عن كونها عذراء أم لا، وبذلك اتجه عدم اعتبار الشوبية عيبا ترد به الزوجة، إلا أن يقع اشتراط ذلك بلفظ صريح.

كان يمكن أيضا في إطار التشريع الإسلامي أن تشترط الزوجة على زوجها

عدم الزواج عليها، وهو ما يعني أنه في صورة عدم احترام هذا الشرط، يصبح من حق الزوجة الأولى أن تطالب بالطلاق أي أن العصمة الزوجية ومصدرها يتحدان من يد الزوج إلى يد الزوجة.

- يمكن إذا الخيار الشرط أن يتعلق بالملكات.

* الأموال والملكات : ما نلاحظه هنا هو أن المشرع وضع لهذه النسبة نظاماً قانونياً وذلك من خلال الفصل 24 م أ ش، يقوم على مبدأ وهو استقلالية الذم بين الزوجين، فقد اقتضى هذا الفصل أنه لا ولاية للزوج على أموال زوجته، وهم ما يعني أن الزوجة تبقى مبدئياً متمتعة باستقلالية كاملة فيما يخص أموالها وملكاتها. كذلك بالنسبة للزوج، حيث لا دخل للزوجة في أموال زوجها إلا ما كان ديناً لفائدتها مثل معين المسير أو ما كان حقاً لفائدتها وهو النفقة.

لكن بالتأمل في هذا المبدأ حسب م أ ش بالفصل 24 نبين أنه لا يقوم على حق امرأة؛ كما أنه أيضاً لا علاقة له بالنظام العام. وهذا دليل على أن هذا المبدأ يمشى في جقيقته في حق مكمل لسكوت الطرفين، وهو ما يعني أن المبدأ الحقيقي في هذه المسألة هو اتفاق الطرفين. لكن هذا النص يبقى مطبقاً عند سكوت الطرفين لأن هذا السكوت يؤول على أنه اختيار ضمني لقاعدة الفصل 24 م أ ش انطلاقاً من طبيعة الفصل 24، يصبح من حق الطرفين أن يتفقا معاً على نظام وحدة الملكات وحدة كاملة أو وحدة محددة. الوحدة الكاملة هي الوحدة القاضية بأن جميع ملكات الزوجين سواء المكتسبة قبل الزواج أو بعده، ستعتبر مشتركة بينهما إما اشتراكاً بالتساوي أو حتى بغير التساوي.

أو وحدة غير كاملة أي وحدة في الأموال والملكات التي قد تكتسب بعد الزواج كلا أو بعضاً. المشرع لم يحدد. والملاحظ في هذا النظام العام أنه يستوحى تماماً من التشريع الإسلامي فأحكام هذا التشريع تقر المبدأ القائم على استقلالية الذم بين الزوجين، ولكنه أيضاً بمبدأ غير آمر ولا مرتبطاً بنظام عام، لأن فقهاء التشريع

الاسلامي أجازوا أيضا الطرفين أن يتفقا على خلافه.

لكن هذا النظام يبدو عكس ما جاء في القانون التونسي لأن المبدأ في القانون الفرنسي قائم على وحدة الممتلكات بين الزوجين إلا أن يختارا عكس ذلك، وعادة ما يختار الطرفان الوحدة القائمة على الممتلكات المكتسبة بعد الزواج فقط.

السؤال المطروح : هل أن هذه الاتفاقات تخضع إلى شكليات معينة ؟ هل أن هذه الاشتراطات ينبغي اقحامها في رسم الصداق أم أنه من الممكن أن يقع اندراجها في كتب مستقل ؟

إن قلنا نعم، فهناك سؤال ما هو هذا الكتاب، رسمي أو خطي، وهل يمكن أن يكون شفاهيا لدى الاتفاق.

إنطلاقا من القانون الذي ينظم هذه المسألة نلاحظ أن المشرع لم ينص على شكليات معينة صراحة، لكنه ربط هذه الاشتراطات بإبرام الزواج، فالشرط المتحدث عنه مرتبط بالزواج، والحديث عن الشرط يعني أنه لا يمثل اتفاقا مستقلا بذاته بل هو بند من بنود الاتفاق الأصلي وهو ما يعني أنه مرتبط بإبرام الزواج، لذلك سنتبها ينبغي أن يكون هذا الشرط منصوبا عليه ضمن رسم الصداق لكن هذه المسألة المتعلقة بالاتفاقات بين الزوجين شهدت فيما يتعلق بالأموال والممتلكات شهدت تطورا على مستوى التشريع وذلك منذ صدور قانون 98/11/9، الذي جاء بإرساء نظام قانوني اختياري خاص بالأموال والممتلكات بين الزوجين.

ب- الإطار الخاص للاختيار التعاقدي :

منذ صدور قانون 98/11/9 أصبح نظام الممتلكات بين الزوجين قابلا للتخصيص بنظام تشريعي خاص وهو نظام اختياري أي يمكن للطرفين أن يختاراه كما يمكن لهما عدم اختياره.

يخص هذا النظام الأموال والممتلكات التي يكتسبها الطرفان بعد إبرام الزواج ونيس قبله، ثم الممتلكات المقصودة تشمل فقط العقارات المكتسبة بعد الزواج من غير

ميراث، ثم العفارات تكون معدة لسكنى تزوجين ه أنانيهما القصر.

ما هو الشكل الذي يتخذه هذا الاتفاق ؟

هو ان المشرع أعطى امكانية اختيار العمل بما جاء في هذا القانون من حداد اقحام ذلك في اطار رسم الصداق وهو ما يعنى نسمح النظام التخص في الاطار العام، نكن أيضا يمكن حسب هذا القانون أن يحدد الاتفاق في كتب مستقل عن رسم الصداق وهو ككتب لم يشترط فيه أن يكون كتابا رسميا أي يمكن أن يكون ككتب خطي عادي.

ما نلاحظه أيضا من خلال هذا القانون هو ان له امكانية الرجوع في الزمن في أن هذا القانون لا يتعلق بالمقبلين بالزواج بعد دخوله حيز التنفيذ فقط. بل يمكن ان يشمل حتى المتزوجين من قبل صدورهم كما انهم المشرع الزواج بإمكانية نصير هذا القانون بوجبة في الزمن بدل بصفة قطعية على أنه قانون اختياري وليس أمر ولا عاقبة له بالنظام العام.

الملاحظ أيضا في هذا القانون أنه موجب على انطرفين ان يختارا بين نظامه وبين نظام استقلالية الذمة.

هل أن هذا الخيار بين نظام الفصل 24 وبين نظام قانون 98 هو خيار وحيد، أي ألا يجوز للطرفين أن يوقعا على اختيار نظام ملاك مشتركة بينهما يكون غير ذلك النظام الذي جاء به قانون 98 نظاما ويسانه على مؤسسة خيار الشرط خصوص وان هذا الصنف من الاختيارات المتعلقة بالامتلاكات لا ينافي في شيء جوهر الزواج. يبدو ان فرض المشرع الاختيار على الطرفيين بين نظام قانون 98 من جهة ونظام الاستقلالية بالفصل 24 من جهة أخرى يبدو متنافيا مع طبيعة القاعدة القائلة بأنه في صورة عدم الاختيار الصريح يكون ذلك إحالة ضمنية على النظام القانوني المكمل أي نظام الفصل 24 م أ ش.

يبدو أيضا في النهاية أن فرض هذا الاختيار من طرف المشرع من شأنه أن

يؤدي إلى افراغ مؤسسة خيار الشرط من كل محتواها على الأقل فيما يتعلق بالاموال والممتلكات.

II- الواجبات :

الواجبات هي مفروضة من المشرع بحيث تكون القاعدة القانونية فيها أمرة وكثيرا ما تتعلق بالنظام العام ولعل خير دليل على ذلك أن جملة هامة من هذه الواجبات جعلها المشرع مشفوعة بعقاب جزائي صارم، ومن المعلوم أن العقاب الجزائي يمثل رمزا للنظام العام، لكن أغلب هذه الواجبات بقي على صبغته المدنية البحتة ولم يشغفه المشرع بعقاب جزائي، لكن ذلك لا ينقص في شيء طبيعته الأمرة والمرتبطة بالنظام العام.

أ- الواجب المشفوع بعقاب جزائي :

هو واحد الأمر في هذه الناحية هو واجب الإخلاص. أما واجب الإنفاق المحمول على الزوج فهو مشفوع أيضا بعقاب جزائي في صورة عدم احترامه. إلا أنه واجب ناتج عن الدورول وليس مستقلا عنه.

بقي واجب الإخلاص الذي أقرز جريمة الزنا وهي جريمة خاصة ولكنها سبغة في وجودها لم أش. هي أقدم من م أش بدليل أن المشرع ضمنها في المجلة رغم صبغتها الخاصة، ولكن هذه الجريمة جزائيا، تمثل على الصعيد المدني ضررا يؤدي إلى إيقاع الطلاق تضرر لفائدة القرين المخدوع. لكن ما ينبغي الإشارة إليه هو أن الفعل الذي يمكن أن يكون في حد ذاته ضررا مؤديا إلى إيقاع الطلاق للضرر، ليس دوما محققا للركن المادي لجريمة الزنا حسبما حددته محكمة التعقيب.

المحكمة المدنية المختصة بالنظر في قضية الطلاق ليست بالضرورة مقيدة بما قد تقضي به المحكمة الجزائية من عدم سماع الدعوى العامة، أي أنه في صورة ما اذا قضت المحكمة الجزائية بعدم سماع الدعوى ألغ أي البراءة فإن هذا الحكم لا يقيد بالضرورة المحكمة المدنية المتعبدة بالنظر في قضية الطلاق للضرر لأن نفس الفعل

يمكن أن لا يكون جريمة الزنا، لكنه كف لكي يكون الضرر مؤدي للطلاق، فالفعل المادي المكون لجريمة الزنا كيفما حققته محكمة التعقيب، ينبغي ارتباطا لقرين الزاني مع الغير بعلاقات جنسية اما مقدمات هذه العلاقة فلا تكفي لتكوين الجريمة، لكن هذه المقدمات يمكن أن تكون كافية لتحقيق الضرر المؤدي للطلاق.

جريمة الزنا تستوجب جزائيا تحقيق ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي، إضافة إلى الركن القانوني بالفصل 236 م ج.

«الركن المعنوي : بالنسبة للجرائم الغير القصدية فإذا ما وقع اغتصاب الزوجة او اعتداء بالفاحشة على الزوج فلا يكفي ذلك لتحقيق جريمة الزنا، فالركن المعنوي يعني ان العلاقة التي ارتبط بها القرين مع غير قرينه يكون قد ارتبط بها بإرادته وهو الركن القسري».

«الركن المادي : هو اتمام العلاقة الجنسية بين القرين وشخص آخر أجنبي عنه، ولكن قيام هذه الجريمة يستوجب وجود الزواج فهو شرط أولي لقيام جريمة الزنا والذي بدونه تنتفي هذه الجريمة».

وتطبيقا لذلك، لا قيام لهذه الجريمة إذا كانت هذه العلاقات قد أوتيت بين القرين وشخص آخر قبل إبرام الزواج. كما لا وجود لهذه الجريمة إذا تمت هذه العلاقات بعد انقضاء الزواج أي بعد أن يصبح الطرفان اجنبيان عن بعضهما فإذا انقضت الرابطة الزوجية بطلاق تنتفي جريمة الزنا مع صيرورة حكم الطلاق باتا أي غير قابل للطعن بأي وجه.

وهو ما يعني أيضا أن لا جريمة اذا ارتبطت المطلقة بهذه العلاقات أثناء فترة العدة، لأن العدة هنا تبتدى من تاريخ صيرورة حكم الطلاق باتا. ولكن جريمة الزنا جريمة خاصة والدليل على ذلك أن المشرع جعلها موكولة إلى القرين المخدوع، أي أن التتبعات الجزائية لا يمكن للنياية العمومية أن تثيرها في جريمة الزنا إلا بناء على شكاية يكون قد تقدم بها القرين المخدوع.

المشرع مكن من حق العفو على القرين المذنب وهذا العفو يمكنه ان يوقف التتبعات في صورة بدئها. كما أنه أيضا يمكن أن يوقف اثرا المحاكم أي يوقف تنفيذ العقوبة إذا كان الحكم قد صدر في شأنها. ولا يلزم القرين المخدوع عن تراجعه في اثاره التتبعات.

ولعل السبب في ذلك راجع إلى إرادة المشرع في تمكين القرين المخدوع من فرصة المحافظة على الروابط الأسرية.

ب- الواجبات ذات الطابع المدني البحت :

أغلب هذه الواجبات نظمها الفصل 23 م أ ش الذي لقبه شراح القانون "بدستور العائلة" وهذا الفصل ورد تحت عنوان فيما يجب على كل من الزوجين على صاحبه، والملاحظ في هذا الفصل عند قراءته أن المشرع وضع في عتبه واجب المعاملة بالمعروف وإحسان العشرة وعدم إلحاق الضرر بين القرينين. هذا الواجب كان قبل التفتيح في 93/7/12 كانم حمولا بالأساس على الزوج أكثر من تزوجة اما منذ هذا التاريخ، أصبح المشرع يسوي بين الزوجين وذلك تأكيدا منه لفرضه لإقرار المساواة بين الطرفين، وهو ما يبدو أيضا أن المشرع المغربي قد تأثر به، ذلك أن الفقرة 2 لمادة 51 من مدونة الأسرة المغربية الصادرة في 2004/2/5 لدى اعتراضها جملة الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين نصت صراحة على المعاشرة بالمعروف، وببذل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة، كما يؤسس أيضا الفصل 23 إلى واجب الانفاق المحمول على الزوج بصورة رئيسية والزوجة بصورة ثانوية إذا كان لها مال وهو انفاق يشمل الزوجة والأبناء، وإلى جانب ذلك يشير الفصل 23 بصورة عامة بوجوب أن يقوم الزوجان بالواجبات الزوجية طبق العرف والعادة.

ونلاحظ كيف أن المشرع لم يجد بدا من الإحالة على العرف والعادة. وذلك من منطلق أن الزواج ليس مؤسسة قانونية وضعية فقط. بل كذلك القانون الطبيعي بمختلف مدارسه الدينية منها والعقلانية كما أفرتها أيضا جميع التقاليد والأعراف في كافة

أرجاء المعمورة.

لكن الجديد الذي جاء به الفصل 23 هو وجوب أن يتعاون الزوجان على القيام بتسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية.

ويبدو أيضا أن المشرع المغربي قد اقتدى بالمشرع التونسي. لأن الفقرة 3 المادة 51 مدونة مع نصت لتحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال الفقرة 4 تضيف وجوب التشاور في اتخاذ القرارات بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل.

نفس هذا الاتجاه سارعت إليه الم الفرنسية في أسير فيه من خلال الفصل 213 م

م ف بعد تنقيحه بقانون 4 جوان 94 " Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils- pouvoient à l'éducation des enfants et préparent leur savenirs.

لكن الفصل 23 جاء بشيء جديد آخر هو حذف واجب الطاعة الذي كان معمولاً به قبل تنقيح 93/7/12 لكن الملفت للانتباه هو إبقاء المشرع على موقفه.

وهو ما يتأكد من الفقرة الأخيرة من الفصل 23 وذلك عند الحديث عن واجب الاتفاق المحمول على الزوج بشكل رئيسي وذلك بصفته رئيساً للعائلة.

وإذا كان البعض من شراح القانون يرون أن واجب الطاعة قد ألغي فعلاً وأن رئاسة العائلة التي أبقاها المشرع لفائدة الزوج تقتصر فقط على انفاقه على زوجته وأبنائه منها على قدر حاله.

إلا أن الأغلبية يعتبرون أن واجب الطاعة ولئن ألغي شكلياً إلا أنه لم يلغى واقعياً. فواجب الطاعة بقي بصورة غير مباشرة من خلال رئاسة الأسرة هذه الرئاسة التي لا يمكن أن تقتصر على الإنفاق، وإنما الإنفاق هو إحدى النتائج المنجزة عن هذه الرئاسة، فعندما يقول المشرع "وعلى الزوج، بصفته رئيس العائلة، أن ينفق على زوجته..." هذا القول يحمل في طياته تمثيلاً واضحاً على أن الزوج إذا كان مطالباً

بالانفاق، على الأسرة فلأن من مشمولات رئاسة هذه الأسرة أن ينفق النيس على المروؤس: وهو ما يعني ان الانفاق ليس النتيجة الوحيدة لهذه الرئاسة بل نتيجة من بين النتائج الأخرى، لو أن المشرع لم يكن يعتبر أن رئاسة العائلة أوسع في مشمولاتها من أن تقف عند حدود واجب الانفاق على الأسرة لما كان أسند هذا اللقب إلى الزوج ولكان اقتصر على التصييص فقط على أنه على الزوج ان ينفق على زوجته وأبنائه. ما الذي كان يمنع المشرع من إلغاء هذه المؤسسة لو لم تكن تتجر عنها فعلا نتائج تتجاوز حدود وجوب الانفاق ؟

واجب الانفاق مرتبط دائما بواجب الطاعة وهو مدلول قوله تعالى في سورة النساء "الرجال قوامون على النساء بما أنفقوا من أموالهم" فحق القواماة الرئاسة الذي يتمتع به الرجل يقابله واجب حصول عليه نحو زوجته وهو أن ينفق عليها. كذلك أيضا واجب الزوجة في طاعة زوجها يقابله الحق الذي تتمتع به نحو زوجها في الانفاق عليها.

وهذه الآية تؤسس إلى نظرية قانونية هامة يقوم عليها القانون المدني هي نظرية التوازن بين الدائنين القانونيين والاق. فالنفوق في الحقوق من جهة ينبغي بالضرورة أن يقابله نفوق في المال من جهة أخرى.

يمكن أيضا أن نتأكد من هذا التأويل بالرجوع إلى إرادة المشرع أي مداولات مجلس النواب في خصوص قانون 12 جويلية 93. فالرجوع إلى هذه المداولات لتبين أن وزارة العدل في رنودها تعتبر أن مشروع ق 93 لا ينفي واجب الزوجة في طاعة زوجها، فلقد جاء في رد الوزارة على هذا المشروع قولها "القيام بالتواجبات الزوجية المعلومه حسبما يقتضيه العرف والعادة من انفاق بالنسبة للزوج وطاعة بالنسبة للزوجة" وهو ما يعني أن الإبقاء بالتعبير بالعرف والعادة في ضمنه تكريس للاوضاع القائمة التي تقتضي ان يقوم كل واحد من الزوجين بواجبه في نطاق ما أعد اليه. هذا التأويل من شأنه أن يمكن من الخروج من المأزق الذي قد توول اليه الامور لما لا

يتفق الزوجان على رأي موحد فيما يخص تدبير شؤون الأسرة أو تربية الأبناء لأن الكلمة ستكون في النهاية إلى رئيس العائلة الذي من الممكن أن نعتبر أن له صوتاً مرجحاً عند الاختلاف وإلا سوف نكون أمام صعوبات يمكن أن تطرح على مستوى التطبيق يصعب حلها، فعند الاختلاف في الرأي بين الزوجين فهل الأمر سيرفع إلى القضاء فيه، وإذا كان نعم فإلى أي جهة قضائية يجب الذهاب. قاضي الأسرة ؟ -
النفى لأنه قضاء استثنائي واختصاصاته استثنائية ومحدد بنص خاص وصريح، والمشرع لم يدرج بينها صور الاختلاف بين الزوجين، لذلك فإن قاضي الأسرة لا يعتبر مؤهلاً للبت في هذه النزاعات لا من منطلق اختصاصه في مجلة حماية الطفل أو في م.أ.ش.

القضاء الاستعجالي ليس مختصاً لن من شروط اختصاصاته أن تتم الطلبات بموجب الإسراع في البت فيها وهو ما يتوفر في هذه الصيغة. لكن الشرط الذي لا يتوفر أن لا يتعلق الأمر بالأصل لأن النظر في الاختلافات بين الزوجين في تدبير شؤون الأسرة يستدعي حتماً الخوض في الأصل.

هل هو قاضي الناحية ؟ الجواب أيضاً بالنفي لأن قضاء الناحية متقيد بنص خاص وصريح لن اختصاص محدد استثنائي ولا نجد من خلاله الاختلافات بين الزوجين.

هل هي المحكمة الابتدائية ؟ نعم باعتبار ما تتمتع به هذه المحكمة من شمولية الاختصاص، لكن على المستوى العملي السؤال هو : كيف يمكن أن نتصور المحكمة الابتدائية تبت في مثل هذه النزاعات ؟ هل بالالزام بالتنفيذ ؟ - الجواب غير قاطع لأن هناك صور لا تقبل التنفيذ على الذات.

ثم ما هي طبيعة هذا الاختصاص ؟ هل هو قضاء ولائي يقع في شكل اذن على عريضة أم هو قضاء تنازعي يأتي في إطار قضية عدلية تتوج بحكم يكون قابلاً للطعن فيه سواء بأوجه الطعن العادية والاستئناف والاعتراض وكذلك الغير عادي

وهي التعقيب ؟ والسؤال الأكثر حدة، كيف من الممكن للقضاء فض مثل هذه النزاعات التي تحصل بين الطرفين بطريقة تكاد تكون يومية ؟
لا يمكن أن نتصور القضاء قادرا على حل مثل هذه النزاعات لأن النزاعات التي من الممكن رفعها إلى القضاء للبت فيها هي المتعلقة باستحقاق النفقة أو بإسناد حضانة أو بإيقاع طلاق، فهذه النزاعات هي التي تعود عليها القضاء وهي التي أقرها المشرع المغربي من خلال المادة 52 مدونة الأسرة التي جاء فيها "عند 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 94-97 بعده المسطرة في التشريع المغربي هو الاجراءات والمقصود في هذه السادق مسطرة الشقاق هو اجراءات دعوى الطلاق).

أما واجب المساكنة فقد استنبطه فقه القضاء من الفصل 23 من العرف والتعادة لأن من طبيعة العلاقة الزوجية حسبما درج عليه العرف وجرت به العادة أن يتسكن الزوجان تحت سقف واحد وهو جرت عليه. أما المشرع المغربي فخير أن ينص على هذا الواجب صراحة بنفس المادة 51 فقرة 1 بقوله وجوب المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، واحسان كل منهما وإخلاصه للآخر بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل. كما أنه أيضا مما ينجر عن واجب المساكنة من صعوبات مسألة اختيار مقر الزوجية فهل أن الاختيار من ممتلكات الزوج أو الزوجة ؟ ثم لمن ستكون الكلمة عند الاختلاف ؟ ثم هل يحق للزوجة الامتناع في المساكنة منغللة في ذلك بنزاعها أو شغلها ؟

أي عندما يتضارب حق المرأة في العمل مع الواجب المحمول عليها.

جملة من الأسئلة تعاطاها القضاء بالتطبيق وكانت الأحكام الصادرة في شأنها مختلفة باختلاف الصور والحالات. قرار بلطة الذي منح النع ان الأولوية ينبغي أن تعود لواجب المساكنة من حق المرأة في شغلها مؤرخ في 80/1/8 عدد 5753. أما

في قرار عقارب اعتبرت مع التّع أن اختيار الزوج لمقر الزوجية لا يمكن أن يكون اختياراً اعتباطياً بل ينبغي عن مع الأصل أن تبحث في جدية الأسباب التي دعت الزوجة إلى عدم الالتحاق بمقر الزوجية (قرار عدد 20425 في 88/12/7). من الواجبات المشتركة أيضاً بين الزوجين والتي تكتسي صبغة مدنية بحتة ولم ينص عليها المشرع صراحة لكن تم استنتاجها من العرف والعادة نذكر حسن المعاشرة، وكذلك واجب الإغاثة عند حصول مرض أو سكروود لأحد الزوجين، هذا الواجب هو محمول حتى على الغير، لعنه منصوص عليه في المجر الجزائية وهي جريمة عدم إغاثة إنسان في خطر، فإذا كان هذا الأمر محمول على الغير فمن باب أولى وأحرى أن يكون محمولا على الزوجين.

المشرع الفرنسي اختار أن ينص عليه صراحة من خلال الفصل 212 م م ب فوله les époux doivent mutuellement fidélité, secours et « assistance ».

هذا النص يدعو إلى وجوب أن ينفق الزوجين الميسور عندما يكون الآخر معوزاً وذلك بصرف النظر عن مسألة وجوب المساهمة في الإنفاق على العائلة المحمول على الزوجين معا في نطاق الفص 214 م م ف.

الفصل الثاني : الخروج من الرابطة الزوجية :

الخروج من الرابطة الزوجية يمكن أن يحصل بإحدى الطريقتين :

- إما بصورة مفروضة على الزوجين أي دون اختيار منهما.
 - أو بصورة اختيارية منهما أو أحدهما أي بطلب منهما أو بأحدهما.
- القسم الأول : الخروج المفروض أو الغير إرادي :

(صورة الزواج الباطل)

أول سؤال يمكن طرحه يكمن في معرفة لماذا نتوقف عند صورة الزواج الباطل والحال أن الخروج المفروض من الزواج يمكن أن يحصل بأشكال أخرى غيره ؟

يمكن أن يحصل عن طريق الوفاة التي قدت لحق الطرفين معا أو أحدهما، لأن الوفاة هي حدث ينهي الرابطة الزوجية وهي حدث خارج مبدئيا عن إرادة الطرفين ولو أنه يمكن في حالات أن يكون ناجما عن إرادة أحدهما أي صورة جريمة القتل التي قد يرتكبها أحدهما على شخص آخر أو جريمة الانتحار.

لكنه مهما كان من أمر فإن هذا الحدث واذ ينهي الرابطة الزوجية فإنه يفتح باب الحديث عن مسائل متعلقة أساسا بالميراث أو أيضا بالحضانة في صورة وجود أبناء قاصرين يمكن أيضا أن يحدث الخروج المفروض في صورة فقدان، الحل في هذه الصورة جعله المشرع نفس الحل في صورة الوفاة وهو ما يمكن تبيينه من خلال الفصل 36 م أ ش المتعلق بعدة الزوجة وكذلك الفصول 81-84 م أ ش المنظمة لصور فقدان بشكل عام، وهو ما يؤدي أيضا إلى طرح مسائل متعلقة بالميراث والحضانة.

كما يمكن أيضا أن يحدث الخروج المفروض من الزواج عن طريق الحكم الصادر عن المحكمة بالتفريق النهائي بين الزوجين وذلك في قضية تعلقت بنفي النسب وانتهت إلى الحكم بقطع علاقة النسب بين الطفل وزوج والدته.

ويمكن أخيرا أن يحدث الخروج المفروض في صورة بطلان الزواج وهي الصورة التي سنركز عليها لأن لها نتائج خاصة بها.

ما هو إذا مفهوم الزواج الباطل ؟ وما هي النتائج الخاصة به والمنجزة عنها ؟

يطرح مفهوم الزواج الباطل مسألتين :

- الأولى تتعلق بتحديد صورده.

- الثانية تتعلق بنظام اثباته.

I- صور الزواج الباطل :

أول ما يجب الإشارة إليه هو أن المقصود بالزواج الباطل هو الزواج الباطل الذي لا يمكن تصحيحه أي الزواج الباطل الذي يكون البطلان فيه وجوبيا ومطلقا.

وهو ما يجعلنا نقصي صور الزواج الباطل بطلانا نسبيا وذلك لأن البطلان النسبي لا يؤدي إلى الخروج المفروض من الزواج، بل إلى الخروج الاختياري لأنه من الممكن للقرين المعني بهذا البطلان النسبي أن لا يطالب بمغادرة الزوجية مفضلا تصحيح زواجه.

واعتامل في صور الزواج الباطل الذي يؤدي إلى الخروج المفروض من الرابطة الزوجية والتي حددها المشرع يتبين أنها تنقسم إلى صنفين صنف ورد في م أ ش وتحديدا في الفصل 21 وهو ما أسماه بالزواج الفاسد، وصنف ثاني تعرض إليه المشرع في نطاق ق 57/8/1 وذلك بالفصل 36.

أ- صورة الزواج الفاسد :

الزواج الفاسد كيفما تحدث عنه الفصل 21 هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة 1 من الفصل 3 والفقرة 1 من الفصل 5 والفصول 15 و 16 و 17 و 18 و 19 و 20 من هذه المجلة.

الملاحظ في هذا النص أنه ورد يحتوي على نوعين من الفساد، نوع أول ناتج عن اعتداء الطرفين على مؤسسة الزواج من خلال اتفاقهما على التقليل من محتواها.

ونوع ثاني ناتج عن دخول أحد الطرفين أو كلاهما إلى مؤسسة الزواج بصورة غير قانونية أي دون احترام جملة الشروط التي أوجب المشرع أن تتوفر في شخص كل من المترشحين للزواج والتي إن احتلت كلا أو بعض يمنع إلى المترشح للزواج من الدخول لهذه الرابطة.

1- صور الاعتداء على مؤسسة الزواج التقليل من محتوى مؤسسة الزواج.
هذه الصورة هي متعلقة أساسا بلجوء الطرفين للاستعمال الفصل 11 م أ ش المتعلقة بخيار الشرط وذلك بإيقامهما في رسم الصداق شرطا يتنافى مع جوهر الزواج. والمشرع لم يعرف جوهر الزواج بما قد يكون جعل هذا المصطلح يحمل في

طياته مفهوماً من المفاهيم القانونية ذات المحتوى المتغير .
لكنه رغم ذلك، فإنه من الممكن أن نستنتج جوهر الزواج من جملة الغايات التي يسعى الزواج إلى تحقيقها، كما يمكن أن نستنتج جوهر الزواج من مختلف الواجبات التي يضعها الزواج على كامل الطرفين ومختلف الحقوق التي تنجر لهم من مؤسسة الزواج.

وهو ما يعني أنه لا يجوز الاتفاق بين الطرفين على أنه لا ينفق الزوج على زوجته أو على أن لا تسكن الزوجة زوجها أو على أن لا تساهم الزوجة في الاتفاق على الأسرة رغم أن لها من المال ما يكفي كمال لا يمكن أن يتفقا على أن لا ينجبا الأبناء أو على أن لا يترتب ثبوت النسب للأبناء الذين قد يقع إنجابهم. كما لا يمكن أيضاً أن يتفقا على أنهما في حل من واجب الاخلاص أو الاحترام بينهما.
كما لا يمكن أن يتفقا على أن الزوجة لا تسكن في صورة انفصال الرابطة الزوجية أو أن زواجهما لا يرتب حرمة المصاهرة، فهي اتفاقات مخالفة بجهور الزواج.

كما لا يمكن الاتفاق على التركيز على أثر أو جملة فقط من آثار الزواج وإقصاء بقية الآثار الأخرى مثل زواج المتعة أو الزواج المؤقت بشكل عام.
هذه الاتفاقات باطلة لأنها تفرغ مؤسسة الزواج من محتواها وتجعلها مؤسسة صورية. في مثل هذه الصور يعتبر المشرع أن الشرط المتفق عليه باطل من أساسه ومؤثر بدوره على الزواج برمته الذي يصبح زواجا باطلاً. فهذه الصورة بطلان الشرط يؤدي إلى بطلان الزواج وهو حل مخالف لما اقترحه فقهاء القضاء في فرنسا الذين اعتبروا أن إبطال الشرط لا ينبغي أن يؤدي إلى إبطال الزواج، بل يجب إبطال الشرط فقط والبقاء على الزواج صحيحاً وذلك حتى يقع الطرفان في الفخ الذي نصباه في الزواج.

الحل التونسي جاء مخالفاً أيضاً للمشرع المغربي فالمادة 47 مدونة الأسرة

وهو ما يجعلنا نقصي صور الزواج الباطل بطلانا نسبيا وذلك لأن البطلان النسبي لا يؤدي إلى الخروج المفروض من الزواج، بل إلى الخروج الاختياري لأنه من الممكن للقرين المعني بهذا البطلان النسبي أن لا يطالب بمغادرة الزوجية مفضلا تصحيح زواجه.

والمتمثل في صور الزواج الباطل الذي يؤدي إلى الخروج المفروض من الرابطة الزوجية والتي حددها المشرع يتبين أنها تنقسم إلى صنفين صنف ورد في م أ ش وتحديدا في الفصل 21 وهو ما أسماه بالزواج الفاسد. وصنف ثاني تعرض إليه المشرع في نطاق ق 57/8/1 وذلك بالتفصيص 36.

أ- صورة الزواج الفاسد :

الزواج الفاسد كيفما تحدث عنه الفصل 21 هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة 1 من الفصل 3 والفقرة 1 من الفصل 5 والفصول 15 و16 و17 و18 و19 و20 من هذه المجلة.

انملاحظ في هذا النص أنه ورد يحتوي على نوعين من الفساد، نوع أول ناتج عن اعتداء الطرفين على مؤسسة الزواج من خلال اتفاقهما على التقليل من محتواها.

ونوع ثاني ناتج عن دخول أحد الطرفين أو كلاهما إلى مؤسسة الزواج بصورة غير قانونية أي دون احترام جملة الشروط التي أوجب المشرع أن تتوفر في شخص كل من المترشحين للزواج والتي إن احتلت كلا أو بعض يمنع إلى المترشح للزواج من الدخول لهذه الرابطة.

1- صور الاعتداء على مؤسسة الزواج بالتقليل من محتوى مؤسسة الزواج.

هذه الصورة هي متعلقة أساسا بلجوء الطرفين للاستعمال الفصل 11 م أ ش المتعلقة بخيار الشرط وذلك بإقحامهما في رسم الصداق شرطا يتنافى مع جوهر الزواج. والمشرع لم يعرف جوهر الزواج بما قد يكون جعل هذا المصطلح يحمل في

طياته مفهوما من المفاهيم القانونية ذات المحتوى المتغير .
لكنه رغم ذلك، فإنه من الممكن أن نستنتج جوهر الزواج من جملة الغايات التي يسعى الزواج إلى تحقيقها، كما يمكن أن نستنتج جوهر الزواج من مختلف الواجبات التي يضمنها الزواج على كاهل الطرفين ومختلف الحقوق التي تتجر لهم من مؤسسة الزواج.

وهو ما يعني أنه لا يجوز الاتصال بين الطرفين على أنه لا ينفق الزوج على زوجته أو على أن لا تسكن الزوجة زوجها أو على أن لا تساهم الزوجة في الاتفاق على الأسرة رغم أن لها من المال ما يكفي كمال لا يمكن أن يتفقا على أن لا ينجبا أبناء أو على أن لا يترتب ثبوت النسب للأبناء الذين قد يقع إنجابهم. كما لا يمكن أيضا أن يتفقا على أنهما في حل من واجب الاخلاص أو الاحترام بينهما.
كما لا يمكن أن يتفقا على أن الزوجة لا تعتمد في صورة انفصال الرابطة الزوجية أو أن زواجهما لا يترتب حرمة المصاهرة، فهي اتفاقات مخالفة بجهور الزواج.

كما لا يمكن الاتفاق على التركيز على أثر أو جملة فقط من آثار الزواج وانصاء بقية الآثار الأخرى مثل زواج المتعة أو الزواج المؤقت بشكل عام.
هذه الاتفاقات باطلة لأنها تفرغ مؤسسة الزواج من محتواها وتجعلها مؤسسة صورية. في مثل هذه الصور يعتبر المشرع أن الشرط المتفق عليه باطل من أساسه ومؤثر بدوره على الزواج برمته الذي يصبح زواجا باطلا. في هذه الصورة بطلان الشرط يؤدي إلى بطلان الزواج وهو حل مخالف لما اقترحه فقهاء القضاء في فرنسا الذين اعتبروا أن ابطال الشرط لا ينبغي أن يؤدي إلى ابطال الزواج، بل يجب ابطال الشرط فقط والبقاء على الزواج صحيحا وذلك حتى يقع الطرفان في الفسخ الذي نصباه في الزواج.

الحل التونسي جاء مخالفا أيضا للمشرع المغربي فالمادة 47 مدونة الأسرة

جعلت الشرط باطلا والزواج صحيحا وذلك بقولها "الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خلاف القواعد الأمرة للقانون، فيعتبر باطلا والعقد صحيحا".

هذا الحل تبناه أيضا المشرع الجزائري من خلال المادة 35 ق الأسرة الذي جاء فيه "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا". ولعل السبب في الاختلاف بين التشريعين المغربي والجزائري من جهة والتونسي من جهة أخرى يكمن في الصيغة العقدية للزواج في نظر المشرعين المغربي والجزائري وصيغة المؤسسة التي أصبح عليها في التشريع التونسي.

2- صورة الدخول غير القانوني إلى مؤسسة الزواج :

هذه الصورة تتمثل في فقدان الرضى في الزواج أي الإخلال بالفقرة 1 ف 3 م أ ش والتي يعتبرها الفقه عامة أنها تمثل ثورة. على حق الجبر الذي كان يمارسه الولي على منظورة وخاصة على منظورته وذلك بإجبارها على الزواج من الشخص الذي يختاره لها بنفسه حتى غن لم تكن رغبة في الزواج منه.

كذلك صورة الفقرة 1 ف 5 أي وجود مانع من الموانع الشرعية.

كذلك صور الفصول من 15 إلى 20 وهي صور تتعلق بموانع الزواج المؤبدة والمؤقتة ولا تقبل الترخيص ولا الاستثناء بحيث تؤدي جميعها إلى إبطال الزواج ابطلا أليا ووجوبيا.

ب- الزواج المخالف لصنيع القانونية :

ما هي الصور التي مكن أن تعتبر أن الزواج الذي قد أبرم فيها بصورة مخالفة للصنيع الشكلية التي أوجبها القانون ؟

الجواب يتطلب التمييز بين هذه الصور وبين حالات أخرى مجاورة لها ولكنها لا تمثل زواجا باطلا لأنها مختلفة عنها.

I-تحديد حالات الزواج المخالف للصيغ القانونية الشكلية :

انطلاقاً من الفصل 31 قانون حالة مدنية 57/8/1 يعتبر الزواج صحيحاً من الناحية الشكلية إذا وقع إبرامه على النحو الذي أقره المشرع أي إذا تم بواسطة إما عدلي أو شاهد أو ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من أهل الثقة هذا إن وقع إبرامه بتونس، أما إن أبرم خارجها فإنه يكون صحيحاً إذا أبرم بين التونسيين إما بواسطة الأعوان الدبلوماسيين أو القنصلين التونسيين وهؤلاء لهم صفة المأمور العمومي مثل ضباط الحالة المدنية أو طبق القواعد المعتمدة في البلدان التي يقام فيها الزواج. والملاحظ أن احداث المشرع على امكانية العمل بالقانون الأجنبي هنا سببه مبدأ المعاملة بالمثل أي مبدأ إحالة المشرعين الأجانب على امكانية ان يبرم مواطنوهم زواجهم بالبلاد التونسية على نحو الصيغ التونسية التي أقرها قانون 57/8/1.

على هذا الأساس يصبح الزواج المخالف للفصل 31 ف 57 هو الزواج الذي لم يحرز هذه شكليات كلاً أو بعضاً من الشروط بهذا الفصل وردت مجتمعاً أي يجب احترامها كلها متبعاً لذلك يكون الزواج باطل لمخالفته الصيغ الشكلية يكون على أنواع مختلفة يمكن حصرها في الصور التالية.

1- "صورة وجود زواج أبرم بين الطرفين مع حضور شاهدين لكن دون ان يقع إبرامه بين يدي مأمور عمومي وهي صورة الزواج العرفي المعمول به قبل صدور هذا القانون. لكن حتى يكون زواجا عرفياً يجب أن تتوفر فيه شرط تسمية مير للزوجة.

2- "صورة يبرم فيها الزواج بواسطة مأمور عمومي لكن دون حضور شاهدين. هو زواج مخالف لتصنيف القانونية لكن ليس زواجا عرفياً.

3- "صورة الزواج الذي يبرم بين طرفين دون حضور المأمور العمومي ودون حضور شاهدين وهي صورة الزواد المبرم سرّاً.

الملاحظ في هذه الصور الثلاث أن أشهر لم يقع الحديث عنه كشرط يؤدي إلى

إبطال الزواج باطلا مطلقا على معنى ف 36 ق 57/8/1 والحال أن هذا الشرط جعله المشرع بصريح عبارة الفقرة 2 من الفصل 3 م أ ش شرط صحة للزواج. والسبب راجع بالأساس إلى أن المشرع لم يورد شرط تسمية المهر ضمن شروط الفصل 31 ق 57/8/1 صحيح أن المشرع جعل من هذا الشرط شرط صحة كما جعله مرتبطا بالشرط المتعلق بوجوب حضور شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر. ولكن المشرع لم يعد المشرع ذكره بالفصل 31، بخلاف شرط وجوب حضور الشاهدين الذي أعاد المشرع ذكره بالفصل 31، وتبين هنا أن التكرار أحيانا له ما يبرره. وقد يتساءل القارئ لهذا الفصل عن السبب الذي قد يكون جعل المشرع يعيد شرط وجوب وجود الشاهدين في ق 57/8/1 والحال أنه سبق التعرض إليه في م أ ش.

هل هو تكرار عفوي أم مقصود ؟

هناك قرينة تقتضي أن المشرع منزه مبدئيا عن الأخطاء ولكن يمكن له أن يخطئ. فهل يكون قد أخطأ في هذه الصورة ؟

الجواب هو بالنفي لأن المشرع قد كرر نفسه بهذه الصورة تكرار ليس

عفويا، بل مقصودا والقصد منه ليس لمزيد التأكيد على وجوب احترام هذا الشرط فقط بل لأن إدراجه ضمن الفقرة 2 ق 3 م أ ش لم يكن كافيا لجعله شرطا مؤديا في صورة الإخلال به إلى إبطال الزواج باطلا مطلقا وإلى تقرير العقوبة الجزائية المنجزة عن هذا الإبطال، فوجود هذا الشرط بالفصل 31 جاء للتدليل على أنه بدون هذا الشرط يصبح الزواج باطلا بطلانا مطلقا وغير قابل للتصحيح، ولو لم يقع إدراجه بالفصل 31 من هذا القانون لكان اعتبر هذا الشرط شرط صحة للزواج لكن يمكن تصحيحه في صورة الإخلال به لأن شرط المهر الذي ورد بجانبه في الفقرة 2 ف 3 م أ ش هو شرط يمكن تلافيه في صورة الإخلال به، ولهذا السبب يمكن تفسير الفارق بين شرط تسمية المهر من جهة وشرط حضور الشاهدين من جهة أخرى، فغياب

تسمية المهر يؤدي إلى ابطال الزواج ابطالا قابلا للتصحيح وذلكم خلال تلافيه كان يعين الحاكم للمرأة مهر المثل وهو ما درج عليه الفقه الإسلامي،
بينما غياب شرط الشاهدين يؤدي وجوبا إلى بطلان الزواج بطلانا مطلقا لا يقبل التصحيح وذلك لسببين :

1-البطلان المطلق الذي ترتيبه الفصل 36 ق 57 رتبته على الزواج الذي يكون قد أبرم بصورة مخالفة للفصل 31 ق 57 والفصل 31 لا يذكر لا شرطين :
الأول ابرام الزواج بواسطة مأمور عمومي والثاني حضور الشاهدين من أهل التقاف.

2-الفصل 21 م أش الذي عند صور الزواج انقاست حينما ذكر جملة هذه الصور التي يبطل الزواج معها بصورة وجوبية أي بطلقا، هذا الفصل لم يرد ضمن سلسلته صور الفقرة 2 من الفصل 3 م أش بل توقفت عند ذكر الفقرة 1 فقط من هذا الفصل.

وهو ما يعني ان الزواج الذي احتل فيه شرط تسمية المهر لا يمكن اعتباره زواجا فاسدا. هو زواج باطل لا محالة، لأن المشرع اشترط صراحة تسمية المهر كشرط لصحة الزواج من خلال الفقرة 2 ف 3 لكنه رغم ذلك لا يمكن اعتباره زواجا فاسدا لأنه لم يرد التعيين عليه ضمن سلسلة التزيجات الفاسدة التي حددها الفصل 21 م أش على سبيل الحصر.

ثم الفصل 22 م أش جاء معتبرا أن الزواج فاسدا الذي أشفع بالدخول يمكن أن يرتب جملة من الآثار الحصرية أولها استحقاق المرأة المهر المسمى لها ولم يتوقف المشرع عندهن الحد. بل نص على أنه اذا لم يقع تسمية مهر للزوجة فإنه يمكن لتحاكم أن يعين لها مهرا.

هذه الإمكانية التي أعطاها المشرع للمحكمة في تسمية مهر تحمل في طياتها دليلا واضحا على أن شرط تسمية مهر ولعن جعله المشرع شرط صحة للزواج إلا

أنه شرط يمكن تلافيه بصورة لاحقة إذا وقع الإخلال به عند إبرام الزواج، وهذا يعني أن تصحيح الزواج ممكن في هذه الصورة ومعنى ذلك أن البطلان لا يمكن أن يكون لا وجود ولا مطلق، وهو ما يختلف مع شرط حضور الشاهدين.

وإذا كانت صور الزواج الباطل على معنى الفصل 57/8/1 قد انحصرت في تلك الصور الثلاث، فإن هذه الصور تختلف كلياً عن صور أخرى تبدو قريبة منها. ولكن انخلط بينها وبين هذه الصور كثيراً ما وقع فيه فقه القضاء.

III- التمييز بين صور الزواج المخالف للصيغ القانونية والحالات المشابهة لها :

من خلال جملة الصور الثلاث التي استتجناها للزواج المخالف للصيغ القانونية، نشبين أن هناك قاسماً مشتركاً بينها هو رضى الطرفين في الزواج. فالطرفان إذا في هذه الصور اتفقا على أن يرتبطا بعلاقة زواج وذلك بكل ما يمكن أن ينجر عن هذه العلاقة من حقوق وواجبات بين الطرفين، وكذلك من نتائج وأثار بينهما وإزاء الغير مثل ترتيب النسب.

وانطلاقاً من ذلك وجب التمييز بين هذه الحالات وبين صورتي تدوان شبيهتين بها، الأولى هي صورة الوعد بالزواج والمواعدة به والثانية هي صورة المخادنة أو العلاقات الحرة.

أولاً : التمييز بين صور الزواج المخالف للصيغ القانونية والوعد والمواعدة بالزواج :

الوعد والمواعدة بالزواج يختلفان عن صور الزواج الباطل لإبرامه على خلاف الصيغ القانونية لأن الرضى الواقع بين الطرفين فيهما هو رضى بالزواج في المستقبل وليس في الحاضر، بينما الرضى بين الطرفين في الوعد والمواعدة بالزواج هو رضى بالزواج في الحين بما يجعل منه زواجا بآتم معنى الكلمة وليس وعد بالزواج، فالفارق بينهما إذا هو فارق نفسي مرتبط بالزمن. لكنه رغم ذلك فإن فقه القضاء عمد إلى

خرق هذا التمييز في وقت ما في العشرية الذهبية بين 63 و 73 حين اعتبرت المحاكم ومحممة التعقيب الوعد والمواعدة بالزواج زواجا باطلا لأبرامه خلافا للصيغ القانونية مخالفة بذلك الف 2 م أ ش الذي ينفي نفيا مطلقا صفة الزواج وقوته الإلزامية عن الوعد والمواعدة بالمواج.

كما خرق فقه القضاء أيضا حينها قانون 57/8/1 الذي يستوجب زواجا أي اتفاقا بين الطرفين على الزواج في الحين وليس تواعدا على الزواج، ولكن فقه القضاء كان يدرك جيدا انه بصدد خرق هاذين النصين ولكنه تهمد ذلك لأن الغاية التي سعى لها هي اثبات نسب الطفل المولود من علاقة بين الخطيبين.

ولكن فقه القضاء تراجع عن هذا التأويل منذ سنة 1973 ولم يعتبر الوعد والمواعدة بالزواج زواجا باطلا على معنى ق 57.

ثانيا : التمييز بين صور الوعد والمواعدة بالزواج والمخادنة (العلاقة الحرة) :
الملاحظ في مختلف صور الزواج الباطل ، أن الطرفين ارتضيا بالزواج وأن الحياة المشتركة بينها سوف تقوم على هذا الأساس وهو ما يشترطه المخادنة التي رتبنا كانت لها المظاهر الخارجية للزواج مثل المعاشرة والسكنة وكذلك الانفاق إنما ما يتصلها هو الرضى بالزواج، فالانفاق بينهما واقع على الحياة المشتركة بينهما فقط وليس على الانصهار في هذه الحياة بصفة زوجين. فالمخادنة يمكن إنهاؤها في كل وقت وبأية طريقة، كما أنها لا ترتب أي أثر مدني كان أم حتى جزائيا لا بين الطرفين ولا إزاء الغير. بينما الزواج يرتب جملة من الآثار حتى وإن كان باطلا لكن فقه القضاء وخاصة الجزائي اعتبر في بعض الحالات وضعية المتخادنين بمثابة الزواج الباطل لأبرامه على خلاف الصيغ القانونية، والغاية التي سعت المحاكم إلى تحقيق من وراء ذلك هو تسليط العقاب الجزائي على الطرفين لأن المخادنة لا يعاقب عنها القانون الجزائي إذا كان الطرفان قد تجاوزا السن القانونية. بينما الزواج الباطل يعاقب عنه جزائيا بالفصل 36 مكرر ق 57، من أجل تسليط هذا العقاب سعت المحاكم إلى

الخلط بين صورتين المخادنة والزواج الباطل لأبرامه على خلاف النصين القانونيين، وهو ما قرره محكمة التعقيب في قرارها الجزائي عدد 14738 المؤرخ في 86/10/9 كذلك القرار التعقيبي الجزائي عدد 15899 المؤرخ في 88/1/27 وفي هذا خلط واضح لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي لا يقبل التأويل الموسع ولا حتى القياس، وهو ما قد يكون جعل المحاكم غير مستقرة على هذا التأويل المخالف للقانون، مثل قرار عدد 37106 في 91/7/4، في هذا القرار تمسكت محكمة التعقيب بحسن تطبيق القانون وبعدم الخلط بين الزواج المخالف للنصين القانونيين وبين علاقات الحرة وذلك بقولها "إن الزواج العرفي وإن كان في جوهره زواجا باطلا، فإنه يجب أن تتوفر فيه الأركان القانونية للزواج دون كتب رسمي. وبذلك فإن المحكمة التي قضت بثبوت الإدانة معتبرة توفر أركان جريمة التزوج على خلاف النصين القانونيين، تكون قد أخطأت في تطبيق القانون".

في هذا الاتجاه قرار تعقيبي جزائي عدد 3403 مؤرخ في 28 ماي 79.

II- طبيعة البطلان المنجر عن هذه الصور :

الملاحظ في بطلان الزواج الفاسد، يقول عنه المشرع أنه وجوبي. أي يحصل أيا، هو شبيه بالبطلان المطلق المتداول في القوانين الغربية والفرنسية خاصة نظرا لحمايته للنظام العام والنظام العام المقصود به هو النظام العام التوجيهي والدليل على ذلك هو أن صور الزواج الفاسد متعلقة في مجملها بموانع زواج لا تقبل لا التصريح ولا حتى الترخيص، بدليل أيضا أن من بين هذه الصور صورة تكتسي صبغة جزائية وهي صورة الفصل 18 علما بأن القانون الجزائي هو رمز النظام العام التوجيهي مما جعل النيابة العمومية تتدخل في النزاع كطرف أصلي كمدعية في هذا النوع من القضايا ورأينا ذلك من خلال قرار مانع الرضاع الذي أكد محكمة التعقيب فيه على أن القائم الحقيقي بدعوى إبطال الزواج. لوجود مانع الرضاع. بين الزوجين ليس والد الزوج بالنيابة العمومية.

أما بالنسبة للزواج الباطل لإبرامه على خلال الصغ القانونية فهو أيضا بطلان مطلق بدليل الصيغة الأمرة التي ورد عليها الفصلان 31 و36 ق 57، وبدليل أيضا ما رصده المشرع من عقوبة جزائية تستهدف الطرفين المخالفين وهو ما يجعل النيابة العمومية مؤهلة للقيام بالدعويين الجزائية وكذلك المدنية أي إبطال الزواج عملا بالفصل 251 م ا ت وهو ما يعني أن هذا الزواج لا يقبل التصحيح.

وهو ما يؤكد في كلتا الحالتين الخروج الوجوبي من مؤسسة الزواج.

III- إثبات الزواج الباطل :

أ- عبء الإثبات :

عبء الإثبات لا يثير مبدئيا صعوبة في التطبيق لأنه قائم على كل من له صفة ومصلحة في إثبات هذا النوع من الزواج، فالزوجة مطالبة بإثبات زواجها الفاسد إن أرادت الحصول على معين مهرها. كذلك عبء الإثبات يقوم على الطفل في الزواجين الفاسد والباطل شكلا إذا رام القيام بقضية في إثبات نسب ضد من يدعي أنه زوج والدته بالاعتماد على وسيلة القرائن.

كذلك أيضا النيابة العمومية مطالبة أيضا بإثبات هذين الصنفين من الزواج عند قيامها بالدعوى المدنية المتعلقة بالابطال وكذلك الدعوى الجزائية في صورة الفصل 18 م ا ت و36 مكرر ق 57 لما ليهذين الصنفين من الزواج من مخالفة للنظام العام الشرعيني.

وإذا كان عبء الإثبات لا يثير صعوبة في التطبيق فإن كيفية الإثبات لا تخلو من صعوبات.

ب- كيفية الإثبات :

كيفية الإثبات تبدو مختلفة بين إن كان الأمر متعلقا بإثبات زواج فاسد أو إثبات زواج باطل شكلا.

1- كيفية اثبات الزواج الفاسد :

بما أن الزواج الفاسد هو زواج باطل فإن كيفية اثباته مبدئيا ستقع على طريقة الواقعة القانونية لأن الباطل سواء كان مؤسسة أو عقدا ينزل إلى مرتبة الواقعة القانونية ويتعامل معه في كيفية الإثبات مثله يتعامل مع الواقعة القانونية أي عن طريق الإثبات الحر بشتى الوسائل.

لكن على مستوى التطبيق يمكن اثبات الزواج الفاسد عمليا بنفس الطريقة التي يثبت بها الزواج الصحيح شكلا أي بالكتب الرسمي أو الحجة العادلة والسبب في ذلك أن العيب الذي أصاب هذا النوع من الزواج هو عيب تركز على الناحية الأصلية جوهرية ولم يتركز على الناحية الشكلية، بحيث بقي المطلوب في هذه الصورة هو إثبات سبب الفساد أي إما وجود مانع من موانع الزواج أو فقدان الرضى أو وجود مانع من الموانع الشرعية أو وجود شرط منافي في جوهر الزواج، أما من الناحية الشكلية فالزواج الفاسد يبدو مبدئيا مستوفيا لشكلياته.

2- إثبات الزواج المخالف للنصيغ الشكلية :

الملاحظ في هذا النوع من الزواج، أنه نظرا لبطلانه فإنه سيثبت بطريقة الواقعة القانونية أي بشتى وسائل الإثبات لأن الزواج الذي أوجب المشرع إثباته بالحجة الرسمية هو الزواج الصحيح شكلا ويمكن أن يتلقى وسائل إثبات هذا الزواج قاضي الناحية من جهة والمحكمة الابتدائية من جهة أخرى.

بالنسبة لمحكمة الناحية تتلقى هذه المحكمة ثبوت هذا النوع من الزواج في صورة واحدة هي الصورة التي تقتزن فيها الدعوى الجزائية بالدعوى المدنية أي الدعوى المتعلقة بإثارة التتبعات الجزائية ضد الزوجين المخالفين وكذلك الدعوى الهادفة إلى إبطال الزواج، أي أنه في صورة وجود تتبعات جزائية تكون قد أثبتت ضد الزوجين المخالفين فإن قاضي الناحية يقضي بتسليط العقاب الجزائي عليهما ويصرح أيضا في نفس الحكم بإبطال الزواج القائم بينهما وهو ما اقتضته الفقرة 2 ف

36 ق 57. وإذا وقعت تتبعات جزائية بمقتضى أحكام الفقرة 1 ف 36 يقع البت بحكم واحد في الجريمة وإبطال الزواج⁴.

وهو ما يعني أن قاضي الناحية مؤهل في هذه الصورة لكي يتلقى وسائل إثبات هذا النوع من الزواج.

بالنسبة للمحكمة الابتدائية يمكن لها أن تتلقى هي الأخرى وسائل إثبات هذا النوع من الزواج من أجل أن تستنتج مختلف الآثار المنجزة عنها وخاصة منها ثبوت النسب، فإذا ما رفعت لديها قضية في إثبات النسب على أساس وسيلة الفراش المتمثل في الزواج الباطل لإبرامه على خلاف الصيغ القانونية فإن هذه المحكمة مطالبة بأن تتلقى وسائل إثبات هذا الزواج حتى إذا ما اقتنعت بوجوده قضت في نفس الحكم بثبوته وبثبوت النسب. وقضاؤها بثبوت الزواج يأتي في شكل القضاء التحضيري.

ولكن القضاء في الاثنين يصدر في حكم واحد أي ضمن وثيقة واحدة.

الفقرة الثانية: آثار الزواج الباطل.

من الثابت أن البطلان يعد بمثابة العيب الذي يسلط على العقد في مستوى إبرامه أو على المؤسسة في مستوى تكوينها أي بسبب الإخلال بالشروط كلا أو بعضا التي يتكون بها العقد أو المؤسسة والتي لا يصحان إلا بها. ومن الثابت أيضا أن النتيجة المترتبة عن البطلان في مادة العقود هي إعدام العقد الباطل ومحوه من الوجود. وذلك بفعول رجعي في الزمن أي إعدام منذ تاريخ نشأته ومحو جميع آثاره واعتبار كما لم يكن هذا العقد قد وجد بثمره أي الرجوع بالطرفين إلى الوضعية التي كانت عليها قبل إبرام هذا العقد بينهما. وإذا كان المشرع قد ارتأى أن يترتب هذه النتيجة عن البطلان فلأنه يعتبر أيضا أن العقد الباطل هو عقد غير مرغوب فيه وأن آثاره سلبية لأنه يمثل تعديا على ما أوجبه المشرع من احترام جملة من الشروط يعتبرها المشرع أساسية. لعلها في كثير من الأحيان نيم النظام العام. كأن يكون العقد مثلا قد أبرم بين الطرفين ومحله أو سببه مخالفان للقانون أو للنظام العام أو الأخلاق الحميدة.

ولو كان الزواج يمثل في حد ذاته عقداً مدنياً لكان مآله في صورة بطلانه الإعدام كل نتائجه ومخلفاته. ولكن هذه الطريقة في التعامل مع الزواج لا يمكن تطبيقها عليه لأن الزواج ليس عقداً بل مؤسسة، يرتب جملة من النتائج والآثار بين الطرفين وإزاء الغير وهي آثار خاصة لأنها في مجملها آثار مادية إن هي وقعت فإنه لا يمكن الرجوع فيها ولا محوها من الوجود لذلك لا يمكن أن نتصور امكانية الرجوع بالطرفين إلى الوضعية التي كانتا عليها قبل إبرام الزواج بينهما لأن هذه النتائج لا يمكن محوها من الوجود وتجاهلها لأنها أصبحت من قبيل الواقع الذي فرض نفسه، على القانون مثلاً وجود الأبناء، وجود علاقات جنسية من الوجود، حرمة المصاهرة جميع هذه الآثار جعلت أنه لا بد على المشرع أن يأخذها بعين الاعتبار ليغلب في الزواج صبغة المؤسسة على طبيعة العقد.

ونظرية المؤسسة تقتضي التعامل مع الإبطال بحذر والحل الذي وصل إليه المشرع هو أنه أخضع المؤسسة بشكل عام والزواج بشكل خاص إلى نظام استثنائي وهو أن الزواج الباطل لا ينعقد بصورة كاملة بل بصورة جزئية فقط، أي أنه رغم بطلانه فإن هذا الزواج سوف يرتب مع ذلك جملة من الآثار التي سوف تبقى قائمة الذات.

وهو ما يعني أن هذه الآثار المترتبة عن الزواج الباطل ستترتب عنه بصورة استثنائية وليس مبدئية، لذلك يجب التعامل مع هذه الآثار على أنها من قبيل الاستثناء الذي لا يمكن التوسع فيه أي أن الآثار المترتبة عن الزواج الباطل هي تلك التي وردت على سبيل الحصر دون زيادة فيها أو نقصان.

وإذا كانت هذه الآثار قد وردت على سبيل الحصر فإنه يسهل تحديدها. لكن الملاحظ في النصوص التشريعية التي تعلقت بالزواج الباطل بصنفيه الفاسد والباطل شكلاً هو أن المشرع قد وضع لترتيب هذه الآثار جملة من الشروط.

وهو ما يتطلب منا أن نثبت من هذه الشروط ونتعرف إليها قبل استعراض

محتواها.

1- شروط ترتيب آثار الزواج الباطل :

بالرجوع إلى جملة النصوص التي تتعلق بالزواج الباطل نحدد أن هناك شرطين:
الأول يتعلق بالزواج الفاسد دون الزواج الباطل شكلا وهو شرط الدخول.
الثاني مشترك بين صنفَي الزواج الباطل.

أ- الدخول شرط خاص بالزواج الفاسد :

هو خاص به لأنه ورد بالفصل 22 م أ ش الذي أقر أنه لا يترتب على مجرد العقد أي أثر في الزواج الفاسد إنما الآثار تترتب عن الدخول في هذا الزواج أي أن الزواج الفاسد لا يترتب آثاره إلا إذا وقع الدخول.

هو خاص به لأنه أيضا بالرجوع إلى النصوص المتعلقة بالزواج الباطل شكلا وهي النصوص الواردة بفاتون 57/8/1 نجد أنها خالية من هذا الشرط.

سؤال : لماذا غاب الدخول في ق. 57/8/1 ؟

السبب قد يكون راجعا إلى أن المشرع اعتبر أن شرط الدخول حاصل بطبيعته في هذا النوع من الزواج من خلال حديث المشرع عن المعاشرة وذلك اعتبارا أن المعاشرة بين الزوجين تفترض حسب العرف والعادة ارتباطهما بعلاقات جنسية وهو ما يعني أن الدخول حاصل بين الطرفين.

ولكن شرط الدخول في الزواج الفاسد يمكن أن يثبت تساؤلان :

- الأول يكمن في معرفة هل أن هذا الشرط هو شرط حقيقي فعلا لكي تترتب عن الزواج الفاسد آثاره أم أنه شرط يمكن تجاوزه والاستغناء عنه على الأقل فيما يتعلق بأثر النسب.

إذا تأكدت حقيقة هذا الشرط. فإن السؤال الثاني هو معرفة طبيعة هذا

الدخول؟

أولاً : حقيقة شرط الدخول في الزواج الفاسد :

الذي دعا إلى طرح هذا السؤال هو التضارب الذي نلاحظه بين الفصل 22 م أ ش الذي يؤسس لهذا الشرط والفصل 7 م أ ش المتعلق بإثبات النسب وهو أثر من آثار الزواج الفاسد حسب الفصل 22 لكن الفصل 71 خلا من ذكر شرط الدخول، لعله استغنى عنه.

لقد اقتضى الفصل 22 ما يلي : يبطل الزواج الفاسد وجوباً ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر، ويترتب على الدخول الآثار التالية فقط...

انطلاقاً من تحرير هذا النص نتبين أن المشرع أكد بشكل واضح وصريح على أنه إذا تعلق الأمر بزواج فاسد فإن مجرد إبرامه لا يترتب أي أثر مهما كانت طبيعة هذا الأثر ما لم يثبت أن الدخول بين الطرفين قد وقع، وهو ما يعني أن الدخول هو الشرط المفتاح الذي يثبت وقوعه يصبح الزواج الفاسد قادراً على ترتيب الآثار بالفصل 22.

والملاحظ في هذا الفصل أن المشرع أخذ عن التشريع الإسلامي وتحديداً التشريع الإسلامي المالكي الذي يركز في مادة الزواج على تاريخ الدخول أكثر من التركيز على تاريخ الإبرام والملاحظ أيضاً أنه صريح (الفصل 22) ودقيق في اشتراطه الدخول لترتيب آثار الزواج الفاسد الأمر الذي يغلق الباب أمام التأويل.

ومن هذا المنطلق كان يمكن الاكتفاء بالفصل 22 والقول بأنه لا إمكانية في ترتيب آثار الزواج الفاسد إلا بتمام الدخول لكن هنا فصلاً آخر هو 71 م أ ش الذي جاء مندرجاً في إطار مدة الحمل المتعلقة بقريضة الفراش وهذا الفصل قدر أدنى مدة الحمل صراحة بـ 6 أشهر ينطلق احتسابها بداية من تاريخ إبرام الزواج وذلك سواء كان هذا الزواج صحيحاً أم فاسداً، فلقد نص الفصل 71 على "إذا ولدت الزوجة لتمام 6 أشهر فقط من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً يثبت نسب المولود من الزوج".

انطلاقاً من هذا نتبين أن الزواج الفاسد يرتب ثبوت النسب بمجرد أن يقع اثبات أن الزوجة وضعت مولوداً بعد مضي 6 أشهر من تاريخ إبرام هذا الزواج يعني أنه لا لزوم لاثبات الدخول لأن شرط الدخول لم يقع التنصيص عليه صراحة في هذا النص والشرط لا يفترض بل ينص عليه.

أكثر من ذلك، الفصل 71 يقصي تاريخ الدخول بما أنه ركز على تاريخ إبرام العقد. وهماي صبح التضارب قائماً بشكل واضح بين الفصل 71 و 22 علي الأقل فيما يتعلق بثبوت الذنب.

الملاحظ أيضاً في الفصل 71 أنه مستوحى أيضاً من التشريع الإسلامي لكنه جيء به من المذهب الحنفي. والمذهب الحنفي يركز في جفته في الزواج على تاريخ إبرامه أكثر من تاريخ اتمام الدخول.

وهو ما يعني أن أساس التضارب بين 22 و 71 يكمن في اختلاف المصدر الذي استمد منه كل منهما وذلك على الرغم من وحدة المصدر وهو التشريع الإسلامي إلا أن هناك اختلافاً داخل هذا المصدر، والاختلاف بين الفصحين مبناه أيضاً عدم التنسيق بين أعضاء اللجنة التي عهد إليها مشروع م.أ.ش. وقد تكون أيضاً السرعة التي انتهت بها أعمال اللجنة وضيق الوقت الذي عملوا فيه سبباً أيضاً في جعل أعضاء هذه اللجنة ينقسمون إلى قسمين أحدهما اعتنى بتقنين الأحكام المتعلقة بموانع الزواج فكان الفصل 22 والآخر بالأحكام بالنسب فكان الفصل 71. أحدهما ركز على المذهب المالكي (ف 22) والآخر على المذهب الحنفي (71).

ويبقى السؤال كيف الخروج من هذا التضارب ؟

ما هو الحل الممكن اعتماده في صورة إذا طرح على القاضي مثل هذا السؤال؟

الجواب على هذا السؤال يمكن الوصول إلى نتيجتين. الأولى هي إمكانية

حصص هذا التضارب والثانية هي صعوبة إيجاد منفذ للخروج من هذا المأزق.

- عن كيفية حصر التضارب يمكن القول إن هذا التضارب بين الفصلين يقتصر

على صورة الزواج الفاسد أما بالنسبة للزواج الصحيح فالحل واضح لا يحتمل التضارب وهو الحل بالفصل 71 أي التركيز على تاريخ إبرام الزواج. يمكن أيضا أن نقول إن هذا التضارب الحاصل في إطار الزواج الفاسد ينحصر أيضا في أثر واحد هو النسب أما بقية آثار الزواج الفاسد فلا يتعرض إليها إلا الفصل 22 وبالتالي فإن الحل فيها واضح هو تاريخ انشاء الدخول. -فيما يتعلق بالآثار النسب.

في إطار الزواج الفاسد فقط، فأى الفصلين ينبغي تغليبهما، هل يغيب الفصل 71 باعتباره فصلا جاء مواليا في الترتيب للفصل 22 فنقول إنه بحكم مجيئه مواليا للفصل 22 يكون الفصل 71 أكثر حداثة من الفصل 22 وتبعاً لذلك فإن القانون الأكثر حداثة يلغي ضمناً القانون الأسبق منه في الزمن".

هذا التمشي غير مقبول لأن المبادئ التي تنظم تطبيق القوانين في الزمن وما قد ينجر عنها من تنازع بين هذه القوانين، هذه المبادئ تتعلق بصور قوانين متلاحقة في الزمن أي في أوقات مختلفة أما فصلان من نفس القانون فيعتبران صادرين في نفس التاريخ أي توأمين وذلك حتى وإن كان أحدهما ورد موالياً للآخر لأن هذا الترتيب المعتمد داخل القانون الواحد ليس ترتيباً زمنياً لفصول هذا القانون بل هو ترتيب حسب المواد المقدمة في نفس هذا القانون.

وحدة القانون تحدث بالضرورة التساوي بين مختلف فصول هذا القانون من حيث تاريخ نشأتها، فهذه الفصول تعتبر توائم من حيث تاريخ صدورهما بحيث لا يهم من كان أسبق في الترتيب إن كان القانون الذي يجمع بينهما قانوناً واحداً، لا يمكن إذا إعطاء الأولوية للفصل 71.

لذلك وجب البحث عن حل آخر.

هل يمكن تغليب الفصل 71 على الفصل 22 على أساس آخر كالقول إن الفصل 22 يمثل نصاً عاماً مقارنة بالفصل 71 الذي يمكن اعتباره نصاً خاصاً والخاص يقدم

دائما على العام في صورة تضارب، فالفصل 22 عام لأنه يتحدث عن جميع الآثار المترتبة عن الزواج الفاسد بينما الفصل 71 يبدو خاصا لأنه يتعلق بأثر واحد من جملة تلك الآثار وهو ثبوت النسب، بالتالي يمكن التساؤل عن مدى امكانية إعطاء الأولوية في التطبيق للفصل الخاص على الفصل العام واعتبار أن النص الخاص المنافي للنص العام يعتبر ملغيا له في حدود ما نص عليه بما قد يمكن من القول بأن شرط الفصل 22 وهو الدخول سيطبق على جميع آثار الزواج الفاسد ما عدى أثر حدوث النسب الذي لم يشترط لاثباته في الزواج الفاسد إتمام الدخول باعتبار أن الفصل 71 ألغى هذا الشرط ضمنا من الفصل 22.

-- من الصعب تأويل الفصل 22 على أنه نص عام والفصل 71 على أنه نص خاص لأن الفصل 22 جاء هو الآخر في قالب النص الخاص لأنه جاء محددا لآثار الزواج الفاسد الواحد تلو الآخر بصورة حصرية بحيث لا يمكن أن يحتمل الإلغاء الضمني ولو بصورة جزئية.

أي الفصائل يتعين تجميعه على الآخر ؟ هذه الصعوبة تضاف إليها صعوبة أخرى تتعلق بمعرفة نوع الدخول الذي يتوقف عليه ترتيب الآثار المنجزة على الزواج الفاسد ؟

ثانيا : طبيعة الدخول المرتب لآثار الزواج الفاسد :

مرة أخرى يتحدث المشرع عن الدخول ومرة أخرى يعتمد كشرط لترتيب جملة من الآثار ولكنه وبالرجوع إلى مفهوم الدخول كيفما حدثت محكمة التعقيب وضبطت محتواه يتبين أنه ذو محتوى يختلف باختلاف الصور والحالات التي طرحت على القضاء فمن دخول مادي أسسته محكمة التعقيب انطلاقا من قضية تعلقت بالنسب إلى دخول فعلي أسسته محكمة التعقيب انطلاقا من قضية تعلقت بالنفقة. وتأسيسا على هذه المفاهيم الثلاث فإن السؤال الذي من الممكن طرحه يتعلق بمعرفة ما هو نوع الدخول الذي ينبغي ترجيحه في مادة ترتيب آثار الزواج الفاسد ؟ هل هو الدخول

المادي باعتبار أن من آثار الزواج الفاسد ثبوت النسب أم هل هو الفعلي أو حتى الحكمي باعتبار أن من بين آثار الزواج الفاسد يوجب استحقاق المرأة المهر المسمى لها وهو أثر مالي شبيه بالنفقة.

أم هل أنه يتعين أن نميز بين مختلف آثار الزواج الفاسد لنخضع كل نوع منها إلى أثر معين من الدخول ؟

هذا الحل يبدو لأول وهلة مقبولا ولكنه عند التثبت منه نجده يصطدم مع قاعدة القانون جاءت بالفصل 533 م 1 ع وهي القاضية بأنه لا يمكن التمييز في ما لم يميز فيه المشرع أي إذا كانت القاعدة القانونية مطلقة جرت على إطلاقها، وتطبيقا لهذه القاعدة القانونية يمكن القول إنه طالما لم يميز المشرع بين أثر من آثار الزواج الفاسد يخضعه إلى نوع معين من الدخول فإنه يتعين إخضاع جميع هذه الآثار دون تمييز بينها إلى نفس الشرط أي إلى نفس الدخول.

في غياب حل تشريعي، يصعب اعتماد الدخول الحكمي في هذه الصورة باعتبار أن هذا النوع من الدخول وإن بدا قادرا على ترتيب نفقة الزوجة إلا أنه لا يبدو قادرا بالضرورة على ترتيب ثبوت النسب ولا على ترتيب وجوب العدة ولا على ترتيب حرمة المصاهرة لأن هذه الأشياء تتطلب منطقيا وجوب اثبات علاقات جنسية لترتيبها في مقابل ذلك يمكن اعتماد الدخول المادي باعتباره يحقق وقوع العلاقات الجنسية بين الزوجية حتميا، كما يجب أيضا اعتماد الدخول الفعلي الذي من الممكن اعتباره قرينة على وقوع هذه الاقلاق بين الزوجين وذلك من منطلق أن أهم الآثار المترتبة عن الزواج الفاسد حسب ف 22 تتأسس منطقيا على وقوع ارتباطات جنسية بين الزوجين، وحتى استحقاق الزوجة لمهرها فيعتبره فقهاء التشريع الاسلامي موقوفا على إتمام الدخول الحقيقي بين الزوجين مع العلم أن الدخول الحقيقي في نظر فقهاء التشريع الاسلامي هو الدخول الذي يفترض فيه وقوع العلاقات الجنسية حتميا أي الدخول المادي.

وتبقى هذه الافتراضات قائمة في انتظار ما سيستقر عنه التطبيقات القضائية في الزواج الفاسد. كما تبقى هذه الافتراضات خاصة بترتيب آثار الزواج الفاسد فقط أي دون الزواج الباطل لأبرامه خلافا للصيغ القانونية.

لكن المشرع في المقابل اشترط في الزواج الباطل لأبرامه كما في الزواج الفاسد أيضا شرطا آخر مشتركا بينهما لترتيب جملة الآثار المنجرة عنهما، هذا الشرط هو التصريح بالإبطال.

ب- التصريح بالإبطال شرط مشترك بين الزواج الفاسد والباطل لأبرامه على خلاف الصيغ القانونية، فإن شرط التصريح بالإبطال ورد التنصيص عليه بالفصل 36 مكرر ق 57. إذا جاء فيه ما يلي "لا ينجر عن الزواج المصرح بإبطاله بمقتضى أحكام الفصل السابق إلا النتائج التالية..."

وأما بالنسبة للزواج الفاسد فإن شرط التصريح بالإبطال وقع التعرض إليه ضمن الفقرة 3 ف 21 م أ ش وهي الفقرة المتعلقة بتكثيف العقوبة الجزائية في صورة العود. بالنسبة للمستزوجين الذين خالفوا الفصل 18 م أ ش. فقد جاء بها ويعاقب بالسجن مدة 6 أشهر الزوجان اللذان يستأنفان أو يستمران على المعاشرة رغم التصريح بفساد زواجهما علما بأن هذه الفقرة 3 ف 21 مرتبطة بالفقرة السابقة لها لا لأنها تأتي لاحقة لها في الترتيب بل لأنها تأتي نتيجة حتمية لها فهي تتحدث عن الزوجين الذين يستأنفان إلى تتبعات جزائية على معنى الفصل 18 م أ ش ثم يستأنفان المعاشرة أو يستمران عليها رغم التصريح بفساد زواجهما وذلك بعدما جاء بالفقرة 2 ف 21 "وإذا وقعت تتبعات جزائية تطبقا لأحكام الفصل 18 أعلاه فإنه يقع البت بحكم واحد في الجريمة وفساد الزواج" ولكن هل معنى هذا أن شرط التصريح بالإبطال أو فساد الزواج لأي ستوجب تحقيقه إلا في هذه الصورة أي في صورة التبعات الجزائية على معنى ف 18 م أ ش دون بقية صور الزواج الفاسد باعتبار أن المشرع لم ينص في شأن بقية صور الزواج الفاسد على شرط التصريح بالإبطال.

يبدو من البديهي أن يكون الجواب بالنفي أي أن نعتبر أن وجوب التصريح بالابطال لترتيب آثار الزواج الفاسد هو شرط مشترك بين صورة الزواج الفاسد لاختلاله بالفصل 18 م أ ش وبين بقية صور الزواج الفاسد الأخرى والسبب في هذا الاشتراك بين جميع صور 'راجع بالأساس إلى طبيعة البطلان نفسه الذي لا عمل به ولا عمل عليه إلا متى صرحته المحكمة. فالمحكمة هي التي تصرح بالبطلان بعد أن تكون قد عاينت بنفسها سبب هذا البطلان أي أنها تصرح بهذا البطلان إما بطلب ممن يهمه الأمر إذا كان البطلان المعني نسبياً أي يحمي مصلحة أحد الطرفين، وإما أن تثيره وجوباً من تلقاء نفسها ولو كان ذلك لأول مرة لدى التعقيب إن لم يثره الأطراف أو النيابة العمومية إذا كان البطلان المعني مطلقاً وعلى هذا الأساس فإنه إذا كانت جميع صور الزواج الفاسد تعد صوراً تهم النظام العام والنظام الموضوعي فإن المحكمة في هذه الصور تكون مطابقة بأن تصرح وجوباً ومن تلقاء نفسها ببطلان هذا الزواج أو بفساده، وهو ما يمكن استنتاجه من قول الفصل 22 م أ ش 'يبطل الزواج الفاسد وجوباً وهذا القول يدل دلالة قاطعة على أن شرط التصريح بالابطال أو الفساد لكي يرتب الزواج الفاسد آثاره بالفصل 22 م أ ش هو شرط بديهي لأنه موجود في طبيعة البطلان نفسه الذي أوجب المشرع أن تصرح به المحكمة لأنه من مطلق اختصاصه، وهذا أمر طبيعي لأن البطلان جزاء يسلط على العقد أو المؤسسة بسبب خلل في تكوينها، والجزاء من هذا القبيل جعله المشرع بيد المحكمة وحدها.

وهنا يطرح السؤال من هي المحكمة المختصة بالإبطال ؟

ثانياً : المحكمة المختصة بالتصريح بإبطال الزواج :

بالرجوع إلى جملة النصوص المتعلقة ببطلان الزواج بصنفيه الفاسد والباطل شكلاً نتبين أن هناك محكمتين يمكن أن تختصا بهذا إحاهما تتمتع باختصاص استثنائي في هذا المجال هي محكمة الناحية والأخرى تتمتع باختصاص مبدئي وهي المحكمة الابتدائية.

1- الاختصاص الاستثنائي لمحكمة الناحية :

هناك سؤالان يمكن أن يتبادرا إلى الذهن الأول يكمن في معرفة ما هو الأساس القانوني الذي يستند الاختصاص لقاضي الناحية ؟
الثاني هو معرفة ماهية الحالات الاستثنائية التي يختص فيها قاضي الناحية بالتصريح ببطلان أو فساد الزواج ؟

المسألة الأولى الأساس القانوني للاختصاص قاضي الناحية للتصريح بالبطلان أو الفساد :

إذا انطلقنا من قاعدة أن المسائل المتعلقة بمادة الأحوال الشخصية راجعة مبدئياً بالنظر إلى المحكمة الابتدائية لما تتمتع به هذا لمحكمة من اختصاص شامل ما عدى ما خرج عنها بنص خاص وصريح فإن السؤال المطروح يصبح متعلقاً بمعرفة النص التشريعي الخاص الذي أخرج هذه المسألة من دائرة اختصاص المحكمة الابتدائية ليدخلها في دائرة اختصاص قاضي الناحية ؟

في الحقيقة ليس هناك نص تشريعي يستد بشكل مباشر وصريح الاختصاص في مادة التصريح بالفساد أو البطلان إلى قاضي الناحية.

لكن الذي من الممكن الاستناد إليه لاعطاء قاضي الناحية هذا الاختصاص هو ما جاء بالفقرة 2 من الفصل 36 قانون 57 من جهة وما جاء بالفقرة 2 من الفصل 21 م أ ش فالفقرة 2 ف 36 ق 57 جاء فيها وإذا وقعت نتبغات جزائية بمقتضى أحكام الفقرة السابقة يقع البت بحكم واحد في الجريمة وإبطال الزواج.

بالنسبة لفقرة 2 ف 21 وإذا وقعت نتبغات جزائية تطبيقاً لأحكام الفصل 18 اعلاه فإنه يقع البت بحكم واحد في الجريمة وفساد الزواج .

ما نلاحظه من هاتين الفقرتين أنهما لا تذكران صراحة من هي المحكمة المختصة بالبت بحكم واحد فكيف إذا وصلنا إلى قاضي الناحية ؟

جواباً على هذا السؤال، اختصاص قاضي الناحية المدني أي المتعلق بالتصريح

بإبطال الزواج على معنى ق 57 وبفساده على معنى ف 21 م أ ش، هذا الاختصاص وقع استنتاجه من الاختصاص الجزائي لنفس قاضي الناحية وتحديدًا من مقدار العقوبة المسطرة على الزوجين المخالفين سواء بالنسبة للزوج على خلاف الصيغ القانونية أو التزوج بأكثر من واحدة. فبالنسبة للزوج على خلاف الصيغ القانونية، العقوبة الجزائية هي ثلاث أشهر سجنًا. وفي صورة العود تضاعف فتصبح 6 أشهر سجنًا (ف 36 ق 57). كذلك بالنسبة للزواج على خلاف الف 18 م أ ش العقوبة الجزائية هي السجن لمدة عام وعقوبة مالية بـ 240 د أو بإحدهما. وهو ما نصت عليه الفقرة 2 ف 18 م أ ش، أما في صورة العود فإن الزوجين المخالفين يعاقبان بالسجن بإضافة بمدة 6 أشهر (فقرة 3 ف 21 م أ ش).

انطلاقًا من هذه المعطيات الجزائية من جهة، واعتبارًا إلى أن اختصاص قاضي الناحية الجزائية محدد بنص تشريعي صريح يعتمد ترتيب الجرائم حسب خطورتها أي مخالفات ثم جنح ثم جناية.

وتبعًا لذلك فإن هناك سلمًا في العقوبات المرصودة لمختلف هذه الجرائم. نلاحظ وتطبيقًا للفصل 123 م أ ع كيفما وقع تنقيحه بموجب القانون عدد 15 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980 يتضح أن قاضي الناحية مختص بالنظر بصورة نائية في المخالفات أي الجرائم التي لا يتجاوز العقاب فيها 15 يومًا سجن أو 60 د خطية وهو ما جاء بالفصل 122 فقرة 3 م أ ج كيفما وقع تنقيحه بالقانون عدد 23 المؤرخ في 27 فيفري 89.

كما أن قاضي الناحية مختص بالنظر ابتدائيًا في الجنح التي لا يتجاوز العقاب فيها بالسجن مدة عام والتي لا تتجاوز الخطية فيها 1000 د، كما هو أيضا مختص بالنظر في بعض الجنح الاستثنائية التي أسند له القانون فيها الاختصاص بنص صريح.

أما بقية الجنح أي الجرائم التي يتراوح العقاب فيها بالسجن بين عام و5 سنوات

فهي من أنظار المحكمة الابتدائية في دوائرها الجناحية كما أصبحت أيضا المحكمة الابتدائية تختص بالنظر ابتدائيا في الجنايا أي في الجرائم التي يقوم فيها العقاب بالسجن 5 سنوات وقد يصل إلى الإعدام.

انطلاقا من هذه المعطيات يمكن ان نقول إنه إذا كان قاضي الناحية مختص بالنظر جزائيا إلى حدود العقاب بالسجن مدة لا تفوق سنة من جهة وإذا كان العقاب المساط على المتزوج على خلاف الصيغ القانونية لا يفوق في أقصى الحالات الـ 6 أشهر سجنا وإذا كان أيضا المتزوج بأكثر من قرين في نفس الوقت يخضع إلى عقاب بالسجن لا يفوق السنة و 240 د خطية، انطلاقا من ذلك يتضح أن المحكمة المختصة بالنظر جزائيا في جريمة التزوج على خلاف الصيغ القانونية كما في جريمة التزوج بأكثر من قرين هي محكمة الناحية.

ومن جهة أخرى: إذا كانت الفقرة 2 ف 36 ق 57 قد اقتضت صراحة أن ثبت في الجريمة وإبطال الزواج بالنسبة للزواج على خلاف الصيغ القانونية يقع بحكم واحد فمعنى ذلك أن الحكم الجزائي والحكم المدني سيصدران موحدين.

كذلك أيضا إذا كانت الفقرة 2 من الفصل 21 م أ ش قد اقتضت أيضا أنه يقع ثبت بحكم واحد في الجريمة وفساد الزواج بالنسبة لمن تزوج خلافا للفصل 18 فإننا نستنتج أن قاضي الناحية هو المختص بالنظر مدنيا بالتصريح بفساد الزواج لأن الحكم الجزائي سيكون محتويا على الحكم المدني في نفس الوقت.

المسألة الثانية : تحديد صور اختصاص قاضي الناحية بالتصريح بإبطال أو بفساد :

بالرجوع إلى الفقرة 2 ف 21 م أ ش والفقرة 2 ف 36 ق 57. هناك استنتاجان :

*الأول هو أن الاختصاص الذي يتمتع به قاضي الناحية في مادة التصريح بإبطال الزواج يختلف بين صورة الزواج الباطل على معنى ف 36 وصورة الزواج

الفاقد على معنى ف 21 وجه الاختلاف أنه في الصورة الأولى (الزواج الباطل شكلاً) اختصاص قاضي الناحية هو شامل أي يشمل جميع صور الزواج المخالف الصيغ القانونية، بحيث يشمل هذا الاختصاص الزواج الذي أبرم على غير يدي الأمور العمومي وكذلك الزواج الذي خلا من الشاهدين وكذلك الزواجا لخالي من الشرطين معاً، لكنه اختصاص محدود بالنسبة للصورة الثانية، لأن الاختصاص الراجع لقاضي الناحية لا يتعلق في مادة فساد الزواج إلا بصورة واحدة هي الصورة التي انحصر سبب الفساد فيها بالاخلال بالقانون 18 م أش أي الزواج بأكثر من قرين في نفس الوقت. أما بقية صور الزواج الفاسد الأخرى مثل الزواج المبرم بين أخوين من الرضاغة أو المصاهرة أو اقتران رسم الصداق بشرط ينافي جوهر العقد فهذه الصور الأخرى لا يختص قاضي الناحية بالتصريح بفساد الزواج فيها والسبب في هذا الحصر راجع إلى أن الفقرة 2 ف 21 ربطت ربطاً وثيقاً اختصاص قاضي الناحية بالتصريح بفساد الزواج بوقوع التتبعات الجزائية، والملاحظ في الفصل 21 و 22 أن التتبعات الجزائية لا تشمل من صور الزواج الفاسد سوى صورة واحدة هي صورة الزواج المخالف للفصل 18 م أش وهو ما أكدت عليه الفقرة 2 ف 21 بقولها "وإذا وقعت تتبعات جزائية تطبيقاً للفصل 18 أعلاه".

* الثاني هو أن اختصاص قاضي الناحية المدني أي المتعلق بالتصريح بالابطال على معنى ف 57 والتصريح بالفساد على معنى الفصل 21 جاء مقترناً بالاختصاص الجزائي، ومعنى ذلك أن قاضي الناحية لا يختص بالنظر في التصريح بالبطال شكلاً أو بالفساد إلا في الصورة التي تكون فيها أثرت فيها التتبعات الجزائية ضد الزوجين المخالفين. ومن هذا المنطلق إذا كان اختصاص قاضي الناحية المدني مقيداً باختصاصه الجزائي أي بمدى تعهده بالبت في الدعوى العمومية أي في الصور التي تكون فيها الدعوى الجزائية قد أثرت ضد الزوجين فمعنى ذلك أنه في صورة عدم وجود تتبعات جزائية ضد الزوجين المخالفين كأن تكون الدعوى العمومية قد انقرضت

بمرور الزمن أو بوفاة الطرفين، فإن قاضي الناحية فإن النتيجة الحتمية لذلك هي أن قاضي الناحية يفقد اختصاصه المدني، والسبب في فقدان هذا الاختصاص هو أن اختصاصه المدني اختصاص استثنائي في هذه المادة، هو اختصاص بالتبعية للدعوى الجزائية من جهة واختصاص استثنائي في مادة أش من جهة أخرى، وفي كلتا الصورتين فإنه لا يمكن تأويله بصورة موسعة، ونتيجة لذلك فإنه في صورة عدم إمكانية إثارة التبعات الجزائية ضد الزوجين وانقراض الدعوى العمومية فإن الاختصاص بالتصريح بالبطالان شكلا كما بالفساد أصلا يعود من جديد إلى المحكمة الابتدائية وبصورة آلية، لأن هذه المحكمة تتمتع بشمولية الاختصاص.

2- الاختصاص المبدئي للمحكمة الابتدائية :

تختص المحكمة الابتدائية بالتصريح ببطالان الزواج كما بفساده ولها أن تمارس هذا الاختصاص في مجاله هما :

- الأول تشترك فيه مع قاضي الناحية وهو المجال الذي يكون فيه الزواج البطل أو الفامد مشفوعا بعقوبة جزائية.

- الثاني تنفرد فيه المحكمة الابتدائية وحدها بهذا الاختصاص دون أن يشاركها فيه قاضي الناحية وهو المجال الذي لا وجود فيه لعقاب جزائي، فالأما في ما يتعلق بالمجال المشترك مع قاضي الناحية فإنه إذا انطلقنا من قاعدة أن قاضي الناحية يختص بالنظر في هذه المادة بصورة استثنائية وأن الاختصاص الاستثنائي هو اختصاص مقيد أي لا يحتمل التوسع فيه. فمعنى ذلك أن قاضي الناحية لا يختص بالتصريح بالبطالان كما بالفساد إلا متى كانت الدعوى الجزائية قد أثبتت أمامه ولم تكن قد انقرضت بسبب من أسباب انقراضها. ومن هذا المعطى يتبين أن المحكمة الابتدائية تسترجع مباشرة ووجوبا اختصاصها في التصريح بالابطال والفساد في الصور التي يتبين فيها أن الدعوى الجزائية قد انقرضت فعلا إمام وفاء الزوجين أو بمرور الزمن.

إذا كانت المحكمة الابتدائية تسترجع اختصاصها في الصورة التي تنقرض

فيها الدعوى الجزائية فإن عليها ان تثبت من ذلك، فإذا طرح عليها قضية في اثبات الزواج الباطل أو في الزواج الفاسد في الصور التي يكون فيها الابطال أو الفساد مشفوعا بعقاب جزائي فإن على المحكمة الابتدائية ان تثبت من عدم انقراض الدعوى العمومية بحيث يكون من واجبها عند التأكد من عدم انقراض الدعوى العمومية أن تحمل ملف القضية على أنظار النيابة العمومية تطبيقاً للفصل 251 م ا م ت وهي حالة من حالات الإحالة الوجوبية نظراً لتعلق القضية بوجود جريمة جزائية. وفي هذه الصورة تكون المحكمة الابتدائية مطالبة بأن نقضي بالتخلي عن النظر في دعوى ثبوت هذا الزواج لعدم الاختصاص والسبب هو أن وقت اختصاصها لم يحن بعد وإذا كانت المحكمة الابتدائية مطالبة بأن نقضي بعدم الاختصاص فإن السبب في ذلك أن اختصاص قاضي الناحية الاستثنائي هو اختصاص خاص بينما اختصاص المحكمة الابتدائية هو عام والقاعدة القانونية تقتضي أنه في صورة تنازع الخاص مع العام فإن الأولوية للخاص أما بالنسبة للمجال الذي تتفرد فيه المحكمة الابتدائية بالتصريح بالبطال بصورة مبدئية وأصلية ودون ان يشاركها فيه قاضي الناحية، فهذا المجال يتعلق بجميع الصور التي لم يقرن فيها المشرع الجزاء المدني بالعقاب الجزائي على الزوجين.

تطبيقاً لذلك، إذا كان المشرع قدر صد العقاب الجزائي على الزوجين المخالفين في جميع صور الزواج الباطل شكلاً من جهة وفي صورة الزواج الفاسد لاخلاله بالفصل 18 من جهة أخرى، فمعنى ذلك أن مجال اختصاص المحكمة الابتدائية بصورة مبدئية وأصلية أي دون مشاركة قاضي الناحية، سيكون منحصرًا في الزواج الفاسد فقط دون الزواج الباطل شكلاً وتحديداً في جميع صور الزواج الفاسد على معنى الفصل 21 م أ ش ما غدى صورة واحدة هي صورة الاخلال بالفصل 18.

وإذا كان مطلوباً من قاضي الناحية من جهة ومن المحكمة الابتدائية من جهة أخرى أن يصرحاً ببطال الزواج كما بفساده فإن السبب راجع إلى أمرين :

-الأول هو الحيلولة دون أن يتمتع هذا الزواج الباطل أو الفاسد بعد ثبوت وجوده بشبهة الزواج الصحيح، ذلك مثلاً أن إذا افترضنا قضية في ثبوت هذا النوع من الزواج الباطل قد رفع أمام المحكمة الابتدائية لغاية إثبات النسب على أساس الزواج الباطل، فإنه إذا لم تصرح المحكمة ببطلان هذا الزواج فإنه من الممكن لهذا الزواج أن يظهر بمظهر الزواج الصحيح الذي لا شيء يمنع من إدراجه بدفاتر الحالة المدنية للزوجين بينما لما تكون المحكمة قد صرحت بإبطال هذا الزواج مع العلم أن التصريح بالبطلان هو من اختصاص المحكمة، فإنه لا يمكن لهذا الزواج أن يقع إدراجه بدفاتر الحالة المدنية بين الطرفين لأن بطلانه قد انكشف بصورة رسمية بحكم بينما لا يدرج بدفاتر الحالة المدنية لأن هذا الزواج يتمتع بشبهة الزواج الصحيح، فإنه لا يمكن أن يقع التشطيب عليه من دفاتر الحالة المدنية للطرفين إلا بموجب حكم قضائي يكون قد صرح علناً بأن هذا الزواج هو فاسد والسبب في ذلك هو أنه لا يمكن ادخل أي تغيير أو تحوير على دفاتر الحالة المدنية إلا بمقتضى حكم من المحكمة بل أن كل تغيير يقع أحداثه في دفاتر الحالة المدنية دون حكم من المحكمة المختصة يعتبر من قبيل التدليس.

الثاني في صورة التصريح بالفساد أو البطلان هو تمكين المحكمة نفسها من ترتيب مختلف الآثار التي تترتب عن الزواج الباطل شكلاً أو الفاسد لأنها آثار استثنائية وأساس استثنائها هو التصريح بالبطلان أو الفساد.

I-محتوى آثار الزواج الباطل :

إذا كان المشرع قد رتب عن الزواج الباطل على معنى الف 36 ق 57، كما على الزواج الفاسد على معنى ف 21 جملة من الآثار فما ذلك إلا بصورة استثنائية لأن المبدأ يقتضي أن الباطل لا يرتب مبدئياً أي أثر لأنه من المفروض أن يكون في حكم المعدوم، وإذا كانت هذه الآثار ستجر بصورة استثنائية فمعنى ذلك أنها وردت على سبيل الحصر بحيث لا يجوز التوسع فيها أو الإضافة إليها معنى ذلك أنه من

الممكن تعدادها، وبالرجوع إلى هذه الآثار حسب النصوص التشريعية نجدتها على صنفين. صنف من الآثار المدنية وصنف من الآثار الجزائية.

أ- الآثار المدنية :

مختلف الآثار المدنية المنجزة عن الزواج الباطل شكلا حددها الفصل 36 مكرر ق 57، أما الآثار المنجزة عن الزواج الفاسد حددها الف 22 م أ ش، والملاحظ في جملة هذه الآثار كيفما وردت في الفصلين هو أن فيها ما هو مشترك بين صنفين الزواج الباطل والفاسد وفيها أيضا ما هو خاص بالزواج الفاسد فقط.

1- الآثار المشتركة بين الزوجين الباطل شكلا والفاسد أصلا :

الف 36 مكرر ق 57 هو فصل لم يكن موجودا عند صدور هذا القانون بل أضيف إليه لاحقا وذلك سنة 1964 بمقتضى المرسوم عدد 2 لسنة 64. هذا الفصل جاء فيه "لا ينجر عن الزواج المصرح بإبطاله بمقتضى أحكام الفصل السابق إلا النتائج الآتية :

1- ثبوت النسب.

2- وجوب العدة على الزوجة وتبتدئ هذه العدة من تاريخ صدور الحكم.

3- موانع الزواج الناتجة عن المصاهرة."

أما الف 22 م أ ش فجاء فيه "يبطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلاق ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر ويترتب على الدخول الآثار التالية فقط :

أ- استحقاق المرأة المهر المسمى أو تعيين مهر لها من طرف الحكم.

ب- ثبوت النسب.

ج- وجوب العدة على الزوجة وتبتدئ هذه العدة من يوم التفريق.

دحرمة المصاهرة."

من خلال هذين النصين يتضح أن الآثار المشتركة بل الزواج الباطل شكلا والزواج الفاسد أصلا قد انحصرت في ثلاث آثار :

-ثبوت النسب.

-وجوب العدة.

-تحقيق حرمة المصاهرة.

والملاحظ في هذه الآثار الثلاث من حيث طبيعته أنها جاءت تؤكد النظرية القائمة بأن الزواج ليس عقدا بل مؤسسة حقيقية، فهذه الآثار ما كان لها أن تكون لو لم تكن آثارا مادية تتعلق بالغير ولا رجعة فيها أي لا يمكن محوها من الوجود لأنها آثارا منجزة عن ممارسة الزوجين للعلاقات الجنسية في قائم زواجها الباطل أو الفاسد وهي آثار لا يمكن محوها من الوجود كما لا يمكن تجاهلها لأنها آثار خطيرة والغير المشمولون بها لا دخل لهم فيها ولا ذنب لهم في سبب الفساد أو البطلان.

فتبوت النسب متصل بالأبناء الناتجين عن هذه العلاقات الجنسية داخل الزواج الباطل أو الفاسد أما العدة الواجبة على الزوجة فمرتبطة أيضا بالغير وهم الأبناء الذين قد يولدون من زواج آخر تبرمه الزوجة فتبي أنبطل زواجها مع شخص آخر ولم تمتد، والسبب في العدة هو عدم اختلاط الأنساب بين الزوج القديم والجديد.

كذلك أيضا حرمة المصاهرة تتعلق بالغير وهم أقارب الزوج اللذين أصبحت هذه الزوجة محرما عليهم بسبب هذا الزواج الباطل وكذلك قريبات الزوجة اللاتي أصبحن محرمات على الزوج.

لكن الزواج الفاسد أصلا يمتاز عن الزواج الباطل شكلا بأنه يرتب آثارا لا يرتبها الزواج الباطل شكلا.

2-الآثار الخاصة بالزواج الفاسد :

بمقارنة الآثار المترتبة عن الزواج الباطل على معنى الفصل 36 مكرر في 57 من الزواج الفاسد على معنى الف 22 م أش نلاحظ أن الزواج الفاسد يرتب آثارا خاصا به هو استحفاظ المرأة المهر المسمى لها أو تسمية مهر لها من الحاكم.

وهذا السؤال : لما هذا الامتياز ؟

السبب في ذلك يرجعه البعض أساسا إلى إرادة المشرع في مزيد عقاب الزوجة التي تنجراً على التزوج بطريقة كانت تعلم مسبقاً أو بطريقة كانت محمولة على أنها كانت تعلم مسبقاً طريقة مخالفة لشكليات جاء بها قانون أمر ويهم النظام العام بدليل وجود العقوبات الجزائية وهو ق 57/8/1 بحيث لا يمكن لهذه المرأة البتة أن تدعي جهلها لهذا القانون أو أن تدعي وقوعها في الغلط في فهمه لأن الغلط القانوني لا يعد به ولا يعذر به لأنه لا يعذر جاهل بجهله القانون خصوصاً إذا كان القانون المعني أمراً ويهم النظام العام. بينما لا يمكن حرمان المرأة التي تبين فيما بعد فساد زواجها من حقها في المهر لأنه يمكن أن تكون غير عالمة بسبب هذا الفساد كأن تكون مثلاً جاهلة أن بينها وبين زوجها مانع القرابة أو الرضاع وهذا الجهل هنا لا يمكن اعتباره من قبيل الغلط القانوني. لأن هذه المرأة لا تتسك بجهلها أن الرضاع مانع من مواع الزواج بل تتسك بأنها خلال فترة رضاعها كانت تجهل بأنها رضعت من نفس المرأة التي أرضعت زوجها وهو غلط واقعي ومادي بحيث يمكن أن يعذر الجاهل بجهله.

هذا السبب للفرق بين المرأة التي أبطل زواجها شكلاً وتلك التي أبطل على أساس الفساد قد يبدو في ظاهره منطقياً لكن عندما نتأمل فيه نجد أنه لا يستقيم في جميع الحالات، فإذا كان مثلاً يمكن أن تكون الزوجة قد وقعت في غلط مادي واقعي حول سبب فساد زواجها إذا تعلق هذا السبب بأحد مواع الزواج كأن تدعي مثلاً أنها لم تكن على علم بأن من أبرمت معه زواجا ما زال مرتبطاً بعلاقة زواج سابق أو أن تعتد مثلاً بأي غلط متصل بمواع زواج أخرى، فكيف من الممكن تبرير وضعية امرأة مثلاً وقع التصريح بفساد زواجها من أجل أنها أقحمت في رسم صداقها شرطاً يناقض جوهر الزواج كأن تعفي مثلاً زوجها من الاتفاق عليها أو تتفق معه على عدم المساكنة أو الاتفاق على عدم الإخلاص، في هذه الصورة أليست الزوجة محمولة على العلم بأن الشرط الذي تقحمه مخالف لجوهر الزواج؟ في مثل هذه الصورة يصبح تبرير التمييز الذي قدمه بعضهم بين المرأة المصرح ببطالان زواجها شكلاً والمرأة المصرح بفساد

زواجها أصلا تبريرا ضعيفا غير قادر على الاقتناع.

ولعله كان يجدر بالمشرع أن يدخل في هذه الصورة شيئا من التعديل في موقفه ليميز بين الحالات التي تمثل احتمال وقوع الزوجة في غلط مادي أو واقعي حول سبب هذا الفساد وفي هذه الحالات تكون مستحقة للمهر المسمى لها وبين الحالات والصور التي لا تحتمل وقوع هذه الزوجة في غلط مادي أو واقعي حول سبب فساد زواجها بحيث لا تستحق هذا المهر وتصبح في هذه الصورة على قدر المساواة مع المرأة التي أبطل زواجها شكلا.

ب- الآثار الجزائية :

من خلال النصوص التي تعرضت للزواج الباطل شكلا وكذلك أصلا، نتبين أن الآثار الجزائية تختلف بين صورة البطلان شكلا وصورة الفساد لأنها آثار عامة وشاملة بالنسبة للزواج الباطل شكلا ولكنها محدودة للزواج الفاسد.

1- الشمولية العقاب الجزائي في الزواج الباطل شكلا :

نقد نصت الفقرة 1 ف 36 ق 57 "يعتبر الزواج المبرم خلافا لأحكام الفصل 31 أعلاه باطلا ويعاقب الزوجان زيادة على ذلك بالسجن مدة 3 أشهر". انطلاقا من هذه الفقرة يتبين أن العقاب الجزائي الذي رصدته للزوجين الذين يبرمان زواجهما على غير الطريقة التي أقرها الف 31 ق 57 هو عقاب شامل لجميع صور الزواج الباطل شكلا. أي أن يسلط العقاب الجزائي إن كان الزواج قد أبرم بين مأمور عمومي ودون حضور شاهدين أو الزواج الذي قد أبرم بحضور شاهدين ولكن دون أن يكون قد أبرم على يدي مأمور عمومي أو الزواج الذي خلا من هذين الشرطين ولأن كانت نية المشرع عندما وضع هذا النص وكانت متجنية بالأساس نحو القضاء على ظاهره اجتماعيا كانت سائدة في البلاد أي ظاهرة الزواج العرفي وهي ظاهرة كانت سائدة خاصة في القرى والأرياف وكانت ليا نقائص وسلبات ثابتة يعني القضاء على الزواج الذي تتوفر فيه كافة الشروط الشكلية أي الشاهدين وتسمية مهر ولكنه لم يفع

على يدي مأمور عمومي.

إلا أن كيفية صياغة الفقرة 1 من الف 36 ق 57 جعلت العقاب أكثر عمومية لأن هذا العقاب لو يتوقف عند حد الزواج العرفي فقط بل شمل أيضا كافة صور الزواج المخالف للصيغ القانونية الشكلية.

ومما يدل على حرص المشرع على وجوب احترام هذه الصيغ الشكلية كافة، صرامة العقاب المرصود للزوجين المخالفين فهو أولا عقاب بالسجن أي عقاب سالب للحرية وليس مائيا، وهو مرشح لكي يضاعف مقدار هذا العقاب في صورة العود من 3 إلى 6 أشهر وهو ما يتضح من الفقرة 3 ف 36 ق 57، ويقول فيها: "وإذا استأنف أو استمر الزوجان على المعاشرة رغم التصريح بإبطال زواجهما يعاقبان بالسجن مدة 6 أشهر" وهو لا يقبل بأن يقضي بالتخفيف من شدتها أي لا يقبل أن يقع التخفيض من مقداره ولا يمكن أن يقضي فيه بتأجيل التنفيذ لأن المشرع اقتضى صراحة أن أحكام الف 53 م ج لا تطبق في صورة الزواج المبرم خلافا للصيغ القانون لا لأول مرة أو في العود وهو ما اقتضته الفقرة 4 ف 36 57 ولا ينطبق الف 53 م ج على المخالفات المقررة لهذا الفصل.

الملاحظ أيضا في هذه العقود أنها تدرج في اختصاص قاضي الناحية لأن العقاب المسلط لا يتجاوز من حيث مدته دائرة الاختصاص الجزائي لقاضي الناحية.

2- محدودية العقاب الجزائي في الزواج الفاسد أصلا :

من خلال الفصول التي نظمت صور الزواج الفاسد التي عددها الف 21 م أ ش ورتب آثارها الفصل 22 م أ ش نتبين أنه لا وجود لعقاب جزائي فيها إلا في صورة واحدة وهي إبرام الزواج دون مراعاة أحكام الفصل 18 م أ ش. والملاحظ أيضا في هذه الصور أنها رغم اتحادها مع صورة الزواج الباطل شكلا من حيث أن المختص بالنظر فيهما هو قاضي الناحية، إلا أنها تختلف معها من حيث نوعية العقوبة ومقدارها، فبالنسبة لجريمة الف 18 م أ ش جاءت العقوبة مزدوجة، فهي عقوبة سالبة

للحرية ومدتها عام وهي أيضا عقوبة مالية بـ 240 د بينما عقوبة الزواج الباطل شكلا عقوبة بالسجن فقط بـ 3 أشهر، وعقوبة الف 18 نص عليها المشرع في نفس هذا الفصل "فكل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق، يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها 240 د أو بإحدى العقوبتين" وإذا كان المشرع قد أراد أن يخص العقوبة الجزائية بصورة الاخلال بأحكام الف 18 دون بقية صور الزواج الفاسد الأخرى فقد يكون السبب في ذلك راجعا بالأساس إلى إرادته الثابتة في القضاء على ظاهرة اجتماعية كانت متفشية في المجتمع التونسي وهي تعدد الزوجات، أما بقية صور الزواج الفاسد الأخرى فلم تكن تثير صعوبات لأنها في مجملها كانت تكرر ما جاء في التشريع الإسلامي التقليدي، والقضاء على تعدد الزوجات هو تجديد كان للمشرع التونسي السابق في إقراره ليبقى المشرع العربي الإسلامي الوحيد الذي تجرأ على إحداث هذا التجديد لأن المنع الذي أقره هو منع مطلق فلا يقبل الاتفاق عليه من الزوجين ولا يقبل الترخيص فيه من أي جهة. ونعل ما يؤكد حرص المشرع في القضاء على تعدد الزوجات ما تميزت به العقوبة الجزائية للزوجين المخالفين رغم نسبتها إلا أنها صارمة لثلاث أسباب :

1- هي عقوبة بالسجن وخطية والقاضي فقط يحق له أن يتصرف في هذه العقوبة بهما معا أو إحداهما.

2- هي عقوبة تشمل جميع صور التعدد أي حتى وإن كان الزواج الأول باطلا شكلا والثاني صحيح أو العكس، وكذلك أيضا إذا كانا صحيحين ودور ما يتضح من خلال الفقرتين 3 و4 من الفصل 18 علما بأن هاتين الفقرتين أضيفتا للفصل 18 بموجب المرسوم عدد 1 لسنة 1964.

3- العقاب المرصود للزوجين قابل للتشديد وذلك في صورة العود حيث يستهدف الزوجان المخالفان إلى عقوبة أخرى بالسجن مدتها 6 أشهر أخرى وهو ما نصت عليه الفقرة 3 ف 21 م أ ش "وعاقب بالسجن مدة 6 أشهر الزوجان اللذان

يستأنفان أو يستمران على المعاشرة رغم التصريح بفساد زواجهما".

هناك سبب 4 : هي عقوبة لا تقبل ان يعمل فيها بظروف التخفيف، فليس بإمكان قاضي الناحية الحظ من مقدار العقاب وليس بإمكانه أن يقضي بتأجيل تنفيذ العقاب وذلك سواء كان في صورة العود أو حتى لول مرة وهو ما نصت عليه الفقرة 4 ف 21 م أ ش بالنسبة لصورة العود فنصت عليه الفقرة 5 ف 18 بالنسبة للجريمة أول مرة.

في كلتا هاتين الفقرتين، جاء في كلاهما و"لا ينطبق الف 53 من الق المج على الجرائم المقررة بهذا الفصل".

يبقى الطرف الوحيد المخفف الذي من الممكن اسعاف الزوجين المخالفين به نظرا خاصا بارتكاب الجريمة في بدايتها وليس عند العود، وهو أن بإمكان قاضي الناحية أن لا يقضي على الزوجين المخالفين بالعقوبتين معا (سجن وخطية) وإنما بإحدهما فقط لكن في صورة العود فإن العقوبة تصبح بالسجن وجوبا دون الخطية. ويبقى السؤال الوحيد الذي من الممكن أن يظل مطروحا يتعلق بمعرفة هل أن عقاب الف 18 خاص بتعدد الزوجات فقط أي بصورة الرجل الذي يتزوج بأكثر من زوجة في نفس الوقت أم أنه عقاب من الممكن سحبه أيضا على صورة تعدد الأزواج أي صورة المرأة التي تتزوج بأكثر من زوج في نفس الوقت ؟

القسم الثاني : الخروج الإرادي من الرابطة الزوجية :

في الحقيقة يجب الإشارة أولا أن الخروج الاختياري من الرابطة الزوجية أي بإرادة تلقائية من الزوجين معا أو من أحدهما يمكن في الحقيقة أن يحصل بطريقتين إحدهما استثنائية وهي الإبطال والأخرى مبدئية وهي الطلاق.

أما بالنسبة للإبطال فهو خروج استثنائي لأنه لا يمكن اللجوء إليه إلا متى توفر سببه بينما الطلاق خروج مبدئي لأنه يمكن اللجوء إليه في جميع الأحوال.

والإبطال المقصود في هذه الصورة ليس الإبطال المطلق من أجل الإخلال

بالشروط الشكلية وليس الإبطال المطلق من أجل الإخلال بالشروط الأصلية لأن الخروج من هذين الصنفين من الإبطال هو خروج اجباري، إنما المقصود من الإبطال في الخروج الاختياري هو البطلان النسبي أي الذي يتحكم في امكانية المطالبة به أحد الزوجين الذي تبين أنه محمي بهذا البطلان أو الولي بالنسبة للمحجور عليه لفسه أو حتى بالنسبة لقاصر.

والبطلان النسبي هو ذلك البطلان المنجر عن دخول الطرفين بتقنيات العقد التي قد يكون قد اعتراها عيب من عيوب الرضى أو إذا كان أحدهما قاصرا أو محجور لفسه ولم يحصل على موافقة وليه، في هذه الصورة يعتبر الخروج اختياريا لأنه لا يفرض على الزوجين وإنما هو قابل للتصحيح، وفي صورة تصحيحه تصبح عملية الدخول في مؤسسة الزواج سليمة وتبعا لذلك يمكن لهذا الزواج أن يستمر، وصورة البطلان النسبي لعيب من عيوب الرضى خلافا لما هي عليه في القانون الفرنسي لم تقرر تطبيقات قضائية، وربما السبب يتمثل في فقدان التطبيقات القضائية في تونس إلى اثنين :

1- النصوص الخاصة المتعلقة بالزواج وخاصة بم أش لم تتعرض إلى عيوب الرضى في مادة الزواج أي لم يقع إفراد الزواج بتشريع خاص في مادة عيوب الرضى في حين خصص المشرع الفرنسي نصوصا خاصة في هذه المادة (عيوب الرضى في الزواج).

و فقدان نصوص خاصة في تونس في هذه المادة يوجب الرجوع إلى النصوص العامة أي م ا ع. في فصولها المتعلقة بعيوب الرضى في مادة العقود ولكن هذه النصوص العامة قلما يكفر فيها المتقاضون المتزوجون للمطالبة على أساسها بحدث الزواج فيما بينهم.

2- سهولة الحصول على الطلاق بأيسر السبل بحيث يفضل الأزواج في غالب الأحيان تجاوز سبب الإبطال النسبي ويخبرون بالالتجاء إلى طلب الطلاق خصوصا

وإن الطلاق في القانون التونسي سبل الحصول عليه لعله يمثل حرية من الحريات الفردية التي يضمنها التشريع الوضعي، ولو أن اللجوء إلى طلب الطلاق لا يمكن أن يستقيم قانوناً إذا كان السبب الذي طلب الطلاق من أجله يمثل سبباً من أسباب المطالبة بالإبطال وهو ما أفرز صعوبات عند التطبيقات القضائية، وبعيداً عن هذه الصعوبات يبقى اللجوء إلى طلب الطلاق هو المبدأ في الخروج الاختياري من الرابطة الزوجية.

فما هو الطلاق وما هي خصائصه ؟

1- تعريف الطلاق :

لن أهمل المشرع تعريف الزواج إلا أنه لم يهتم تعريف الطلاق من خلال الفصل 29 الذي جاء فيه "الطلاق هو حل عقدة الزواج" مثل هذا التعريف يعتبره ابن حليمة مقتضياً جداً بحيث ينقصه الكثير من الدقة وهو انتقاد يبدو وجيهاً لأن هذا التعريف جاء منقوصاً فهو تعريف عام يبدو متجاوز الحقيقة الطلاق لأن الذي ينحل فعلاً بالطلاق ليس كل زواج. بل الزواج الحصري شكلاً وأصلاً.

والزوجان على قيد الحياة وفي غير غيبة ويطلب منهما أو من أحدهما. كل ذلك لكي نميز بين الطلاق وبين بقية صور الانحلال الأخرى وهي الوفاة والفقدان والتفريق الأبدي والإبطال.

وبعيداً على التعريف القانوني للطلاق وقبل أن يصبح الطلاق مصطلحاً قانونياً فإن الطلاق في حد ذاته يمثل ظاهرة اجتماعية قديمة قدم الزواج، لها جذورها في القانون الطبيعي بمختلف مدارس دينية أو عقلانية، لذلك نجده معترفاً به في جل القوانين الوضعية، لأن الطلاق حسب ابن حليمة يمثل نتيجة حتمية لتصدع العلاقة الزوجية أما الشرائع السماوية فباستثناء الشريعة المسيحية التي لا تسمح به إلا استثنائياً جداً فإن الشريعتين الإسلامية والموسوية تبيحانه ولو مع شيء من الكراهية في الطلاق وشيء من البغض من الشريعة الإسلامية. إن أبغض الحلال عند الله الطلاق.

ورغم أنه أبغض الحلال عند الله فقد أباحت أحكام التشريع الإسلامي التقليدي بل وجعلت منه حزية يمارسها الطرفان وخاصة الزوج الذي باستطاعته أن يطلق زوجته وقتما شاء وكيفما شاء أي بدون رقابة ولا غيره، وذلك لأن الزوج في التشريع الإسلامي هو الذي يملك العصمة بين يديه لذلك فهو يملك حق التطليق الفردي بإرادة منفردة منه وذلك بمجرد التلفظ به.

وإذا كانت أحكام التشريع الإسلامي تجعل من الطلاق حرية فردية فلأن السبب في ذلك راجع إلى أنه ليس للزوج في التشريع الإسلامي صيغة دينية بل صيغة مدنية بحتة ولكنه يبقى الطلاق يمثل في حد ذاته إجراء خطيرا لما قد ينجر عنه غالبا من آثار وخيمة خاصة على الأبناء من أجل ذلك اعتنت أحكام التشريع الإسلامي بتنظيمه وتفنيد قواعده بكامل الدقة، ولعل خير دليل على ذلك أن نصوص القرآن الكريم خصصت للطلاق سورة كاملة هي سورة الطلاق.

ومن منطلق أهمية الطلاق لآثاره الخطيرة حرص المشرع التونسي على الاهتمام به وتنظيمه ولعل أول إجراء اتخذ في شأنه يكمن في إخضاعه وجوبا إلى الرقابة القضائية وإعطاء صلاحيات تنطق به إلى المحكمة وحدها دون سواها. فمؤذ دخول م أ ش حيز التنفيذ أصبح الطلاق في القانون التونسي يمثل إجراء قضائيا وجوبيا وهو ما نص عليه الف 30 م أ ش لأي قع الطلاق إلا لدى المحكمة وهذا يعني أن الطلاق لم يعد قرارا فرديا يتخذه الزوج بمفرده وينطق به بنفسه، بل إجراء قضائيا لا يمكن أن يحصل إلا بعد أن تكون المحكمة قد صرحت به بموجب حكم ينبغي أن يكون قد أصبح باتا أي بموجب حكم لم يعد يقبل الطعن بأي وجه من الأوجه. وهو أيضا حكم لا يمكن أن تنطق به المحكمة إلا بعد أن تكون قد أخضعت الزوجين بصورة وجوبية إلى محاولة صلحية وذلك مهما كان السبب الذي تأسس عليه طلب الطلاق، الغاية منه محاولة إثشاء طالب الطلاق عن طلاقه، محاولة إصلاح ذات البين بينه وبين قرينه.

يعتبر الف 30 ثورة على أحكام التشريع الإسلامي التقليدية التي كانت تسمح للزوج فقط بالتطليق خارج القضاء، أما الزوجة فكانت مطالبة باللجوء إلى القضاء إن أرادت طلب الطلاق لضرر أو إن كانت تروم إيقاع الخلع بينهما إذا كان الزوج موافقا على ذلك مقابل مبلغ مالي تسدده له الزوجة.

لكن الف 30 سوى بين الزوجين واعتبر أن الطلاق لا يمكن أن يكون نفاذا في حق الزوجة كما في حق الزوج إلا متى لفظت به المحكمة نطقا باتا وهو ما يزيد في ترسيخ النظرية القائلة بأن الزواج مؤسسة تتكون بإعلان المأمور العمومي بتكوينها وينطق المحكمة بانحلالها.

ومما يزيد في تأكيد صبغة المؤسسة في القانون التونسي هو أن المشرع جعل من الطلاق اجراء قضائيا وجوبيا واجراء مقننا في أدق تفاصيله الاجرائية والجهورية وذلك في وقواعد أمرة وذلك بدءا بتحديد الأسباب التي من الممكن أن تؤدي إلى إيقاع الطلاق مروراً بالاجراءات التي ينبغي أن يمر بها وانتهاء عند الآثار التي من الممكن أن يترتبها ويؤدي إليها.

وهذه المراحل الثلاث التي هي متتالية في الزمن وتتم بها عملية الطلاق بصورة بديهية، والطلاق هو انحلال لمؤسسة الزواج التي تبين افلاسها أي عجزها عن تحقيق أهدافها لأن المؤسسة خلافا لما يراه البعض ولئن كانت محمولة منذ انطلاقها في الوجود على التواصل والاستمرار والدوام إلا أنها ليست أزلية، بل هي قابلة للحل والانحلال إن تبين فشلها وهو ما أسس له العميد Carbonnier من خلاله مقاله "Terre et ciel dans le droit F du mariage" لتصدع الأسرة أسباب حددها المشرع وعندما تتوفر هذه الأسباب ويعقد الطرفان أو أحدهما العزم على الانفصال عن بعضهما بموجب الطلاق فإن هناك اجراءات لا بد من اتباعها ضبطها المشرع بكامل الدقة، على أنه بعد الحصول على الطلاق تتحقق جملة من الآثار رصده المشرع.

الفقرة الأولى : أسباب الطلاق :

إن البحث في الأسباب الممكنة للطلاق جعل شراح القانون في فرنسا يستنتجون أن للطلاق وظائف 3 :

-الطلاق يمكن أن يكون بمثابة العقاب الذي يسلط على أحد الزوجين أو عليهما معا وذلك في صورة خرقهما أو خرق أحدهما للواجبات الزوجية كلا أو بعضا خرقا فادحا وخطيرا مثل ارتكاب أحدهما أو كلاهما جريمة الزنا وهو الطلاق العقاب.

-كما يمكن للطلاق أن يكون بمثابة اعلان الزواج عن افلاسه في تحقيق اهدافه كلا أو بعضا وذلك في الصورة التي يتبين فيها عجز أحد الزوجين عن الاضطلاع بالوظائف التي يضعها الزواج على كاهله، جسية كانت هذه الوظائف كصورة العجز الجنسي أو غير الجنسي أي العجز عن الاتفاق، وهو الطلاق للافلاس le divorcee "faillite".

-كما يمكن أن يكون علاجاً بالنسبة لزواج أصبح مريضا ولم يعد مرغوبا فيه وذلك في الصورة التي يتبين فيها أن أحد الطرفين أو كلاهما لم يعد يرغب في مواصلة العيش مع الطرف الآخر كأن يتبين لهما أنها لم يحسنا اختيار بعضهما البعض أو تبين لهما أنها لم يخطقا ليكونا زوجين أي أنهما ارتكبا خطأ فادحا في حق بعضهما البعض قررا الزواج، لذلك يكون من المستحسن علاج هذه الوضعية المريضة بالطلاق وهو الطلاق علاج "Le divorce remède".

وإذا كان شراح القانون الفرنسيين قد اجتهدوا في استنباط هذه الوظائف فإن السبب راجع لمحاولة اقناع مشرعهم الذي كاد متأثرا بالقانون الكنسي بأن الطلاق يمكن أن يكون الحل الأمثل ليس فقط عندما يكون أحد الطرفين أو كلاهما قد أخطأ في حق الآخر وإنما أيضا في حالات أخرى ليس فيها خطأ منهما وهو تيار فقهي متحرر نشأ في فرنسا ليتحدى لقانون الكنسية الذي يعتبر أن الزواج عقد أزلي.

لكنه على الرغم من هذه الوظائف التي اكتشفها شراح القانون في فرنسا ليوثروا

على المشرع الفرنسي لاقتناعه على العمل بالطلاق خاصة بين الزوجين إلا أن المشرع التونسي وقبله التشريع الإسلامي كانا سابقين للأخذ بالوظائف الثلاث وتقنينها. وإذا كان الأمر غريبا في القانون الفرنسي نظرا لتأثير القانون الكنسي، فإنه في المقابل لا يبدو غريبا على الإطلاق في القانون التونسي والتشريع الإسلامي لأن الطلاق في هذين القانونين وخاصة في القانون التونسي يعتبر حق يمارسه الطرفان على قدم المساواة وبكامل الحرية ولو كان ذلك تحت رقابة القانون وحمايته وتحت رقابة القضاء وحمايته أيضا.

وهو ما يتجلى من خلال الفصل 31 م أ ش الذي ينقسم إلى 3 فقرات :

-في الفقرتين 1 و 3 هناك تركيز لنظرية الطلاق العلاج.

-الثانية هي تركيز لنظرية الطلاق العقاب والطلاق الفلاس. وجاء بالفصل 31

م أ ش : يحكم بالطلاق :

-بتراضي الزوجين.

-بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

-بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

والملاحظ في تحرير هذا النص أنه لم يصبح على هذا النحو إلا منذ التحوير

سنة 1981 وذلك بمقتضى ق 18 فيفري 1981، وانطلاقا من الفقرات الـ 3 يمكن

أن نقول أن للطلاق في القانون التونسي أسباب قانوني ثلاثة وردت على سبيل

الحصر: الطلاق بالتراضي، الطلاق للضرر والطلاق إنشاء.

I-الطلاق بالتراضي: صورة الفقرة 1 ف 31 :

تمثل هذه الصورة اتفاق طرفين على الانفصال بدون إثارة أي نزاع بينهما

وذلك من خلال المطالبة معا بإيقاع الطلاق بينهما وهي طريقة أقرها المشرع ومن

الممكن اعتبارها طريقة متحضرة تتم عن سلوك متحضر ودرجة من الوعي بلغها

الطرفان بحيث ينفصلان في هدوء. هذه الطريقة من شأنها أن توفر في الوقت

وتختصر الاجراءات، والملاحظ في هذه الصورة أن الطرفين في الكثير من الأحيان لا يتفقان على مبدأ ايقاع الطلاق فقط، بل يتفقان أيضا بينهما على بقية فروع الطلاق وخاصة منها النفقة التي سوف تتمتع بها الزوجة خلال فترة العدة، كذلك على مسألة الحضانة وحق الزيارة في صورة وجود أبناء قصر يستحقون الحضانة.

كما يتفق الزوجان على مسألة القائمة التي تضم مختلف الأدبائش والأثاث وغير ذلك من الأشياء التي كانت على ذمة الأسرة. أما إذا كان الزوجان قد تدرجا في اطار الملكية المشتركة فإنهما يتفقان على كيفية تصفية هذا الاشتراك. لكن الذي ينبغي التأكيد عليه أن صورة الطلاق بالتراضي تمثل صورة لا تملك المحكمة فيها سوى أن تنفذ رغبة الزوجين في صورة فشلها في المحاولة الصلحية لن المحكمة في هذه الصورة بالذات لا يمكن لها أن تقضي بعدم سماع دعوى الطلاق. لكن صورة الطلاق بالتراضي تطرح على صعيد التصنيف جملة من الصعوبات العملية يمكن طرحها على النحو التالي⁹:

"الصعوبة 1 : تتعلق بالثبوت الذي من الممكن أن يتخذ اتفاق الطرفين على طلب الطلاق، أي هل يتعين أن يتخذ الاتفاق الحاصل شكلا محددا أو أنه يخضع إلى مبدأ الرضائية فقط؟

المشرع لم يحدد شكلا معينا مما يجعل الحرية موكونة مبدئيا للطرفين. بحيث يمكن للاتفاق أن يحصل قبل القيام بطلب الطلاق أو عند القيام.

لكن فقه القضاء كان له في هذا الشأن رأي مغاير، فمحكمة الاستئناف بتونس اعتبرت أن الاتفاق المبرم خارج القضاء أي خارج المحكمة لا عمل عليه طالما لم يقع تأكيد امام المحكمة أي أمام القاضي الأسري في الطور الصلحي (قرار محكمة الاستئناف عدد 30572 في 1972/7/8) موقف الاستئناف يعني ان كل اتفاق يحصل بين الطرفين على الطلاق بالتراضي قبل تأكيده في الطور الصلحي أمام قضاي الأسرة يمكن التراجع فيه من طرف واحد. وهو جواب في حد ذاته يؤدي إلى صعوبة ثانية

تتمثل في معرفة هل من الممكن أن يتراجع أحد الطرفين عن موافقته على الرجوع عن الطلاق بالتراضي ؟

--محكمة التعقيب أجابت، بعد حصول الاتفاق أمام قاضي الأسرة في انطور الصلحي، فإنه لا يمكن لأحد الطرفين أن يتراجع بمفرده (قرار مدني عدد 6/90 في 82/1/12).

كما أجابت محكمة التعقيب عن السؤال المتعلق لماذا لا يجوز التراجع من طرف واحد النظرية العقدية وذلك أن كل ما اتفق عليه الطرفان لا يجوز نقضه إلا بإرادتهما معاً، لكن موقف محكمة التعقيب يبقى مع ذلك مستهدف للانتقاد على مستويين :

لماذا حددت محكمة التعقيب وعلى أي أساس مرحلة القضاء الصلحي لتأكيد النهائي للاتفاق الطرفين على الطلاق ؟

إذا اعتبرنا أن التراجع غير ممكن فإن هذا انحل سيؤدي إلى القضاء بإبطال الطلاق "بالتراضي" والحال أن أحد الطرفين غير موافق على التراجع ليس في هذا القضاء تنفيذ على الذات، علماً وأن تنفيذ حكم الطلاق الذي ينته محكمة التعقيب على مبدأ التعاقد لا ينتفي إلا بإرادتهما، هذا التنفيذ هو على الذات رغم عدم تراضي الطرفين.

فالحال أن القواعد العامة للعقود تقضي حسب الف 275 أن تنفيذ العقد عبء غير ممكن إذا كان يسلط على الذات البشرية، فالالتزامات الشخصية البهينة لا تقبل التنفيذ الجبرين بل تؤدي إلى الفسخ مع المطالبة بجبر الضرر.

II-الطلاق للضرر : فقرة 2 فصل 31 :

قبل تنقيح هذا الفصل بموجب ق 1981/2/18، لم تكن هذه الصورة تمثل الفقرة 2 من هذا الفصل، بل كانت تمثل الفقرة 10 منه، كما أن هذه الفقرة لم تكن تتحدث عن الضرر، بل كانت محررة على النحو التالي : "يحكم بالطلاق، بناء على

طلب من الزوج أو الزوجة للأسباب المبنية بفصول هذه المجلة".

— ما هو الأساس المعتمد للمطالبة بالطلاق على معنى هذه الفقرة ؟

— هل هو مجرد حصول الضرر الذي قد يكون لحق أحد الطرفين، أم أنه لابد من اثبات على أن هذا الضرر الذي لحق الطرفين ناتجا وجوب عن خطأ ارتكبه اقربن المتسبب في هذا الضرر ؟

يرى "بن حليمة" أن هناك أهميتان :

«أهمية نظرية : يكمن في معرفة هل أن الفقرة 1 قديمة تقوم على أساس نظرية الطلاق جزاء أو الطلاق أفلاس إن كانت هذه الفقرة تكرر نظرية الطلاق جزاء فإنه لابد في هذه الصورة من اثبات خطأ، أما إذا تكرس نظرية الطلاق أفلاس فإنه يكفي حصول الضرر لايفاع الطلاق دون لزوم المطالبة بإثبات الخطأ.

«أهمية تطبيقية : معرفة الحل في صورة مرض اقربن دون خطأ منه وكان هذا المرض ألحق ضررا باقربن. هنا الضرر ثابت لكن دون خطأ.

في الجواب في التشريع إذا كانت الصيغة القديمة للفقرة 1 غامضة وعامة وتتميل أكثر لوجب اثبات الخطأ باعتمادها الف 11 وهو عدم احترام الشرط المتفق عليه وخاصة الف 23 الذي يوجب على كل قرين تجنب الحقا للضرر بالآخر وعمل كل ما في وسعه لذلك. هنا يجب اثبات الخطأ أي قصدي أو غير قصدي (فكرة الطلاق جزاء تكن التحرير الجديد (منذ 81) أصبحت هذه الفقرة تعتمد صياغة جديدة بدا واضحا وصريحا، وهو يكفي لحصول الضرر حتى يمكن المطالبة بإيفاع الطلاق للضرر أي أنه لا لزوم لاثبات وجود الخطأ.

إذا نصت الفقرة صراحة بحكم بالطلاق بناء على أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر وهو تكريس واضح لفكرة الطلاق لأفلاس مع تكريس أيضا لنظرية الطلاق جزاء لأنه إذا كان مجرد الضرر كافي في حد ذاته لأجازة الطلاق فمن باب أولى وأحرى أن يكون قد صدر الضرر عن خطأ.

فقہ القضاء :

كان في دايته منذبذبا لأن بعض المحاكم تكفي بحصول الضرر دون ان تستمرط الخطأ ويتجنى ذلك من خلال صور العجز الجنسي الذي يصيب الزوج بمجرد ان تثبت الزوجة ان زوجها مصاب بعجز جنسي فإن ذلك يكفي أنها متضررة من ذلك المرض وذلك بصرف النظر إذا كانت هذا المرض ناتجا عن خطأ منه.

لكن بعض المحاكم أخرى ترى أنه لا بد من اثبات الخطأ ولعن المثل الدال على ذلك صورة المرأة المصابة بمرض الأعصاب والتي حاول زواجها علاجها لكنه لم يفلح مما جعل الحياة الزوجية بينهما تصبح شبه مستحيلة بسبب هذا المرض، فقام الزوج بفضية يطالب بإيقاع طلاق للضرر لفائدته لكن محكمة التعقيب عندما طرح الأمر أمامها اعتبرت أن الزوج ولئن كانت متضررا من مرض زوجته إلا أن هذا المرض لا ذنب للزوجة فيه لذلك لا يمكن للزوج المطالبة بالطلاق تمسيرا.

ولكن محكمة التعقيب لم تتوقف عند هذا الحد بل أضافت في هذا القرار بأنه كان يمكن لهذا الزوج أن يقوم بعرض الطلاق بالمطالبة بإبطال هذا الزواج عنى الناس الغلط في الشخص (عدد 5929 في 15/12/1981). هذا القرار يوحى بملاحظتين لك - الأولى اجرائية : إذ هل كان يحق لمحكمة التعقيب ان تشير من تلقاء نفسها إمكانية المطالبة بالابطال الجواب هو بالنفي مبدئيا باعتبار أن ليس من جفها ان تتجاوز حدود ما طلبه الطرفان. مبدأ حياد القاضي يقتضي وجوب أن لا تنتصب المحكمة مستشارا لأحد الطرفين إلا أن يطلب منهما ذلك خصوصا أن الدفع المتعلق بإمكانية المطالبة بإبطال الزواج على أساس الغلط هو لا يهم النظام العام لأن البطلان هنا هو بطلان نسبي يحمي مصلحة أحد الطرفين لكن بعيدا عن هذا الدفع الاجرائي، فإنه :

-جوهريا : يبدو منطقيا قانونيا حلا سليما لأن المرض الذي أصاب الزوجة هو مرض سابق للزواج أي أن السبب الذي وقع القيام على أساسه سابق لابرام الزواج

والأسباب السابقة لإبرام الزواج لا يمكن أن تؤسس إلى صلب الطلاق لأن أسباب الطلاق لاحقة وليست سابقة للزواج بدليل أن في تعريفنا للطلاق أكدنا أنه حل عقد الزواج الصحيح بينما إذا كانت هناك أسباب سابقة للزواج تدعو إلى حله فهي تدعو إلى الإبطال لا الطلاق.

كان يمكن إذا لمحكمة التعقيب أن تعال رفضها لتأسيس دعوى الطلاق من أجل مرض الزوجة لأن هذا المرض سابق للزواج وليس لاحقا له لا أن تقول بأن هذا المرض مصيبة حلت بالزوجة ولا جخل لها فيها، فالخطأ خصوص مع الف 31 جديد ليس مستوجباً لأن هذا الفصل اكتفى بمجرد حصول الضرر دون لزوم حصول الخطأ. ولو أن بن حليمة سأل مصرأ على اشتراط الخطأ.

المسئولية 2 : من يقدر الضرر المؤدي للطلاق ؟

-المشرع اكتفى بالتحديث عن ضرر دون توضيح مما يحمله من المفاهيم القانونية ذات المحتوى المتغير وهو ما يجعله يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الأصل. الضرر يطرح جملة من الأسئلة : من المستهدف بالضرر ؟ متى يمكن أن يحصل هذا الضرر ؟ ما هو هذا الضرر ؟ ماهي طبيعته ؟

مصدر الضرر :

هل يشترط أن يكون الضرر المؤدي للطلاق أن يكون صادرا عن أحد الطرفين دون الآخر أو أنه من الممكن أيضا أن يكون صادرا عن غير الطرفين.

المحاكم التونسية توسعت في مسألة مصدر الضرر واعتبرت أن الضرر المؤدي للطلاق يمكن أن يكون صادرا عن الطرفين وكذلك عن غير الطرفين كأن يكون مثلاً قد صدر الضرر عن أقارب الطرفين خصوصا إذا كانوا مساكين للزوجة.

هذا السؤال يطرح مشكلة مساكنة الزوجة لأهل زوجها، هل أن هذه المساكنة

تلحق ضررا للزوجة ؟

الأمر يختلف بين طبيعة المتساكنين من جهة، وبين مدى اشتراط الزوجة على

زوجها من جهة أخرى. إذا كان هناك اشتراط حسب القصر 11 فإنه لا بد من العمل بهذا الشرط أي أن الزوج لا يمكنه أن يكن أقاربه مع زوجته إذا اشترطت عليه زوجته أفرادها بمحل مستقل، كما لا يمكن تزوجة أيضا أن تمتنع عن مسكنة أقرب زوجها إذا كان قد اشترط مسكنهم وقيلت ذلك إلا إذا أثبت أنهم الحقوا بها ضررا أثباتا مباشرا أي أن محرم مسكنهم لا يمكن أن تكون قريبة على أنهم أصروا بها.

أما في صورة عدم التجوء لأحكام 11، فإن الوضع يختلف بين ما إذا كان المتساكن للزوجة تربطهم بالزوجة علاقة اتفاق أم لا مثلا وإذا الزوج الذي في كنفه وكذلك أبناءه القصر من زوجة سابقة هؤلاء حق على الزوج في الاتفاق معهم ومن بين مكونات النفقة تحقيق السكن.

مسكنة هؤلاء للزوجة لا يمكن أن تكون قريبة على الضرر بالنسبة بناءً على عليها إقامة دليل مباشر على أنهم الحقوا بها ضررا. كذلك لا رقت الزوجة إلى بيت زوجها عند والديه ورضيت بذلك فإنه حسب المحاكم لا يمكنها أن تمتنع عن مساكنهم إلا بعد الأثبات المباشر بأنهم الحقوا بها ضررا وذلك عملا بقاعدة الأصل بقاء من كان على ما كان.

المستهدف بالضرر :

هل يشترط الضرر أن يكون قد تسلط على شخص الفرين أو من الممكن أيضا أن تسلط على أقاربه ؟

نظرت المحاكم في هذه الصورة وهي صورة الزوج الذي اعتدى بالضرب والشتم على والد زوجته اعتبرت محكمة التعقيب أن الضرب والشتم ولئن أدى إلى ضرر مادي ومعنوي لوالد الزوجة إلا أنه أيضا يؤدي إلى حصول ضرر معنوي غير مباشر للزوجة وهذا يكفي لتمكينها من المطالبة بالطلاق على أساسه.

متى يحصل الضرر :

هناك مستويين للسؤال :

1- هل يمكن للضرر أن يحصل قبل أو بعد الزواج ؟

محكمة التعقيب تعتبر أن الممرض السابق للزواج يبرز أحيانا طلب الطلاق .

2- إذا كان الضرر يشترط أن يكون لاحقا للزواج، فهل يشترط فيه أن يكون

لاحقا أيضا لبناء أم سابقا له ؟

انطلاقا من أن الدخول مؤسسة استثنائية ومن أن النتائج المترتبة عنه هي نتائج

حصرية وانطلاقا أيضا من أن المشرع لم يرتب صراحة امكانية المطالبة بالطلاق

للضرر على اتمام الدخول فمعنى ذلك أن هذه الامكانية مخولة بعد الدخول وقبله وهو

ما ذهبت اليه محكمة التعقيب في قرار 78/7/10 لما اعتبرت أن الضرر المؤدي إلى

المطالبة بالطلاق على أساسه يمكن أن يكون قبل البناء أو بعده.

* ما هو محتوى هذا الضرر ؟

تحدث المشرع في الفقرة 2 جديدة عن امكانية المطالبة بالطلاق للضرر فإنه

تحدث بشكل مطلق لذلك وجب اجراء عباراته على الطلاق، فالضرر المؤدي للطلاق

يمكن أن يكون ماديا مثل الاعتداء بالعنف، عدم الاتفاق عدم المساكنة، نشوز الزوجة.

هذه جملة من الاخلاصات التي يمكن أن تؤسس لطلاق.

كما يمكن ان يكون معنويا مثل السب والشتم، خرق واجب الاخلاص فالضرر

بجميع أنواع مقبول إذا كان فيه خرق لمختلف الواجبات الزوجية كالا أو بعضها.

* ما هي طبيعة الضرر :

هل يشترط في الضرر أن يكون متواصلا في الزمن أم يكفي أن يكون حينا ؟

قضية أحداثها أن امرأة متزوجة تسكن زوجها في محل وأنديه نراءى لها أن

تغادر محل الزوجية بدعوى أن ضررا لحقها من والدي زوجها فدعاها الزوج للرجوع

بصورة رسمية ولكنها امتنعت وأصرت على الامتناع فقام ضدها بقضية في الطلاق

للضرر على أساس النشوز، فأجريت محاولة صلحية تمسكت بعدم الرجوع، وتمسكت

فحكم عليها بالطلاق للضرر استأنفت الحكم وطالبت من محكمة الاستئناف ان تجري

استثنائيا محاولة صلحية أخرى، فاستجابت محكمة الاستئناف وأجريت محاولة صلحية ثانية لكنها فشلت لاصرار الزوجة لعدم استعدادها للعودة، ثم صرفت القضية في طرو المرافعة أعربت الزوجة عن استعدادها للرجوع لمحل الزوجية، لكن محكمة الاستئناف لم تأخذ ذلك بعين الاعتبار بل اعتبرت أن الضرر حاصل للزوج فقضت بالطلاق للضرر. فتعقبت الزوجة ومحكمة التعقيب استجابت لها واعتبرت أن محكمة الاستئناف خرقت القانون لأنها أولا لم تبحث في المبرر الذي تقدمت به الزوجة، ثانيا كان عليهم أن يأخذوا بعين الاعتبار اصرار الزوجة عن استعدادها للرجوع لمحل الزوجية لأن من شأن ذلك أن يزيل المصرة التي لحقت الزوجة، وثالثا كان عليهم أن يجدوا في المحافظة على الروابط الزوجية.

يبدو منطقا للأسباب 3 :

1- موقفها خاطئ لأن ليس على قضاة الاصل ان يبحثوا من نقاء أنفسهم في مبررات الشؤر مبدأ حياد القاضي يجعل ان الزوجة هي المطالبة بأن تثبت أن والذي زوجها قد أضر بها.

2- استعداد الزوجة للرجوع لمحل الزوجية لا يمكن أن يزيل المصرة التي لحقت الزوج لانه لا يمكن أن يعيد للزوج...غاية ما في الأمر أنه يوقف المصرة وبينما الإزالة ذات مفعول رجعي.

3- محكمة الاستئناف لا يمكن أن تعيب عليها عدم حفاظها على الروابط الزوجية بدليل اجرائ محاولة صلحية.

ثم هل من الممكن أن نحافظ إلى مالا نهاية على الروابط الزوجية في ظل نظام تشريعي يجعل من الطلاق حرية، لأن النتيجة التي أرادتتها محكمة التعقيب هنا لم تحصل بل انقلت رأسا على عقب لأن الزوج تمسك لدى محكمة الاحالة بالطلاق إنشاء فكانت النتيجة ان الحياة الزوجية انحلت ثم الزوج كان متضررا من تصرفات زوجته فأصبح مطالبا بجبر الضرر الذي أنشأه الطلاق على زوجته عملا بالفقرة 4.

*إثبات الضرر : هو واقعة مادية تثبت بكافة الوسائل.

قرار تعقيبي عدد 9410 في 73/7/10.

III-الطلاق إنشاء:صورة الفقرة 3 ف 31 جاء فيها :

"بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به".

انطلاقاً من كيفية تحرير هذا النص يمكن أن نلاحظ فارقاً بين الزوج والزوجة لأن المشرع يستعمل رغبة الزوج في إنشاء الطلاق وهو ما يعني لغوياً أن إرادة الزوج يفرضها صاحبها على القرين وكذلك على المحكمة.

بينما يستعمل المشرع بالنسبة للزوجة عبارة "المطالبة به" وهي تفيد بأن الزوجة كما لو كانت تتمس من المحكمة إيقاع الطلاق، ولا تفرض إرادتها على زوجها وعلى المحكمة، أي كما لو كانت مطالبة ببيان الأسباب التي دعته إلى المطالبة بالطلاق.

هذا التحرير لا يمكن أن يؤدي إلى إقرار مساواة بين الرجل والمرأة في إنشاء الطلاق وهو تحوير كان من الممكن تغييره سنة 81 لا حين أدخل على الفصل 31 تنقيح بموجب ق 18 فيفري 81 كان ينبغي تغييره حتى يصبح مطابقاً لواقعه الذي أرادته له المشرع منذ 56. أي مع صدور م أش فنية المشرع اتجهت منذ ذلك التاريخ إلى إقرار المساواة بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بإنشاء الطلاق، لكن الصيغة التي توصلت إليها اللجنة تأثراً منها بالتشريع الإسلامي جعلت أنه على مستوى التحرير يبدو أن هناك فارقاً بين الزوج والزوجة، لكن فقه القضاء على مستوى التطبيق استمر يطبق هذا النص تطبيقاً يؤكد المساواة بين الرجل والمرأة، فمثلاً ينشئ الرجل الطلاق على زوجته يحق للزوجة إنشاء الطلاق على زوجها.

بعيدا عن الناحية الشكلية المتعلقة بالتحرير تبقى صورة الفقرة 3 ف 31 تؤكد بكل قوة أن الطلاق في القانون التونسي حرية من الحريات الأساسية بدليل أن الزواج ولئن لا يبرم إلا بإرادة الطرفين ساء، إلا أنه يمكن أن ينحل بإرادة واحدة منفردة فينشئ الطلاق زوجاً أو زوجة يفرض إرادته على قرينه وكذلك على المحكمة بحسبها.

لا يمكن للمحكمة أن تقضى بعدم سماع الدعوى في مادة الطلاق انشاء.

السلامة 2 من الفقرة 3، هي أن انشاء الطلاق لا ينبغي على أي سبب من الأسباب وهو ما يجعله يختلف عن صورة الفقرة 2 جديدة أو 1 قديمة، نتيجة لذلك، منشئ الطلاق ليس مطالباً بأن يبين أمام المحكمة الأسباب التي حملته على الطلاق، وحتى إن بينها فإن المحكمة لن تستمع إليها وهو ما يعين قانوناً أن القيام على أساس الفقرة 3 قرينة قانونية قاطعة على أن طالب الطلاق لا سبب له سوى أن مزاجه حملته على طلب الطلاق لكن هذا لا يعني أن منشئ الطلاق ليس له أسباب ربما الأضرار مادية أو معنوية كأن يكون اكتشف أن قرينة ارتكب جريمة زنا أو أن قرينة أصيب بمرض بعد الزواج يمنعه من مواصلة العيش معه.

-لماذا بخير طالب الطلاق في هذه الصورة القيام على أساس الفقرة 3 وتحصل التعويضات المنجزة عن ذلك عوض القيام حسب فقرة 2 أي الضرر ؟
فذلك أسباب خفية لكن طالب الطلاق لا يسعى لتكشف عنها، والأسباب 3 :

1-سرعة الاجراءات في مادة الطلاق انشاء بينما يتطلب الطلاق للضرر مدة أطول بكثير تصرف في سبيل اثبات وجود الضرر وجديته.
2-منشئ الطلاق عاجز عن اثبات الضد الذي قد يكون لحقه من قرينه لذلك يخير النجوى للفقرة 3، وهو سبب وجيه لن الحياة الأسرية وخاصة بين الزوجين تقوم على مبدأ السرية بحيث لا تظهر في جميع الحالات مشاكلها لذلك من الصعب اثبات الاضرار بين الزوجين.

3-منشئ الطلاق قد يكون له أسبابه وقد يكون قادراً على إثباتها مثل زنا القرين أو إصابته بمرض فإمكانية الإثبات واردة فالحكم الجزائي يحقق جريمة الزنا أو اختطاف طبي يؤكد وجود المرض، إلا أن رغم سهولة اثبات الضرر يخير القرين المخدوع أو المعافى إنشاء الطلاق على الطلاق للضرر حفاظاً منه على أسرار عائلته وخاصة على أبنائه من مغبة أن يلحق بهم ضرر أدبي ثابت.

2- إجراءات دعوى الطلاق :

لقد جاء بالفصل 32 م أ ش "يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة من بين وكلائه، ولا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك...".

نتبين أن الحصول على حكم في الطلاق يقتضي وجوبا المرور بمرحلتين :
الأولى صلاحية والثانية حكمية.

I- المرحلة الصلحية :

في نفس الوقت الذي يعتبر فيه المشرع الطلاق حرية من الحريات الأساسية للفرد، يحمل هذه الحرية بإجراءات توحى بإرادته الواضحة في الحفاظ على الرابطة الزوجية. فالمحاولة الصلحية تدرج في إطار سعي المشرع نحو الحفاظ على الرابطة الزوجية والدليل على ذلك أن هذه المحاولة وجوبية وهو ما يعني أن الحكم الذي يصدر بالطلاق دون إجراء هذه المحاولة يكون حكما باطلا من أساسه يستوجب النقض بصورة آلية. فالنص في هذه الناحية أمر وييم النظام العام الموضوعي أي أن النيابة العمومية من واجبها أن تطعن بالاستئناف وبالتعقيب في الحكم أو القرار الذي يصدران بإيقاع الطلاق دون أن تكون المحكمة قد أجرت محاولة صلاحية في الطور الابتدائي.

كما أنه من واجب المحكمة أن تنشر هذا الدفع من تلقاء نفسها ولو كان ذلك لأول مرة لدى التعقيب.

من يجري المحاولة الصلحية ؟

حسب المشرع، هو قاضي الأسرة، وهو إما رئيس المحكمة الابتدائية أو أحد وكلائه الذي يختاره بنفسه.

من يحضر الجلسة الصلحية ؟

يحضرها الزوجان، لكن هناكس. وان، هل يجوز التمثيل في الطور الصلحي
كان يحضر عن أحد الطرفين أو عنهما معا محامي يقوم مقامهما.
قضايا الطلاق عموما، على الرغم من أنها من أنظار المحكمة الابتدائية إلا أنها
لا تستوجب إنابة محامي، لكن إنابته ممكنة.

لا شيء يمنع من إنابة محامي عملا بمبدأ أن ما لم يمنع المشرع فهو مباح.
لكن فقه القضاء وخاصة محكمة التعقيب تعاملت مع هذه المسألة بشيء من الحذر،
فبالنسبة للمدعي عليه، تقبل المحاكم عادة التمثيل بواسطة محامي، لكن بالنسبة للمدعي
تتسرى المحاكم حضوره شخصيا لأن قاضي الأسرة سيحاول إقناعه بالتراجع عن
طلب الطلاق فيما مصلحة المحامي تذهب نحو العكس، لذلك تستوجب المحاكمة عادة
حضوره بنفسه ولا تقبل الإنابة إلا إذا أثبت بصورة قاطعة عدم قدرته على السجاء إلى
قاضي الأسرة.

* ما هو عدد الجلسات ؟

منذ تنقيح 93 أصبح قاضي الأسرة مطالبا بإجراء 3 جلسات صلحية على الأقل
تكون متتالية وتفضل بين الواحدة والأخرى مدة من الزمن لا تقل عن شهر وذلك في
صورة إذا كان للزوجين أبناء قصر، أما في صورة عدم وجود أبناء قصر فإن القاضي
بإمكانه الاكتفاء بجلسة واحدة.

* ما هو محتوى هذه الجلسات ؟

قاضي الأسرة يحاول قدر المستطاع إصلاح ذات البين بين الطرفين وإقناع
الطرف بالتراجع عن طلبه، وهذه المهمة تتطلب من قاضي الأسرة أن لا يكون قاضيا
محترفا بالقضاء بل أن يكون شخصا له تكوين ثابت في علم النفس وعلم النفس
الاجتماعي حتى ينجح في هذه المهمة أما وظيفة القاضي المحترف بالقضاء فهي فض
النزاع وليس إصلاح الخلاف.

في صورة نجاح قاضي الأسرة في الإصلاح فإنه يحرر محضرا في إيقاع

الصلح، على أساس يقع غلق الملف وطرح القضية وتستمر الحياة الزوجية، أما في صورة فشله فإن قاضي الأسرة يحضر محضرا في فشل المحاولة الصاحية ويتخذ من تلقاء نفسه وجوبا قرارا في المسائل المتأكدة وهو قرار نافذ على مسودة، هذه المسائل تتعلق بحضانة الأبناء وحق الزيارة وسكنى الحاضنة، نفقة الزوجة ونفقة الأبناء وكذلك التفريق في السكنى بين الزوجين، وهذا القرار على مداه لا يقبل الطعن وينفذ فورا لكنه يقبل المراجعة ويستمر تنفيذه دون توقف إلا عند صدور حكم في الأصل تصدره المحكمة في تركيبتها الثلاثية في الطور الحكمي للقضية وقاضي الأسرة في هذه الصورة يقدر المسائل المتأكدة حسب ما يتوفر لديه من معطيات أولية ثم يحيل ملف القضية إلى الهيئة الثلاثية.

المحكمة
الأسرة

والدخول إلى أجل من قرار حضانة

مع تحيات
طه