

شعبة القانون الخاص
وحدة التكوين والبحث
تشريعات الأسرة والهجرة



جامعة محمد الأول
كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية
وجدة

رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص

تحت عنوان:

آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة - دراسة مقارنة -

تحت إشراف الأستاذ:
الدكتور عبد العزيز حضري

من إعداد الطالب:
فؤاد بن شكرة

لجنة المناقشة :

-الدكتور: عبد العزيز حضري أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة رئيسا ومشرفا
-الدكتور: إدريس الفاخوري أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة عضوا
-الدكتور: سعيد الروبيو أستاذ التعليم العالي المؤهل بكلية الحقوق بوجدة عضوا

السنة الجامعية: 2010-2009

فك الرموز:

1- باللغة العربية:

م.س : مرجع سابق.

ص : الصفحة.

د.ت.ط : دون ذكر التاريخ والطبعة.

ق.ل.ع : قانون الالتزامات والعقود.

2- باللغة الفرنسية:

-N° : numéro.

-Op. cit : Ouvrage précité.

-P : Page.

-Cass : Cour de Cassation.

-Ed : Edition.

-T : Tome.

-RDE : Revue de droit Des Etranges.

مقدمة

يعتبر عقد الزواج بمثابة عهد وميثاق بين الزوجين¹، فهو يعقد بنية الدوام والاستمرار لينصهر كل واحد منهما في ذات وكيان الآخر في جو من السكينة والمودة والرحمة لذا يجب أن يبنى هذا العقد على أسس سليمة² مصداقا لقوله عز وجل: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها، وجعل بينكم مودة ورحمة، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"³.

ولما كان للزواج كل هذه الأهمية، فقد وضع له الشارع الحكيم مقدمة تمهيدية وسابقة عليه، تسمى بالخطبة⁴، وهي مرحلة أساسية يتم بمقتضاها اختيار طرفي العلاقة الزوجية لبعضهما البعض من نواحي متعددة، وذلك من خلال اطلاع كل منهما على أحوال الآخر، ومعرفته عن طريق التحري والسؤال عنه واختيار مدى استعداداه لتحمل المسؤولية الناجمة عن تأسيس أسرة سليمة على أساس المودة والألفة والتفاهم⁵، كما يتهياً من خلالها كل من الطرفين للانتقال إلى بيت الزوجية كل من جانبه، حسب ما هو متعارف عليه، وعلى أساس هذا الإطلاع فإما أن يبرما عقد الزواج وإما أن يصرفا النظر عنه⁶.

¹ - أستاذنا إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر تعديلات ظهير 10-09-1993، مطبعة دار النشر الجسور، طبعة 2001، ص: 19، ويراجع أيضا:

ذ. رشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، الجزائر، السنة الجامعية 2002/2001، ص: 79.

² - حكيمة الحطري، حماية الأسرة أثناء الارتباط وعند الافتراق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية العربية والغربية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، فاس، السنة الجامعية 1999-2000م، ص: 22 و 23.

³ - سورة الروم الآية 21، ويقول سبحانه وتعالى كذلك: "والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة"، سورة النحل، الآية: 72.

⁴ - يعرف ابن منظور الخطبة بأنها: "مصدر بمنزلة الخطب وهو بمنزلة قولك فلان خطب فلانة، إذا كان يخطبها" ويقول الخاطب، خطب فيقول المخطوب إليهم نكح" وهي كلمة كانت العرب تتزوج بها، وكانت امرأة من العرب يقال لها أم خارجة، وكان الخاطب يقوم على باب خبائها فيقول خطب فتقول نكح أو خطب، فيقال نكح ورجل خطب كثير التصرف في الخطبة"، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 1410هـ، 1990م، ص: 360.

⁵ - ذ. محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة وإيلي للطباعة والنشر، مراكش، الطبعة الثالثة 1998، ص: 40، ويراجع أيضا:

-لحسن لخضير، الوجيز في أحكام الزواج، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، طبعة 1995، ص: 37.

⁶ - وفي نفس الإطار يعرف الأستاذ محمد أبو زهرة الخطبة بـ: "طلب الرجل بد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها، أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"، ذ. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مطبعة دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة 1987، ص: 28، ويعرف أحد الفقه الخطبة كذلك بأنها: "إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة=

وقد عرف أحد الفقه¹ الخطبة بطلب الرجل يد امرأة للتزوج بها، وعدم رفض هذه الأخيرة للطلب، وتواعدهما على إبرام عقد الزواج الرسمي، وفق شكله المعتد به قانونا.

هذا وقد وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط شاملة للخطبة² ارتبطت بجذور العقيدة، وسطرت موانع دائمة³ وأخرى مؤقتة⁴، قابلة للزوال تحضر الخطبة في وجودها، على أنه في بعض الأحيان قد لا يكون للمنع في نظر البعض أثر على الزواج في المستقبل بناء على خطبة قامت مع وجود المانع.

وقد وجه الشارع الحكيم المقدم على الخطبة على مراعاة مسألة الاختيار في الخطبة⁵، والأسس التي ينبغي أن يقوم عليها هذا الاختيار الذي ندب إليه الشرع مع ترك الحرية بعد ذلك للمعني بالأمر في اختيار من يلائمه للتزوج منه¹.

-
- = وإعلام المرأة أو وليها بذلك وقد يتم الإعلام مباشرة من الخاطب، أو بواسطة أهله" ، ذ- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مطبعة دار الفكر، دمشق، الجزء السابع، 1405هـ، 1985م، ص: 10 ويراجع أيضا:
- ذ- محمد ابن معجز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1994، ص: 24.
- ¹ - ذ. أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثانية 1987، ص: 35 ويراجع كذلك:
- أستاذنا إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول، أحكام الزواج، دار النشر الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 2007، ص: 44.
- ² - لكي تكون الخطبة صحيحة، وتؤدي وظيفتها على أحسن وجه وضع الفقه الإسلامي عدة شروط في المرأة المراد خطبتها، إلا أن أهم شرطين جوهرين لجواز الخطبة في هذا الصدد:
- الشرط الأول: أن تكون المرأة ممن يصح الزواج بها وقت الخطبة، فلا يجوز خطبة:
- 1- المرأة المحرمة على الرجل سواء كان تحريما مؤبدا أو تحريما مؤقتا.
- 2- المرأة المعتدة سواء كانت: معتدة من طلاق رجعي، أو معتدة من طلاق بائن، أو معتدة من وفاة.
- الشرط الثاني: يجب أن لا تكون المرأة مخطوبة للغير.
- للمزيد من التفاصيل يراجع:
- محمد بن إدريس الشافعي، كتاب الأم، الجزء الخامس، مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1403هـ/1983م، ص: 37.
- الإمام مالك بن أنس، الموطأ، دار إحياء العلوم، بيروت، الطبعة الثانية، 1411هـ/1990م، ص: 394.
- ³ - ذ. محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، الجزء الثالث، فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، 1422هـ/2001م، ص: 27.
- ⁴ - أستاذنا إدريس الفاخوري، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، مطبعة مركز الخدمات المتحدة للطباعة والنشر، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1993، ص: 37. ويراجع أيضا:
- ذ. كمال محمد كمال الدين إمام، ذ. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبة الحقوقية، بيروت، طبعة 2003، ص: 43.
- ⁵ - أحمد عنونو، أهمية الخطبة في نظر الشريعة الإسلامية، مجلة الميادين، العدد الثالث، 1409هـ/1988م، ص: 244.

إن احترام هذه الضوابط والعمل بها²، سيحقق لا محالة الرسالة السامية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، والتي تهدف إلى قيام أسرة سليمة على أسس من المودة والاحترام المتبادل، وحتى تتحقق أيضا العوامل التي من شأنها أن تثبت النية التي قام عليها الزواج لأول وهلة، بإعطائه مقومات الدوام والاستمرار الذي ينبغي على التوفيق في حسن الاختيار أثناء الخطبة.

فالزواج يعني المصاهرة بين عائلتين لإنشاء علاقات الألفة والاندماج بينهما، خاصة في المجتمعات المحافظة، حيث ترغب كل عائلة في أن لا تربط نفسها بالتصاهر مع عائلة أخرى قبل التعرف عليها³، واستقصاء ما بها من نقائص، وما لها من مكارم، كما أن الزواج يربط طرفي تلك العلاقة بعقد دائم، وينشئ بينهما نسلا⁴.

=ويقول صلى الله عليه وسلم في هذا الصدد: "إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوه تكن فتنه في الأرض وفساد عريض"، أخرجه الترمذي في سننه، صحيح سنن الترمذي مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى 1420هـ/2000م، حديث رقم 1084، ص: 551.

وهكذا فالرسول عليه الصلاة والسلام يحث المرأة المسلمة في هذا الحديث، على اختيار الرجل المتدين الخلق، لكي تتحقق المودة والرحمة والتكامل والتعاون بين الطرفين، لتأسيس أسرة سعيدة، لأن إهمال ناحية الخلق والدين، ستكون بلا شك مبعث شقاء وقلق بالنسبة للزوجة، "ابن نعم أحمد بن عبد الله الأصفهاني، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، المكتبة السلفية، الجزء الخامس، ص: 245، ويراجع أيضا:

ذ. تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2001، ص: 109.

¹ - عزيز المعايزي اليملاحي، الطبيعة القانونية للخطبة وآثارها في مدونة الأسرة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية: 2005/2006، الهامش رقم 245، ص: 94.

² - ومن الضوابط التي وضعتها الشريعة الإسلامية، أنها أباحت لكل من الرجل والمرأة النظر لبعضهما البعض، قبل أن يتم العقد بينهما، ومن ثم فإن نظر الرجل للمرأة جائز شرعا، بدليل ما جاء عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم، فقال له: "أنظرت إليها، قال: لا، قال: فانظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما".

وتبعاً لذلك فإن الإمام الشافعي رحمه الله، يرى أنه: "من الأفضل أن يرى الخاطب المرأة قبل إعلان الخطبة، حتى إذا رأى ما لا يرضيه أحجم عن الخطبة، بما لا يمس شعورها ويخدش كرامتها، وعلى غير علم من أهلها حتى لا يتم الإعلان عن الخطبة ثم العدول عنها بعد الرؤية".

ذ. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، بين المذاهب الأربعة السنية، والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مطبعة النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت (دون ذكر المطبعة، والتاريخ)، ص: 23.

³ - ذ. أحمد الخليلي، الخطبة إجراء تمهيدي للزواج، مجلة الأمن الوطني، السنة السادسة والثلاثون، العدد 186، 1417هـ/1995م، ص: 16.

⁴ - إضافة إلى أن طبيعة عقد الزواج، تفرض تحديد التبعات المادية والمعنوية لذلك الارتباط، والاتفاق على ما يتطلبه عقد الزواج، من مهر ونفقات الزفاف، وموعد وشكل الاحتفال به وكذا الشروط التي يرضيها الطرفين، أو يحكم بها العرف، ذ. أحمد الخليلي، أحكام الخطبة، ما هي قوتها الإلزامية؟ وآثار العدول عنها؟ مجلة الأمن الوطني، السنة الثلاثون، عدد 161، 1410هـ/1990م، ص: 13.

وبالنسبة للخطبة فقد أثارت طبيعتها القانونية جدلا كبيرا بين أغلب الفقه الإسلامي، والفقه القانوني المهتم، فإذا كان الفقهاء المسلمون قد أجمعوا على عدم اعتبار الخطبة بمنزلة عقد الزواج كقاعدة، إلا أن هذا لم يحل دون احتدام الجدل القانوني حول طبيعتها ومدى إلزاميتها، وكذا حول النصوص والمبادئ القانونية التي يجب أن تخضع لها أحكامها، لتترتب عليها آثارها القانونية، فذهب اتجاه معين إلى اعتبار الخطبة بمثابة عقد¹، فيما اعتبرها اتجاه آخر مجرد وعد بالزواج فقط².

فبالنسبة لأصحاب النظرية العقدية³، فإن الخطبة عندهم تعتبر عقدا ملزما لطرفيه⁴، وتستمد هذه النظرية أصولها من القانون الروماني والكنيسي⁵.

وحسب هذه النظرية، فإن الخطبة إذا كانت تتطلب توافق إرادتي كل من الرجل والمرأة، وسلامة ركن الرضا من العيوب، وتوافر المحل والسبب فهي عقد يجب الوفاء به¹.

-
- ¹- خالد عبد الله عيد، مبادئ في التشريع الإسلامي، المطبعة العربية للطباعة والنشر، الرباط، الطبعة الأولى، 1986م، ص: 19، ويراجع أيضا:
- ذ. عبد الخالق احمدون، القاعدة التشريعية وارتباطها بالقاعدة الخلقية، مجلة الإحياء، العدد 12، من السلسلة الجديدة رقم 24، ربيع الأول 1419هـ- يونيو 1998م، ص: 13.
- ²- ذ. محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، مطبعة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 1416هـ/1996م، ص: 40. ويراجع أيضا:
- عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني علي مختصر سدي خليل، الجزء الثاني، مطبعة دار الفكر، بيروت، (دون ذكر تاريخ الطبعة)، ص: 164،
- عبد السلام محمد الشريف العالم، قانون الزواج والطلاق رقم 10 لسنة 1984، مطبعة جامعة قار يونس، بنغازي، لبنان، الطبعة الأولى، 1990، ص: 33.
- ³- ينصوي أنصار هذه النظرية تحت لواء التيار الفقهي الفرنسي الكلاسيكي، خلال القرنين التاسع عشر والعشرون، ومن أهمهم ميرلان merlain، تولي toullier، زشاريا zachariae، شاردون chardon، بودري boudry، وجوسران josran.
- ⁴- وقد امتدت النظرية العقدية إلى القضاء الفرنسي، خصوصا بعض القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف وأهمها: قرار محكمة toulouse الذي جاء فيه أن: "الخطبة عقد ملزم يترتب التزامات تبادلية بين المتعاقدين، بإتمام الوعد بالزواج، وهذا الوعد يخول لكل منهما، إقامة دعوى لإجبار الآخر، على الوفاء به"، قرار محكمة تولوز، بتاريخ 16 فبراير 1813 أورده ذ. شفيق شحاتة، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، الجزء الأول، مصادر الفقه المسيحي والخطبة، الجزء الثاني، في انقضاء الزواج، ركن التراضي، المطبعة العالمية، القاهرة، طبعة 1958، ص: 59 ويراجع أيضا:
- 20: p, librairie de la cour de cassation, paris, 1988, 3^{ème} édition, droit civil, la famille, Alain benabent -
- ⁵- ففي القانون الروماني تعتبر الخطبة بمثابة العقد، الذي يلتزم بمقتضاه شخص ما بتزويج ابنته لشخص آخر، يلتزم هذا الأخير بدوره بقبول هذه البنت زوجة له، وهذه الخطبة لا تعتبر مجرد وعد بالزواج، وإنما الرضا الصادر في مرحلة الخطبة يهيم الزواج نفسه. ذ. حسين عامر، إلغاء العقد، مطبعة مصر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1372هـ/1953م، ص: 253.
- وقد نص الفصل 1017 من القانون الكنيسي، على ضرورة اشتراط تضمين الوعد بالزواج والتواعد به، في سند يوقع عليه الطرفان، وذلك إلى جانب توقيع الكاهن أو شاهدين، عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الأول، الزواج وأثره، الطبعة السابعة، منشورات جامعة دمشق، 1996، ص: 71.

أما بالنسبة لأصحاب النظرية غير العقدية²، فالخطبة عندهم مجرد التزام أدبي على أمل الزواج في المستقبل، فقبول الخطبة لا يزيد عن كونه مواعدة بين الطرفين على إبرام عقد الزواج متى توافرت أسبابه، وتيسرت ظروفه وتحققت شروطه.

تم إنه إذا ما اقترن الوعد بالزواج بشرط يحث على وجوب إتمام الزواج، فإن هذا الشرط يعد باطلا من أساسه لبطلان الأصل المرتبط به، وبما أن الخطبة فترة تمهيدية للزواج من شأنها أن تتيح الفرصة للراغبين فيه للتعارف والتآلف فيما بينهما، فمن البديهي أن يبقى كل واحد من الطرفين حرا في فسخها³.

-
- ¹ - لقد أفتى الفقهاء النوازيون المغاربة باعتبار الفاتحة التزاما في إطار عقد الزواج يعد فسخ الخطبة معه طلاقا، ووفقا للعادة السائدة في بعض المناطق، ومن ذلك المسألة الإمليسية، أو الأنكحة الإغريسية، أستاذنا أحمد خرطة، المسألة الشهية الإمليسية في الأنكحة المنعقدة على البلد الإغريسية، لابن سالم إبراهيم عبد الرحمان الجليلي، دراسة وتوثيق وتحقيق، أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، جامعة القرويين، كلية الشريعة، قسم التوثيق، فاس، السنة الجامعية 1421هـ/2000م، ص: 40 و 41.
- وبالنسبة للفقهاء الإسلاميين، فرغم أن جمهور الفقهاء يذهبون إلى أن الوعد ليست له أية قوة إلزامية، إلا أن الإمام مالك رضي الله عنه، ذهب في بعض أقواله إلى أن الوعد ملزم ويقضى به في كل الأحوال. للمزيد من التفاصيل يراجع:
- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة، تحفة الحكام لابن عاصم الغرناطي، الجزء الأول، مطبعة دار الفكر، بيروت (دون ذكر تاريخ الطبع)، ص: 239 ، ويراجع أيضا:
- حسن العبادي، فقه النوازل في سوس، قضايا وأعلام، منشورات كلية الشريعة بأكادير، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، ص: 278.
- علال الفاسي، التقريب، شرح مدونة الأحوال الشخصية، الكتابان الأول والثاني، مطبعة الرسالة، الطبعة الثانية 2000م، ص: 114.
- ² - ومن أنصار هذه النظرية في الفقه الفرنسي، نجد أوبري ورو Aubry et reau ، بلانيول وريبير pLaniol et ripert، مارتى وراينو marty et raynaud، ومازو Mazeaud.
- Aubry et reau, « droit civil français », Tome 7, 7^{ème} édition, par Paul esmein et andré ponsard, librairies technique, Paris, N°2.
- Planiol et ripert, « traité pratique de droit civil français », tome 2, 2^{ème} édition, par raust, n°83.
- Marty et raynaud, droit civil, les personnes, 1976, n°75.
- H.J.b mazeaud, leçons de droit civil, tome1, n°725.
- ³ - عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة من رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة 25، مارس 2001، ص: 355 و 356، ويراجع أيضا:
- جمال فاخر الكناس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة العشرون، مارس 1996، ص: 137 و 138.

وكفالة حرية الزواج هي التي دفعت جل التشريعات إلى الإحجام عن إضفاء طابع الإلزام على الخطبة¹، "بأن يكون المخطوبين بمنأى عن تأثير قواعد المسؤولية المدنية للإقدام على هذا الزواج بصفة إلزامية"².

والقول بعدم إلزامية الخطبة، وأن الإيجاب والقبول اللذان تتم بهما لا يكونان اتفاقا قانونيا، أمر يتفق مع ما كان مقررا في ظل مدونة الأحوال الشخصية³ التي كانت تنص في الفقرة الأولى من الفصل الثاني على أن الخطبة: "وعد بالزواج وليست بزواج"، خاصة وان الوعد غير ملزم في القانون المغربي⁴، بصريح الفصل 14 من قانون الالتزامات والعقود⁵ الذي ينص على أن: "الوعد لا ينشئ التزاما".

¹ - dans la même sujet Patrick dit que « les fiançailles n'ont pas de valeur obligatoire, chaque fiancé peut rompre librement jusqu'au moment de la célébration du mariage » Patrick courbe, droit de la famille ouvrage couronné par l'académie des sciences morales et politique, paris berriat, 4^{ème} édition, 2005, p.36 .

² - وهذا المعطى له انعكاس على بعض القواعد القانونية الأخرى، ففانون 23 يونيو 1989 المنظم لوكالات الوساطة في الزواج، بفرنسا أحاط زبانه بنوع من الحماية فحين يكون المقابل رهينا و مشروطا بتحقيق النتيجة المتمثلة في الاقتران بين زبونين فإن العقد باطل لأن فيه مساس بحرية الزواج التي تعتبر من النظام العام"، حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة بدون زواج، مجلة القانون والقضاء، عدد 155، عدد خاص بمناسبة مرور 50 سنة على إصدار المجلة، سنة 2008، ص:33.

³ - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1/93/347، صادر في 10 شتنبر 1993، بتغيير وتنظيم بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية، عدد 4222 بتاريخ 29 شتنبر 1993.

⁴ - ذ. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، (دون ذكر المطبعة)، الطبعة الثانية 1972، ص: 49.

ويراجع أيضا: بلعيد كرومي، الوعد بالتعاقد في ضوء التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية، 1985-1986 ص: 9.

⁵ - ظهير 12 غشت بمثابة قانون الالتزامات والعقود المغربي، منشور بالجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 12 شتنبر 1913، ص440، الملحق بقانون رقم 53/05، المتعلق بالتبادل الإلكتروني والمعطيات القانونية، المنشور بالجريدة الرسمية، عدد 5584 بتاريخ 25 ذوالقعدة 1428، الموافق 6 دجنبر 2007، ص 3879 و3888 .

وفيما يخص مدونة الأسرة¹ التي تنص في المادة الخامسة على أن: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج"²، فإن ذلك لا يغير من الأمر شيئاً فمصطلح المواعدة جاء لتجسيد مظاهر المساواة بين الرجل والمرأة والتي نادى بها جلالة الملك محمد السادس³. واعتقد أن المشرع المغربي كان موفقاً في تجريد الخطبة من القوة الإلزامية⁴، لأن ما ينسجم والمنطق القانوني السليم، هو تأجيل مسألة اختيار الزوج إلى حين إبرام عقد الزواج، ذلك أن الفشل في الخطبة بالعدول عنها وفسخها خير من الفشل في الزواج لخطورة آثاره⁵. وإذا كان للخطبة كل هذه الأهمية، فإن بعض التشريعات تجاهلتها كالقانون المدني الفرنسي⁶، وحتى تلك التي تناولتها، فغالبيتها لم تتجاوز النص على أحكام عامة⁷، كمجلة الأحوال الشخصية التونسية⁸.

¹- ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، ص 415.

²- وتصيف المادة الخامسة من مدونة الأسرة بأنه: "تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا".

³- جاء في الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح السنة التشريعية الثانية من الولاية السابعة أثناء إحالة مشروع مدونة الأسرة على البرلمان بمجلسيه، ما يلي: "... جعل مسؤولية الأسرة تحت رعاية الزوجين، وذلك باعتبار النساء شقائق للرجال في الأحكام..." أشار إليه ذ. عبد الواحد شعير، ذ. محمد الأزهر، مدونة الأسرة، سلسلة التشريع المغربي (فضاءات قانونية)، مكتبة الرشاد، سطات، الطبعة الثانية، 1425 هـ/ 2004 م، ص: 24.

⁴- وهو ما يؤكد قرار سابق لمحكمة الاستئناف بالرباط، جاء في إحدى حيثياته: "حيث أن الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا... وحيث أن العلاقات خارج الزواج لا يترتب عنها شيء..."

قرار صادر عن استئنافية الرباط، بتاريخ 15 فبراير 1988، في ملف عدد 856917 منشور بمجلة الإشعاع، العدد 5، ص: 118 وما يليها.

⁵- أستاذنا إدريس الفخوري، قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 43.

⁶- Modifie par ordonnance n° 2004-164 de 20 février 2004, jorf 21 février 2004, en vigueur le 1^{er} juin 2004, le code civil n'a pas évoqué la question des faincailles, mais le débat doctrinal est instauré à propos de leur nature juridique, selon josserand : « les faincailles sont un contrat que chacune des parties peut rompre unilatéralement à condition que la rupture ne dégénère pas en abus » Jean Hanser et daniel Huet- Willer sous la direction de jack chestime, traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille, op.cit, p : 30.

⁷- كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الليبي الذي نص في الفقرة (ب) من المادة الأولى من قانونه للأحوال الشخصية على أنه: "يقع لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة"، قانون رقم 9 لسنة 1423، بشأن بعض أحكام القانون رقم 10 لسنة 1984 المتعلق بالأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهما، وهو ما ذهب إليه المشرع الليبي بدوره عندما اعتبر في المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية اليمني بأن: "الخطبة وعد بالزواج"، قرار جمهوري باعتماد القانون رقم 20 لسنة 1992، بشأن الأحوال الشخصية وتعديلاته.

⁸- حيث اقتصر المشرع التونسي على إيراد حكم عام، في الفصل الأول ينص على أنه: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا تعتبر زواجا ولا يقضى به"، مجلة الأحوال الشخصية التونسية، أمر مؤرخ في 6 محرم 1376 هـ، الموافق 13 أوت=

وما دامت قوانين الأحوال الشخصية والتشريعات المنظمة للأسرة في البلاد العربية¹، مصدرها الأساسي الفقه الإسلامي، كان لابد أن تتأثر هذه التشريعات بالرؤية الفقهية للطبيعة القانونية للخطبة، وإن تفاوتت الآثار المعترف بها للخطبة من الناحية القانونية في هذه الأنظمة، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري²، والسوري³، والمشرع الأردني⁴. ولعل الإشكال يرتبط من جديد، وفي جانب كبير منه بالطبيعة القانونية للخطبة، كما سبق ذكره، فلا يجوز للقاضي إجبار أحد الطرفين على إتمام عقد الزواج تحت طائلة عقوبة مالية في حالة عدوله عن الخطبة، لتعارضه مع مبدأ حرية الزواج، وهو التوجه الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية⁵ عندما اعتبرت في قرار لها بأن: "عقد وعد الزواج من العقود الباطلة، ما دام يتعارض مع حرية الزواج".

=1956، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية بالرائد الرسمي التونسي عدد 66، الصادر في 17 أوت 1956، مع تنقيح للقانون عدد 74 لسنة 1993، المؤرخ في 12 يوليوز 1993، وملحق بها تنظيم الحالة المدنية، والشهادة الطبية السابقة للزواج وتنظيم التقادم والولادة والتبني، وصندوق ضمان جارية الطلاق، منشورات المطبعة الرسمية، للجمهورية التونسية لسنة 1998.

¹ - تجدر الإشارة إلى أن مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة السابعة كان يعتبر الخطبة: "طلب الزوج أو الوعد به، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا"، وقد أكد المشروع على الطابع الغير ملزم للخطبة، عندما اعتبر في الفقرة الأولى من المادة الثالثة أن: "لكل من الخطيبين الحق في العدول عن الخطبة".

² - ينص الفصل الرابع من قانون الأحوال الشخصية المصري على أن: "كل من الخطيبين له الحق في العدول بكامل الحرية عن وعده"، القانون رقم 25 لسنة 1920، المعدل بالقانون رقم 44 لسنة 1979، والخاص بأحكام النفقة، وبعض مسائل الأحوال الشخصية.

³ - تنص المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية السوري، على أن: "الخطبة والوعد بالزواج، وقراءة الفاتحة وقبض المهر، وقبول الهدية لا تكون زواجا" قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، المرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 7 شتنبر 1976، عن الموقع الإلكتروني:

www.barasy.com بتاريخ 20 مارس 2009. ويراجع أيضا:
- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النبرين للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة التاسعة، 1422 هـ/ 2001 م، ص: 55.

⁴ - تنص المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه: "لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقراءة الفاتحة، ولا بقبض على حساب المهر ولا بقبول الهدية"، قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 61 لسنة 1976 في الجريدة الرسمية رقم 2668 بتاريخ 1 دجنبر 1976، عن الموقع الإلكتروني:

www.amanjordan.org بتاريخ 4 مارس 2009.

⁵ - cass, 30 mai 1838 : « toute promesse de mariage et nul en soi, comme portan attente à la liberté illimité qui doit exister dans le mariage ».

- Alain benabent، droit civil, op.cit, p: 21 et aussi:

- Planiol et ripert, traité pratique de droit civil français, op.cit, p: 69.

كما أن هذا لا يعني أن لا يترتب عن العدول عن الخطبة آثار تختلف بحسب طبيعة العدول، ومدى ارتباطه باتفاق الطرفين، أو بالإرادة المنفردة لأحد الخطيبين، أو حتى عند تدخل ظروف خارجية حالت دون إتمام هذا الارتباط.

وهكذا فقد يتبادل الخطيبان هدايا مختلفة القيمة بمناسبة الخطبة، أو قد يقدمها أحدهما لفائدة الآخر بصفته خطيباً له، وهذا يفتح المجال أمام إشكال حقيقي، ويتعلق الأمر باسترداد الهدايا المقدمة بمناسبة الخطبة في حالة عدم انتهائها بالزواج، كما كان مقرراً لها لسبب من الأسباب، سواء كان للطرفين دخل في ذلك الإنهاء أم لا¹.

كما أن الخاطب قد يدفع الصداق كاملاً أو جزءاً منه، لمخطوبته أو لوليها حسب الأحوال قبل إبرام عقد الزواج، تأكيداً منه على جديته أو تسريعاً منه لإجراءات الارتباط، وقد تعتمد المخطوبة أو وليها إلى التصرف في مبلغ الصداق أو قيمته بتحويله إلى جهاز، فيطراً ما يحول دون إتمام عقد الزواج²، فتثار بالتالي إشكالية استرداد قيمة الصداق في هذه الحالة.

وفضلاً عما ذكر، فقد يسبب العدول عن الخطبة ضرراً للطرف الآخر يثار معه النزاع حول المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية، التي يمكن أن تكون قد لحقت بالطرف الذي تم العدول عن خطبته، ومن هنا تطرح إشكالية التعارض بين ممارسة حق مكفول شرعاً وقانوناً، وبين التعويض عن الضرر الذي يمكن أن ينجم عند ممارسة هذا الحق³.

¹- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 50، ويراجع أيضاً: -الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء السادس، دار الكتاب العلمية، طبعة 2000، ص: 101.
²- ذ. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 41، ويراجع أيضاً: محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، الجزء الثالث، فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح، مرجع سابق، ص: 63.
³- إن الاختلاف بين الفقهاء، حول مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة، مرده إلى أن العدول في حد ذاته حق للطرفين يمارسونه إما اتفاقاً أو بالإرادة المنفردة لأحدهما، تأكيداً لحرية الاختيار في الزواج، غير أن هذا العدول غالباً ما يترتب عليه، أو يصاحبه ضرر مادي أو معنوي للطرف الآخر، يجعل من مبادئ العدالة أن يتم تعويض الطرف المتضرر"، أستاذنا إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقاً لآخر تعديلات 10-09-1993، مرجع سابق، ص: 32.

وإقرار مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة أثار نقاشا فقهيًا قديمًا وحديثًا¹، حيث اختلفت المواقف والآراء الفقهية والقانونية بخصوص هذا الموضوع، إلى اتجاهات متعددة ومتشعبة، والسبب الجوهرى الكامن وراء هذا الاختلاف بين هذه المواقف، هو اختلاف الطبيعة القانونية للخطبة التي انطلق منها كل فريق².

وقد كان لإعمال مبدأ إمكانية التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة انعكاس حقيقي على موقف التشريعات المقارنة في هذا الصدد، من أجل وضع أحكام خاصة تضبط حق العدول عن الخطبة وما يترتب عنه، حيث بدا التردد واضحًا في وضع النصوص المنظمة لهذا الموضوع سواء في التشريع المغربي³ أو حتى في باقي التشريعات المقارنة، بخصوص الأخذ صراحة بذلك المبدأ، مما انعكس كذلك على توجه الاجتهادات القضائية في التشريعات المذكورة والتي لم تقنن هذه المسألة في نصوص خاصة⁴.

وهكذا فإذا كانت للخطبة المعتبرة في الشرع والقانون آثارها المعتد بها قضاءً، والتي ترتبط بالأحوال والأوضاع والمراكز القانونية للطرفين، فإنه قد ينتج عن الخطبة كذلك اتصال

¹ - ذ. محمد ابن معجوز المزغراني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 26. ويراجع أيضا:

- محمد مصطفى شلبي، أحكام الزواج في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، مرجع سابق، ص: 69.

² - محمد رأفت عثمان، فقه السنة في الخطبة والزواج، مطبعة دار الفضيلة، مصر، ص: 38. ويراجع أيضا: عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مطبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة عشر، 1417هـ/1996م، ص: 82 و 83.

- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 73.

³ - تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يتطرق لمسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأحوال الشخصية، أما مدونة الأسرة فقد نصت صراحةً، على مبدأ التعويض عن الضرر المترتب عن الخطبة حيث جاء في المادة السابعة بأن: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

⁴ - فيما يخص موقف التشريعات المقارنة من هذه المسألة، فقد نص المشرع الجزائري على مبدأ التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض" قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 9 فبراير لسنة 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، وهو نفس التوجه الذي صار عليه المشرع الليبي عندما اعتبر أنه: "إذا سبب العدول عن الخطبة ضرراً، تحمل المتسبب فيه التعويض عنه".

جنسي بين طرفي تلك العلاقة، قبل إبرام عقد الزواج الشرعي في شكله القانوني، وهو ما ينتج عنه في غالب الأحيان ظهور حمل بالمخطوبة ناشئ خارج إطار مؤسسة الزواج¹، مما يطرح إشكالا يرتبط بإمكانية نسبة الحمل الناتج عن فترة الخطبة بوالده الخاطب²، سواء تم إبرام عقد الزواج بعد ظهور الحمل وازدياد الولد دون الأمد القانوني الأدنى المعتبر في القول بلحوق النسب للفرش، أو لم يتم إبرام هذا العقد، لعدول الطرفين أو أحدهما عن إتمام الارتباط بالزواج، أو لوفاة الخطيبين أو أحدهما قبل إتمام إبرام عقد الزواج.

وقد أخذت إشكالية نسب الحمل الناتج أثناء فترة الخطبة حيزا كبيرا من النقاش الفقهي، سواء في إطار الفقه الإسلامي أو في ضوء الفقه القانوني المهتم بالأبعاد القانونية والاجتماعية للإشكالية³ والذي انعكس بدوره على التشريعات والاجتهادات القضائية في المسألة، نظرا لحساسية الموضوع، وارتباطه بالمنظومة الدينية والاجتماعية والثقافية والأخلاقية للمجتمع

-
- ¹ - ذ. أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، دار النشر للمعرفة، الرباط، الطبعة الأولى، 1994، ص: 36.
- ² - لقد كان المجلس الأعلى في ظل مدونة الأحوال الشخصية، يعتبر أن أي اتصال جنسي بين الخاطب ومخطوبته، ضربا من ضروب الزنا، وكل حمل ينتج عن ذلك الاتصال فهو حمل غير شرعي، وفي هذا الصدد، جاء في قرار للمجلس الأعلى أنه: "لما ثبت لقضاة الموضوع أن نكاح المدعى عليه للمدعية، كان بعد وضع حملها المزداد منه البنت نادية، فإن هاته البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه، ولو أقر بينوتها، وكان من مائه لأنها بنت زنا، وابن الزنا لا يصح الإقرار ببنته ولا استلحاقه..." قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 30 ماي 1983، أشار إليه أستاذنا إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية، وفقا لآخر تعديلات 10-09-1993، مرجع سابق، ص: 109، ويراجع أيضا:
- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، العدد الأول، طبعة 1427هـ/ 2006 م، ص: 146.
- ³ - لقد انقسم الفقه الإسلامي، وكذا الفقه القانوني المهتم فيما يخص موضوع نسب الحمل الناتج عن الخطبة، إلى اتجاهين: اتجاه يؤيد لحوق النسب الناتج عن الخطبة بالخاطب، واتجاه آخر يعارض بشدة أي محاولة لإضفاء الشرعية على الحمل الناتج عن الخطبة، ولكل اتجاه أسسه ومنطلقاته التي يستند عليها للقول بإمكانية لحوق الحمل الناتج عن الخطبة بوالده الخاطب من عدمه"، وللمزيد من التفاصيل حول هاذين الاتجاهي ن، والحجج التي اعتمدها كل اتجاه للدفاع عن موقفه من نسب حمل المخطوبة، يراجع:
- أحمد ابن تيمية، مجموعة فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، المجلد الثاني والثلاثون، مطبعة المعارف، الرباط، ص: 374.
- صفلي الحسيني، حقوق الطفل في القانون المغربي، القسم الرابع، حقوق الطفل في قانون الأحوال الشخصية، مجلة الملحق القضائي، العدد 16، لسنة 1986 ص: 160.
- ذ. أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، مرجع سابق، ص: 35.
- ذ. محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الخامسة، 2003، ص: 41.

المغربي، قبل أن تكون المسألة قانونية محضة، تهم الطفل بالأساس وحقه في النسب باعتباره أهم حق من حقوق الإنسان¹.

أ- دوافع اختيار الموضوع وأهميته وأبرز الإشكالات التي يطرحها:

لقد ارتأيت أن يكون موضوع هذا البحث تحت عنوان "آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة دراسة مقارنة"، نظرا لأهمية الموضوع العلمية والقانونية من جهة، وارتباطه الوثيق بمؤسسة الأسرة التي تعتبر نواة المجتمع ككل من جهة أخرى.

مما يطرح التساؤل حول الطبيعة القانونية للخطبة، هل هي عقد ملزم أم أن الأمر لا يعدو كونه مجرد التزام أدبي فحسب؟ وما هو مصير هدايا الخطبة المقدمة من احد الطرفين للأخر أو تلك الهدايا المتبادلة بين الخطيبين؟.

كما يثار التساؤل حول مآل الصداق الذي يدفعه الخاطب لمخطوبته بعد العدول عن الخطبة، سواء تم دفعه كاملا أو جزءا منه؟ وسواء بقي الصداق على حالته، أو حول إلى جهاز؟ هذا فضلا عن التساؤل حول الطرف الذي يمكن أن يتحمل الخسارة بين قيمة الصداق وقيمة الجهاز الذي حول إليه ذلك الصداق؟ إضافة إلى النزاع الذي يمكن أن يثار بين الطرفين حول طبيعة ما قدم، هل هو على سبيل الصداق أم الهدية؟.

كما يطرح موضوع إنهاء الخطبة إشكالا حقيقيا حول مدى إمكانية التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، خاصة إذا صاحب هذا العدول ضرر بالطرف المعدول عنه؟ وكذا الأساس القانوني المعتمد في حالة الحكم بالتعويض؟.

وفيما يخص موضوع الحمل الناتج عن الخطبة، فقد أثار إشكالات عديدة أمام القضاء

المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة خاصة أمام غياب نص صريح في هذا الخضم، مما جعل المشرع المغربي يتفادى هذا القصور التشريعي حيث خصص المادة 156

¹ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1421هـ/2001م، ص:360.

من مدونة الأسرة لمعالجة هذه الإشكالية، والتي أصبح القضاء المغربي بمقتضاها يلحق نسب أبن الخطيبة بوالده الخاطب إذا توافرت شروط المادة المذكورة¹.

ولهذا أتساءل عن موقف مدونة الأحوال الشخصية والقانون المقارن من مصير الحمل الناتج عن الخطبة؟ وما هو الموقف الذي اتخذته المشرع المغربي لمعالجة هذا المقتضى في ضوء مدونة الأسرة، وكذا الأساس الشرعي للقول بلحوق النسب بالخاطب أثناء فترة الخطبة؟ وكيف تعامل القضاء المغربي مع مقتضيات المادة 156 المتعلقة بإثبات النسب الناتج عن الخطبة؟ وما هي الإشكالات التي تطرحها هذه المادة على المستوى العملي في علاقتها ببعض النصوص القانونية الأخرى؟.

ب- صعوبات البحث في الموضوع:

إن البحث في موضوع آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة، وفي إطار دراسة مقارنة، ليس بالسهولة بمكان، فهو موضوع متشعب، لا يصب في اتجاه واحد، بل يتفرع إلى عدة محاور مختلفة، يصعب الجمع بينها في عنوان واحد ومقتضب. كما أن تعدد المراجع في هذا الموضوع، وكثرتها ليس من شأنه أن يسهل عملية البحث في هذا الإطار، لأن أغلب هذه المراجع ذات طابع عام، وحتى تلك المراجع الخاصة وإن وجدت، فإنه يغلب عليها الطابع الوصفي، ولا تمكن الباحث بالقدر الكافي من تحليل الإشكالات التي يطرحها موضوع الرسالة.

وتزداد صعوبة الدراسة من خلال البحث في الكتب الفقهية، وما يتطلبه ذلك من ضبط للمصادر والمعلومات وتوظيفها في المكان الصحيح، خاصة في ظل مادة فقهية مشتتة بين

¹ - تنص المادة 156 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول، وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة، إذا توافرت الشروط التالية:
أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء.
ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.
ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.
تتم معاناة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.
إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب".

مختلف مصنفات الفقه الإسلامي، من كتب تفسير وحديث وكتب فقه ونوازل وفتاوى وغيرها، وهو ما يتطلب مهارة خاصة في كيفية التعامل مع تلك المصنفات، خاصة عندما يتعلق الأمر بموضوع فقهي وقانوني مقارن، كما هو الشأن لموضوع هذا البحث.

إضافة إلى كل هذا فإن مدونة الأسرة جاءت بمقتضيات تطرح إشكالات عدة ترتبط بالطبيعة القانونية للخطبة، والآثار المترتبة عنها، ومن ذلك النص على إمكانية لحوق الحمل الناتج عن فترة الخطبة بوالده الخاطب وفق شروط معينة، إضافة إلى إقرار المشرع إمكانية التعويض عن الضرر المستقل الذي يصاحب العدول وفق شروط محددة.

وقد حاولت تطعيم هذه المقتضيات ببعض الاجتهادات القضائية المتواضعة، نظرا لقلة الأحكام القضائية التي تعالج مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، وكذا إشكالية النسب الناتج عن الخطبة، وخاصة على مستوى قرارات المجلس الأعلى.

ج- منهجية الدراسة:

لقد اعتمدت كأساس لمعالجة موضوع بحثي هذا على منهج مزدوج، وهو المنهج التحليلي الوصفي مع اعتماد دراسة مقارنة بين ما هو مقرر في الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه في الموضوع من جهة، وما ذهبت إليه مدونة الأسرة المغربية، وباقي القوانين العربية والقانون الفرنسي من جهة أخرى، مع اعتماد النقد عند الحاجة لمناقشة الأفكار والنصوص القانونية، والاجتهادات القضائية.

هذا فضلا عن إبداء الرأي الشخصي المتوضع في الموضوع، والتأسيس له، والاستدلال على حجيته، وذلك من أجل إبراز نقاط الالتقاء ونقط التنافر بين ما هو مقرر في تلك القوانين المقارنة، وبين الاتجاه الذي نهجه المشرع المغربي، في تناوله للطبيعة القانونية للخطبة، وما يرتبط بها من إشكالات فرعية، تتعلق بالخصوص بالآثار التي يمكن أن تترتب عنها.

ولإحاطة بمختلف جوانب هذا البحث، ارتأيت اعتماد تقسيم ثنائي إلى فصلين، تناولت في الفصل الأول الآثار المادية للعدول عن الخطبة، وتطرقت في الفصل الثاني لحكم الحمل الناتج عن الخطبة، وذلك على الشكل التالي:

الفصل الأول: آثار العدول عن الخطبة على الهدايا والصداق.

الفصل الثاني: آثار الحمل الناتج عن الخطبة.

الفصل الأول: أثار العدول عن الخطبة على المدايا والصداق.

إن الهدف الأسمى من الخطبة هو وصول الخطيبين إلى التفاهم والتجاوب في كل النواحي النفسية والروحية التي توطد أواصر المحبة والتآلف بين الخطيبين، ما لم يظهر تنافر بين الطرفين أثناء فترة الخطبة.

وهكذا يعمل الطرفان على إتمام إبرام عقد الزواج في الوقت المناسب حسب الاتفاق الذي تراضيا عليه، وبإنشاء عقد الزواج يكون الغرض الحقيقي من الخطبة قد تحقق وخرج إلى حيز الوجود.

إلا أن الخطبة قد لا تنتهي دائما بتحقيق الهدف الأسمى الذي تم الإعلان عنه من قبل، حيث يعتمد أحد الطرفين إلى العدول عن فكرة الزواج بالطرف الآخر في الخطبة، ويرجع ذلك لأسباب مختلفة كعدم حصول التفاهم والتقارب بين الخطيبين، أو لاكتشاف الطرف العادل عن الخطبة لعيوب أو أسباب أخرى خفية تجعل من غير المتصور بالنسبة إليه أن يقدم على الارتباط بالطرف الآخر، كما قد يكون العدول لا مبرر له سوى عدم الرغبة في الزواج من الطرف الآخر ولو لم يصدر منه شيء يدعو لذلك، وقد يكون العدول عن الخطبة باتفاق الطرفين، وهنا لا يطرح إشكال.

وما دام إلزام الطرفين بإبرام عقد الزواج أمر غير مستساغ شرعا ولا يمكن الحكم له قضاء بحكم أن حق العدول عن الخطبة مكفول للطرفين معا، لارتباطه بمبدأ حرية الزواج. وهكذا، فإذا كان العدول عن الخطبة يترتب عليه آثار تختلف حسب طبيعة العدول في حد ذاته، وكذا حسب الطرف العادل عن الخطبة، فإني أتساءل عن الحكم في حالة ما إذا قدم

الخاطب أو المخطوبة لبعضهما البعض هدايا ثم وقع العدول؟ ثم ما الحكم أيضا إذا قدم الخاطب المهر كله أو جزء منه، فهل له الحق في استرداده؟ وما مصير المصاريف المترتبة عن الخطبة؟ وإذا كان العدول في حد ذاته قد تترتب عليه أضرار تصيب كلا الطرفين أو إحداهما، فهل يستحق كل منهما أو أحدهما تعويضا وعلى أي أساس؟.

كل هذه الأسئلة ستتم دراستها من خلال التطرق لحكم الهدايا ومصاريف الخطبة والصداق (المبحث الأول) على أن أتطرق بعد ذلك إلى إمكانية التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: آثار المدايا والصداق عند العدول عن الخطبة.

يعتبر تبادل الخطيبين لبعض الهدايا في المناسبات والأعياد المختلفة، أو حتى من دون مناسبة سوى التعبير عن القصد الشريف والنية الحسنة في إتمام عقد الزواج، من العادات الأصيلة في المجتمع المغربي، وقد تكون الهدايا المقدمة من طرف واحد، عادة ما يكون هو الخاطب، وقد تكون من الطرفين معاً، وذلك حسب الأحوال، وحسب الظروف المادية لكل منهما وقيمة الهدايا المقدمة، كما أن الخاطب قد يدفع الصداق المعجل كله أو جزءاً منه برغبته أو حسب الاتفاق مع المخطوبة أو وليها عند الاقتضاء، تأكيداً منه على رغبته الجدية في إتمام عقد الزواج واستعداده للارتباط الأبدي مع مخطوبته وكل ذلك قبل إبرام عقد الزواج.

وهكذا فإن تقديم الهدايا أو تبادلها وكذا تقديم المهر أو جزء منه فقط، لا يثير أي إشكال قانوني أو واقعي إذا ما انتهت الخطبة بالزواج، أما إذا عدل الخطيبان أو أحدهما عن إتمام عقد الزواج، حسب ما كان مقرراً مسبقاً، فهنا يثار التساؤل حول مآل الهدايا عند العدول عن الخطبة سواء كان هذا العدول من الخطيبين أو من أحدهما، أو لظروف خارجة عن إرادتهما؟ (المطلب الأول)، كما يطرح كذلك مصير المصاريف المترتبة عن الخطبة، وكذا المهر أو الصداق المقدم من طرف الخاطب؟ (لمطلب الثاني).

المطلب الأول: مآل المدايا عند العدول عن الخطبة.

تجدر الإشارة بداية إلى أن الفقه الإسلامي نظر نظرة الكراهة والاحتقار إلى الطرف العادل عن الخطبة بعد التعارف والتراكن، لما قد يسببه هذا السلوك من إلحاق الضرر والأذى

بالغير، وتقويت الفرص عليه¹، كما أن الإسلام يدعو المسلم إلى الوفاء بالوعد ما أمكنه ذلك، مصداقا لقوله تعالى في كتابه العزيز: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً"²، وفي السنة النبوية الشريفة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان"³.

ولكن إذا كان الوفاء بالعهد يؤدي إلى ضرر بين أشد من ضرر العدول، فإنه في هذه الحالة تطبق قاعدة أخف الضررين، وهي حق العدول وهذا الأخير قد تنتج عنه آثار منها حكم الهدايا المقدمة من طرف الخاطبين، فكيف تعامل الفقه الإسلامي مع هذه المسألة؟.

للإجابة عن هذا التساؤل سأقسم هذا المبحث إلى فقرتين، سأخصص الفقرة الأولى للحديث عن وضعية الهدايا قبل صدور مدونة الأسرة، في حين سأطرق في الفقرة الثانية لوضعية الهدايا بعد صدور مدونة الأسرة.

الفترة الأولى: وضعية المدايا قبل صدور مدونة الأسرة.

من حيث الأصل فالفقه الإسلامي متفق على رد الهدايا، أما الاختلاف بين الفقهاء فهو من حيث التفاصيل، حيث انقسموا في هذا الصدد إلى قسمين:

- **القسم الأول :** ويمثله فقهاء المذهب الحنفي والشافعي، حيث تأخذ الهدايا المقدمة من الطرفين عندهما حكم الهبة، وهكذا يتعين رد الهدية ما لم تهلك أو تستهلك⁴ وبناء على ذلك إذا كانت الهدية ما زالت موجودة في ملك المهدى إليه بعينها، ولم يتصرف فيها بما من شأنه أن يخرجها من ملكه فله الحق في الرجوع والاسترداد، فإذا قدم لها ساعة أو خاتما وغيرها وبقيت

¹ - الرحمانى عبد الله بن محمد الجشتيمي، العمل السوسي في الميدان القضائي، الجزء الأول، مطبعة مكتبة المعرفة، الطبعة الأولى، ص: 188.

² - سورة الإسراء، الآية 34، ويقول عز وجل أيضا: "كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون" سورة الصف، الآية 3.

³ - رواه الإمام البخاري في الصحيح، المجلد الأول، الجزء الأول، كتاب الإمام، باب علامة المنافق، حديث رقم 33، مطبعة دار الحديث، القاهرة، طبعة سنة 2004، ص: 17.

⁴ - ابن عابدين، رد المحتار على الدار المختار على متن تنوير الأبصار، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص: 345.

على حالتها الأصلية بعد الفسخ فإنه يتعين على الخطيبة رد الهدية حتى لو كان العدول من قبله إذا كانت باقية¹، أما إذا كان ما أهداها الخاطب غير موجود بأن هلك أو استهلك أو ضاع منها، كأكل الطعام، وصنع القماش ثوباً، فلا يحق للخاطب طلب مثلها أو قيمتها².

ويضيف الشافعية قولهم بوجوب رد الهدايا مطلقاً، سواء كانت باقية أو عكس ذلك، فإذا كانت موجودة ردت بعينها، وإن هلك أو استهلك وجب رد مثلها أو قيمتها سواء كان العدول من قبله أو من قبل المخطوبة أو منهما معاً³.

-القسم الثاني: ويمثله فقهاء المالكية والحنابلة، والأصل عندهم أن الخاطب لا يرجع فيما أهدى لمخطوبته أو أنفق عليها ولو كان الرجوع منها⁴ ولكن الفتوى في المذهب برأي آخر عندهم هو الأوفق والذي اختاره الشيخ الدردير رحمه الله، وذلك على الوجه الآتي: ⁵ "إن كان هناك عرف أو شرط يقضي بالرد أو عدمه ففي هذه الحالة يعمل به، وإن لم يكن لا شرط ولا عرف ففي هذه إن كان العدول من الخاطب، فلا يجوز له الرجوع في شيء من الهدايا، لأنه بتصرفه هذا سبب ألماً فلا يجوز أن يجمع عليها رد ما أهداها بعينه إن كان قائماً أو مثله أو قيمته إن كان هالكا، لأنه لا يسمح لها في أخذ الهدايا بعد أن آلمته بالعدول عن الخطبة.

ويضيف الحنابلة⁶ أن الهدية تثبت بكل أمر مقرر لكل المهر أو لنصفه، ويرد ما وهبته المرأة لخطبها قبل الدخول إذا طلقها أو فسخ العقد باختياره.

أما هدية الخاطب التي يقدمها إلى المخطوبة قبل أن يعقد عليها فلا تعد من المهر، وعليه فللخاطب الحق في استرجاع ما أهداه إذا كان أهل المخطوبة قد وعدوه بأن يزوجه من

¹ - أستاذنا إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقاً لآخر تعديلات ظهير 1993/9/10، مرجع سابق، ص: 29.

² - ذ.محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، مرجع سابق، ص: 41.

³ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، مرجع سابق، ص: 66.

⁴ - علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، (دون ذكر الطبعة)، ص: 28.

⁵ - أبي الوليد بن رشد، البيان والتحصيل، الجزء الخامس، دار الغرب الإسلامي، طرابلس، الطبعة الثانية، 1988، ص: 16.

⁶ - الشيخ منصور يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على مثل الإقناع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، طبعة 1402هـ/1982م، ص: 90.

المخطوبة ولم يفوا بوعدهم، وذلك لأنه أهدى إلى المخطوبة في مقابل حصول العقد عليها، وبامتناعهم يكون السبب منهم فيحق له استرجاع الهدايا.

أما إذا مات أحد الخطيبين فليس للخطيب أو ورثته المطالبة باسترجاع شيء مما أهداه الخطيب لخطيبته، وعلة هذا الحكم أن عدم إتمام العقد لم يكن من جهتهم، فالموت لا يملكون إزاءه شيئاً ولا دخل لإرادتهم في عدم إتمام هذا الزواج¹.

وفي حالة ما إذا كان الإعراض عن إتمام الزواج من قبل الخطيب فليس له أن يرجع على المخطوبة أو وليها بما قدمه لها من هدايا، لأنه هو من امتنع عن العقد وبالتالي فالسبب منه².

ولعل رأي الفقه المالكي هو الأقرب إلى الصواب وهو رأي عادل وعقلاني، لأن الخطيب إذا ما عدل عن خطوبته فليس من اللائق مضاعفة ألم المخطوبة، وذلك بالجمع بين ألم العدول وألم الاسترداد³، أما إذا كان العدول من جانبها، فليس من العدل أن يحرم الخطيب من استرجاع ما قدمه من هدايا لخطيبته، وهو لم يقترب ذنباً أو يرتكب خطأ، فمن سعى في نقض ما تم من جهته كان سعيه مردوداً عليه⁴.

وقد أخذ المشرع المغربي في إطار معالجته لإشكالية استرجاع هدايا الخطبة عند عدم إتمام الزواج بالرأي الراجح في الفقه المالكي الذي أعطى إمكانية استرجاع الهدايا للخطيب إن لم يكن العدول عن الخطبة من جانبه، أما إذا كان العدول بإرادته المنفردة فلا حق له في استرجاع تلك الهدايا⁵.

¹ - ابن عابدين، رد المختار على الدار المختار على متن تنوير الأبصار، مرجع سابق، ص: 365.
² - أبو عبد الله محمد الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر الشيخ خليل، المجلد الثالث، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت، طبعة 1398هـ/1988م، ص: 417.
³ - أستاذنا إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقاً لآخر تعديلات ظهير 1993/9/10، مرجع سابق، ص 30.
⁴ - محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى 1984، ص: 19.
⁵ - ويضيف أحد الباحثين بأن العرف الجاري به العمل في المغرب والذي يؤيده التشريع هو أنه "لا يستحق الخطيب استرجاع الهدايا التي أهداها لخطيبته والتي أصبحت ملكاً لها، مهما علت وارتفعت قيمتها، إلى أن تشاء العروسة المخطوبة إعادتها إليه

وهكذا فإن المشرع المغربي لم يغفل التطرق إلى مصير الهدايا أثناء العدول عن الخطبة سواء في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أو في ظل مدونة الأسرة الحالية، مع اختلاف طفيف، ذلك أن المشرع في المدونة الملغاة لم يتعرض للهدايا التي تكون الخطيبة قد قدمتها للخطيب، إذ اكتفى بالنص على إمكانية الخطيب في استرجاع ما قدمه من هدايا للمخطوبة أثناء فترة الخطبة، حيث نص الفصل الثالث من مدونة الأحوال الشخصية على أنه: "لكل من الخطيب والمخطوبة العدول عن الخطبة، للخطيب أن يسترد الهدايا إلا إذا كان العدول عن الخطبة من قبله".

فمن خلال هذا الفصل يتبين أن للخطيب الحق في استرجاع الهدايا إذا لم يكن العدول من جهته¹ وبمفهوم المخالفة، فإذا كانت المخطوبة لم تظهر من جانبها ما يتنافى والرغبة التي أعربت عنها ابتداء عندما قبلت الخطبة، وما دام أن العدول قد وقع من جانب الخطيب فليس له استرجاع ما قدمه لها من هدايا، لأن ما قدمه من هدايا إلى مخطوبته أو أقربائها، كان ابتغاء إتمام عقد الزواج، ولكنه عدل من جهته عن استكمال غايته، فكان أحق بتحمل خسارة ما أعطاه سواء كانت الهدايا ما تزال قائمة أم هلكت أم استهلكت أو وقع تفويتها.

أما إذا كان العدول من جانب المخطوبة، أو وقع بتراضي الطرفين عليه، فللخطيب عند ذلك الحق في أن يسترد هداياه متى شاء² والحكم في كلتا الحالتين ينبني على القاعدة الشرعية، التي تقول بان يتحمل الناكل نتيجة نكوله، وهو الحكم الوجيه في مذهب المالكية³.

وفيما يخص القضاء المغربي، فقد طبق هذا الأخير أحكام الفصل الثالث من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة المنظم لإمكانية استرداد هدايا الخطبة حتى في الأحوال التي يتم فيها التبرع بسبب الخطبة وتسجيل ذلك في السجل العقاري¹.

من تلقاء نفسها وبعد موافقة وليها على إعادة تلك الهدايا للخطيب المتراجع عن خطبته"، إبراهيم الهلالي، مذكرات في الفقه الإسلامي على ضوء مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، طبعة 1987، ص: 100.

¹ - ذ. أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص: 52.

² - خالد برجوي، إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب، وضعية المرأة نموذجا، دار القلم الرباط، الطبعة الأولى، 2003، ص: 100.

³ - محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، مرجع سابق، ص: 20.

وهكذا فقد قضت محكمة الاستئناف بمكناس في قرار لها جاء في إحدى حيثياته ما يلي:

"حيث يستخلص من الحكم المطعون فيه والوثائق صحبته أن المدعى المستأنف عليه... وهب أرضا فلاحية مساحتها عشر هكتارات من الرسمين العقاريين... هدية للمدعى عليها في خطبتها... وطبقا لما جاء في المقال، فإن المدعى عليها عدلت من جهتها فقط عن الخطبة، وتزوجت رجل آخر غير الخاطب الواهب، بمعنى أن المخطوبة رجعت عن التزامها الأدبي بالخطبة وفضلت رجلا آخر... وأنه طبقا للفصل الثالث من المدونة فإنه إذا كان الرجوع عن الخطبة من جانب المخطوبة وإخلالها لما تضمنه عقد الهبة تم عن سوء النية، إذ خدعت المدعي بكونها إلى الخطبة حتى تستحوذ على الهبة بل الهدية فقط، ومن ثم يحق للمدعي استرجاع الهدية عملا بالفصل الثالث المذكور..."².

إذن يتبين من القرار أعلاه، أن المحكمة قضت بأحقية الخاطب في استرجاع الهكتارات العشرة التي سبق له أن أهداها لخطيبته، ونقل ملكيتها في اسمها بالرسم العقاري، ثم ظهر لها أن تعدل عنه إلى خطيب آخر، وهو تصرف اعتبرته المحكمة عملا مشوبا بسوء نية يستوجب رد الهدية المقدمة³.

وما يهم في هذا المقام ليس الحق في استرداد الهدية في حد ذاتها، وإنما هل الهدية تسترد على أساس أنها تشكل محلا لعقد مستقل بذاته - عقد هبة - أم أنها تعتبر محلا لعقد تابع للخطبة؟ في هذه الحالة ينبغي التمييز بين إن كانت الخطبة عقدا أم أنها مجرد واقعة قانونية، فإذا كانت الخطبة مجرد واقعة قانونية فلا يعقل أن يفترن عقد بواقعة قانونية⁴.

¹ - ذ. إبراهيم بحماني، من أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة بشأن الخطبة، أعمال ندوة جهوية احتفالا بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، تحت عنوان "قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، أيام 8-9 مارس 2007 بمكناس، ص: 54.

² - قرار محكمة الاستئناف بمكناس في القضية عدد 79/7/303 بتاريخ 07 يناير 1980، أورده أستاذنا إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر تعديلات 1993/9/10، مرجع سابق، ص: 30.

³ - أستاذنا إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 50، ويراجع أيضا، ذ. محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية، عدد 9، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2005، ص: 64.

⁴ - محمد المنصف بوقرة، خواطر حول الطبيعة القانونية للخطبة، مرجع سابق، ص: 15.

يستنتج مبدئياً من هذا القرار أن الهدية تابعة للخطبة لأن المحكمة قضت بإرجاع الهدية نتيجة لعدول المخطوبة، إلا أنه بالنظر جيداً في حيثيات هذا القرار يلاحظ ورود عبارة... عدول المخطوبة وإخلالها لما تضمنه عقد الهبة..."، وهذا يعني أن المحكمة اعتبرت الخطبة شرطاً لصفة عقد الهبة، والعدول عنها يعتبر إخلالاً ببند هذا العقد.

وتطرح قراءة هذا القرار إشكالية ثانية تتعلق بتحديد الطرف الذي يلزمه إثبات واقعة صدور العدول عن الطرف الآخر، وهو تساؤل أجاب عنه المجلس الأعلى في أحد قراراته التي ضمنها مبدأ مفاده أن الطرف المستفيد من تملك الهدايا، هو الملتزم بإثبات عدول الطرف الآخر¹ وهو ما كرسته محكمة الاستئناف في هذا الصدد، عندما اعتبرت تراجع المخطوبة عن التزامها الأدبي بالخطبة، وتفضيلها لرجل آخر غير الواهب الذي أهدى لها القطعة الأرضية، مسوغاً كافياً لقبول طلب استرجاع الهدية من قبله، على اعتبار أن ما قامت به المخطوبة هو عمل مشوب بسوء نية واستخلصت من ذلك أن العدول كان من جانبها وليس من جانبها.

كان هذا بالنسبة لوضعية الهدايا في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، فما هو الجديد الذي جاءت به مدونة الأسرة في هذا الصدد؟.

الفقرة الثانية: وضعية المدايا بعد صدور مدونة الأسرة.

لقد نصت مدونة الأسرة في المادة الثامنة على ما يلي: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله، ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال".

¹ - جاء في حيثيات قرار المجلس الأعلى ما يلي: "وبما أن المدعى عليها هي التي ستستفيد من تملكها الهدية التي أهديت لها بمناسبة الخطبة، فإنه كان عليها أن تثبت أنها فعلت كل ما يخوله لها القانون من أجل مطالبة المدعي بإتمام عقد الزواج بها، وأنه هو الذي كان يماطل إلى أن تخلص عنها نهائياً، ولذلك فإن ما اعتمدته المحكمة من أن المدعي لم يسبق له ابتدائها أن نسب للمدعي عليها ذلك، وإنما تمسك به في المرحلة الاستئنافية، وأن ذلك يشكل قرينة على أنه هو الذي لم تكن له رغبة في إتمام الزواج بها، هو استنتاج فاقد الأساس"، أورده الأستاذ أحمد الخليلي، أحكام الخطبة، ما هي قوتها الإلزامية وآثار العدول عنها؟، مرجع سابق، ص: 19.

إن قراءة هذه المادة تبين أن المشرع المغربي قد تجاوز الانتقاد الذي ظل لسنوات يوجه للفصل الثالث من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، إذ أن هذا النص لم يعالج فقط حكم الهدايا المقدمة من طرف الخاطب العادل عن الخطبة، بل بين أيضا حكم الهدايا المقدمة من المخطوبة التي صدر عنها العدول، فالمادة المذكورة جاءت بحكم عام سوى المشرع بمقتضاه بين الطرفين إذ لا يجوز لمن صدر عنه العدول استرداد الهدايا المقدمة من طرفه.

والجدير بالذكر أن بعض الفقه كان قد أعطى حلا لهذه الإشكالية في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، فذهب أستاذنا إدريس الفاخوري¹ إلى القول أنه رغم أن الفصل الثالث من مدونة الأحوال الشخصية قد سكت عن الهدايا التي تقدمها الخطيبة فإنه مع ذلك تخضع لنفس الحكم السابق، فلها أن تستعيدها إذا كان الخاطب هو الذي فسخ الخطبة.

وبالعودة إلى المادة الثامنة من مدونة الأسرة يتضح أن المشرع المغربي أعطى لكل من الخاطب والمخطوبة الحق في استرداد هداياه في حالة صدور العدول من الطرف الآخر، وبمفهوم المخالفة فإنه لا يجوز لأحد الخطيبين الاسترداد متى كان هو من تسبب في العدول²، وهو ما يوحي بأن المشرع حمل الطرف الذي عدل عن إتمام العقد مسؤولية الإخلال بالوعد الذي قطعه بإتمام الزواج عند قبوله تلك الخطبة ابتداء، وبالتالي يتحمل مسؤولية عدم إمكانية استرجاع هداياه التي قدمها للطرف الآخر أثناء فترة الخطبة.

إن المتأمل في هذا الحكم الذي جاء به المشرع المغربي سيجد صعوبة في التسليم به، خصوصا وأن المشرع نفسه يعتبر الخطبة مجرد تواعد غير ملزم بالزواج شأنه في ذلك شأن الفقه الإسلامي³، حيث يمكن لطرفي التواعد العدول عن إتمام ذلك الارتباط المستقبلي في أية لحظة، أما الهدايا فالحكم بشأنها أنه لا يمكن استرجاعها إلا إذا كان العدول عن الخطبة من

¹ - أستاذنا إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر تعديلات ظهير 1993/9/10 مرجع سابق، ص: 30.

² - يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مجلة المنتدى، مدونة الأسرة، تقييم ومعالجة، العدد الخامس، جمادى الأولى 1426، يونيو 2005، ص: 84.

³ - تنص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من مدونة الأسرة على ما يلي: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج".

الطرف الآخر كمبدأ حتى لا تجتمع على الطرف الذي لم يسعى إلى العدول من قبله ألمان، ألم ضياع هداياه التي قدمها بسبب الخطبة، وألم العدول عن إتمام الزواج¹.

والجدير بالذكر أن ربط استرجاع الهدايا بالعدول عن الخطبة قد يبدو من الوهلة الأولى منطقيا وسهل التطبيق على أرض الواقع، إلا أنه من الناحية العملية نادرا ما يتم العدول عن الخطبة بدون سبب، حيث يقترن العدول غالبا بسبب وجيه في نظر العادل، وقد يأتي ذلك نتيجة لإبداء بعض الشروط من هذا الجانب أو ذاك، كأن يطلب الولي مهرا مرتفعا، أو يشترط على الخاطب أن يسكن زوجته بعيدا عن عائلته، أو تأخير حفلة الزفاف بشكل يتعذر معه على المرأة قبول طلبه، فيضطرها إلى إنهاء الخطبة².

وإذا كان المشرع المغربي قد ربط إمكانية استرجاع هدايا الخطبة بعدم صدور العدول عن الخطبة من جانب من أراد استرداد هداياه، فإن الأستاذ أحمد الخمليشي³ يرى ضرورة ربط استرجاع الهدايا حال انتهاء الخطبة بسبب العدول فقط، فيتحمل المتسبب في العدول رد الهدايا التي أعطيت له، أو عدم استحقاقه استرداد هداياه التي قدمت للطرف الآخر بغض النظر عن صدور العدول من جانبه، حيث يتولى القاضي تحديد السبب الحقيقي لإنهاء الخطبة، وفي حالة امتناع العادل عن بيان السبب اعتبر الطرف الآخر غير متسبب في العدول.

والواقع أن رأي الأستاذ أحمد الخمليشي هو رأي سديد ووجيه، فقد يدفع الخاطب هدية ذات قيمة معتبرة إما من تلقاء نفسه للتأكيد على رغبته الأكيدة في الاقتران بالمخطوبة، وإما بطلب من المخطوبة، فتلجأ هذه الأخيرة إلى التحايل بأن تقوم بتصرفات لا ترضي الخاطب، أو تتعمد الخصام معه، أو قد تغرر به بصورة من الصور، فتدفعه إلى العدول عن الخطبة⁴، وإن

¹ - ذ. أحمد الخمليشي، أحكام الخطبة، ماهي قوتها الإلزامية؟ وآثار العدول عنها؟، مرجع سابق، ص: 18.

² - ذ. أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص: 52.

³ - ذ. أحمد الخمليشي، أحكام الخطبة، ما هي قوتها الإلزامية؟ وآثار العدول عنها؟، مرجع سابق، ص: 18.

⁴ - وهذا يعني حسب أحد الباحثين: "أن الخاطب يفقد كل ما أهداه لمخطوبته إذا عدل عن الخطبة، حتى لو ثبت تعاطيها للفساد، أو كانت سينة الخلق والسمعة، أو غرت به كما لو علم منها فيما بعد أنها ثيب أو ليست عذراء... وكان من العدل لو أن المشرع نص على أن الخطيب لا يسترد الهدايا إن تراجع عن الخطبة دون وجود أي سبب جدي، علما بأن الهدايا تكون غالبا من الحلبي والجواهر الثمينة، وقد يبلغ ثمنها ملايين الدراهم، هذا بغض النظر عن كون الخطيبة لا تفقد شيئا إن عدلت عن الخطبة، خاصة

كانت المسألة نادرة، لكن تعقد الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية تجعل هذا الأمر ممكن الحدوث.

وهكذا فعلى القاضي أن يراعي هذه المسألة، فإذا تبين له أن طرفاً قد تسبب في العدول، بأن غرر بالطرف الآخر، مما دفعه إلى العدول عن الخطبة جاز له أن يقضي على الطرف المتسبب بإرجاع الهدايا، ولو أن العدول كان من الطرف الآخر، إذ من المعلوم أن التغيرير يوجب الضمان¹.

ولكن الإشكال المطروح في هذا الصدد يتمثل في الأساس الذي يمكن للقاضي بمقتضاه تحديد السبب الحقيقي للتراجع عن الخطبة سيما أن القاضي يعتمد في تقديره للأمر على المعيار الموضوعي، والقول بالبحث في سبب العدول يعني الاعتماد على معيار شخصي مرن، وهو معيار الخطيب المعني بالأمر، وهذا ما لا يبدوا مقبولا في موضوع الزواج، فالأسباب المرغبة فيه ينبغي أن تبقى شخصية، تقاس بمقياس شخصي صرف، فرب واقعة أو تصرف بسيط، لا يصرف الشخص العادي عن الزواج، ولكنه بالنسبة لخطيب آخر قد يبدو في نظره كافيا لإنهاء الخطبة².

كما أن البحث في أسباب العدول سيفتح الباب على مصراعيه لخلق نزاعات جديدة، أكثر مما سيساهم في حل النزاع حول الأحقية في المطالبة باسترداد الهدايا عند العدول عن الخطبة، فقد يستند العادل في تبرير عدوله على تصرفات أو وقائع غير وجيهة أو حتى غير صحيحة ليلتمس بذلك ضمان استرداد الهدايا التي قدمها للطرف الآخر أثناء الخطبة.

إذا وجدت خطيباً سيدفع لها أكثر"، خالد بنيس، قوانين الأسرة بين الواقع والتشريع، دار المعرفة للنشر والتوزيع، طبعة 1993، ص: 11 و 12.

¹ - ذ. رشيد بن شويخ، دروس في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، طبعة 2000، ص: 5.

² - كمال بلحجوب، أسس بناء عقد الزواج في ضوء الفقه ومدونة الأحوال الشخصية المغربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الشريعة، فاس، سايس، السنة الجامعية 2000/1999، ص: 59.

هذا وقد يتمادى العادل في ذلك لحد الافتراء وقذف الطرف الآخر بما يسيء إليه في عرضه وشرفه وأخلاقه وكرامته، وليس من المصلحة أن يناقش القضاء مثل هذه الوقائع والتأكد من صحتها أو افترائها ليتأتى له الحكم في مصير الهدية¹.

وعلى كل حال فإن مدونة الأسرة قد حسمت في الموضوع، واعتبرت العدول عن الخطبة في حد ذاته سببا في عدم جواز استرداد الهدايا سواء كان العادل هو الخاطب أو المخطوبة².

وفي حالة العدول الاتفاقي، يحق للخطيبين استرداد الهدايا المقدمة من طرفهما، ويستثنى من هذا الحكم اتفاق الطرفين على مآل الهدايا إذ في هذه الحالة يتم الرجوع إلى القاعدة الأصلية في قانون الالتزامات والعقود التي تقرر بأن العقد شريعة المتعاقدين³.

وفيما يخص الأحكام التفصيلية لكل المنازعات التي تنشأ عن مآل الهدايا عند انتهاء الخطبة بغير زواج، فقد نصت مدونة الأسرة على حكم عام في الفقرة الثانية من المادة الثامنة جاء فيه أنه: "ترد الهدايا بعينها أو بقيمتها حسب الأحوال".

وهكذا يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة الثامنة من مدونة الأسرة تشير إلى إرجاع قيمة الهدايا في حالة هلاكها أو استهلاكها دون توضيح ما إذا كان الأمر يتعلق بقيمتها يوم قبضها أم بقيمتها يوم إرجاعها كما هو الشأن بالنسبة للصدّاق إذ تشير المادة التاسعة إلى قيمته يوم تسلمه⁴.

¹ - ذ. أحمد الخليلشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص: 53.
² - تنص الفقرة الأولى من المادة الثامنة من مدونة الأسرة على أن: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله".
³ - يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 85.
⁴ - تنص المادة التاسعة من مدونة الأسرة على أنه: "إذا قدم الخاطب الصدّاق أو جزء منه وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه".

وفي نظري المتواضع أعتقد أن الرأي الأقرب للصواب هو الرأي الذي يقول بالاعتداد بقيمة الهدية عند الإرجاع، لأن المعني بالأمر هو من تسبب في ذلك بأن عدل عن الخطبة وبالتالي كان أجدر بتحمل الفارق الناجم عن تغير قيمة الهدية بين وقت قبضها ووقت إرجاعها، عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقول بأن من سعى في نقض ما تم من جهته، كان سعيه مردوداً عليه¹.

كما أن المادة الثامنة من مدونة الأسرة لم تتعرض لحالة وفاة أحد الطرفين أو هما معاً، وأحقية ورثة المتوفى في مطالبة المتبقي على قيد الحياة أو ورثته بالهدية بعينها أو قيمتها، والحل الأنسب حسب أحد الأساتذة² هو عدم أحقية ورثة المتوفى في استرجاعها لأن حكمها حكم الهبة.

فلا يجوز الجمع بين أمين، ألم الوفاة وألم إفقار الورثة أو المهدى له المتبقي على قيد الحياة³ وأن الإلزام بالإرجاع مؤسس على التسبب العمدي في انقضاء الخطبة، والوفاة قدر محتوم لا يد لأحد فيه وهو مانع من حق الرجوع في الهدية.

وفيما يخص موقف التشريعات المقارنة⁴ من استرجاع الهدايا عند انتهاء الخطبة¹، فقد

جاء في الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري ما يلي: "لا

¹ - ذ. أحمد الخليلي، أحكام الخطبة، ماهي قوتها الإلزامية؟ وآثار العدول عنها؟ مرجع سابق، ص: 19.

² - ذ. محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 65.

³ - وما أثار انتباهي في هذا الصدد هو توجه القضاء التونسي، الذي أعطى الحق لورثة الخاطب المتوفى في المطالبة باسترجاع هداياه من المخطوبة، حيث جاء في قرار تعقيبي مدني على أن: "الهدايا المقدمة للخطيبة لا يستردها الخطيب منها إذا ما نكل عن خطبتها أما إذا مات واستحال الزواج بهاته الحادثة الطبيعية، فإن من حق ورثته استرداد تلك الهدايا، وبذلك فإن الحكم باسترجاعها أو قيمتها في طريقة ولا مطعن فيه"، قرار تعقيبي مدني عدد 4146 مؤرخ في 11 مارس 1982 نقض 1982، أعتقد أنه كان على المحكمة أن ترفض طلب استرجاع الهدايا لأنه لا يجوز الجمع بين ألم فقدان الخاطب وألم إرجاع الهدايا من المخطوبة أو المهدى له المتبقي على قيد الحياة، أورده القاضي محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، سلسلة الميزان التشريعي، عدد 2، دار الميزان للنشر والتوزيع، طبعة ثانية، 1994، ص: 15 و16.

⁴ - لقد تطرق المشرع التونسي لمصير الهدايا عند انتهاء الخطبة بشكل عام، وبدون تفصيل حيث جاء في الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "يسترد الخاطب الهدايا التي يقدمها إلى خطيبته إلا إذا كان العدول من قبله، أو وجد شرط خاص"، وهذا ما طبقه القضاء التونسي حيث جاء في قرار تعقيبي مدني على أنه: "إذ تراكن رجل وامرأة على الخطوبة ثم نكلت هذه الأخيرة وجب عليها إرجاع الهدايا أو قيمتها إلى الخاطب:" قرار تعقيبي مدني، عدد 318 مؤرخ في 27 أكتوبر 1977 نقض 1977، أورده القاضي محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 15.

يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

وما يلاحظ على النص القانوني الجزائري أن بدايته كانت متطابقة مع الرأي الراجح للمذهب المالكي إلا أن نهاية الفقرة الأخيرة قد خالفت رأي المالكية في الموضوع حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك وهو الرأي الذي أخذ به الأحناف حيث يعد من موانع الرجوع في الهبة².

إن توجه المشرع الجزائري من وجهة نظري هو توجه غير سليم، فهو من جهة لم يأخذ برأي المذهب المالكي على إطلاقه مما أثر في صياغة النص القانوني برمته ومن جهة أخرى، فهو لم يحمل الطرف العادل عن الخطبة قدراً من المسؤولية بتحمل تبعة خسارة الهدايا المقدمة، فكيف يعقل أن يعدل الخاطب عن الخطبة ثم يحتفظ بالهدايا حتى وإن استهلك؟.

كما أن عبارة "الاستهلاك" تثير غموضاً كبيراً، وتفتح المجال للعديد من التأويلات، إذ أنها توحي بأن المخطوبة إذا استهلكت الهدية أو تصرفت فيها سواء عن حسن نية أو حتى عن سوء نية، وبأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية سواء بالهبة أو بالبيع، فإنها لا ترد الهبة إذا عدلت عن الخطبة، لأن الهدية المقدمة من الخاطب لم يعد لها وجود، وبالتالي فهي مستهلكة، إلا إذا قصد المشرع الجزائري عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلّة قيمتها³.

¹ - لقد طبق مشرع قانون الأحوال الشخصية الليبي أحكام الفقه المالكي كاملة فيما يخص استرداد الهدايا عند العدول عن الخطبة، حيث نص في الفقرة (ج) من مادته الأولى على أن: "من عدل عن الخطبة فعليه أن يرد ما أخذ عينا أو بقيمته يوم القبض، ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك"، ومن خلال ملاحظة هذا النص، يتبين أنه بدأ بعبارة "من عدل عن الخطبة" وهذا يعني أن المشرع الليبي كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المغربي قد سوا بين الهدايا سواء تلك التي قدمها الخاطب أو المخطوبة، عبد الهادي أبو أصبع، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، دار الكتب الوطنية، بنغازي، الطبعة الأولى 1994، ص: 18.

² - من القوانين العربية التي أخذت برأي أبي حنيفة في تطبيق أحكام الهبة على الهدايا نجد: المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، والمادة 4 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، والمادة 4 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة 8 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، د. محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، المنشورات الجامعية المغربية، الطبعة الأولى 1993، ص: 24.

³ - كما هو الشأن بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان، والذي استثنى صراحة من الرد الهدايا التي تستهلك بحكم طبيعتها حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة الثالثة ما يلي: "يُرد من عدل عن الخطبة دون مقتضى الهدايا بعينها، إن كانت قائمة وإلا مثلها أو قيمتها يوم القبض ما لم يقض العرف بغير ذلك أو كانت مما تستهلك بطبيعتها"، مرسوم سلطاني رقم: 97/32 بإصدار قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان، صدر في 28 محرم سنة 1418 هـ/ الموافق ل 4 يونيو 1997 م.

ويضيف بعض الفقه الجزائري¹ بأن الخاطب قد لا يرى فائدة في المطالبة باسترداد الهدايا، وإنما يطالب بقيمتها، كأن يكون خاتماً من ذهب استعمل مدة معينة، أو جهازاً معيناً طال أمد استخدامه، ففي الحالتين معا فإن قيمة الخاتم، أو الجهاز المستعملان، قد نقصت كثيراً عن قيمة الشراء.

وما يؤخذ أيضاً على النص القانوني الجزائري أنه تطرق للهدايا المقدمة من الخاطب فقط، ولم يذكر الهدايا المقدمة من قبل المخطوبة، إذ من المفروض بالموازاة مع الخاطب أن لا تسترد المخطوبة الهدايا التي قدمتها له عندما يكون العدول منها، وبذلك يتساوى الطرفان في الحكم².

وعلى مستوى القضاء³ الجزائري، فقد ذهبت المحكمة العليا الجزائرية إلى حد نقض حكم استئنافي قضى بإلزام المخطوبة برد هدايا الخاطب الذي عدل من جانبه عن الخطبة⁴.

¹ - ذ. رشيد بن شويخ، أحكام الخطبة في الزواج، دراسة مقارنة في أحكام الفقه والقانون والقضاء، سلسلة الندوات، العدد 2، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، نظمت يومي 15 و 16 مارس 2007 بكلية الحقوق، وجدة، ص: 85، وانظر أيضاً: ذ. بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، طبعة 1994، ص: 54.

² - يوسف دلانة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق دار هومة (دون ذكر الطبعة)، ص: 12.

³ - بالنسبة لموقف المشرع المصري يذهب أحد الفقه إلى أن هذا الأخير لم يفرد أي نص خاص يتعلق باسترداد الهدايا المقدمة عند العدول عن الخطبة، إلا أن التوجه القضائي في هذا الصدد تحكمه المادة 280 من القانون رقم 78 لسنة 1931 التي تنص على أنه: "يقضى بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي فيما لم يرد فيه قانون موضوعي خاص" وفي مذهب الأحناف أن الهدايا تأخذ حكم الهبة فلا ترد إن هلكت أو استهلك كالمطعمات، أما إذا كانت الهدايا تقبل الاستعمال الطويل الأمد، كالأثاث وأدوات الزينة بالنسبة للمرأة وأدوات المكتب بالنسبة للرجل وغير ذلك مما يكون باقياً بعينه، فإنها ترد لمن أهداها، فإذا انتهت الخطبة بالعدول وطالب طرفاً بالهدايا فهو رجوع عن الهبة يجوز للواهب، إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع المقررة في المذهب الحنفي، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (د.ت.ط)، ص: 66، ويراجع أيضاً: محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، الجزء الأول، عقد الزواج، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2000، ص: 83.

- أشرف مصطفى كمال، القواعد الإجرائية لمنازعات الأحوال الشخصية فقها وقضاء، المكتبة القانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1991، ص: 13.

- عمر عبد الله محمد حامد قماوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 1986، ص: 103.

⁴ - جاء في قرار للمحكمة العليا الجزائرية رفضت بمقتضاه طلب استرجاع هدايا الخاطب الذي عدل عن الخطبة ما يلي: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن كان العدول من منه ومن تم فإن النعي على القرار المطعون فيه يتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون"، قرار المحكمة العليا الجزائرية، في ملف رقم: 739/19، بتاريخ 23 أبريل 1991، أورده دلانة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2001، ص: 7.

وجاء تعليل المحكمة لقرارها كما يلي: "من المقرر قانوناً أن لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إذا كان العدول منه، ومتى يتبين في قضية الحال أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج، ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب، فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج وإلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقاً دون الرد على دفع الطاعة، أخطئوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

أما في القانون الفرنسي ففي حالة فسخ الخطبة يتم الإلزام برد الهدايا التي سبق تقديمها من أجل إبرام الزواج مستقبلاً، سواء كانت الهدايا مقدمة من طرفي الخطبة، أو من أقربائهما، أو أصدقائهما، عملاً بمقتضيات المادة 1088 من القانون المدني الفرنسي².

غير أن الفقه والقضاء الفرنسيين يستثنى من قاعدة وجوب رد هدايا الخطبة في حال فسخها، الحالات التالية:

1- الهدايا قليلة القيمة: بحيث لا يمكن اعتبارها هبة للمال في المعنى الجاري المألوف بين الناس.

2- الهدايا المقدمة لأحد الخطيبين من الغير لمجرد المجاملة أو العطف.

3- الهدايا التذكارية، لا سيما خاتم الخطبة في الحالة التي تنتهي فيها الخطبة بموت أحد الخطيبين، حيث جرت العادة بإبقاء مثل تلك الهدايا للطرف المتبقي على قيد الحياة على أن يكون لورثة الخاطب المتوفى أن يستردوها منه إذا تنكر للذكرى، كما إذا تزوج³.

وقد أصدر القضاء الفرنسي بعض القرارات في هذا الصدد، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة قرونوبل الفرنسية بأن: "الهدايا المهمة التي دفعت لأجل الزواج تخضع لأحكام

¹ - قرار المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 16 مارس 1999، أورده ذرشيد بن شويخ، أحكام الخطبة في الزواج، دراسة مقارنة في أحكام الفقه والقانون والقضاء، مرجع سابق، ص: 87.

² - عبد الفتاح عبد الباقي، الزواج، قيامه، آثاره، انقضاؤه في القانون الفرنسي، مطبعة نهضة مصر القاهرة، ص: 26.

³ - عبد الفتاح عبد الباقي، نفس المرجع، ص: 27.

التبرعات، وهي تسترد في حالة عدم قيام الزواج¹، غير أنه إذا ارتكب أحد الخطيبين خطأ أو كان هو المسؤول عن العدول، فإنه يحرم من هذه الهدايا طبقا لقواعد العدالة الفرنسية².

المطلب الثاني: مصير مصاريف الخطبة والصداق المعجل عند العدول عن الخطبة.

إن الآثار المادية الناتجة عن العدول عن الخطبة لا تتوقف عند حدود الهدايا المتبادلة بين الطرفين الخطيبين أو من أحدهما، بل تتعدى ذلك لتشمل ما يقدم عليه الطرفان أو أحدهما من تحمل المصاريف المترتبة عن حفلة الخطبة، وما يتبعهما عرفا أو اتفاقا.

فالخاطب قد يقدم على تحمل مجموعة من المصاريف المادية قبل إبرام عقد الزواج ونفس الشيء بالنسبة للمخطوبة، وهذا ما يطرح إشكالا قانونيا وواقعيا يرتبط بإمكانية استرداد تلك المصاريف التي تكبدها أحد الطرفين أو كلاهما بمناسبة حفلة الخطبة التي لم تكتمل بإبرام عقد الزواج، ونفس الإشكال يطرح بالنسبة للصداق الذي يقدمه الخاطب قبل إبرام عقد الزواج، سواء قدمه كاملا أو جزءا منه لمخطوبته أو لوليها، والنزاعات التي يمكن أن تثار حول طبيعة ما قدم وحول الأحكام الواجبة التطبيق عليها.

وهكذا سأتطرق في البداية لحكم مصاريف الخطبة (الفقرة الأولى) ثم سأتناول بعد ذلك مآل الصداق المعجل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حكم مصاريف الخطبة

لقد جرت العادة في المجتمع المغربي أن تقترن الخطبة فيه بمصاريف وتكاليف عديدة يتحملها الطرفان الخطيبان أو أحدهما في سبيل إعداد حفلة الخطبة، وهذه المصاريف قد تكون

¹ - حكم محكمة قرونويل، grenoble، بتاريخ 13 نونبر 1928، كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن: "خاتم الخطبة يخضع لنظام الهدايا المهمة" قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 ديسمبر 1978، أوردهما ذ.بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص: 55.

² - قرار استئنافية باريس، بتاريخ 3 دجنبر 1978، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن: "الشخص الذي يطالب باسترداد هداياه عليه أن يقيم الدليل على ذلك"، نقض مدني فرنسي، بتاريخ 19 مارس 1974، أوردهما القراران بلحاج العربي، نفس المرجع، ص: 55.

مكلفة وباهظة، فحفلة الخطبة وحدها قد تكلف عدة آلاف من الدراهم من ميزانية الخاطب في أغلب الحالات أو من ميزانية المخطوبة أو وليها في الحالات الأخرى، كما أن العرف قد يقضي بذلك لإشهار الخطبة وإعلان تراكن كل من الخطيبين لصاحبه، وقد تكون تلك المصاريف لمجرد المباهاة في الاحتفال ليس إلا.

وإذا كانت المسألة لا تثير إشكالا إذا ما انتهت الخطبة كما كان مقررا لها بالزواج، فإن الإشكال يطرح في حالة عدول أحد الطرفين عن الخطبة، حيث يثار النزاع حول مصاريف الخطبة والنفقات التي ترتبت عنها، ومدى إمكانية استرداد تلك المصاريف أو التعويض عنها، خاصة إذا كان العدول من الطرف الذي لم يتحمل تلك المصاريف.

ولم يتعرض المشرع المغربي لحكم تلك المصاريف والتكاليف التي قد تتفق قبل العدول عن الخطبة، سواء في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، أو في ضوء مدونة الأسرة الحالية.

وأمام هذا الفراغ التشريعي فإن رأي بعض الفقه¹ متجه إلى عدم تأكيد الحق في طلب استرداد تلك المصاريف التي أنفقها الخاطب أو المخطوبة أو وليها، مستندا في رأيه إلى انعدام النص التشريعي بالاسترداد وكذا تعذر تأسيس طلب الاسترداد على قواعد المسؤولية التقصيرية، لأن العدول عن الخطبة عمل مباح ولو كان لسبب غير ظاهر، فلا يمكن أن يعتبر خطأ تترتب عنه مسؤولية تقصيرية في حالة انتهاء الخطبة من جانب واحد، إضافة إلى أن تقرير الحكم بعدم الحق في استرداد مصاريف الخطبة، من شأنه أن يحمل طرفي الخطبة على التقليل من تلك المصاريف ابتداء والتي عرفت ارتفاعا فاحشا يكلف الراغب في الزواج ما لا طاقة له به.

والواقع أن هذا الرأي محل نقاش خصوصا إذا كانت هذه المصاريف تفوق قيمتها حتى المهر والهدايا المقدمة أثناء الخطبة مجتمعين، وتقرير مثل هذا الحكم يعني ضياع لتلك المصاريف من دون فائدة تذكر مع ما يلحق من تكبدها من أضرار مادية ومعنوية، خاصة وأن

¹ - ذ.أحمد الخمليشي، أحكام الخطبة، ما هي قوتها الإلزامية؟ وآثار العدول عنها؟، مرجع سابق، ص: 17 و18.

من أقدم على تكبد تلك المصاريف إنما تحملها في سبيل إتمامه للزواج، وليس من أجل الاحتفال بالخطبة في حد ذاتها.

كما أن القول بعدم استحقاق مصاريف الخطبة بصفة مطلقة، وبغض النظر عن كان العدول من جانبه، ليس من شأنه التقليل من تكاليف الخطبة والارتفاع المهول لها لأن هذه المسألة لها ارتباط بالظاهرة الاجتماعية في حد ذاتها أكثر من كونها مسألة قانونية صرفة، على اعتبار أنها تأتي نتيجة للعادات الاجتماعية والحالة النفسية التي تصاحب الاحتفال بالخطبة، والتي تبعد عن ذهن الطرفين إمكانية العدول، خاصة وأن هذا الاحتفال يؤكد غالبا حسن نية الطرفين في إتمام الزواج مستقبلا.

ولذلك أرى أنه من المستحسن لو أن المشرع المغربي ألحق هذه المصاريف بحكم استرداد هدايا الخطبة في المذهب المالكي، خاصة وأن سبب تقديم الهدايا هو نفس السبب في تحمل تكبد تلك المصاريف المترتبة عن الخطبة، وبذلك يتم تجنيب الطرف الذي لم يعدل عن الخطبة الأضرار المادية المترتبة عن عدول الطرف الآخر، بحيث يتأكد استحقاقه لاسترداد مصاريف الخطبة التي تحملها ما لم يكن العدول من جانبه، إلا في حالة وجود شرط خاص أو عرف يقضي بخلاف ذلك فيحكم به.

وبالإضافة إلى مصاريف الخطبة، أتساءل عن تعامل المشرع المغربي مع مسألة الصداق؟.

الفقرة الثانية: حكم الصداق المعجل والخلاف حول طبيعة ما قدم للخطبة

هناك اختلاف كبير بين أحكام الصداق في حالة العدول عن الخطبة من حيث إمكانية الاسترداد، وبين أحكام الهدايا المقدمة في فترة الخطبة، وهو اختلاف ينعكس على النزاع حول طبيعة هذه الأشياء المقدمة والتي يراد استردادها بعد انقضاء الخطبة بدون زواج، بحيث يتمسك طرف معين بكونها من الصداق ليطبق عليها أحكامه، فيما يدعى الطرف الآخر بأنها من الهدايا ويطلب بتطبيق أحكامها على الأشياء موضوع النزاع باعتبارها كذلك، وهذا ما يطرح مسألة طبيعة الأشياء المقدمة أثناء الخطبة إن كانت من المهر أو الهدية وحسم الخلاف بشأنها؟.

وهكذا سأعالج في البداية مآل الصداق المعجل (أولا) على أن أتطرق بعد ذلك للخلاف حول طبيعة ما قدم للخطيبة (ثانيا).

أولا: حكم الصداق المعجل.

اتفق الفقهاء على جواز تأجيل المهر- الصداق - أو تعجيله، وعلى خلاف ذلك أبطلوا كل شرط من شأنه أن يتضمن الاتفاق على إسقاطه، وقد يقوم الخاطب بتعجيل تقديم المهر كلا أو بعضا، ويحدث بعد ذلك عدول عن الخطبة سواء من قبله أو من قبل المخطوبة، فهل له الحق في استرداده؟.

لقد أجمع الفقهاء في هذه المسألة على أنه يجوز للخاطب بل ومن حقه بقوة الشرع، الرجوع في المهر الذي قدمه أثناء الخطبة¹، لأن المهر لا يستحق شيء منه قبل تمام العقد، وعلى ذلك إن كان ما دفعه الخاطب قائما أخذ بعينه ولا عبرة بتغيره باستعمال لأنه كان بتسليط من المالك، وإن كان هالكا أو مستهلكا أخذ مثله أو قيمته²، والفقهاء قرروا هذه القاعدة المطلقة على اعتبار أن المهر لا يجب إلا بالعقد، أو مع الدخول، ولم يقع شيء من ذلك، فلا تستحق المرأة شيئا من الصداق سواء كان العدول من جهتها أو من جهة أحدهما، فيجب إعادته إن كان قائما ورد مثله أو قيمته إن كان قد هلك أو استهلك³.

ولقد أخذ المشرع المغربي بموقف الفقه الإسلامي في هذا الصدد، حيث تعرضت مدونة الأسرة لحكم الصداق المعجل عند العدول عن الخطبة أو موت أحد الطرفين أثناءها، خلافا لمدونة الأحوال الشخصية والتي لم تتعرض لمسألة المهر المعجل بصفة نهائية.

وهكذا نصت المادة التاسعة من مدونة الأسرة على ما يلي: "إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءا منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه.

¹ - علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 29.

² - ذ. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق ص: 41 وانظر أيضا، محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، الجزء الثالث، فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، 1422 هـ/ 2001 ميلادية، ص: 63.

³ - أستاذنا إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق وفقا لآخر تعديلات 1993/9/10، مرجع سابق، ص: 31.

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

فعلى ضوء هذه المادة يستنتج أن الخاطب يحق له عند العدول عن الخطبة استرداد معجل الصداق، وينتقل هذا الحق لورثته في حالة وفاته باعتباره خلفا عاما لمورثهم¹ ولا يلزم في المطالبة بالاسترداد تحديد الطرف الذي صدر العدول عنه، إذا الخاطب يملك الحق في استرداد المهر ولو كان العدول من طرفه، على اعتبار أن الصداق حق خالص للخاطب ما لم يتم العقد، وتطبيقا كذلك لقاعدة عدم الاسترداد بلا سبب مشروع، هذا كله ما لم يتنازل الخاطب عنه بإرادته الحرة من دون ضغط أو إكراه².

ويبقى من أهم المستجدات التشريعية في أثر العدول عن الخطبة على الصداق المعجل هي معالجة حالة تحويل مبلغ الصداق إلى جهاز، ورفض المخطوبة أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، ففي هذه الحالة فإن تبعة نقص القيمة الحاصل في الجهاز والمتمثل في الفرق بين المبلغ المؤدى فيه وثمرته الحالي في السوق يتحمله الطرف المتسبب في العدول، بمعنى أنه في جميع الحالات يجب إرجاع المبلغ المؤدى ولا يمكن للمخطوبة إرجاع الجهاز عينا³.

وعليه فإن كان الخاطب هو الذي تراجع عن الخطبة لزمه تسلم الأشياء التي حول إليها مبلغ الصداق⁴، فإن كان النجار أو الخياط على سبيل المثال ما يزالان دائنان بأجرة النجارة أو الخياطة يتعين على الخاطب أدائها لأن المخطوبة كانت قد اشترت الفراش أو الثوب استعدادا للزفاف، فلا مبرر لإرغامها على تملك هذه الأشياء، وإرجاع مبلغ الصداق نقدا إلى الخاطب وعلى العكس، إذا كانت هي التي عدلت عن الخطبة فعليها أن ترجع إلى الخاطب الصداق كما

¹ - نبيل إسماعيل عمر، سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات، كفيته، وآثاره، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999، ص: 11.

² - د. محمد الكشيور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 66.

³ - الدليل العملي لمدونة الأسرة الصادر عن وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004، ص: 21.

⁴ - ولهذا يرى الأستاذ أحمد الخليلي أنه يجب تحميل التبعية لمن صدر منه العدول من الطرفين، فإن كان الزوج هو الذي تراجع عن الخطبة لزمه تسلم الأشياء التي حول إليها مبلغ الصداق"، د. أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 52 وهو ما نص عليه المشرع المغربي في المادة التاسعة من مدونة الأسرة.

دفعه لها أو قيمته ويعتبر في القيمة يوم منحه للمخطوبة لا يوم إرجاعه ولا يلزم بأخذ الجهاز ولا غيره¹.

وحبذا لو أن المشرع المغربي في معالجته لمسألة تحويل مبلغ الصداق إلى جهاز، اتبع نهج المشرع السوري² الذي ميز بين حالتين، حالة وقوع العدول من الخاطب، فللمخطوبة الخيار بين أن ترجع للخاطب مبلغ الصداق أو أن تسلمه الجهاز، وبين حالة صدور العدول من المخطوبة، حيث يتعين عليها إعادة المهر أو قيمة الجهاز.

وعلى منوال هذا الاتجاه³، سار المشرع الأردني، حيث نص في المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "إذا امتنعت المخطوبة أو نكل الخاطب أو توفي أحدهما قبل النكاح، فإن كل ما أعطاه من أصل المهر إن كان موجودا استرده عينا وإن كان تلف استرد قيمته"، وهكذا فالمهر يجب رده إن كان قائما، فإن تلف يجب رد مثله أو قيمته، لأن الموجب للمهر هو عقد الزواج، ولم يتم فوجب رده وهذا الرأي متفق عليه بين الفقهاء⁴.

¹ - أستاذنا أحمد خرطة، أثار العدول عن الخطبة وفق مدونة الأسرة المغربية، إشكالات تطبيقية، سلسلة الندوات، عدد 2، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيل والمعوقات، مرجع سابق، ص: 101.

² - تنص المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي: "إذا دفع الخاطب المهر نقودا أو اشترت المرأة به جهازا، ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز أما إذا عدلت المخطوبة عن الخطبة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته"، قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية، المرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 7 سبتمبر 1953، عن الموقع الإلكتروني:

www.barasy.com

بتاريخ 3 مارس 2009

³ - من التشريعات العربية التي تحدثت عن مصير المهر، نجد المشرع الكويتي الذي نص في الفقرة الأولى من المادة الرابعة على أنه: "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة، فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أو قيمته يوم قبضه، إن تعذر رد عينه"، قانون رقم 51 لسنة 1489 بشأن الأحوال الشخصية لدولة الكويت والذي عدل بالقانون رقم 61 لسنة 1961 الصادر بتعديل أحكام القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية والمنشور في الجريدة الرسمية لحكومة الكويت، عدد 276، السنة الثانية والأربعون، ص: 1 عن الموقع الإلكتروني www.craqcp.org بتاريخ 4 يناير 2009، وهو ما أكد عليه المشرع العراقي في المادة التاسعة عشر عندما نص على أنه: "إذا سلم الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد مالا محسوبا على المهر ثم عدل أحد الطرفين عن إجراء العقد أو مات أحدهما فيمكن استرداد ما سلم عينا، وإن استهلك فبدلا"، قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188 لسنة 1959، عن الموقع الإلكتروني www.pogar.org بتاريخ 2 فبراير 2009.

⁴ - يقول أحد الباحثين بأن: "بعض العلماء ذهبوا فيما يخص رد المهر من عدمه إلى وجوب التفريق بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة، فإن كان العدول من الخاطب فلا ترد المرأة المهر ولا قيمته إذا هلك لأن مبادئ العدالة والأوضاع الاجتماعية تقضي بهذا، وإن كان العدول من المخطوبة فيجب عليها رد المهر، إذ من العدل أن تتحمل هذه الخسارة"، محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، القسم الأول، عقد الزواج وآثاره، دار العدوي للطباعة والنشر والتوزيع، (د. ت. ط)، ص: 30.

ومن الإشكالات المثارة في الصداق، هناك الحالة التي يتم فيها تعجيل الخاطب للصداق بمناسبة الخطبة، ويقع العدول عن الخطبة سواء من كلا الطرفين أو أحدهما، ويثور الخلاف بين الخاطب والمخطوبة حول مقدار الصداق، فما هو الحل المعمول به؟ خاصة إذا تجاوز المبلغ قيمة 10.000 درهم؟ فهل يجوز إثباته بشهادة الشهود؟ أم يلزم الخاطب الإدلاء بحجة كتابية استنادا للفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود المغربي¹؟ وهل يمكن حسم النزاع عن طريق اليمين قياسا على اختلاف الزوجين في حال قبض الصداق؟

أعتقد في البداية أنه لا يمكن تطبيق قاعدة أداء أحد الطرفين لليمين لأن الأمر يتعلق بمرحلة الخطبة، والمادة الثالثة والثلاثون من مدونة الأسرة تنظم مشكل اختلاف الزوجين في قبض الصداق، ولا تهم الخاطب أو المخطوبة²، كما أنه لا يشترط لزوما الإدلاء بحجة كتابية، ويمكن إثبات أداء الصداق بواسطة الشهود لتعذر حصول الدائن الخاطب في هذه الصورة على دليل كتابي لإثبات الالتزام والسند في ذلك هو الاستثناء المنصوص في الفصل 448 من ق.ل.ع الذي يعطي للقاضي سلطة تقديرية لتحديد الحالات التي يتعذر فيها على الدائن الحصول على دليل كتابي³ ومما لا شك فيه أن علاقة الزواج الجارية التي يهين لها الطرفان تمنع وتحول دون اللجوء إلى الكتابة.

وفي هذا الصدد فقد سبق للقضاء التونسي أن سمح باللجوء إلى سماع البينة بالشهادة في مرحلة الخطبة، حيث جاء في قرار تعقيبي على أنه: "يحجر سماع البينة بالشهادة لإثبات

¹ - ينص الفصل 443 على أن: "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشأ أو تنتقل أو تعدل أو تنتهي الالتزامات أو الحقوق، والتي تتجاوز قيمتها 10.000 درهم لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ويلزم أن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية"، قانون الالتزامات والعقود الصادر بمقتضى ظهير 12 غشت، منشور بالجريدة الرسمية عدد 46، بتاريخ 12 شتنبر 1913، ص: 440، الملحق بقانون رقم 05-53، المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428، الموافق 6 دجنبر 2007، ص: 3879 و 3888.

² - تنص المادة 33 من مدونة الأسرة في فترتها الأولى على ما يلي: "إذا اختلف في قبض حال الصداق قبل البناء، فالقول قول الزوجة، أما بعده فالقول قول الزوج".

³ - ينص الفصل 448 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "استثناء من الأحكام السابقة يقبل الإثبات بشهادة الشهود..
2- إذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لإثبات الالتزام كالحالة التي تكون فيها الالتزامات ناشئة عن شبه العقود وعن الجرائم وشبه الجرائم والحالة التي يراد فيها إثبات وقوع غلط مادي في كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للإكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التي تعيب الفعل القانوني وكذلك الأمر بين التجار فيما يخص الصفقات التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي لإثباتها.

تقدير الحالات التي يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابي موكول لحكمة القاضي".

الاتفاقات التي يتجاوز مبلغها الثلاثة دنانير، أما إذا كانت تمة استحالة أدبية تمنع من ذلك كما هو الحال بين الخطيبين، فلا مانع من سماع البينة إذا كان سماعها على أساس إثبات وقائع مادية وتحقيق حالة واقعية¹.

وفيما يخص الحق في استرداد ثمار الصداق، فمعلوم أن الضابط الأساسي في المهر أن كل ما صلح التزامه شرعا صلح أن يكون مهرا، في ضوء ذلك فقد يكون الصداق عقارا أو منقولا أو مبلغا ماليا، ومن الإشكالات التي تترتب عن تعجيل الصداق عند الخطبة، هو إمكانية مطالبة الخاطب أو ورثته بالحق في الثمار التي أنتجها الصداق سواء كانت ثمارا طبيعية أو صناعية أو مدنية خلال المدة التي كان فيها تحت يد المخطوبة.

إن الجواب على هذا الإشكال يجعل المخطوبة أمام وضعين مختلفين، فإما أن تكون ملزمة برد هذه الثمار، وإما أن تكون محقة في الاحتفاظ بها لنفسها.

فالوضع الأول يجد أساسه في أن الثمار غلة تنفرع عن الأصل وهو لا يستحق إلا بتمام الزواج، وطالما أنه ليس هناك زواج، فلا يحق لها أن تحتفظ بالثمار، أما الوضع الثاني فيجد أساسه في أن تحصيلها للثمار كان على أساس تعجيل الصداق لها وقبضها إياه، وأن مصدر هذه الثمار سيؤول إليها ويصير من مشتملات ذمتها المالية مستقبلا.

إن مسaire الوضع الأول الذي يربط بين الاستفادة من ثمار الصداق وإتمام الزواج، فيه مجافاة لقواعد العدالة والأخلاق التي تستوجب اتصاف الأفراد بالكرامة والمروءة والتعفف عن الجري وراء الخصومات المصاحبة للعدول عن الخطبة، وأن تعجيل الصداق ينطوي في حد ذاته على نية ضمنية بالتنازل عن الثمار منذ تاريخ القبض².

ولهذه الأسباب يرى أحد الباحثين³ أن الثمار المحصل عليها خلال وجود ما قدم كصداق بيد المخطوبة يعتبر ملكا خاصا لها، ولا حق للخاطب أو ورثته في استرجاعها، وبصفة خاصة

¹ - قرار تعقيبي مدني عدد 12671 بتاريخ 5 نونبر 1985، أورده القاضي محمد الحبيب الشريف، مرجع سابق، ص: 16.

² - ذ. حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة بدون زواج، مرجع سابق، ص: 164.

³ - حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة بدون زواج، نفس المرجع، ص: 164.

في الأحوال التي لا يد لها في انقضاء الخطبة بغير زواج، والسند في ذلك أن المستقر عليه فقها أن كل ما لا يطلب إلا عند الشنآن فهو محمول على الصلة، وأن التسامح والسكوت ما دامت المودة قائمة، دليل على أنه للصلة ولو لم يصدر العدول عن الخطبة ما كان ليطالب بالثمار¹.

ومن جهة أخرى فقد تقوم المخطوبة بمناسبة تعجيل الصداق لها قبل إبرام الزواج، بإنفاق مصروفات على ما سلم إليها كصداق في بعض الأحوال، وعند حصول العدول، واستعادة المهر من قبل الخاطب فهل لها أن تطالب بهذه المصروفات؟.

ومن المعلوم أن المصروفات تنوع إلى ثلاثة أقسام فهناك:

أ- **المصروفات الضرورية** : وهي مصروفات غير عادية تنفق للإدراج على الشيء والحفاظ عليه من الهلاك.

ب- **المصروفات النافعة** : وهي ليست للمحافظة على الشيء بقدر ما تهدف إلى تحسينه والزيادة في قيمته.

ج- **المصروفات الكمالية**: وهي مصروفات لها طابع المتعة الشخصية والترف².

وأحكام هذه المصروفات تختلف حسب الأحوال، فإن كان العدول من جانبه، فإنه يلزم بأداء قيمة المصروفات التي تحملتها مخطوبته السابقة بشتى أنواعها. أما إذا كان العدول من جانبها فليس لها أن تسترد المصروفات الضرورية وهي مصروفات كان عليه أن ينفقها بنفسه لو كان الصداق تحت يده، والمصروفات النافعة كذلك، أما المصروفات الكمالية فلا حق لها في استرجاعها معاملة لها بنقيض قصدها.

ومن الإشكالات الأخرى المثارة في هذا الصدد، أتساءل من هو الطرف الملزم برد

المعجل من الصداق؟ هل يتعلق الأمر بالمخطوبة أم يتولى ذلك وليها؟

¹ - ذ.محمد الكشور، قانون الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1991، ص: 62.

² - ذ. حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة بدون زواج، نفس المرجع، ص: 164.

إن مثل هذا التساؤل يجد أساسه في اعتبارين اثنين: أولهما واقعي يتمثل في ما جرى به العرف والعادة من أن الذي يتسلم مجمل الصداق هو الولي، وثانيهما قانوني، يتعلق بالحالة التي تكون فيها المخطوبة في حكم القاصرة، لم تدرك بعد سن الرشد القانوني، ففي هذه الحالة هل يجوز مقاضاتها شخصيا استنادا إلى المبدأ الذي سطرته المادة 22 من مدونة الأسرة والتي تسمح للزوجين اللذين لم يدركا سن الأهلية باكتساب الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات¹.

إن الجواب على هذا التساؤل في نظري المتواضع سيكون بالنفي، على اعتبار أن قصور المخطوبة يمنع من مقاضاتها لانعدام أهليتها، والسند في ذلك أن المشرع المغربي وضع قاعدة عامة في قانون المسطرة المدنية² مفادها أن التقاضي لا يجوز إلا ممن له الأهلية، وأن هذه القاعدة يعمل بها ما لم يرد عليها استثناء، والاستثناء المنصوص عليه في المادة 22 من مدونة الأسرة يخص الأزواج فقط، ولا يمكن تمديده للخطيبين بحكم أن ضوابط التفسير تلزم بإعطاء الاستثناء معنى ضيقا لا يسمح بالتوسع فيه.

ومن الملاحظات التي تثار بشأن هذا الموضوع كذلك، علاقة الصداق بلحوق النسب للخطيب للشبهة، فالقاعدة في استحقاق الصداق كله هي بناء الزوج بزوجه طبقا لما قرره الفقرة الأولى من المادة 32 من مدونة الأسرة التي جاء فيها بأنه: "تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله".

¹ - تنص الفقرة الأولى من المادة 22 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

² - ينص الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية على أنه: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه، بغير القاضي تلقائيا لانعدام الصفة والأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إن كان ضروريا وينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده".

- قانون المسطرة المدنية، ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1/74/447 بتاريخ 11 رمضان 1394هـ/ الموافق 28 شتنبر 1974م بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية بالجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر 13 بتاريخ 30 شتنبر 1974 ص: 2741، كما تم تعديله وتنميته بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 08-05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 01-07-169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428هـ، الموافق 30 نونبر 2007م.

وفي هذا الصدد يقول أحد الباحثين¹، بأنه في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بحكم المادة 156 من مدونة الأسرة يتم القضاء بلحوق النسب للخطب للشبهة، بشروط محددة في نفس المادة، لكن حين معالجة مسألة الصداق عند العدول عن الخطبة، يتبين أن المخطوبة لا تستحق الصداق، وواقع الحال أن الخطب قد بنى بها، لأنه لا يمكن عقلا ولا منطقاً أن يثبت النسب إلا بعد البناء، وهو يثير التساؤل حول مدى انسجام كل هذه النصوص وتكاملها؟ ويدفع إلى تساؤل آخر وهو: ألا يعتبر حرمان المخطوبة من الصداق في هذه الحالة مصادرة لحق من حقوقها ما دام أن مناط استحقاق الصداق هو البناء؟.

إن الجواب عن هذه التساؤلات في نظري المتواضع يحتمل رداً واحداً هو النفي، ذلك أن المشرع المغربي حافظ على انسجام البنية التشريعية للنصوص المسطرة أعلاه، كما أن نية المشرع كانت متجهة أساساً إلى حماية النسب في هذه المرحلة لا غير، ومن جهة ثانية فالحالة المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة لا تتعلق بالخطبة بمفهومها التقليدي، بل يتعلق الأمر بزواج غير موثق كما سأطرق لذلك بالتفصيل عند الحديث عن الحمل الناتج عن الخطبة في الفصل الثاني.

والقاعدة الأساسية المقررة في الفقه والقانون أن المهر يجب بالعقد أو به مع الدخول، وما دام العقد غير موجود والدخول قد حصل، فإن المسألة تأخذ حكم الأصل، أي حكم الدخول في حالة الزواج، ومن ثم يأخذ الفرع حكم الأصل وذلك لاتحاد العلة، كما أن الزوجة تستحق الصداق حتى ولو لم يقع الدخول، وذلك إذا سمي الصداق في العقد فالأحرى إذن أن تستحقه كاملاً إذا وقع الدخول وترتب عن ذلك حمل.

ومن النزاعات التي قد تثار في فترة الخطبة، الخلاف حول طبيعة ما قدم للخطيبة، هل يتعلق الأمر بالصداق أم بالهدية؟.

¹ - يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 88.

ثانيا: الخلاف حول طبيعة ما قدم للخطيبة إن كان مهرا أو هدية.

ما دام أن الفقهاء أجمعوا على أن الصداق من حق الخاطب، وفي حالة وفاته يكون من حق ورثته، بحيث يجب أن ترد المخطوبة جميع ما دفعه لها الخاطب على حساب المهر، سواء أكان عينا أو نقدا، فإن كان عينا قائما رده بنفسه وإن كان هالكا رد قيمته يوم قبضه. لا فرق في ذلك أن يفسخ الخطبة أحد الخاطبين أو تفسخ بأمر خارج عن إرادتهما ذلك أن المخطوبة لا تستحق شيئا من المهر إلا بالعقد، فإذا لم يكن ثمة عقد فلا تستحق المهر¹. وتتجلى أهمية هذا الموضوع، في أن الصداق يسترد في جميع الحالات أيا كان سبب العدول عن الخطبة، أما الهدية فحكمها يختلف حسب الأحوال، فقد يثور نزاع بين الطرفين حول إن كانت بعض الأشياء المقدمة للخطيبة هي من المهر، أم تعتبر من الهدية المقدمة في فترة الخطبة ولا علاقة لها بالصداق؟، وهذا الأمر لا يمكن تصوّره إلا من جانب الخاطب لأنه ملزم بأداء الصداق وحصول الالتباس والتنازع لا يكون إلا من جانبه، أما ما تعطيه المخطوبة فهو في جميع الأحوال هدية.

وأشير في البداية إلى أنه في حالة كون العدول صادر عن المخطوبة فلا أهمية تذكر في هذا الشأن، لأنها ملزمة بالإرجاع سواء كان المدفوع إليها صداقا أو هدية، أما في الأحوال الأخرى فإنها المخطوبة قد تتمسك هي أو ورثتها بأن ما قبضته يدخل في حكم الهدية للتحلل من واجب الرد، وقد يتمسك الخاطب أو ورثته باعتبار ما قبض صداقا للاستفادة من إمكانية الاسترداد.

والجدير بالذكر أن مدونة الأسرة لا تتضمن إطلاقا أي مقتضى بهذا الخصوص، لذلك سأقوم بإيراد أهم الأحكام التي وضعها الفقه في هذا الصدد.

وهكذا اعتمد الفقه على الحجج في المقام الأول، فمن أقام البينة تأييدا لادعائه يقضى له بما أثبتته، على اعتبار أن كل من الخاطب والمخطوبة مدع ومنكر في نفس الوقت، فالخاطب

¹ - حسن يشو، الجامع لأحكام الخطبة ومقاصدها، مطبعة مكتبة الطالب، وجدة، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م ص: 220 و221.

يدعي أن طبيعة ما قدم من الصداق وينكر الهدية، و المخطوبة تدعي أن ما قدم هدية وتنكر الصداق.

وفي حالة إقامة الحجة من الطرفين وتساوت البينات فيجب الأخذ بما أثبتته من تشهد بينته بخلاف الظاهر، لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، والحالة هنا تستوجب ترجيح بينة المخطوبة أو ورثتها، لأن الظاهر يشهد للخاطب أو ورثته، على اعتبار أن الإنسان يعمل أولاً على أداء ما عليه من الواجبات وإبراء ذمته منها، ثم بعد ذلك يكون له التبرع والإهداء¹. وهكذا فإن قدم الخطيب أو ورثته بينة على أن ما أعطاه كان جزء من الصداق، قبلت دعواه وحكم له، وفقاً لها واسترد تلك الأشياء على اعتبار أنها من الصداق، الذي لا يستحق منه شيء إلا بإبرام عقد الزواج، أما إذا قدمت الخطيبة بينة على أن ما قدمه لها الخاطب قبل عدوله عن الخطبة كان هدية، حكم لها وفقاً لقولها، فلا ترد بالتالي للخاطب ما قدمه لها لأنه من الهدية، والهدايا لا يحكم بردها لمن نكل عن الخطبة².

وفي حالة عدم إقامة أي منهما لحجة أو بينة، فهنا يتدخل العرف للتمييز بين الادعاءين ذلك أن العرف سنة محكوم بها، وحمل الناس على أعرافهم من باب الرفق بهم، ودفع العنت عنهم، فمن شهد له العرف فالقول قوله بيمينه، فإذا جرى العرف باعتبار ما قدمه الخاطب لخطيبته من أشياء إنما تقدم على أنها من الصداق، فيحكم وفقاً لقول الخاطب إذا ما أدى اليمين على صحة دعواه، لأن الظاهر يشهد له أنه يسعى في إسقاط الوجوب عن ذمته³.

¹ - حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة بدون زواج، مرجع سابق، ص: 169.
² - عبد الحميد الشوارني، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، نشر منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 2001، ص: 20.

³ - وفي هذا السياق فقد أفتى القاضي السيد يوسف بن يعزى والفقيه السيد عبد العزيز بن أبي بكر الرسموياني بأن: "ما دفعه الزوج قبل النكاح، كالحناء والكبس واللباس والدقيق والحذاء، كل ذلك من جهة صداق الزوجة، وأما ما دفعه لها من الخلال والأساور والدراهم فلا بد أن تردده للزوج، لأنه مما لا يهدى عرفاً، انتهى"
- الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس، قضايا وأعلام من القرن التاسع إلى نهاية القرن الرابع عشر الهجري، مرجع سابق، ص: 278.

أما إذا جرى العرف باعتبار ما قدمه الخاطب لخطيبته إنما هو هدية، ولا يدخل في الصداق، فالقول قول المخطوبة بيمينها فإن نكل من شهد له العرف منهما بصحة دعواه عن حلف اليمين، حكم للآخر لأن النكول عن اليمين إقرار بصحة دعوى الخصم¹.

وقد أخذ القضاء التونسي بما جرى عليه العرف في بعض القرارات، عندما كان يبحث في مسألة الصداق حيث جاء في قرار تعقيبي مدني بأن: "اعتماد المحكمة على ما جاء بكتب الصداق لا يدل دلالة قطعية على كامل المهر، إذ العادة في كثير من الجهات جرت على تسجيل مهر رمزي بعقد الصداق دون ذكره كاملاً، لهذا على المحكمة أن تبحث عن صفة المقبوض، هدية أم مهر؟ حسب عرف الجهة عند انعدام البينة دون الاقتصار على ما جاء برسم الصداق².

وإذا لم يوجد عرف يحكم المسألة، أو كان العرف مشتركاً، بأن يسوغ أن تكون ما قدمه الخاطب لخطيبته مهراً، كما يجوز اعتباره هدية، يتم اللجوء إلى أداء اليمين، حيث يكون القول قول الخاطب بيمينه لأنه هو المعطي وهو أدري بما قدمه مهراً كان أم هدية، على اعتبار أن الأصل خروج ملكه من يده على الوجه الذي أراه وقصده، كما أن الظاهر يشهد له وفق ما سلف، فالمرء يسعى في قضاء الواجبات وبعد ذلك يصير له أن يتبرع، لأن الصداق واجب، أما الهدية فهي عطية مستحبة لا وجوب فيها³.

¹ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص: 69.

² - قرار تعقيبي مدني، عدد 12671 بتاريخ 5 نوفمبر 1985، وفي قرار تعقيبي آخر ذهب القضاء التونسي إلى حد إلزام المحكمة بضرورة تحكيم العرف، في معرفة طبيعة الأشياء التي قدمها الخاطب للمخطوبة حيث جاء في حيثيات القرار أن: "كل ما يعتبره العرف جزء من المهر لا يأخذ حكم الهدية التي يقدمها الخاطب من تلقاء نفسه تودداً أو مجاملة، وتأسيساً على ذلك يتوجب على حكام الأصل التعرف على نوع الأشياء التي يقدمها الخاطب، هل هي من قبيل الشوار والشرط المتعارف، أم أنها قدمت على سبيل الهدية تطبيقاً لأحكام الفصل 123 من م.م.ت؟" قرار تعقيبي مدني عدد 6924 مؤرخ في 14 أبريل 1970، أورد القراران القاضي محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 15 و 16.

³ - إلا إذا كان ما قدمه الخاطب لخطيبته لا يستساغ في العرف أن يكون مهراً كالطعام المعد للأكل والحلويات، وكل ما يفسد ببقائه، فلا يكون القول قوله بل قولها لأن الظاهر يكذبه، والقول لمن يشهد له الظاهر"، ذ. أحمد فرج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 70.

فإذا ما نكل الخاطب عن أداء اليمين فهو قد أقر بدعوى خصمه به، ويقضى له، وهذا ما سار عليه القضاء المغربي¹.

كان هذا بالنسبة للآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة فيما يخص الهدايا والصداق. وهكذا فإذا كان العدول عن الخطبة حق لكل من الخطيبين، إلا أن التساؤل يثار حول مدى إمكانية التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة؟.

¹ - أستاذنا أحمد خرطة، آثار العدول عن الخطبة وفق مدونة الأسرة المغربية، إشكالات تطبيقية، مرجع سابق، ص: 101.

المبحث الثاني: إمكانية التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.

إن المبتغى الأساسي من الخطبة كما كان مقررا لها ابتداء هو إبرام عقد الزواج، فالخطبة لا تعدو كونها وسيلة لغاية ألا وهي الارتباط بين الخطيبين على أسس من التفاهم والمودة والاحترام¹، إلا أنه قد يحدث ما يعكر صفو العلاقة التي تربط بين الخطيبين ويخرجها عن الغاية المنشودة منها وهي الزواج².

وهكذا فإذا كان انقضاء الخطبة راجع بالأساس لسبب خارج عن إرادة الطرفين³، فالأمر لا يثير إشكالا عمليا على اعتبار أن المشرع نظم أحكام استرداد المهر⁴ والهدايا⁵ بنصوص قانونية مستمدة من قواعد الفقه الإسلامي، وإن كان التقايل يتم بطريقة ودية بين الخطيبين في أغلب الأحيان، بحيث يتم الاتفاق على كافة التفاصيل والأمور الأساسية المتعلقة بالأشياء المقدمة في هذا الصدد، إلا أن العدول من جانب واحد يثير إشكالا عمليا وقانونيا يرتبط بمدى إمكانية التعويض عن العدول خاصة إذا صاحبه أو نتج عنه ضرر لحق بالطرف الآخر.

وإذا كان المشرع المغربي قد أقر بالتعويض عن العدول عن الخطبة، إلا أن الغموض الذي يكتنف الموضوع هو الأساس القانوني لهذا التعويض، هل على أساس المسؤولية العقدية أم المسؤولية التقصيرية؟ أم بناءا على الإساءة في استعمال الحق؟.

وبناء على ما سبق، سأقوم بمعالجة إمكانية التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة على مستوى الفقه الإسلامي، والتشريع المغربي، والمقارن من خلال البحث في أعمال مبدأ

¹ - ذ. أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص: 39.

² - ذ. محمد الكبور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الزواج، مرجع سابق، ص: 123.

³ - مثل انتهاء الخطبة بسبب وفاة الخطيبين أو أحدهما، أو لظهور مانع من موانع الزواج لم يكن الخطيبين على علم به عند الخطبة.

⁴ - المادة التاسعة من مدونة الأسرة.

⁵ - المادة الثامنة من مدونة الأسرة.

التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة (المطلب الأول) على أن أتطرق بعد ذلك إلى أساس التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف الفقه والقانون من التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.

لم يتعرض الفقهاء القدامى لمسألة التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، ولم يعثر على فقه واحد من فقهاء المذاهب الأربعة المختلفة، قال بجواز التعويض عن هذا الضرر.

والسبب في ذلك حسب أحد الفقه¹ راجع إما لعدم حدوث مثل ذلك في عصورهم، أو لأن فترة الخطوبة عندهم لم تكن تطول في العادة، بل كانت تستغرق زمنا قصيرا يكون فيه الإعداد للزواج، وإذا ما قرر الخاطب إنهاء الخطبة فإن ذلك يحدث ببساطة، كما أنه من الأسباب كذلك عدم حدوث ما يقع بين الخطيبين الآن من كثرة الاتصالات وتعدد الزيارات، ولذلك لم يكن يتصور أن ينشأ عن العدول عن الخطبة ما يستوجب التعويض.

كما أن الخطبة التي رسم الإسلام طريقها وسلوك الطرفين أثناءها لا يترتب على فسخها ضرر متى التزم الطرفان هذا السلوك، وإنما جاء الضرر نتيجة انحراف الخطيبين في سلوكهم أثناء الخطبة² فضلا على أن الناس في زمنهم كانوا يعلمون أن الخطبة مجرد وعد لا تلزم أحد الطرفين بشيء، ومن ثم فإن كل طرف تورط في تصرف ألحق به ضررا يكون مقصرا في حق نفسه، ويتحمل بذلك تبعة ما جنى على نفسه³.

¹- ذ. محمد ابن معجوز المزراني ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 26.

²- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، مرجع سابق، ص: 69.

³- ذ. علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 29.

وقد يكون من أسباب عدم تعرض الفقهاء آنذاك لبحث قضية الخطبة أن الناس في العصور الماضية لم تكن نفوسهم تميل دائماً إلى التعويض عن أمر يسيء إليهم¹ بل إن روح التسامح كانت هي السائدة في أغلب تصرفاتهم وكانت الشريعة الإسلامية السمحة مثلاً أعلى لهم في العفو والتغاضي عن بعض الحقوق مصداق لقوله عز وجل: "وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ"².

إذن فالحياة الاجتماعية التي كان يقوم على أسسها المجتمع الإسلامي في العصور السالفة لم يكن من شأنها أن تفسح المجال لحصول ضرر للمخطوبة ينجم على النكول عن الخطبة، لأن تعاليم الإسلام السمحة وضعت ضوابط للخطبة وقدرت الأمور بقدرها فلم تجز رؤية المخطوبة ومحادثتها إلا بوجود محرم لها، فلا يتصور أن يعاشر الخطيب خطيبته أو يظهران أمام الناس بمظهر الأزواج وما ينشأ عن ذلك من أضرار تلحق المخطوبة عند العدول عن الخطبة³.

كان هذا بالنسبة لموقف الفقهاء القدامى، أما بالنسبة لموقف الفقه الحديث من مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، فقد انقسمت آراؤه م بهذا الشأن إلى ثلاث اتجاهات فقهية، فذهب اتجاه أول إلى رفض فكرة التعويض عن العدول عن الخطبة من أساسها، حتى لو صاحبه ضرر (الفقرة الأولى) فيما ذهب اتجاه ثاني إلى الحكم بالتعويض مطلقاً في حال فسخ الخطبة (الفقرة الثانية) في حين اتخذ اتجاه ثالث موقفاً وسطاً بين الاتجاهين السابقين، فأقر كمبدأ بعدم التعويض عند العدول عن الخطبة، إلا إذا صاحب هذا العدول أفعال خاطئة ومستقلة عنه أضرت بالطرف الآخر (الفقرة الثالثة).

¹ - محمد رأفت عثمان، فقه السنة في الخطبة والزواج، مطبعة دار الفضيلة، مصر، ص: 38.

² - سورة البقرة، الآية 237.

³ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 61.

الفقرة الأولى: الاتجاه الرافض لفكرة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.

يذهب هذا الاتجاه إلى القول بعدم التعويض عن العدول عن الخطبة مطلقاً حتى لو اقترن بضرر¹، على اعتبار أن الخطبة ليست بعقد زواج، بل هي وعد بالزواج²، فالعدول عن الخطبة حق ثابت ومقرر شرعاً للخطيبين دون قيد أو شرط، والحكم بالتعويض عقوبة والأمير المباح لا يترتب عن تعاطيه أية عقوبة³، ولأن الضمان عند التغير لا عند الاغترار⁴ إذ من المفترض أن كلا الخطيبين على علم تام بأن الطرف الآخر له حق العدول في أي وقت شاء، فإذا ما لحقه ضرر نتيجة هذا الوعد فلا يلزم الطرف الآخر بالتعويض له، لأنه يعلم مسبقاً بأن استعمال الطرف الآخر، لحقه الشرعي في العدول عن الخطبة مكفول حتى لو ترتب عن هذا العدول نتائج وأضرار في نظر الطرف الآخر⁵ ثم إن الحكم بالتعويض فيه إلزام وإكراه على استكمال إجراءات عقد الزواج، وفي هذا ضرر أكبر لما قد يترتب عليه من إنشاء أسرة غير سليمة سرعان ما تنهار، فيلحق بأفرادها ما هو أكبر من ضرر العدول⁶ فعقد الزواج ينبغي أن يتأسس على السكينة والمودة والرحمة، لا على عناصر التوتر والاضطراب، وفشل الخطبة أفضل من فشل علاقة زوجية قامت تحت تهديد التعويض عن العدول عن الخطبة لما يترتب عنها من آثار سلبية على الزوجين والأطفال إن وجدوا.

وفي هذا الصدد يذهب البعض إلى القول أنه: "لا يسوغ التعويض وليس لقاض أن يحكم به، لأن العدول حق للخاطب والمخطوبة بلا قيد ولا شرط... ومن المقرر فقها وقانوناً أنه لا ضمان في استعمال الحق، ولأن الذي وقع في الضرر يعلم أن الطرف الآخر له الحق في

¹ - يقول أحد الباحثين بأن القول: "بالتعويض يعمق المشكلة ولا يحلها ذلك أن الضرر الذي ينشأ عن الفسخ ناتج عن إعطاء الناس الخطبة فوق ما تستحقه، فالخطبة وعد والوعد لا يجوز أن يبني عليه الناس تصرفات وتوجهات في واقع الحياة تعود عليهم بالضرر"، حسن يشوا، الجامع لأحكام الخطبة ومقاصدها، مرجع سابق، ص: 225.

² - من بين العلماء الذين تبناوا هذا الاتجاه: المرحوم الشيخ محمد بخيت المطيعي، مفتي الديار المصرية ومن كبار علماء الأزهر الشريف، حيث ذهب إلى أنه: "لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب والمخطوبة بتعويض لأن كل واحد منهما لم يفوت على الآخر حقاً حتى يلتزم بمن يشاء"، عبد الرحمان عتر، خطبة النكاح، مرجع سابق، ص: 396.

³ - محمد رأفت عثمان، فقه السنة في الخطبة والزواج، مرجع سابق، ص: 40.

⁴ - عبد الهادي أبو أصبع، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 18.

⁵ - محمد رأفت عثمان، نفس المرجع، ص: 40.

⁶ - محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، مرجع سابق، ص: 37.

العدول، فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة، ثم حصل عدول فالضرر نتيجة لاغتراره ولم يضر به أحد والضمنان عند التغرير لا عند الاغترار¹.

كما أن الحكم بالتعويض عند العدول عن الخطبة، يفرض بيان الضرر الناشئ عن الفسخ، وهذا الضرر قد يكون مما ينبغي ستره، لكونه من الأسرار العائلية الخاصة².

فالقضاء ممنوع من تقييد المباحات العامة، كما أن البحث في الأسباب الكامنة وراء التراجع عن الخطبة والظروف التي رافقت هذا النكول تقتضي التدخل في الخصوصيات الشخصية، والاعتبارات اللصيقة بحرمات الناس³ وهذا قد يؤدي لا محالة إلى الكشف عن أسرار مشينة بالطرف الآخر وتسيء إلى سمعته وشرفه، بل قد يكون مبررا لأصحاب النفوس الضعيفة من أجل فتح باب الافتراء والالتهام الباطل طمعا في التعويض المادي، وهو ما من شأنه أن يسبب للطرف الآخر ضررا أشد من الضرر الناجم عن العدول في حد ذاته.

ومثل هذه التصرفات تتناقض في نتائجها وسلبياتها مع مبادئ حسن النية التي تفرض على الطرفين عدم فضح أسرار بعضهما البعض، ولهذا ينبغي أن تكون الحرية في عدم إتمام عقد الزواج والعدول عن الخطبة حرية مطلقة وغير مقيدة⁴.

بل إن البعض ذهب إلى أن الأحاديث النبوية الواردة في الخطبة وإن كانت تقرر إمكانية العدول عنها صراحة أو ضمنا، فإنها لم تتطرق إلى المسألة ولو كان التعويض يستحق عند العدول عن الخطبة لأشارت تلك الأحاديث المتواترة في هذا الخصوص إلى وجوبه⁵.

¹ - ذ. علي حسب الله، مرجع سابق، ص: 39 وانظر أيضا:

- ذ. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص: 73.

- مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص: 60 و 61.

- ذ. محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 36.

² - عبد الرحمان عتر، خطبة النكاح، مرجع سابق، ص: 396.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص: 828.

⁴ - وفي هذا الصدد جاء في حيثيات حكم لمحكمة الاستئناف بمصر على أن: "الزواج ليس في الحقيقة من عقود المعاملات بل هو بناء اجتماعي منوط به توفير السعادة للزوجين واستتباب السلام العائلي، وهو لا يتحقق إلا بانعقاده بخالص الرضا بين الطرفين، وهذا الشرط يقتضي خلوه من التقيد بالوعد السابق، والتعرض للتضمينات"، استئناف محكمة الإسكندرية في 30 يونيو 1930، أورده توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، مرجع سابق، ص: 89.

⁵ - صلاح الدين زكي، أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، مرجع سابق، ص: 29، وذهب بعضهم إلى حد القول بأن التعويض مخالف لإجماع الأمة الإسلامية، بل وحكم على أن الأمة ظلت عن الحق عبر تاريخها الطويل في هذه المسألة"، حسن يشو، الجامع لأحكام الخطبة ومقاصدها، مرجع سابق، ص: 226.

وفي مقابل هذا الاتجاه الذي يرفض فكرة التعويض من أساسها، في حالة العدول عن الخطبة المقترنة بضرر، هناك اتجاه آخر يتبنى الطبيعة العقدية للخطبة، ويحكم بالتعويض مطلقا في حال فسخ الخطبة.

الفقرة الثانية: الاتجاه المؤيد لفكرة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.

يرتكز هذا الاتجاه على الطبيعة العقدية للخطبة والتي تجعل من الخطبة عقدا صحيحا ملزما لكلا طرفيه، ويترتب على هذا العقد إلزام الخطيبين بالقيام بعمل ما، وهو إبرام عقد الزواج الموعود به فإذا نكل أحد الخطيبين عن إبرام الزواج، اعتبر مخلا بالتزامه الذي يتحول إلى التزام بالتعويض النقدي لاستحالة التنفيذ العيني الذي يصطدم بمبدأ حرية الزواج¹.

ويذهب هذا الاتجاه إلى القول بالحكم بالتعويض مطلقا في حال فسخ الخطبة، وذلك استنادا إلى أنه إذا كان لا سبيل إلى إلزام الخاطب بإتمام الخطبة وإبرام العقد، فإن عدوله عن الوفاء بالتزامه بوعده يوجب الحكم بالتعويض يستند في أساسه إلى إساءة استعمال الحق².

والملاحظ أنه إذا كان الاتجاه الأول قد تشدد في عدم القول بالتعويض كيفما كانت الأضرار المترتبة عن العدول سواء كانت مرتبطة بفعل العدول أو مستقلة عنه³، فإن الاتجاه الثاني قد خالفه في القول بالتعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول دون اعتبار لما إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ العادل أم لا، بل جعل من العدول في حد ذاته سببا في استحقاق التعويض، على اعتبار أن الطرف العادل عن الخطبة تسبب بإخلافه للوعد في إلحاق الضرر بالطرف الآخر فوجب عليه التعويض عند عدم الوفاء⁴.

¹ - عبد الفتاح عبد الباقي، الزواج، قيامه، آثاره وانقضاءه في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص: 17 و 18.

² - أستاذنا إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ص: 32. وهكذا: "فالحقوق لم تقرر لها الشرائع لكي تكون مرتعا للأفراد يلهون ويعبثون بها، وإنما قررتها وأوجبت حمايتها لكي تحقق أغراضا نظامية سامية، ويقدر تحقق تلك الأغراض التي تهدف إليها الشرائع من تقرير الحقوق تكون حمايتها لتلك الحقوق"، حكم محكمة الإسكندرية الأهلية في 10 ديسمبر 1929 نقلا عن محمد رأفت عثمان، فقه السنة في الخطبة والزواج، مرجع سابق، ص: 40.

³ - وهذا ما يتنافى ومبادئ العدالة، وما هو مقرر في الشرائع الدينية وعلى رأسها الشريعة الإسلامية السمحة التي تحرم الإضرار بالآخرين، محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص: 71.

⁴ - يقول أحد الباحثين: "ولا شك أن القول بالتعويض لمجرد العدول يؤدي ضمنا إلى الإكراه على الزواج خاصة في الحالة التي يكون فيها مبلغ التعويض كبيرا لا يستطيع الناكل عن الخطبة أن يتحملة فيستغني عن ذلك بإتمام زواج غير مقتنع به ومكره عليه ليتجنب أداء مبلغ التعويض المسلط عليه، وهو أمر مخالف لما هو مقرر في الفقه الإسلامي وفي جميع الشرائع والقوانين"، محمد السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 67.

وبين الاتجاه الرافض للتعويض بصفة جازمة والاتجاه المقر بالتعويض على إطلاقه دون اعتبار للمتسبب في الضرر، نجد اتجاها وسطا يميز بين العدول المجرد والذي تترتب عليه أخطاء وهنا لا مجال للتعويض، وبين العدول الذي يصاحبه أفعال خاطئة ومستقلة عنه فيستحق المتضرر التعويض بناءا عليها.

الفقرة الثالثة: الاتجاه التوفيقية

يعتبر هذا الاتجاه موقفا وسطا بين الاتجاهين السالف ذكرهما، وعبر عنه الشيخ محمد أبو زهرة بقوله: "إننا لا نستطيع أن نقر الرأي الأول الذي يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق، كما لا نستطيع أن نقر الرأي الثاني، بل نقول قولاً وسطاً، فنقرر أن العدول عن الخطبة في حد ذاته لا يكون سبباً للتعويض لأنه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا لمجرد الخطبة والعدول..."¹. فهذا الاتجاه يميز بين الضرر الذي ينشأ وللطرف دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول، من غير عمل من جانب العادل، حيث انقسم هذا الاتجاه بدوره إلى رأيين فقهيين:

أولاً: الرأي الأول: يميز أصحاب هذا الرأي بين الضرر اللاحق بالطرف الآخر نتيجة العدول، والذي يكون للطرف الأول دخل في نشوئه، غير مجرد الخطبة والعدول، وهذا يوجب التعويض وبين الضرر اللاحق بالطرف الآخر الذي لا دخل للعادل فيه، وإنما ينشأ عن مجرد العدول عن الخطبة، وهذا لا يوجب التعويض².

إن الخطبة لا تعدو كونها مجرد وعد غير ملزم بالزواج، ويمكن العدول عنها في أي وقت، دون أن يترتب عن ذلك أثر، وهذا المعطى يفترض في الخطيبين أن يكونا على علم به، لذا فينبغي على كل منهما الاحتياط لنفسه، فلو قام أحد الطرفين ببعض التصرفات أدت إلى

¹ - ذ. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 38، يلاحظ على هذا الرأي أنه يتحدث عن تعويض المخطوبة إلا أن الضرر قد يلحق الخاطب كما قد يلحق المخطوبة، وبالتالي فالمخطوبة إذا ما تسببت في أضرار لخطبها على النحو السابق ستكون مطالبة أيضاً بتعويضه عنها.

² - يدافع أصحاب هذا الرأي عن قولهم بعدم ثبوت التعويض عن مجرد العدول عن الخطبة، على اعتبار أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، يعطي الفرصة للخطيبين في إتمام الزواج من عدمه، ولأنها تتفق مع الحرية المطلقة في الزواج، والتي تبقى بعيدة عن كل تهديد أو تضيق، ولو جاء بطريق غير مباشر كما في صورة التهديد بالتعويض"، عبد الفتاح عبد الباقي، الزواج قيامه، آثاره، انقضاءه في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص: 23.

تضرره عند عدول الطرف الآخر عن الخطبة، فإن ذلك يكون نتيجة اغتراره هو وليس بتغريب من الطرف الآخر، ومن وقع في ضرر نتيجة اغتراره فليس له أن يضمن غيره¹. وهذا لا يعني عدم مساءلة من ارتكب خطأ عند العدول عن الخطبة ترتب عنه ضرر للطرف الآخر، حيث تكون المساءلة والتعويض على أساس الضرر الناتج عن السلوك الخاطئ، وليس على أساس مجرد العدول بدون مبرر².

ثانياً: الرأي الثاني: يذهب أصحاب هذا الرأي³ إلى أن التعويض يجب أن يشمل كل الأضرار الناجمة عن العدول عن الخطبة، لأن العدول في نظرهم وإن كان حقا فلا ينبغي إساءة استعمال هذا الحق، بحيث يؤدي إلى الإضرار بالغير، وهكذا فالتعويض حسب هذا الرأي يستحق بمجرد ثبوت الخطبة، وحتى على العدول المجرد الذي ينتج عنه ضرر مادي أو معنوي ما لم يكن العدول بسبب الطرف الآخر.

ولم يكتفي هذا الاتجاه بالحكم بالتعويض، بل تجاوز ذلك إلى البحث عن تأصيل لهذا المبدأ من داخل الفقه الإسلامي⁴.

وفي هذا الصدد ذهب الشيخ وهبة الزحيلي إلى إمكانية إقرار التعويض في الفقه الحديث، فالفقه الإسلامي حسب هذا الرأي غني بالقواعد المستمدة من الشريعة العامة والتي تتسع لمسألة التعويض من أمثلتها "التغريب يوجب الضمان" وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، "والضرر يزال" و"إيجاب الضمان"، وما يترتب عليها من تطبيق نظرية التعسف في استعمال

¹ - عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مطبعة مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الرابعة عشر، 1417هـ/1996م، ص: 82 و83.

² - محمد سلام منكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص: 23.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص: 828، ويراجع أيضا: مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 65 و66.

⁴ - محمد عثمان بشير، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، مطبعة دار القلم، الطبعة الأولى، 1425هـ/2004م، ص: 30.

الحق¹، والتي أخذ بها المالكية والحنابلة وأولى لها أبو حنيفة أهمية كبيرة في كثير من فروع الفقه ومسائل الولاية على القاصر وحقوق العلو والجوار²، كما يمكن تأصيل مبدأ التعويض قياساً على مبدأ الإلزام في المشهور من الأقوال في الفقه المالكي³.

ولا شك أن القول بذلك ناشئ عن مبدئين في الشريعة الإسلامية السمحة، وبنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

فمن القرآن الكريم قوله عز وجل: "وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً"⁴، ومثله كل وعد صدر عن الإنسان، ومن السنة النبوية الشريفة، قوله عليه الصلاة والسلام "لا ضرر ولا ضرار"⁵، فهذا الحديث يحرم تعريض الآخرين للضرر أو مقابلة الضرر بالضرر⁶.

وفيما يخص موقف المشرع المغربي من إمكانية أداء تعويض عند عدول أحد الخطيبين عن الخطبة، أشير في هذا الصدد إلى أن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم تكن تتضمن أية مقتضيات في هذا الشأن، ذلك أن الفصل الثاني من المدونة الملغاة خول لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول، دون أية إشارة إلى موضوع التعويض.

¹ - ذ.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلام، ي، دراسة مقارنة، مطبعة دار الفكر دمشق طبعة 1402هـ/1982م، ص: 212.

² - ذ.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص: 27 و28.

³ - وفي هذا الصدد نقل القرافي عن سحنون قوله: "بأن الذي يلتزم من الوعد قوله، اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به، أو أخرج إلى الحج وأنا أسلفك، أو اشتري سلعة أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، لأنك أدخلته بوعدك في ذلك أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق.

ونقل عن أصبح قوله يلزم الوفاء بالوعد في الحالات السابقة، ولو لم يتسبب الموعد له في ذلك، وأن الذي لا يلزم في نظره أن تعده من غير سبب، فيقول لك أسلفني كذا، فتقول نعم.

ثم قال القرافي أن وجه الجمع بين الأدلة التي يقتضي بعضها الوفاء به، وبعضها عدم الوفاء به، أنه إن أدخله في سبب يلزم بوعده لزم، كما قال مالك وابن القاسم وسحنون، أو وعده كان مقروناً بذكر السبب كما قال أصبح لتؤكد العزم حينئذ، ويحمل عدم اللزوم على خلاف ذلك". شهاب الدين ابن العباس المشهور بالقرافي: الفروق، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الجزء الثالث، دون ذكر السنة، ص: 108 و109.

⁴ - سورة الإسراء، الآية 34.

⁵ - أخرجه الإمام مالك رحمه الله في كتابه الموطأ، دار إحياء العلوم، بيروت، الطبعة الثانية، 1411هـ/1990م، حديث رقم: 1461 ص: 489، ومن الأحاديث التي يمكن إيرادها في هذا الصدد قوله صلى الله عليه وسلم: "من كانت له مظلمة من عرضه أو شيء فليتحلل منه قبل أن لا يكون دينار ولا درهم"، أخرجه البخاري، في كتاب المظالم، باب من كانت له مظلمة عند الرجل فحلها له، الجزء الثاني، طبعة 2000، ص: 67.

⁶ - إن منع إلحاق المفسدة بالآخرين واجبة بصفة مطلقة، سواء كان هذا الضرر ابتداءً أو جزاءً، وسواء كان مادياً أو معنوياً، "فمن أوقع على غيره ضرر يحكم عليه بجبر الضرر، بإعطاء تعويض مالي للمضرور لإزالة الضرر وترميم آثاره"، أحمد فرج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 73.

وأمام سكوت المشرع المغربي عن تنظيم مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة، وطبيعة المسؤولية التي ينبني عليها التعويض، وانعدام اجتهادات قضائية تأصله، فإن البعض كان يرى أن في: "مذهب الإمام مالك من الثورة الفقهية ما يجعلنا نقول بإمكانية التعويض"، ولم يقف هذا الرأي عند القول بوجوب التعويض انطلاقاً من القواعد المتضمنة في الفقه المالكي، الذي تحيل عليه مدونة الأحوال الشخصية، بل قرر إمكانية التعويض استثناء في قانون الالتزامات والعقود، الذي يعتبر الشريعة العامة بالنسبة لكافة القوانين الأخرى، وعليه فإذا لم يعثر على حل للمشكل المطروح في نص خاص، فإنه يمكن العودة إلى القانون المدني¹.

وهكذا فإذا كانت مدونة الأحوال الشخصية لم تتطرق للمسؤولية التي يمكن أن تنشأ عن الأفعال الخاطئة المقترنة بالعدول عن الخطبة²، وما يترتب عليها من آثار، فإن القانون المدني قد رتب على المسؤولية التقصيرية تعويض الأضرار الناجمة عن تلك التصرفات بحيث يمكن تطبيق قواعد تلك المسؤولية في هذا الموضوع حفظاً للحقوق، وحرصاً على الحد من التصرفات الطائشة³.

وأمام هذا الفراغ التشريعي في المدونة الملغاة، انصب الفقه القانوني المغربي على معالجة مسألة التعويض عن ضرر العدول، حيث ذهب الأستاذ أحمد الخليلي إلى إمكانية التعويض في حالة توافر الشرطين التاليين:

أ- أن لا يكون للعادل مبرراً ظاهراً لإنهاء الخطبة، بل يفعل ذلك لمجرد التهور والطيش أو لتحقيق مصالح مادية من وراء عدوله.

ب- أن يكون له دور في إنجاز التصرف المضر بالطرف الآخر، كما إذا استعجلت الخطيبة حفلة الزواج، وعندما هيأ لها الخاطب أعلنت عن انتهاء الخطبة، وكأن يطلب الخاطب

¹ - عبد النبي ميكو، الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص: 99. ويراجع أيضاً: عبد الفتاح عبد الباقي، الزواج، قيامه، آثاره، انقضاؤه في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص: 18.

² - حماد العراقي، شرح قانون الزواج المغربي، المطبعة الملكية، الدار البيضاء، (دون ذكر الطبعة)، ص: 86.

³ - أستاذنا إدريس الفاخوري، ترجيح الاتجاهات الأخلاقية في مجال العقود والالتزامات، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 1 يونيو 2000، ص: 26.

من خطيبته الانقطاع عن الدراسة أو التخلي عن وظيفتها، فتفعل ذلك استجابة لرغبته ثم يتراجع عن الخطبة بدون سبب معقول¹.

أما أستاذنا إدريس الفاخوري² فقد ذهب إلى القول بأنه أمام انعدام نص في مدونة الأحوال الشخصية المغربية، فإنه يتعين التمييز بخصوص إمكانية التعويض عن العدول عن الخطبة بين حالتين:

أ- الحالة الأولى: وهي حالة حدوث ضرر نتيجة تصرفات وأعمال ألحقت ضرر بأحد الخطيبين، وهنا يتعين التعويض على أساس أنه تغرير بالطرف الآخر، والتغرير يوجب الضمان، وعلى أساس المسؤولية التقصيرية في القانون المدني³.

ب- الحالة الثانية: وهي الحالة التي ينشأ فيها ضرر وليس للخطاب ولا للمخطوبة دخل فيه، وهنا لا مجال للتعويض.

في حين ذهب أحد الفقه⁴ إلى أن العدول عن الخطبة يمكن أن يؤدي إلى مسؤولية الخطب الذي بادر إلى فسخها في حالة ما إذا اقترن فسخ الخطبة بأفعال وتصرفات ضارة تشكل في حد ذاتها أعمالا يسأل صاحبها عما يمكن أن تسببه للغير من ضرر يوجب التعويض. ولقد كان للجدل الفقهي دور في أخذ المشرع المغربي بالتعويض عن الضرر المقترن بالعدول عن الخطبة، وهذا ما عكسته مدونة الأسرة صراحة عندما اعتبرت في المادة السابعة أن: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرر للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

¹ - ذ. أحمد الخليلشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص: 56.
² - أستاذنا إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر تعديلات 1993/9/10، مرجع سابق، ص: 20، وانظر كذلك مؤلفه، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، مرجع سابق، ص: 55.

³ - أستاذنا إدريس الفاخوري، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، نظرية الحق، دار النشر الجسور، وجدة، الطبعة الأولى، 1995، ص: 210.

⁴ - ذ. أحمد زوكاغي، الزواج والطلاق حسب الصيغة الجديدة لمدونة الأحوال الشخصية، مطبعة دار القلم، الرباط، طبعة 2002، ص: 40.

إذن فالمشرع المغربي من خلال هذه المادة لم يرتب التعويض عن مجرد العدول، وهذا هو المبدأ، إلا أنه استثناء يمكن المطالبة بالتعويض في حالة صدور فعل سبب ضررا للطرف الآخر.

لكن كيف يمكن التمييز بين العدول الذي يرتب التعويض والعدول المجرد، مع أن المشرع المغربي في الفقرة الثانية¹ لم يذكر العدول وإنما أشار إلى صدور فعل عن أحد الطرفين سبب ضررا للآخر؟.

يبدو أن المشرع المغربي قصد من وراء صياغة الفقرة الثانية اقتران العدول بأفعال مستقلة نتج عنها ضرر²، ويبقى للقضاء السلطة التقديرية في تكييف ما يعتبر عدولا مجردا لا يترتب عنه تعويض، والعدول المرتب للتعويض.

كما يلاحظ أن المشرع المغربي عند تطرقه للضرر الموجب للتعويض لم يحدد نوع الضرر المقصود، هل يتعلق الأمر بالضرر المادي أم الضرر المعنوي؟، والرأي فيما أعتقد أن المقصود بالضرر في المادة السابعة، كل من الضرر المادي والمعنوي، ما دام أن المشرع لم يستثني صراحة الضرر المعنوي من التعويض.

وهكذا يمكن القول أن المشرع المغربي سائر الاتجاه الفقهي الغالب³، فيما ذهب إليه من إقرار مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة، متى نتجت عنه أضرار لأحد الطرفين بسبب أفعال خاطئة ومستقلة عن الطرف الناكل عن الخطبة، بحيث يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض عن تلك الأضرار طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية.

ويعتبر هذا الاتجاه هو الأقرب إلى الصواب ويحفظ إلى حد بعيد حقوق الطرفين -
الخطاب والمخطوبة-، ويصون حرمة وكرامة البيوت، فرغم أن الفقه الإسلامي ضمن

¹ - تنص الفقرة الثانية من المادة السابعة على ما يلي: "غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

² - د. محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 75.

³ - ونقصد بذلك الاتجاه الفقهي الثالث، وهو الرأي التوفيقي، الذي يقول بإمكانية التعويض عن الضرر اللاحق بالطرف الآخر عند ممارسة أحد الأطراف حقه في العدول عن الخطبة شرط أن يكون الضرر الناتج عن العدول يرجع لأفعال خاطئة ومستقلة تصدر من الطرف الناكل عن الخطبة، بحيث يمكن للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض في إطار القواعد العامة للقانون المدني.

للخطيبين حق العدول عن الخطبة كحق مطلق، إلا أنه من الناحية الأخلاقية تحتم الشهامة والمروءة على الإنسان المحافظة على وعده، وأن يراعي شعور الآخرين وحرمة البيت الذي فتح له أبوابه¹.

وفيما يخص موقف التشريعات المقارنة من مبدأ التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، فإن المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع المغربي نص صراحة على مبدأ التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

وهذا من شأنه أن يجعل الخاطب يترتب قبل الإقدام على العدول خاصة إذا كان العدول نتيجة تهور وطيش وتسرع في تدبر الأمور²، وهو ما يتفق مع روح الشريعة الإسلامية التي قررت أنه "لا ضرر ولا ضرار"، وأن "الضرر يزال"، كما يتفق مع مبدأ عدم إساءة استعمال الحق³ فيكون التعويض ليس لمجرد العدول عن الخطبة، وإنما للضرر الناشئ عن أفعال صاحبت العدول أو سبقتها⁴.

إلا أنه ما يؤخذ على المشرع الجزائري، أنه لم ينص على ما إذا كان العدول يكون سببا في التعويض أو لا بد من اقتران هذا العدول بأفعال خاطئة ومستقلة في حد ذاتها عن مجرد العدول عن الخطبة كما نص على ذلك المشرع المغربي في مدونة الأسرة⁵، خاصة وأن المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري قد كرست مبدأ الحق في طلب التعويض شريطة حصول ضرر، وتركت مسألة التعويض في حد ذاتها للسلطة التقديرية للقاضي.

¹ - أستاذنا إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ص: 20.

² - د. محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 76.

³ - معال فؤاد، خطأ المضرور وأثره على المسؤولية التقصيرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 1986-1987، ص: 91.

⁴ - رشيد مشافقة، بوطلة مبارك، فتحية جلال، تقرير الندوة العلمية الثانية التي عقدتها المحكمة الابتدائية بالرماني في موضوع "تفعيل مدونة الأسرة رهان قضائي"، مجلة القضاء والقانون، العدد 151، لسنة 2005، ص: 197.

⁵ - المادة السابعة من مدونة الأسرة.

فالضرر المحقق الوقوع حسب أستاذنا أحمد خرطة، على قسمين، إما لكون الخاطب عدل لا لسبب في المخطوبة يستوجب العدول، بل لمجرد التهور والطيش أو لتحقيق مصالح مادية من وراء عدوله¹، بعد أن يكون قد طلب من المخطوبة الاستقالة من الوظيفة أو مغادرة العمل أو الانقطاع عن الدراسة، أو أن يكون الأمر استعجالاً من المخطوبة، كأن تطلب من الخاطب تهيئ بيت الزوجية وحفلة الزفاف ثم تعلن انتهاء الخطبة، فهذه الأمور كلها تستوجب التعويض للطرف المتضرر متى أثبت أنه متضرر بالفعل².

وفيما يخص موقف المشرع الليبي من مسألة التعويض عن الضرر الذي يسببه العدول عن الخطبة، فقد نص قانون الأسرة الليبي رقم 10 لسنة 1984 على أنه: "إذا سبب العدول عن الخطبة ضرراً تحمل المتسبب فيه التعويض عنه".

غير أنه يلاحظ على هذا النص أنه لم يفرق بين الضرر الناشئ عن مجرد العدول، والضرر المترتب عن أفعال أخرى، سبقت العدول واقتترنت به، كما أنه لم يفرق بين الضرر المادي كإعداد الجهاز أو المال الذي أنفق في الخطبة، والضرر المعنوي كجرح الشعور والإساءة إلى سمعة الشخص أو العائلة، فكل النوعين يعتبران محلاً للتعويض إذا أثبتته المتضرر من فسخ الخطبة³.

¹ - ومن الأمور التي تستدعي التعويض كذلك تلك الأفعال والأقوال التي من شأنها أن تلحق الضرر بالطرف الآخر، كالضرب والسب والشتم أو الإهانة، أو تشويه السمعة، ذ.رشيد بن الشويخ، أحكام الخطبة والزواج، دراسة مقارنة في أحكام الفقه والقانون والقضاء، مرجع سابق، ص: 81.

² - أستاذنا أحمد خرطة، آثار العدول عن الخطبة وفق مدونة الأسرة المغربية، إشكالات تطبيقية، مرجع سابق، ص: 102.

³ - سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، دراسة فقهية مع شرح وتعليقات على القانون رقم 10 لسنة 1984، مطبعة الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، الطبعة الأولى، 1986م، ص: 53.

وبالنسبة للقضاء الفرنسي فقد خول لكل من الخاطب والمخطوبة حق المطالبة بالتعويضات المادية أو المعنوية¹ عن الأضرار التي قد تترتب عن العدول من أحد الطرفين في مواجهة الآخر، أو حتى في مواجهة الغير².

وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية على أن: "الحكم المطعون فيه قرر أن عدم تنفيذ الوعد بالزواج يمكن أن يخول في بعض الظروف حقا في التعويض، إذا كان قد نتج عن عدم التنفيذ ضرر حقيقي"³، إذ في هذه الحالة تستند دعوى التعويض عن الضرر الذي وقع على الالتزام الذي يفرضه القانون على كل من تسبب في ضرر بإصلاحه⁴ فإذا تبين من أسباب الحكم المطعون فيه أنه لم يكن هناك ضرر حقيقي فلا مجال للتعويض⁵.

ونفس الشيء بالنسبة للمشرع المصري، حيث لخص أحد الفقه⁶ ما استقر عليه القضاء المصري في ثلاث مبادئ أساسية وهي كالتالي:

- أ- الخطبة ليست بعقد ملزم.
- ب- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للضمان.
- ج- إذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

¹ - استمد القانون الفرنسي مسألة الحق في التعويض المعنوي من القانون الروماني الذي كان يعطي الحق للنساء في التعويض المعنوي في حالة القذف، وبعد صدور الأمر المسمى villers cottérêts سنة 1958، تم الأخذ به في نصوص القانون المدني الفرنسي الذي نص في المادة 88 على وجوب اعتبار العنصر المعنوي عند تقديم التعويض

Article 88: « que l'élément moral doit être pris en considération pour l'évaluation de la Somme a foncé » Mazeaud, op.cit, p: 367.

² - وفي هذا الصدد قررت محكمة النقض الفرنسية: "بضرورة دفع التعويضات للمخطوبة من طرف الشخص الذي قتل خاطبها إثر حادث مؤلم، على أساس الضرر المعنوي، وفقدان شخص عزيز، وكذا ضياع الفرصة"، نقض مدني فرنسي بتاريخ 2 أبريل 1986، أورده الحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 58.

³ - Art 1382: « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la fait duquel il est arrivé à le réparer.

- وهذا النص يخول التعويض عن المسؤولية التقصيرية دون العقدية، أورده سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (دون ذكر الطبعة)، 1992، ص: 247.

⁴ - philippe le tournean et loic gadict, droit de la responsabilité, delta, beyrouth, 1997, p: 7et 8.

⁵ - نقض مدني فرنسي، بتاريخ 26 ماي 1966، أورده بلحاج العربي، مرجع سابق، ص: 58.

⁶ - ذ.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص: 830.

وهذا ما قصدته محكمة النقض المصرية في قرارها الشهير بتاريخ 14 دجنبر 1939 عندما اعتبرت أنه: "إذا لازمت الوعد بالزواج، والعدول عنه أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه"¹.

وقد أيد هذا التوجه جانب من الفقه² على أساس أن العدول حق للخاطبين يمارسه كل منهما بكامل حريته، ولا يلتزم أحدهما بتعويض الضرر الناتج عن مجرد العدول، أما إذا رافق العدول أفعال ضارة، ففي هذه الحالة يجوز التعويض استنادا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

وهناك اتجاه آخر في الفقه الأردني يقول بعدم إمكانية التعويض عن العدول عن الخطبة لعدم تنصيب المشرع الأردني على الأخذ بهذا المبدأ من أساسه، ولأن العدول عن الخطبة حق للطرفين يمارسه كل من الخطيبين بإرادته المنفردة³.

وهكذا، فإذا كانت جل التشريعات المقارنة وعلى رأسها المشرع المغربي قد نصت صراحة على مبدأ التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، فما هو يا ترى الأساس القانوني للتعويض المعتمد عليه في هذا الصدد؟.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن العدول عن الخطبة.

انكبت الجهود الفقهية والقضائية منذ ظهور مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة على محاولة تحديد أساس التعويض، إذ عرف الفقه والقضاء في فرنسا جدلا ملحوظا

¹ - محمد أحمد سراج، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، أحكام الزواج في الفقه والقضاء، دار الثقافة والنشر والتوزيع، القاهرة، (دون ذكر تاريخ الطبعة) ص: 34 و35.

² - ذ. محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الزواج، مرجع سابق، ص: 146. وانظر أيضا، عبد الرحمان عتر، خطبة النكاح، مرجع سابق، ص: 408.

³ - خليفة أحمد القصيبي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، الدار العربية للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي، ليبيا، الطبعة الأولى، 1990، ص: 45.

بخصوص تحديد الأساس المعول عليه للمطالبة بالتعويض في حالة العدول عن الخطبة، وهذا ما انعكس جليا على موقف الفقه والقضاء في الدول العربية.

فالتعويض بصفة عامة يتقرر إثر إلحاق الضرر بالغير نظرا لما يسببه ذلك الضرر من مساس بحالة المضرور، التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وما يترتب عن ذلك من آثار مالية وغير مالية، والتعويض باعتباره أثر وجزاء المسؤولية المدنية، يتمثل في إزالة أو جبر الضرر الذي أصاب المضرور¹.

وفي هذا الصدد فقد تبين لي أن المشرع المغربي وعلى غرار ما ذهب إليه بعض التشريعات العربية وخاصة القضاء المصري، قد أقر مبدأ التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة، وهو ما يقتضي البحث في الأساس المعتمد للقول بإمكانية التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، والشروط المتطلبة في ذلك لاستحقاق المتضرر من هذا العدول للتعويض، إضافة إلى تحديد نطاق ونوع الضرر القابل للتعويض عنه، لأنه ليس كل ضرر حاصل لشخص ما يكون قابلا للتعويض عنه.

وهكذا تختلف القواعد التي ينبني عليها التعويض في مجال العدول عن الخطبة، بحسب اختلاف الطبيعة القانونية لهذه الأخيرة.

فإذا تم اعتبارها عقدا حسب ما يذهب إليه أنصار النظرية العقدية فإن التعويض يتم بناءا على قواعد المسؤولية العقدية (الفقرة الأولى) أما إذا تم اعتبارها مجرد وعد، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المغربي فإن التعويض عن العدول يحتكم فيه إلى قواعد المسؤولية التقصيرية (الفقرة الثانية).

¹ - د. محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، في ازدواج، أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخبرة، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة 1978، ص: 12، وانظر أيضا: إبراهيم الدسوقي أبو اللي ل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مرجع سابق، ص: 13.

الفقرة الأولى: المسؤولية العقدية كأساس للتعويض.

إن اعتبار الخطبة عقدا ملزما لطرفيه حسب ما يذهب إليه أنصار النظرية العقدية يعني أنها تنشئ التزامات ذات صفة تعاقدية يؤدي الإخلال بها إلى إعمال أحكام المسؤولية العقدية. وهذه المسؤولية تقتضي ضرورة وجود عقد أبرم صحيحا، حيث لا يكون لها محل في حالة كون عقد الخطبة اختلت أركانه وشروطه.

وعموما فإن أركان المسؤولية العقدية في هذا الصدد تتمثل في الخطأ العقدي (أولا) والضرر (ثانيا) والعلاقة السببية بينهما (ثالثا).

أولا: الخطأ العقدي:

لا بد لقيام المسؤولية العقدية من وجود خطأ عقدي¹ مرتكب من أحد طرفي عقد الخطبة²، ويتم التمييز في هذا الصدد بين إن كان العقد التزاما بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، ذلك أنه في الحالة الأولى فإن مجرد فسخ الخطبة والعدول عنها من جانب واحد يعد إخلالا ببنود العقد ما دامت النتيجة لم تتحقق وهي إبرام عقد الزواج وتقوم معه المسؤولية³ ولا اعتبار في ذلك لبذل الجهد من عدمه⁴.

وفي الحالة الثانية، أي في حالة اعتبار الخطبة التزاما ببذل عناية فإن مجرد فسخها والنكول عنها لا يرتب أية مسؤولية، إذ يكون من اللازم على المدعي المتضرر أن يقيم الدليل على أن الطرف الآخر ارتكب خطأ يتمثل في عدم بذله للعناية المطالب بها⁵.

¹ - يتمثل الخطأ العقدي في صورة "عدم احترام طرفي الخطبة لما يترتب عن الخطبة من التزامات، وذلك عندما لا يبدي أحد طرفي الخطبة تعاوناً جدياً وأميناً من أجل التهيئة والإعداد لإبرام عقد الزواج، أو كما لو أبدى الناكل عن الخطبة رعونة وطيشاً واستخفافاً، في الحالة التي لا يقدم فيه من أقدم على العدول بإرادته المنفردة أعداراً مبررة ومقبولة وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية في التعامل"، عبد الرزاق نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة الخامسة والعشرون، مارس 2001، ص: 273.

² - عاطف النقيب، مرجع سابق، ص: 31.

³ - محمد منصف بوقرة، مرجع سابق، ص: 31.

⁴ - إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1996، ص: 634.

⁵ - هلال يوسف إبراهيم، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين والأجانب، شرح وتعليق وطبع مع أحدث أحكام النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص: 275.

والرأي فيما أعتقد أن الخطبة، وعلى فرض صحة اعتبارها عقداً، فإن طبيعة الالتزام الذي تلقىه على عاتق طرفيها لا يمكن إلا أن يمثل التزاماً ببذل عناية، لأنها لا تلتزم بإبرام عقد الزواج، وبذلك فإن المسؤولية المترتبة عن العدول عن الخطبة لا تقوم بسبب عدم إبرام عقد الزواج، بل إن منشأها هو عدم احترام الالتزامات التي تتولد عن اتفاق الخطبة، وهي التزامات تتمثل في ضرورة السعي والعمل بحسن نية وجدية واستقامة للإعداد والتحضير لإبرام عقد الزواج، وليس الإلزام بإبرام عقد الزواج في حد ذاته من طرف الخاطبين.

وبالتالي فإن الأمر يتعلق بخطأ عقدي عندما لا يبدي الخاطب تعاوناً جدياً وشرافاً، ولا يقوم بكل ما يجب لتتويج الخطبة بإبرام عقد الزواج¹.

وهذا يعني أن الإخلال ببنود عقد الخطبة لا يستتبع إلا الحق في المطالبة بالتعويض من الطرف المتضرر، دون الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام.

فلا يعقل مطالبة العادل عن الخطبة بإتمام العقد النهائي لما في ذلك من إكراه على الزواج².

وفي هذا الصدد قضت استئنافية تولوز بأن: "الخطبة عقد ملزم يترتب التزامات تبادلية بين المتعاقدين بإتمام الوعد بالزواج، وهذا الوعد يخول كلا منهما دعوى لإجبار الآخر بالوفاء به، لكن طبيعة هذا الارتباط تقتضي بأن يتحول بالضرورة إلى التزام بالتعويض يلتزم به من يرفض التنفيذ طبقاً للمبادئ العامة التي أخذ بها القانون المدني الفرنسي في المادة 1142 و1145"³.

وحسب ما يستفاد من هذا القرار، فإن الخطبة وإن كانت عقداً، فإنه لا يجوز إجبار العادل عنها على التنفيذ العيني، وذلك مراعاة لطبيعتها الخاصة، ويبقى للمتضرر فقط الحق في التعويض عما أصابه من ضرر جراء ذلك العدول⁴.

¹ - عبد الرزاق نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مرجع سابق، ص: 372.
² - سعيد محمد الجلدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، دراسة فقهية مع شرح وتعليقات على القانون رقم 10 لسنة 1984، مرجع سابق، ص: 46.
³ - قرار محكمة تولوز الاستئنافية، صادر بتاريخ 16 فبراير 1913، أورده توفيق حسن فراج، مرجع سابق، ص: 16.
⁴ - بلعيد كرومي، الوعد بالتعاقد في ضوء التشريع المغربي، ص: 49.

وقد أخذ بهذا الرأي بعض الفقه المصري¹، الذي يرى أنه: "في الخطبة يصدر إيجاب ويقترن بقبول على الوعد بالزواج، فهو اتفاق أريد منه أن ينشأ علاقات قانونية بينهما، فهو ارتباط قانوني وعقد كامل يلتزم فيه كلا الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم، وأنه وإن كان ليس هناك ما يوجب الوفاء به عينا - أي إجراء العقد النهائي- لأن هذا الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقا شخصيا، فليس لأي من الطرفين قبل الآخر إلا المطالبة بالتعويض عن رجوعه في هذا الوعد، وليس هذا ما يمس بحرية الزواج إطلاقا...".

وهو نفس التوجه الذي تبناه القضاء المصري في بعض أحكامه، حيث قررت محكمة الإسكندرية بأن: "الخطبة وإن كانت تلزم الطرفين بإجراء العقد النهائي فإنه ليس هناك ما يوجب الوفاء بالالتزام عينيا في حالة العدول عنها، غير أن العدول يوجب التعويض"².

وتجدر الإشارة إلى أن تقدير الخطأ العقدي في هذا الصدد مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ويمكن له أن يستخلص ذلك من خلال ملابسات القضية واعتمادا على معيار موضوعي، ذلك أن القول بأن الخاطب العادل عن الخطبة قد ارتكب خطأ عقديا يستوجب الرجوع إلى تصرفات الشخص العادي وإجراء موازنة بين ما فعله وما كان يجب عليه أن يفعله³.

ثانيا: الضرر:

يعد الضرر الركن الثاني لقيام المسؤولية العقدية، فلا يكفي ارتكاب العادل عن الخطبة خطأ عقديا بل لابد أن يترتب عن ذلك ضرر للطرف الآخر.

وسواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا فإن النتيجة لا تتغير، حيث يحق للمتضرر الحصول على تعويض يؤديه مرتكب الخطأ العقدي⁴.

¹ - حسين عامر، مرجع سابق، ص: 261.

² - حكم صادر بتاريخ 29 نونبر 1948، أورده حسين عامر، "إلغاء العقد"، مرجع سابق، ص: 262.

³ - عبد الرزاق نجيب، مرجع سابق، ص: 373.

⁴ - ذ.بناصر الحاجي، المسؤولية التقصيرية والعمل غير المشروع، مكتبة مطبعة ورافة طه حسين، طبعة 2006، ص: 3.

وكل ما يتعين القيام به من طرف المتضرر للحصول على التعويض هو إثبات الضرر، وفي نظري أن الإثبات في هذا الإطار لن يطرح إشكالا كبيرا إذ يكفي أن يعدل أحد الخاطبين عن الخطبة بإرادته المنفردة للقول بأن الضرر قد تحقق.

ذلك أن إبرام "عقد الخطبة" يكون بهدف الاستفادة من نتائجها النهائية، أي إبرام عقد الزواج، مما يجعل فسخها ينطوي على حرمان من تلك النتيجة وهو ما يشكل حتما ضررا ينبغي جبره، خاصة إذا كان الطرف المتضرر قد قطع أشواطا كبيرة في تهيئته لإبرام العقد النهائي، وصاحب ذلك إنفاق مجموعة من المصاريف في سبيل تحقيق ذلك.

وهكذا فالتعويض عن الضرر في هذا الإطار يخضع للسلطة التقديرية للقضاء، ويجب أن يكون مناسبا لمقدار الضرر.

ثالثا: العلاقة السببية:

لا يكفي القول بإعمال قواعد المسؤولية العقدية في الخطبة، توافر عنصري الخطأ والضرر، بل لا بد من وجود علاقة سببية بين هذا الخطأ العقدي والضرر الحاصل لأحد الطرفين، ويتطلب ذلك أن يكون الضرر ناتجا بشكل مباشر عن الخطأ الذي ارتكبه فاسخ عقد الخطبة¹، أما إذا نجم الضرر عن خطأ المضرور نفسه فلا مجال لمساءلة الناكل عن الخطبة على تلك الأضرار ما لم يكن قد ساهم معه في حصولها، وعندئذ يتم تشطير المسؤولية بين الطرفين².

كما أنه لا مجال لمساءلة الناكل إذا ما أثبت أن عدوله عن الخطبة يعود لقوة القاهرة، أو جاء نتيجة ظروف طارئة.

وتجدر الإشارة إلى أن علاقة السببية في المسؤولية العقدية نادرا ما تثير إشكالا قانونيا، طالما أنها تقوم نتيجة لإخلال بالتزام تعاقدى من طرف متعاقد يكون معروفا³.

¹ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، القانون المصري واللبناني والسوري والليبي، والكويتي والسوداني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974، ص: 524.

² عبد الرزاق الشيخ نجيب، مرجع سابق، ص: 276.

³ فريدة اليوموري، علاقة السببية بين الخطأ والضرر في مجال المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1999-2000، ص: 11 وما بعدها.

الفقرة الثانية: المسؤولية التقصيرية كأساس للتعويض:

تجدر الإشارة في البداية إلى أن قواعد المسؤولية التقصيرية لا مجال لتطبيقها في حالة اعتبار الخطبة عقداً، حيث يكون من اللازم تطبيق أحكام المسؤولية العقدية، أما بالنسبة لحالات اعتبار الخطبة مجرد وعد كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المغربي وغيره من القوانين التي اتخذت نفس الاتجاه وخاصة قوانين الدول العربية¹ فإن الذي يجب تطبيقه هو قواعد المسؤولية التقصيرية.

وهكذا يتضح بأن المشرع المغربي من خلال المادة السادسة² من مدونة الأسرة قد حدد القاعدة المتمثلة في أنه، لكل من الخطيبين الحق في العدول عن الخطبة، وأن مجرد العدول لا يترتب تعويضاً، وأن من يستعمل حقه بدون تعسف³ لا يجوز مقاضاته ومطالبته بالتعويض عن أي ضرر قد لحق الغير نتيجة استعمال هذا الحق، وذلك استناداً إلى قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان⁴.

لكن إذا ترتب عن العدول ضرر لحق الطرف الآخر سواء كان الضرر مادياً⁵، كأن تكون المخطوبة قد تركت العمل الذي تعيش منه استعداداً للزواج، أو تكبد الخاطب مصاريف إعداد بيت الزوجية، أو كان الضرر معنوياً⁶، كأن ينتج عن العدول مساس بشرف أو بكرامة

¹ - أجمعت قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية على اعتبار الخطبة مجرد وعد أو تواعد، وذلك من خلال المادة الخامسة من مدونة الأسرة المغربية، والمادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية الأردني، والمادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية السوري، والفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والفصل الثالث من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
² - تنص المادة السادسة على أنه: "يعتبر الطرفان في فترة الخطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها".

³ - المقصود بالتعسف هو: "أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي يثبت له بعوض، أو بغير عوض، أو بمقتضى أباحه مآذون فيه شرعاً، على وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية"، حمدون نور الدين، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة الملحق القضائي، العدد 17، نونبر 1986 ص: 143.

⁴ - أستاذنا إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 52.
⁵ - عرف أحدهم الضرر المادي بكل: "أذى ومساس بمصالح المدعي في حق من حقوقه على أن يترتب على ذلك خسارة، ومن اللازم أن تكون المصلحة والحق الذي جاء به الضرر مشروعاً، ومتناسقاً مع النظام العام والأخلاق الحميدة"، أحمد ولد عبد الدائم، المسؤولية المدنية للآباء عن أبنائهم القصر، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، عدد 3، لسنة 2005، ص: 128.

⁶ - "الضرر المعنوي هو ما يصيب المرء من أضرار غير مادية وذلك في شرفه واعتباره"، أحمد ولد عبد الدائم، المسؤولية للآباء عن أبنائهم القصر، المرجع نفسه، ص: 129.

الطرف المتخلى عنه، ففي هذه الحالة هل يجوز لهذا المتضرر أن يطالب بالتعويض عن الضرر؟.

حسب منطوق المادة السابعة من مدونة الأسرة، فإن المشرع المغربي حسم الأمر وأقر بجواز التعويض عن العدول عن الخطبة، حيث نص صراحة على أن: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

إلا أن التساؤل يثار حول الأساس القانوني لهذا التعويض، هل هو طبقاً للمسؤولية العقدية أم للمسؤولية التقصيرية؟.

يمكن القول أن المشرع المغربي لم يجعل الخطبة عقداً ينشأ عنها التزام قانوني للطرفين، حيث اعتبرها مجرد تواعد في المادة الخامسة من مدونة الأسرة¹ ورجوعنا إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي، فالوعد لا ينشئ التزاماً².

وحتى لو تم افتراض أن قواعد المسؤولية العقدية تنشأ لمجرد تحلل الطرفين عن إيجابه أو عن قبوله³، فإن ذلك سيستعصي عن التطبيق على اعتبار الطبيعة الخاصة للزواج التي تختلف عن المعاملات المالية⁴، فهو عقد العمر وعقد خطير يتطلب الكثير من التعقل والحذر، والعدول حق لا يمكن للقاضي تقييده، مهما نتج عنه من مضار إضافة إلى أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر الخطبة عقد لإنشاء الزواج⁵.

¹ - تنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من مدونة الأسرة على أن: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج".

² - ينص الفصل الرابع عشر من قانون الالتزامات والعقود على أن: "مجرد الوعد لا ينشئ التزاماً".

³ - حسن عبد الغني أبو غدة، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها، دراسة شرعية اجتماعية، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005م، ص: 25.

⁴ - Ainsi que le dit très justement Laurent, « une promesse de mariage n'est pas une promesse faite par un débiteur à un créancier », Marcelle Palaniol et Georges Ripert : « traité pratique de droit civil français », tome 2 , la famille, par ANDRE ROUST, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952 , 2ème édition p : 69.

⁵ - يقول الأستاذ علال الفاسي: " فأكثر ما يقال عن الخطبة وتوابعها، أنها وعد ولا يعتبر الفقه الإسلامي الوعد عقداً لأنه كلام يتعلق بالعزم على عقد في المستقبل، يمكن للعازم معه أن يراجع عن رأيه لسبب من الأسباب"، التقريب، مرجع سابق، ص: 114.

وعليه فإنه يستحيل إضفاء قواعد المسؤولية العقدية للخطبة، فهل يفسح المجال لتطبيق المسؤولية التقصيرية على اعتبار أن عدول أحد الخطيبين يشكل خطأ تقصيريا قد يترتب عنه ضرر للطرف الآخر؟.

بالرجوع إلى الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود يتبين أن المشرع المغربي ينص على أن: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا أثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

فمن خلال هذا الفصل يستنتج أن توافر أركان المسؤولية التقصيرية أي الخطأ والضرر والعلاقة السببية يترتب التعويض للمتضرر.

فالخطأ في نظر أحد الفقه¹ هو انحراف السلوك على نحو لا يرتكبه الشخص اليقظ لو أنه وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الفعل، ويقوم الخطأ على عنصرين: أولهما مادي وهو التعدي والانحراف، والثاني معنوي وهو التمييز والإدراك.

والضرر هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا، والمصروفات الضرورية التي اضطر وسيضطر إلى إنفاقها للإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به، وكذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل² والضرر قد يكون ماديا كما قد يكون معنويا³.

أما العلاقة السببية فهي العلاقة بين الفعل الضار والنتيجة أي تحقق الضرر⁴ وعليه فإذا تم اعتبار أن العدول المقترن بخطأ الخاطب أو الخاطبة هو إخلال بالتزام قانوني، يترتب المسؤولية في حالة الإخلال به، فما هو نوع هذا الالتزام؟.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص: 827.

² - الفصل 98 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

³ - الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

⁴ - رضا محمد جعفر، رضاء المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (دون ذكر الطبعة)، 2005، ص: 184.

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود فإن كل فعل ضار يلحق الضرر بالغير سواء كان عمدا¹ أو بخطأ أو بإهمال² يوجب جبر الضرر والتعويض عنه، ومعلوم أن الالتزامات تشمل بالإضافة إلى تلك المحددة بنصوص قانونية الالتزامات الناجمة عن الإضرار بالغير³ فكل فعل يلحق ضررا بالغير يوجب المسؤولية، غير أن الفعل الضار الذي يوجب المسؤولية حسب الفصل 77 من ق.ل.ع، يجب ألا يسمح به القانون، وبمفهوم المخالفة، فإذا كان يسمح به القانون فإنه لا يوجب المسؤولية في حين أن العدول عن الخطبة هو حق لكلا الخطيبين حسب فحوى المادة السادسة من مدونة الأسرة.

كما أن المشرع في مدونة الأسرة استعمل لفظ "الفعل"⁴، دلالة على العمد قياسا على الفصل 77 من ق.ل.ع، ولم يقصد الإهمال لأنه لو قصد ذلك لاستعمل الخطأ قياسا كذلك على تعبير الفصل 78 من ق.ل.ع.

ومن خلال قراءة المعطيات السابقة، على ضوء المادة السابعة من مدونة الأسرة، يتبين أن المشرع المغربي اشترط للحكم بالتعويض في حالة إذا ما ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر ما يلي:

- 1- صدور فعل من أحد الطرفين: وهذا الفعل سواء كان عن قصد أو عن غير قصد⁵، ما دام هو السبب في حدوث الضرر⁶، ويجب الإشارة إلى أن صدور الأقوال بدورها يترتب عنها تعويض، إذا كانت السبب في حصول أضرار ما.

¹ - تنص الفقرة الأولى من الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا أثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر".

² - تنص الفقرة الأولى من الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن: "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط، ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

³ - ذ.حسن محجوبي، فسخ العقد بسبب إخلال الزوج بالتزاماته، مجلة الملحق القضائي، عدد 32، أبريل 1997 ص: 154.

⁴ - وهذا ما يتبين في خضم تطرق المشرع المغربي للحديث عن نصوص للتعويض حيث جاءت الصياغة: "... غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر...".

⁵ - ناصر فتيحة، المسؤولية المدنية التقصيرية للطفل، مجلة العلوم القانونية والإدارية، مرجع سابق، ص: 118.

⁶ - ذ.أحمد الخليلشي، وجهة نظر، الجزء الثاني، الأسرة، الطفل والمرأة، أصول الفقه والفكر الفقهي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 1998، ص: 230.

2-حصول ضرر: حيث لم تميز المادة السابعة بين الضرر المادي والضرر المعنوي

وبالتالي جاءت الصياغة عامة.

3-العلاقة السببية: إذ أن المادة السابعة اشترطت صدور فعل عن أحد الطرفين، ومن تم

يستبعد كل تعويض يكون بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير¹.

وبناء على ما سبق فلا مجال لإعمال قواعد المسؤولية التقصيرية في حكم العدول

المقترن بخطأ العادل عن الخطبة، ذلك أن مجرد الوعد بالزواج لا يترتب عليه أي التزام² وأن

العدول عنه في حد ذاته حق لا يوجب الغرم، غير أن حق العدول ينبغي عدم إساءة استعماله،

الأمر الذي يدعونا إلى التساؤل حول إمكانية تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق؟.

فقد أكد الفقه الإسلامي، أنه ليس هناك حق مطلق بحيث يتصرف فيه صاحبه كيفما

يشاء، دون احترام لحق الغير، أو دون استهداف الغاية النوعية التي شرع من أجلها هذا الحق³،

على اعتبار أن الشارع الحكيم يضع لكل حق غاية معينة واستعمال الحق لغير غايته عبث

وتحكم، وكل ذلك غير مشروع ويستوجب المسؤولية، إذ أن الشريعة الإسلامية لا تحمي حقا

عينيا إلا بقدر ما يحقق به صاحبه من الغرض الذي شرع من أجله، دون إطلاق⁴.

وبالنسبة للمشرع المغربي فقد أقر العمل بنظرية التعسف في استعمال الحق⁵، حيث جاء

في الفقرة الأولى من المادة 94 من ق.ل.ع على أنه: "لا محل للمسؤولية المدنية إذا فعل

شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في فعله"، وبمفهوم المخالفة لهذا النص فإن كل

شخص استعمل حقا له، وكان يهدف من وراء ذلك إلحاق الضرر بغيره يؤاخذ القانون على

¹ - حاتم ديدوا، المسؤولية المدنية في الخطبة والزواج، محاولة في التأصيل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2005-2006 ص: 100.

² - مصطفى استيتو، المسؤولية المشتركة في الروابط الأسرية، تجلياتها وآثارها، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص: 16.

³ - أستاذنا الحسين بلحساني، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مطبعة دار النشر الجسور، وجدة، طبعة 2000، ص: 177.

⁴ - التعسف في استعمال الحق "محرم في الشريعة وممنوع، لذا تقضي النظرية بحرمان صاحب الحق من ممارسة حقه على وجه تعسفي، وبذلك تدفع الضرر قبل وقوعه، بمنع الاستعمال التعسفي للحق ابتداء، وهذا هو الدور الوقائي للنظرية، هذا فضلا عن أن التعسف إذا وقع وسبب ضررا يستوجب المسؤولية ويترتب عن ذلك توقيع جزاء عن طريق القضاء بإزالة الضرر عينا، إن أمكن أو عن طريق الضمان وحسب الأحوال، وقطع سبب الضرر منعا من استمراره في المستقبل، وهذا هو الدور العلاجي للنظرية"، حمدون نور الدين، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 146 و 147.

⁵ - زيد قدوري الترجمان، نظرية التعسف في استعمال الحق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكدال، السنة الجامعية 1980/1981، ص: 308.

ذلك¹، لأن ممارسته لحقه المشروع كان على وجه التعسف، وهنا يبقى على المتضرر من العدول إثبات نية الإضرار من الطرف العادل على اعتبار أن حسن النية تفترض دائما ما دام العكس لم يثبت².

غير أنه يمكن الاستغناء عن وجوب إثبات نية الإضرار لدى المتعسف في استعمال حقه، إذ بإمكان القاضي أن يؤاخذ على صنيعه بمجرد أن استعمل حقه وتسبب في ضرر لغيره، إذا انتفت مصلحته أو قلت مقارنة مع الضرر اللاحق بالغير³.

وهذا يعني أن الخاطب الذي يعدل عن الخطبة يعد متعسفا، إذا لم يقصد من وراء عدوله سوى الإضرار بالغير، ويعد انعدام المصلحة قرينة على ذلك، أو كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، أو إذا توخى تحقيق مصلحة غير مشروعة⁴.

وانطلاقا مما سبق، يصبح من البديهي مؤاخذة فاسخ الخطبة من أجل التعسف في استعمال الحق لمجرد فسخه، ذلك أن طرف الخطبة المتخلى عنه سوف يكتفي بالادعاء أن الطرف العادل كان بإمكانه أن يجنبه الضرر لو واصل الخطبة، أما بالنسبة للطرف الناكل فيكفيه للتوصل من المسؤولية أن يثبت أن ضررا كان سيلحقه لا محالة لو لم يستعمل حقه في الفسخ ولو أدى به الأمر إلى الزواج⁵، وهنا تبقى السلطة التقديرية للقضاء في تكييف هذه الأسباب ومدى وجاهتها، وأهميتها حتى تكون داعيا للعدول من عدمه.

¹ - ذ.أحمد الخليلشي، المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، مكتبة المعارف، الرباط، الطبعة الأولى، 1402هـ/ 1982م، ص: 14 و15.

² - ينص الفصل 477 من قانون الالتزامات والعقود على أن: "حسن النية يفترض دائما ما دام العكس لم يثبت".
³ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 94 على ما يلي: "غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن تؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير، وكأن من الممكن تجنب هذا الضرر وإزالته، من غير أذى جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يجر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو إيقافه".

⁴ - عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفك ر للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م، ص: 85.

⁵ - محمد منصف بوقرة، مرجع سابق، ص: 25.

غير أن المشكل الذي يمكن أن يعترض المتضرر هو إثبات الضرر¹ وكذا إثبات خطأ الطرف العادل عن الخطبة، وبيان العلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الذي أصابه، فقد تدعي المخطوبة أن فترة الخطبة مر عليها وقت طويل، واشتهرت بين الناس إلا أن الخاطب عدل في آخر المطاف عن إبرام الزواج، فهل في هذه الحالة يمكن للمخطوبة المطالبة بالتعويض، ما دام أن المشرع لم يرتب التعويض عن مجرد العدول، ولكن رتب ذلك في حالة صدور فعل سبب ضرراً من أحد أطراف الخطبة؟ وهل هذا العدول يعتبر فعلاً مسبباً ضرراً للطرف الآخر؟ وكيف يمكن إثبات ذلك؟.

يمكن القول أنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية² في إثبات الضرر³ من خلال الاستعانة بالفصلين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وهذه المسؤولية بطبيعة الحال لا تقوم إلا إذا كان الضرر نتيجة خطأ صادر عن المدعى عليه⁴.

وعليه أعتقد أن التعويض يكون بناءً على فعل قصد به الطرف العادل عن الخطبة الإضرار أو خطأ لم يقصد به الإضرار بالطرف الآخر المتخلى عنه.

إلا أن الإشكال يطرح من جديد في إطار الإثبات، خاصة في حالة ما إذا أنكر الطرف الآخر وجود الخطبة أساساً؟ في هذه الحالة على المحكمة الاستماع للطرفين وتحليل الوقائع

¹ - الأمراني زنطار الحسن، حقوق المرأة من خلال تحفة ابن عاصم ومدونة الأحوال الشخصية، الأحمديّة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1421هـ/2000م، ص: 58، ويراجع أيضاً عبد الرحمان مصلح الشراي، الخطأ في المسؤولية المدنية التقصيرية الشخصية، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى، يناير 2001، ص: 217.

² - إن العنصر المادي للخطأ في المسؤولية التقصيرية يتمثل فيما يسمى "بالتعدي"، ويكتسي صورا ثلاثة وهي: مخالفة نص قانوني، مخالفة التزامات قانونية غير محددة بنصوص قانونية، والتعسف في استعمال الحق.

- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مرجع سابق، ص: 378.

³ - وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى بأن: "الضرر الذي يحق للشخص أن يطالب برفعه إذا توافرت إحدى حالات التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها قانوناً هو الضرر المحقق بأن يكون قد وقع فعلاً أو وقعت أسبابه، وترامت آثاره إلى المستقبل، ولا عبرة لدى القاضي بالضرر الاحتمالي المبني على الوقائع التي قد تقع وقد لا تقع" نقض مدني في 21 يناير 1976 مجلة القضاء والقانون، عدد 127، يناير 1978، ص: 71، ويراجع أيضاً قرار المجلس الأعلى الصادر عن الغرفة المدنية في 22 مارس 1960 تحت عدد 247، مجلة القضاء والقانون عدد 30، يوليو 1960، ص: 367.

⁴ - أستاذنا إدريس الفاخوري، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، مرجع سابق، ص: 55.

وتدقيقها ومعرفة ما إذا كان فعل أحد الطرفين، يضر بالآخر، وإعفاء أحدهما من المسؤولية أو تشطيرها بينهما بحسب نسبة مساهمته في إحداث الضرر¹.

والجدير بالذكر أن بعض الفقه، كان قد قرر التعويض عن العدول عن الخطبة على أساس إساءة استعمال الحق، وهناك من الفقه من عارض ذلك، فأما من المؤيدين، فنجد أستاذنا إدريس الفاخوري² الذي ميز في التعويض بين حالتين:

1- الحالة الأولى: ضرر ينشأ وللخاطب أو المخطوبة فيه دخل، وهنا يتعين التعويض على

أساس أنه تغرير بالطرف الآخر، والتغرير يوجب الضمان، وبالتالي ينبغي التعويض على أساس استعمال الحق.

2- الحالة الثانية: ضرر ينشأ وليس للخاطب ولا للمخطوبة فيه دخل، كما إذا انقطعت عن الدراسة من تلقاء نفسها فلا مجال هنا للتعويض.

ويؤيد هذا الرأي أحد الأساتذة³ الذي يرى أن الضرر الناتج عن التعسف في استعمال الحق يجد مشروعيته في عموم قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، وهذا من حقائق التشريع الثابتة، بل هو أصل عام يحكم التشريع كله.

أما بالنسبة للمعارضين، فقد تبنا مواقف مختلفة، فمنهم من رفض فكرة التعويض، لأن العدول عن الخطبة حق وعمل مباح لا يترتب عليه أية عقوبة، وفي الإلزام بالتعويض عقوبة⁴,

¹ - وفي هذا الصدد قرر المجلس الأعلى في قرار حديث له بأن: "التزام الطاعن المصادق عليه في 9 فبراير 1999 بإتمام إجراءات الزواج مع المطلوبة في النقض بعدما وعدها به يلزمه"، قرار المجلس الأعلى، قرار رقم 66 في الملف عدد 437-02-06، والمؤرخ في 31 يناير 2007، أورده إبراهيم بحماني، أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة بشأن الخطبة، أشغال الندوة الجهوية الثانية، مارس 2007، سلسلة خمسون سنة من العمل القضائي، العدد 8 و9، مكناس، ص: 46.

² - أستاذنا إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر تعديلات ظهير 10/9/1993، مرجع سابق، ص: 20، وأيضا مؤلفه: أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، مرجع سابق، ص: 55.

³ - ذ. عبد الخالق أحمدون، مرجع سابق، ص: 113.

⁴ - محمد رأفت عثمان، فقه السنة في الخطبة والزواج، مرجع سابق، ص: 40 ويراجع أيضا: محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، مرجع سابق، ص: 37.

وبناء عليه لا يجوز الحكم بالتعويض سواء كان ماديا أو معنويا، وسواء كان الضرر اللاحق بالطرف المتضرر ناتجا عن عدول الطرف الآخر أو لسبب أجنبي عنه¹.

ومنهم من يقبل بفكرة التعويض بناء على قواعد القانون المدني الذي يرتب المسؤولية التقصيرية والتي يمكن أن تطبق على الخطبة عن طريق القياس، حفاظا على حقوق الأطراف وحرصا على جعل حد للتصرفات الطائشة والمتهورة من أحد طرفي الخطبة²، وهذا الفقه يعتمد في التأسيس لرأيه على المقتضيات المضمنة في الفصلين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود³.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن القضاء المغربي ممثلا في المجلس الأعلى ذهب في قرار له إلى عدم إقرار إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في الفصلين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود في مجال الأحوال الشخصية⁴.

إلا أن هذا التوجه الذي اتخذه المجلس الأعلى في نظري الشخصي أصبح متجاوزا بعد أن أقر المشرع المغربي صراحة في ظل مدونة الأسرة، بجواز التعويض عن العدول عن الخطبة، متى صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرر للآخر⁵.

والتساؤل الذي يطرح في هذا الخضم ما هو وعاء التعويض؟ وهل المحكمة ملزمة بأن تأخذ الهدايا المحتفظ بها من طرف المتضرر بعين الاعتبار عند تقدير التعويض؟ أم أن هذه الهدايا لا يكون لها أي أهمية لكون حكمها مستقلا؟.

¹ - حسن يشو، الجامع لأحكام الخطبة ومقاصدها، مرجع سابق، ص: 225 و 226، ويراجع أيضا عبد الرحمان عتر، خطبة النكاح، مرجع سابق، ص: 396.

² - ذ. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، وآثاره، الولادة ونتائجها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م، ص: 35، ويراجع أيضا، ذ. محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 71.

³ - عبد الرحمان مصلح الشراي، الخطأ في المسؤولية المدنية التقصيرية الشخصية، مرجع سابق، ص: 217، ويراجع كذلك: عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الولادة ونتائجها، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية، ص: 42 و43.

⁴ - قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 11 يناير 1982، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، ص: 92.

⁵ - لقد حسم المشرع المغربي النقاش الفقهي المثار حول التعويض، وأقر صراحة بجواز التعويض عن العدول عن الخطبة على أساس الخطأ التقصيري لأن الخطبة ليست بعقد، إذ قرر في الفقرة الثانية من المادة السابعة من مدونة الأسرة على ما يلي: "... غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرر للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

الرأي الراجح حسب اعتقادي، والذي ذهب إليه أحد الباحثين¹ يرى أنه يجب على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار وهي تحدد مبلغ التعويض قيمة الهدايا المحتفظ بها من قبل المتضرر، رغم اختلاف كل من الإطار القانوني للهدايا والتعويض.

والسند في ذلك هو وحدة الغاية من تقرير مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة، كما أن احتفاظ الطرف المتضرر بالهدايا هو في حد ذاته جبر للضرر، خاصة إذا كانت الهدايا التي هي بحوزة المتضرر من العدول عن الخطبة ذات قيمة عالية قد تفوق التعويض المحكوم به.

وعلى مستوى العمل القضائي المغربي، فلم أتمكن من العثور إلا على حكم واحد وحديث يتعلق بجوهر الموضوع، أقصد التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، ويرجع السبب في نظري المتواضع لندرة هذا الصنف من الأحكام التي تعالج دعوى التعويض الناتج عن ضرر العدول عن الخطبة إلى عدم لجوء الخطيبين إلى القضاء في مثل هذه الحالات²، وذلك إما رغبة في فض النزاعات خارج دائرة القضاء أو لجهلهم بالمقتضيات القانونية المتعلقة بالموضوع.

ونظرا لأهمية هذا الحكم³، ارتأيت عرض جميع حيثياته، وهكذا جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالحسيمة⁴ ما يلي: "بناء على المقال الافتتاحي للدعوى الذي تقدمت به المدعية بواسطة دفاعها... و... بتاريخ 2007/09/05 والمعفى من الرسوم القضائية، والذي تعرض فيه أنه سبق للمدعى عليه، أن طلب يدها من والدها، وأعلنت الخطبة كما هو متعارف عليه.

وأثناء تهيئتها للملف الخاص بتحرير عقد الزواج، عدل عن الخطبة وتزوج بفتاة أخرى، وأن تصرف المدعى عليه تسبب في صدمة حادة لها استلزمت بقاءها بالمستشفى لعدة أيام تحت العناية المركزة، لذلك يكون الضرر متحققا ماديا ومعنويا، لأن تهربه فجأة يعتبر

¹- يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 92.

²- على الأقل هذا ما صرح به كل من رؤساء أقسام قضاء الأسرة بكل من الرباط، وجدة، طنجة والحسيمة.

³- كونه أول حكم يختبر تعامل القضاء المغربي مع دعوى التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة.

⁴- حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالحسيمة، حكم رقم: 503 بتاريخ 7 يوليوز 2008، في الملف رقم: 07/651 (غير منشور).

تشهيراً بها وانتقاصاً من قيمتها وتحطيماً لمعنوياتها، ملتزمة الحكم عليه بأدائه لها تعويضاً قدره عشرة آلاف درهم (10.000 درهم) عن الضرر اللاحق بها جراء العدول عن الخطبة مع الصائر والإجبار في الأقصى وشمول الحكم بالنفاذ المعجل.

وقد عززت طلبها بنسخة موجزة من رسم ولادتها، وشهادة طبية خاصة بالزواج وشهادة الخطوبة والإقامة غير موقعتين بصفة رسمية.

وبناء على المذكرة الجوابية التي تقدم بها المدعى عليه بتاريخ 2008/04/01 والتي أجاب فيها بأن مقال المدعية جاء غير معزز بأية حجة مبررة، الأمر الذي يتعين معه التصريح بعدم قبول الدعوى، سيما وأن مرفقات مقالها ليست حجة مثبتة للضرر.

وبناء على المذكرة التي تقدم بها دفاع المدعية بتاريخ 2008/03/04 والتي أدلى بموجبها بصورة شمسية من جريدة تتضمن حكم إحدى المحاكم الإسلامية الأسبوية.

وبناء على مذكرة طلب إجراء بحث والتي تقدم بها دفاع المدعية بتاريخ

2008/04/15.

وحيث أدرج الملف بجلسة 2008/06/12 حضرها... عن دفاع المدعية وحضر... عن

دفاع المدعى عليه، وحضرت المدعية والمدعى عليه، وبعد التحقق من هويتهما، صرحت المدعية أنها كانت مخطوبة للمدعى عليه، وأنه خطبها من والدها بتاريخ 2007/06/02 رفقة عائلته، وأنهم بعد أن اتفقوا على إبرام عقد الزواج، وإنجازها وثائقه تفاجأت بالخاطب، وقد أقدم على الزواج ببنت خاله، وأنها مرضت جراء ذلك ودخلت المستشفى، وصرح المدعى عليه أن المدعية كانت مخطوبته، وأنه قام بكل الاستعدادات لإجراء حفل الزفاف، وأنه سلم لوالدها مبلغ ثلاثة آلاف درهم (3000 درهم) وأنه رفض تسليمه زوجته لإبرام عقد الزواج، وأنه لم يرى المخطوبة يوم الاتفاق على إبرام عقد الزواج وإنما التقى بالوالده الذي أكد له رفضه تزويجه لابنته، وقررت المحكمة إحالة الملف على النيابة العامة لوضع ملتمساتها بجلسة

2008/07/03.

وبناء على ملتمس النيابة العامة الرامي إلى رفض الطلب، وحيث أدرج الملف بجلسة 2008/07/03، حضرها... عن... وحضر... وحضرت المدعية، وألقي الملف بملتمس النيابة العامة، فاعتبرت القضية جاهزة، وحجزت للمداولة لجلسة 2008/07/10. وبعد المداولة وطبقا للقانون.

1-في الشكل: حيث قدم الطلب على الصفة والشكل المتطلبين قانونا فهو مقبول.
2-وفي الموضوع: حيث تقدمت المدعية بطلب ترمي من خلاله إلى الحكم على المدعى عليه بأدائه لها تعويضا قدره (10.000 درهم)، بسبب الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة.

وحيث تنص المادة السابعة من مدونة الأسرة على أن: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

وحيث إن التراجع عن الخطبة لا يترتب الحق في التعويض، وإن لم يكن له مبرر ظاهر، إلا عند صدور فعل من المتراجع عن الخطبة ألحق ضررا بالمخطوبة، كحملها على الانقطاع عن الدراسة، أو الاستقالة من الوظيفة، أو تحملها نفقات معينة....

وحيث إنه لم يثبت للمحكمة من خلال اطلاعها على مستندات الملف ووثائقه، صدور أي فعل سبب ضررا للمدعية، ما عدا العدول عن الخطبة، الذي لا يكفي وحده لثبوت الحق في التعويض ما لم يكن مصحوبا بفعل آخر ألحق ضررا بالمدعية من قبيل ما ذكر سالفاً.
وحيث يكون طلب المدعية تبعا لذلك منعدم الأساس القانوني ويتعين رفضه.
وحيث يتعين تحميل المدعية الصائر.

وحيث أن المحكمة ارتأت عدم مناقشة دفع المدعية بالضرر ما دام أن الفعل المسبب للضرر لم يثبت أصلا.
لهذه الأسباب:

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا بمثابة حضوري.

1- في الشكل: بقبول الطلب.

2- في الموضوع: برفض الطلب وتحميل المدعية الصائر".

إذن يتبين من حيثيات الحكم أن الأمر يتعلق بدعوى تقدمت بها المخطوبة ضد الخاطب الذي عدل فجأة عن الخطبة، تلتبس بمقتضاها الحكم لها بتعويض قدره 10.000 درهم عن الضرر المادي والمعنوي الناتج عن عدوله عن الخطبة، والذي تسبب حسب تصريح المدعية- المخطوبة- في صدمة حادة استلزمت دخولها المستشفى لعدة أيام تحت العناية المركزة، هذا فضلا على أن تصرف المدعى عليه-الخطاب- المفاجئ أدى إلى تشويه سمعتها والتشهير بها وتحطيم معنوياتها.

وقد رفضت المحكمة طلب التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، بعد ما تبين لها أن الخاطب مارس حقه في العدول عن الخطبة، وأن الضرر اللاحق بالمخطوبة وإن لم يكن له مبرر ظاهر فإنه لا يترتب أي تعويض على أساس أنه لا يمثل أفعالا أو أقوالا مستقلة عن ضرر العدول¹.

وقد استندت المحكمة في حكمها هذا على ما نصت عليه المادة السابعة من مدونة الأسرة عندما اعتبرت أن "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

وهذا يعني أن حق العدول عن الخطبة مضمون كأصل، لكن إذا صدر عن أحد الطرفين فعل أو تصرف ألحق ضررا بالطرف الآخر، ثم اختار التراجع عن الخطبة أمكن للمتضرر مطالبته بالتعويض طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية² ومن ذلك أن يحمل الخاطب

¹ - وهو نفس التوجه الذي ذهبت إليه محكمة النقض المصرية عندما قررت صراحة: "أن العدول عن الوعد بالزواج، حتى وإن كان ضارا بأحد الخطيبين، لا يخول بذاته حق التعويض، ولا يمكن القضاء بالتعويض إلا إذا أضيف إلى العدول خطأ تقصيري"، نقض مدني مصري، بتاريخ 16 مارس 1955، أورده مصطفى مصباح شليبيك، الضرر المعنوي والتعويض عنه في المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص: 102.

² - لذا يجب التمييز بين مجرد إنهاء الخطبة بالإرادة المنفردة، وهذه مسألة مشروعة لا تحتاج إلى تبرير لأنها من صميم النظام العام، ثم الأفعال أو الأقوال، التي قد تصاحب ذلك الإنهاء أو تسبقه أو تأتي بعده، والتي متى أحدثت ضررا للطرف الآخر ترتب المسؤولية المدنية الكاملة لمن صدرت عنه، ذ.محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الزواج، مرجع سابق، ص: 146.

مخطوبته على الانقطاع عن الدراسة أو الاستقالة من الوظيفة ثم تفسخ الخطبة، دون سبب، أو تحمل المخطوبة خاطبها على تغيير مهنته، أو إنفاق مصاريف لكراء أو تأثيث محل، ثم تتراجع دون أي سبب عن الخطبة¹.

وبالرجوع إلى وقائع الحكم الأول المتعلق بدعوى التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، هناك مجموعة من الملاحظات والتساؤلات التي يمكن أن تثار في هذا الصدد وهي على الشكل التالي:

صحيح أن الوعد بالزواج يترك الحرية المطلقة للخطيبين لإتمام الزواج أو العدول عنه، إلا أن النكول، وإن كان حقا لكل منهما، فلا يجوز التعسف فيه.

وهكذا فكل من يعدل عن الخطبة بغير سبب مشروع، يكون عدوله غير مشروع، سوف يسبب حتما ضررا للطرف الآخر، الأمر الذي يستوجب تعويضه.

ولهذا أتساءل، ألا يعتبر تراجع الخاطب عن إبرام عقد الزواج في آخر لحظة وتزوجه بابنة خاله في الوقت الذي كانت فيه المخطوبة بصدد إعداد ملف عقد الزواج تهورا وطيشا، ترتب عليه تشويه لسمعة المخطوبة وإضرار بحالتها النفسية والصحية؟ وهل أثبتت المخطوبة فعلا الأضرار اللاحقة بها من جراء هذا العدول من جانب الخاطب؟.

في نظري المتواضع، فالمحكمة كانت على صواب عندما ذهبت إلى اعتبار أن الضرر المادي والمعنوي الذي التمسست المخطوبة التعويض عنه جراء العدول المفاجئ للخاطب عن الخطبة، والذي أدى إلى دخولها المستشفى، وتشويه سمعتها وتحطيم معنوياتها، لا يمثل فعلا سبب ضررا للمدعية، ما عدا العدول عن الخطبة الذي لا يكفي وحده لثبوت الحق في التعويض ما لم يكن مصحوبا بفعل آخر ألحق ضررا بالمدعية من قبيل ما ذكر سالفًا.

¹ - الدليل العملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، الطبعة الثانية، يناير 2006، ص: 19.

وفي هذا الصدد فقد سبق للمحكمة الابتدائية بالرباط أن صرحت بأنه: " يكون مرتكباً لخطأ من شأنه أن يؤدي إلى الحكم بالتعويض، الخاطب الذي يقطع بدون مبرر الوعد بالزواج في اليومين السابقين على حفل الزفاف، خاصة إذا كان هذا الوعد الكاذب قد أدى بالمخطوبة إلى أن تنتقل هي وأسرتها من فرنسا لتستقر بالمغرب¹.

فمن خلال حيثيات هذا الحكم يتبين أن عدول الخاطب الغير مبرر أدى إلى تكبد المخطوبة وأسرتها تكاليف السفر والاستقرار بالمغرب، وهذه التكاليف والمصاريف الباهظة مستقلة عن حق العدول عن الخطبة في حد ذاته، وتستوجب التعويض طبقاً للقواعد العامة. وبالرجوع إلى المادة السابعة، يتبين أن المشرع المغربي حرك قواعد المسؤولية التقصيرية، واعتبر أن كل فعل تسبب في ضرر للآخر، فهو مبرر للمطالبة بالتعويض، ويبدو من الوهلة الأولى أن الطرف المتضرر مطالب فقط بإثبات هذا الفعل الذي سبب له الضرر في حين أن الأمر غير ذلك، فهو مطالب إلى جانب إثباته لهذا الفعل، بأن يثبت وجود الضرر الحاصل له².

وهكذا فالحالة الصحية المتدهورة للمخطوبة والتي استدعت دخولها إلى المستشفى فإنها تحتاج إلى إثبات، ولم تدلي المدعية بما يثبت وجود الضرر الحاصل لها في هذا الصدد. وأعتقد أن المخطوبة لو أدلت بشواهد طبية تثبت دخولها إلى المستشفى، والفعل الضار اللاحق بها من جراء الفسخ التعسفي للخطبة لكان للمحكمة رأي آخر بالحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي اللاحق بالمخطوبة.

وفيما يخص القضاء المقارن، فقد كان القضاء الجزائري كان أكثر جرأة في الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيب المتضرر من فسخ الخطبة³.

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 22 نونبر 1922، أورده بول بلان، الالتزامات والعقود في القانون المغربي، (دون ذكر المطبعة)، طبعة 1988، ص، 76.

² - كفيل محمد، الإثبات في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية، 2006-2007، ص: 59.

³ - ويستند التعويض الذي تحكم به المحاكم الجزائرية حسب أحد الباحثين الجزائريين إما على أساس "المسؤولية التقصيرية التي تنصرف إلى الأفعال الخارجية المستقلة عن العدول التي يقوم بها العادل فتسبب ضرراً للعدول عنه، وإما أن تقرر المسؤولية على أساس التعسف في استعمال الحق، ويبرر تعسف العادل في استعمال حقه في العدول على وجه أضر بالعدول عنه"، عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلاميين، دراسة لنماذج تطبيقية، مذكرة

وفي هذا الصدد جاء في قرار للمحكمة العليا الجزائرية ما يلي: "حيث ثبت من أدلة الملف ومن تصريحات المدعى عليها بجلسة الصلح أن العدول عن الزواج كان بفعلها، وحيث تبين من الملف أن الأنسة اعترفت في المحكمة أنها هي التي رفضت إتمام الزواج، وأن فسخ الخطوبة كان منها وهذا إقرار قضائي حسب المادة 341 من القانون المدني الجزائري¹، لذلك وجب تعويض الطاعن عن الضرر الذي أصابه بسبب العدول عن الخطبة².

وبمقارنة بسيطة بين القرار الأول للمحكمة العليا الجزائرية وحكم المحكمة الابتدائية بالحسيمة، يتبين أن قرار المحكمة العليا الجزائرية اعتمد على إقرار الطرف الذي فسخ الخطبة من أجل الحكم بالتعويض عن ضرر العدول في حين أن حكم المحكمة الابتدائية بالحسيمة رغم أن الخاطب أقر بالخطبة³ وكان أول من بادر إلى فسخها إلا أن المحكمة رفضت الاستجابة لطلب التعويض للضرر المقدم من المخطوبة بحجة عدم وجوب ما يثبت ذلك.

وفي الواقع، فالمحكمة العليا الجزائرية قد جانبت الصواب في هذا القرار لأن أي عدول عن الخطبة لا بد أن يصاحبه ضرر ما، ولو من باب الخدش في شعور الطرف الذي لم يعدل عن الخطبة، إلا أن هذا الضرر في اعتقادي الشخصي لا يمكن التعويض عنه، لأنه يعد من الأضرار المألوفة في هذا المجال وكل طرف يعلم مسبقا بأن الحق في العدول مقرر لكليهما⁴، وهذا يتماشى مع ما تنص عليه المادة 94 من قانون الالتزامات والعقود المغربي عندما نصت على أنه: "لا محل للمسؤولية المدنية إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في

مكملة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة العقيد، أحمد دراية، بأدوار: كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجزائر، السنة الجامعية 2005-2006 ص: 84.

¹- جاء في المادة 341 من القانون المدني الجزائري على أن: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة"، كما تنص المادة 342 من نفس القانون على أن "الإقرار حجة قاطعة على المقر"، الأمر رقم: 58-75 المؤرخ في 26 شتنبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بعدة قوانين أخرها القانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم: 44 لسنة 2005.

²- قرار المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 56079 بتاريخ 25 دجنبر 1989، أورده عبد الهادي بن زبيلة تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة لنماذج تطبيقية، مرجع سابق، ص: 88.

³- وهذا ما يستشف من حيثيات الحكم حيث: "صرح المدعى عليه الخاطب أن المدعية كانت مخطوبته، وأنه قام بكل الاستعدادات لأجراء حفل الزفاف، وأنه سلم لوالدها مبلغ 3000 درهم..."

⁴- henri Mazeaud et léon Mazeaud: « traite théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle, librairie du Recueil Sirey, paris, 3^{ème} Ed, 1969, T1, p:366.

فعله"، كما أن فتح المجال للتعويض سيمس لا محالة بمبدأ حرية الزواج، إلا إذا وجدت أضرار مستقلة عن العدول.

ويبدو أن المشرع الجزائري حسب أحد الباحثين¹ قد أقر بما استقر عليه القضاء الفرنسي² الذي توسع في مفهوم الخطأ الذي تترتب عنه المسؤولية، إذ يكفي أحيانا باعتبار العدول عن الخطبة الغير مبرر سببا كافيا لقيام المسؤولية المدنية³. وبالنسبة للمشرع التونسي، فالعدول عن الخطبة وإن كان حقا مشروعاً، فإنه لا ينبغي التعسف في استعماله، وهذا ما قرره القضاء التونسي صراحة عندما اعتبر بأن: "الوعد بالزواج وإن كان غير ملزم بإتمامه، لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم إساءة استعماله وإساءة استعماله تمكن من حق المطالبة بجبر الضرر على قاعدة الجنحة المدنية⁴". ويرى أحد الباحثين⁵ في هذا الصدد بأنه: "بالإمكان إعفاء المشرع التونسي من التدخل لبيان موقفه بوضوح حول إن كانت الخطبة عقداً أو مجرد واقعة قانونية، إذ لا جدوى عملية ترجى من وراء ذلك، فيكفي المشرع مؤونة أنه منذ بداية الطريق عمد إلى فصل المراكنة عن الزواج... ولنترك المدعي (أي الخاطب أو المخطوبة المتخلى عنه والمتضرر من ذلك) في حرية كاملة لاختيار الأساس القانوني حسب ما يمليه عليه مزاجه". ويستخلص من هذا الرأي أن سكوت المشرع التونسي مسألة إيجابية لفتح الباب أمام المدعي لرفع دعواه وفق تصوره، إلا أنه يجب على القضاء التونسي أن يستفيد من التراكم التاريخي للاجتهاد الفقهي والقضائي في فرنسا ومصر اللذين طبقا قواعد المسؤولية التقصيرية على الخطبة واستبعدا الأساس العقدي.

¹ - عبد الهادي بن زبيطة، مرجع سابق، ص: 87.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 يوليوز 1949، أورده مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992 ص: 247.

³ لقد سبق للقضاء الجزائري أن حكم بالتعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة بتاريخ 3 نونبر 1966، أي قبل صدور القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري في الحكم الصادر عن مجلس قضاء مدينة مستغانم، الذي كان يطبق القانون الفرنسي، وهذا ما يؤكد حسب أحد الباحثين الارتباط الواضح بين القانون المدني والاجتهاد القضائي الفرنسي، وبين ما هو منصوص عليه في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري، عبد الهادي بن زبيطة، مرجع سابق، ص: 87.

⁴ - تعقيب مدني عدد 1556، صادر بتاريخ 3 ماي 1959، أورده محمد منصف بوقرة، مرجع سابق، ص: 19.

⁵ - محمد منصف بوقرة، مرجع سابق، ص: 102.

وفي مصر، استقر القضاء المصري على إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية عند العدول عن الخطبة، وهذا ما قصدته محكمة النقض المصرية في هذا الصدد عندما اعتبرت أنه: "يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية، بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في حد ذاتها، ومستقلة عنه استقلالاً تاماً ومنسوبة لأحد الطرفين، وأن ينتج عنها ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر..."¹.

وهكذا وبعد أن تحدثت في هذا الفصل عن الآثار المادية للعدول عن الخطبة من خلال تناول الهدايا والصداق كأثر من آثار العدول، ومدى إمكانية التعويض عن ضرر النكول عن الخطبة، والأساس القانوني المعتمد عليه في هذا التعويض.

سأتطرق في الفصل الثاني إنشاء الله لحكم الحمل الناتج عن الخطبة، كأثر من آثار العدول عن الخطبة، وموقف الفقه والقانون من هذا الحمل المترتب عن فترة الخطبة، وكذا تعامل المشرع والقضاء المغربي مع هذا المقتضى، من خلال المادة 156 من مدونة الأسرة المغربية.

¹- قرار محكمة النقض المصرية، عدد 438 بتاريخ 28 أبريل 1960، أورده أحمد زوكاغي، في مؤلفه: الزواج والطلاق حسب الصيغة الحالية لمدونة الأحوال الشخصية، دار القلم، الرباط، طبعة 2002، ص: 40.

الفصل الثاني: آثار الحمل الناتج عن الخطبة.

يشكل النسب الشرعي أهم الآثار المترتبة على وجود عقد الزواج، لأنه يتفرع عنه العديد من الحقوق الخاصة بالطفل، مثل حقه في الرعاية والتربية والنفقة والميراث، وباقي الحقوق المادية والمعنوية، فالقاعدة المقررة شرعا أن الفراش الذي مناطه العقد وجودا أو عدما هو أساس النسب الشرعي¹، لثبوت النسب بين الولد وأبيه².

ويقصد بالفراش، الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة من وقت إبرام عقد الزواج، وإمكانية الدخول أو الوطء، فالمرأة فراش بالعقد عليها مع إمكان الوطء والحمل، فكل نسب نتج منهما يعد ابنا شرعيا لهما، وهو يعبر عنه بالولد للفراش³.

وبذلك فبیت الزوجية أساس ثبوت النسب للمولود، ولا يخضع الفراش الصحيح إلا لضابط الأمد المعتبر في ثبوت النسب بحيث إذا ما جاءت الزوجة بولد لستة أشهر أو أكثر من حين بدء الفراش، ثبت نسبه من الزوج من غير حاجة إلى إقرار هذا الأخير، حتى لو قامت قرينة قوية على أنه لغير صاحب الفراش⁴، وهو ما يعني أن الحمل الناتج في فترة الخطبة لا يلحق بالخاطب، إلا إذا ازداد بعد مدة لا تقل عن ستة أشهر من إبرام عقد الزواج بين الطرفين⁵.

¹ - ذ. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، الجزء الثاني، الطلاق والخلع ونفقة الأقارب، عرض القانون رقم 1 لسنة 2000، الناشر منشأة المعارف، طبعة 2001، ص: 205.

² - أستاذنا إدريس الفاخوري، نفي وإثبات النسب بالتحاليل الطبية، مقارنة تشريعية وقضائية وفقهية، مداخلة أقيمت في ندوة حول قواعد الإثبات والتقنيات الحديثة، المنظمة من طرف شعبة القانون الخاص، بكلية الحقوق وهيئة المحامين بمراكش، يومي 8 و9 مارس 2002.

³ - عبد الهادي أبو أصعب، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 417.

⁴ - كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى النسب والإرث، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى 1412هـ/ 2002م، ص: 77.

⁵ - والواقع أنه إذا كانت هذه المسألة المتعلقة بالحمل الناتج عن الخطبة لم تكن موضع جدال في المجتمع الإسلامي قديما، بحكم التقيد بمجموعة من القيود التي تفرض في الخطبة، فإن ضعف الوازع الديني حاليا بالإضافة إلى عوامل متشابكة تربوية وثقافية واقتصادية واجتماعية وسياسية فرضت واقعا جديدا فأدى اختلاط الرجل بالمرأة في شتى الميادين إلى ضروب من العادات الجديدة مست العمق التقليدي للمجتمعات المحافظة فأصبح الشاب يتعرف على الفتاة مباشرة، ويقیمان علاقة شخصية سرعان ما تتطور إذا ما حصل التوافق بينهما إلى تواعد على الزواج ولربما يتطور الأمر إلى الدخول في علاقات جنسية،=

فكثيرا ما يقع اتصال جنسي بين الخطيبين قبل إبرام عقد الزواج وفق شكله القانوني، وهو ما ينتج عنه في أحيان كثيرة ظهور حمل بالمخطوبة، أو ازدياد طفل خارج مؤسسة الزواج أو الفراش الذي يشكل عقد الزواج مناطا له وجودا وعندما حيث تثار إشكالية إلحاق نسب ذلك الحمل أو الولد بوالده الخطيب كأثر من آثار وجود الخطبة الصحيحة والمعتبرة شرعا وقانونا¹ أما إذا ظل الأمر طي السرية والكتمان، وتم تدارك الأمر بتسريع إبرام عقد الزواج حتى يزداد الحمل داخل الأمد القانوني الأدنى الذي حدده المشرع فلا إشكال في هذه الحالة².

لكن الإشكال الحقيقي يثار عندما يزداد هذا الحمل خارج الأمد القانوني الأدنى بعد إبرام عقد الزواج بين الخطيبين، أو في الحالة التي تنتهي فيها الخطبة ب وفاة الخاطب قبل إبرام العقد الشرعي أو عدوله عن الخطبة، ويغض النظر عن اعترافه بان الحمل منه من عدمه، وسواء كان فعله عن حسن نية أو سوء نية الطرفين، يبقى مصير نسب الطفل الناتج عن تلك العلاقة معلقا بالمجهول.

وهذا ما جعل فقهاء الشريعة والقانون قديما وحديثا يدرسون المسألة ويبحثون في جوانبها لاستنباط الحكم الشرعي والقانوني الذي يراعي الجوانب الحقيقية لها ويستحضرها في أبعاد مختلفة (المبحث الأول) وهو ما انعكس على مدونة الأسرة المغربية التي عالجت مسألة الحمل الناتج عن الخطبة من خلال المادة 156 من مدونة الأسرة (المبحث الثاني).

=ينتج عنها حمل أو ازدياد طفل قبل إتمام العقدة الشرعية بإتمام عقد الزواج، حيث يثار إشكال انتساب هذا الحمل الناتج عن الخطبة، لوالده البيولوجي الخاطب، الطبيب العنابي من الخطيبة إلى الخليلية، مجلة القضاء والتشريع، عدد 1، السنة الثانية عشر يناير 1971، ص: 28 ويراجع أيضا:

- عزيز البقالي، مسؤولية الدولة في حماية حقوق الطفل انطلاقا من التعديلات الواردة في مدونة الأسرة، أشغال اليوم الدراسي الذي نظمتها الجمعية الوطنية "الحصن"، تحت عنوان من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة أي جديد؟ بالرباط، مطبعة دار المعرفة، الطبعة الأولى 2005، ص: 33.

¹ - ذ. أحمد الخليلشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، مرجع سابق، ص: 36.

² - يوسف بناصر، مدونة الأسرة، المسار والتطلعات، قراءة تحليلية وتقويمية في مستجدات قانون مدونة الأسرة الجديدة رقم 70/03 دار القلم الرباط، طبعة 2004، ص: 71.

المبحث الأول: موقف الفقه ومدونة الأحوال الشخصية المنع من الحمل الناتج عن الخطبة.

إذا كانت الشريعة الإسلامية أباحت النظر إلى المخطوبة والتعرف عليها¹ فإنها حرمت الاختلاء بها بغير حضور محرم لها، وذلك خشية وقوع المعصية، لكن التطور السريع للحضارات واختلاط الشعوب فرض واقعا جديدا، فاتصال الخطيبين ببعضهما البعض قد أصبح واقعا اليوم، حيث يمكن للخاطب أن يصطحب مخطوبته إلى عدة أماكن عمومية، ويختلي بها دون أن يشعر بحرج في ذلك، وأحيانا تتطور تلك الأمور إلى اتصالات جنسية بينهما فيترتب عن ذلك حمل الفتاة قبل إبرام عقد الزواج.

وفي هذا الصدد يثار إشكال حقيقي يتعلق بمصير ذلك الطفل، وحقه في الانتساب إلى والده وهو الذي جاء إلى الدنيا من غير اختيار منه للإطار الذي ولد في ظله، خاصة وإن حق الطفل في الانتساب إلى والده كفلته له الشريعة الإسلامية، باعتبار هذه الأخيرة متشوفة للحقوق النسب.

فالإسلام يعتبر الطفل الوليد منحة إلهية تضمن له الحق المطلق في الحياة، وذلك بالانتساب إلى والديه الأصليين ولهذا منع الإسلام التبني وحض على كفالة اليتيم ورعايته. وقد طرحت مسألة الحمل الناتج عن الخطبة جدلا فقهيا كبيرا، سواء على مستوى الفقه الإسلامي قديمه وحديثه، أو حتى على مستوى آراء الفقه القانوني المهتم بالإبعاد القانونية والاجتماعية لنسب ابن الخطيبين، باعتبار المسألة تهم مصير الطفل بالأساس وحقه في النسب.

¹ - لقد أباحت الشريعة الإسلامية نظر الخاطب إلى مخطوبته من أجل حصول الموافقة وتحقق الألفة بين الخطيبين، وفي هذا الصدد روى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل، قال جابر: فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها، حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها، فتزوجتها"، صحيح مسلم، شرح النووي، الجزء التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت، حديث رقم 3183، ص: 210 ، ويراجع أيضا: د. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار الفكر، بيروت، المجلد الثالث، الجزء الخامس، (د. ت. ط)، ص: 94. -أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري لشرح صحيح البخاري، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت لبنان، الجزء التاسع، ص: 49.

وهكذا سأستعرض في البداية موقف الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه من نسب الحمل الناتج عن الخطبة وكذا رأي الفقه القانوني المهتم بهذه المسألة الإنسانية والاجتماعية (المطلب الأول) على أن أتحدث بعد ذلك عن موقف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وكذا موقف القانون المقارن من نسب الحمل الناتج عن الخطبة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: لحوق الحمل الناتج عن الخطبة بين الاتجاه المؤيد والاتجاه المعارض

أثار موضوع نسب الحمل الناتج عن الخطبة نقاشا فقهيا وقانونيا متشعبا، سواء على مستوى الفقه الإسلامي أو على مستوى الفقه القانوني، ولكل أسسه ومنطلقاته التي يستند عليها للقول بإمكانية لحوق الحمل الناتج عن الخطبة بوالده الخاطب من عدمه.

وقد انقسمت آراء الفقه الإسلامي، ومواقف الفقه القانوني المهتم في هذا الصدد إلى اتجاهين: اتجاه يؤيد لحوق النسب الناتج عن الخطبة بالخاطب (الفقرة الأولى)، واتجاه آخر يعارض لحوق الحمل الناتج عن الخطبة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آراء الفقه المؤيد.

لقد تعامل الفقه الإسلامي مع إشكالية نسب الحمل الناتج عن الخطبة بشكل خاص، والنسب الناتج خارج مؤسسة الزواج بشكل عام، بواقعية كبيرة ومعالجة شمولية تناولت جذور المشكل من أساسه، وذلك انطلاقا من روح الشريعة الإسلامية التي تصلح لكل زمان ومكان، ودون الخروج عن مبادئها أو معارضة أسسها الشرعية، خاصة وان المسألة تدخل في إطار الاجتهاد الفقهي بامتياز، لأنه لم يرد فيها نص صريح وقطعي من كتاب أو سنة، وحتى إجماع الأمة لم ينعقد على حكم محدد في هذه المسألة.

وفي هذا الصدد ذهب اتجاه في الفقه الإسلامي القديم إلى إلحاق الولد غير الشرعي بأبيه الذي خلق من مائه شريطة أن تكون أمه غير متزوجة، أما إذا كانت متزوجة وتنازع في أبوته مع صاحب الفراش، فيلحق بالآخر لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"

أما إذا لم يكن هناك فراش يعارضه، ففي هذه الحالة يجيب ابن القيم¹ بأن هذه المسألة جليلة اختلف أهل العلم فيها، فكان إسحاق بن راهويه يذهب إلى أن المولود من الزنا إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه وادعاه الزاني ألحق به، وأول قول النبي صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش"، على أنه حكم بذلك عند تنازع الزاني وصاحب الفراش.

وفي هذا الإطار فقد روي عن الحسن البصري أن: "الزاني يجلد ويلزمه الولد، وهذا هو مذهب عروة بن الزبير وسليمان بن يسار حيث قال: "أيما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له وأنه زنى بأمه ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه"²، ودليلهم على ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يلحق أبناء الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، ويخلص ابن القيم بأن هذا المذهب أكثر قوة ووضوحا، فإذا كان الولد يلحق بأمه وينتسب إليها ويجري بينهما التوارث ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به، فإن القياس الصحيح يقتضي أن ينسب للأب، فالولد وجد من ماء الزانين وقد اشتركا فيه واتفقا على أنه ابنهما فما الذي يمنع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره، بل أن أحد الفقه³ يذهب إلى القول بوجوب استلحاق الرجل ولده من الزنا إذا كان يعلم بأنه ولده وإذا كان قد زنا بامرأة غير متزوجة في طهر لم يلامسها فيه أحد وبقيت محبوسة عن الرجال حتى ظهر حملها.

هذا وقد استند أصحاب هذا الاتجاه على حديث ابن عباس في المتلاعنين، والذي جاء فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما رأى تلك المرأة قبل إتمامها اليمين الخامسة قال: "أبصروها، فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإليتين، خذلج الساقين فهو لشريك بن سمحاء"

¹ - أبو عبد الله أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، دار الكتب العربي، القاهرة، 1967، ص: 115.

² - وفي هذا الصدد سنل ابن تيمية رحمه الله عن رجل له جارية وله ولد، فزنى بالجارية وهي تزني مع غيره، فجاءت بولد ونسبته إلى ولده فاستلحقه في حياته، ورضي السيد، فهل يرث إذا مات مستلحقه أم لا؟ فأجاب رحمه الله "إذا كان الولد استلحقه في حياته، وقال هذا ابني ألحقه بنسبه وكان من أولاده، إذا لم يكن له أب يعرف غيره، وكذلك إن علم أن الجارية = كانت ملكا للابن فإن "الولد للفراش وللعاشر الحجر" أحمد ابن تيمية، مجموعة فتاوي شيخ الإسلام، أحمد بن تيمية جمع وترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مرجع سابق، ص: 374.

³ - محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار المعرفة بيروت، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، ص: 467.

فجاءت به كذلك، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لو لا ما مضى من كتاب الله، لكان لي ولها شأن"¹.

كما استدلوا بحديث الولد للفراش، وأمره صلى الله عليه وسلم لسودة بنت زمعة بالاحتجاب عن الابن الذي حكم بنسبته لوالدها لكونه ولد على فراشه، لعل الشبه البين بين الطفل وبين عتبة بن أبي وقاص، وذلك دليل على أنه لم يلحقه بزمعة، لأنه لو كان ألحقه به لكان أخا لسودة، والأخ لا يؤمر بالاحتجاب منه² وهو ما يعني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعله أخاها في الميراث دون الحرمة³.

وفيما يخص الفقه الإسلامي الحديث وانطلاقا من قاعدة تشوف المشرع الإسلامي للحقوق الأنساب، وعلى إثر تغير أحوال الناس والظروف الموضوعية والشخصية التي تحيط بالخطبة، والتي أدت إلى استفحال المشكل الاجتماعي والقانوني للأطفال المترتبين عن فترة الخطبة، فقد أفتى العلامة محمد جواد الصقلي الحسيني بإمكانية إلحاق الولد المزداد في فترة الخطبة بوالده الخاطب.

وقد ورد في الفتوى أنه: "إذا تم الإيجاب والقبول من كل من الخاطب والمخطوبة ولم ينكر الخاطب النسب عنه باللعان، فإن النسب يلحق بالخطب، وعلة هاته الفتوى ترجع إلى أن رضائية العقد تحققت بالإيجاب والقبول خاصة عند تعدد الخلوات بين الخطيبين كما هو شائع في الوقت الحالي، ولأن الجانب الشكلي في العقد وهو الإشهاد يؤخر بعد الخطوبة أحيانا إلى حين إعداد بيت الزوجية"⁴.

¹ - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مراجعة وضبط وفهرسة الشيخ محمد علي القطب والشيخ هشام البخاري، المكتبة العصرية ببيروت، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة 1420هـ/2000م، حديث رقم 4747، ص: 1483.

² - أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 42.

³ - أحمد بن تيمية، مجموع فتاوي شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم بمساعدة ابنه محمد المجلد الثاني والثلاثون، مكتبة المعارف الرباط، ص: 137.

⁴ - صقلي الحسيني، حقوق الطفل في القانون المغربي، القسم الرابع، حقوق الطفل في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 160.

وهكذا فالفتوى ارتقت بالخطبة المتوفرة على الإيجاب والقبول إلى مستوى الزواج غير الموثق، متى ثبتت الخلوة بين الخطيبين شريطة اشتها تلك العلاقة بين أقاربهما وجيرانهما وأن يقر الخاطب ولو ضمنا بأن الحمل منه، وذلك بعدم نفي نسب ذلك الحمل عنه، عن طريق دعوى اللعان المعمول بها شرعا في نفي النسب في الفقه الإسلامي، بل وجعلت من الخلوة المتكررة بين الخطيبين قرينة على تحقق العقد الرضائي المتوفر على الإيجاب والقبول خاصة وأن الشكلية في عقد الزواج غير مطلوبة شرعا، وبالتالي فإن الزواج غير الموثق ينتج كافة آثاره ومن بينها ثبوت النسب بين الطفل وأبيه.

وفي نفس السياق يقول الأستاذ الغازي الحسيني¹ بأنه "إذا ظهر حمل بالمخطوبة قبل الإشهاد بالعقد أو وضعته لدون ستة أشهر من تاريخ الإشهاد به، فإن الاجتهاد الفقهي متجه إلى إلحاق الحمل أو الولد بالخطيب وإذا تم الإيجاب والقبول منهما وثبتت الخلوة بينهما وفشى ذلك عند الأقارب والجيران ولم ينف الخطيب الحمل على نفسه باللعان، والعلة في ذلك هي أن العقد الرضائي قد تحقق بين الخطيبين وخصوصا عندما تتوالى الخلوات بينهما في السفر والحضر، وتطول العشرة، فكل ذلك دليل على أنهما زوجان في الواقع وأنهما يتعاشران معاشرة الأزواج ويؤخران الإشهاد بالعقد إلى أن يهيئ بيت الزوجية... ولأجل تحقيق العقد الرضائي بين الطرفين كان الحمل الظاهر بالمرأة هو للفراش إذا أمكن عادة وشرعا أن يكون من صاحبه حفظا لنسب الحمل وصيانة لاعتبار أمه"².

¹ - أحمد الغازي الحسيني، الولد للفراش، مجلة القضاء والقانون، عدد 130، ص: 45.
² - وفي نفس الإطار يرى الأستاذ الغازي الحسيني أنه: "بمقتضيات هذا الاجتهاد تصان كرامة كثير من النساء في الواقع، وتحفظ أنساب كثير من الأولاد الذين يوجدون في هذه الوضعية المنتشرة اليوم ويقضى على نوايا كثير من المحتالين الذين يريدون إنهاء العقد الرضائي بإرادتهم المنفردة مع التخلص من تبعية الحمل في النسب والجنسية والنفقة وسائر تكاليف الأب لفائدة ولده بحجة عدم وجود العقد الشكلي، فتأخير الإشهاد بعقد الزواج إذن لا يمنع من إلحاق الحمل بالزوج حسب العقد الرضائي القائم بينه وبين أم الولد.

ويؤيد ذلك أن مدار النسب الشرعي يقوم على الإمكان وأن الشرع متشوف للحقوق النسب للولد، وأنه يكتفي فيه بمجرد وجود الشبهة بدليل أنه لو كان الزواج فاسدا باتفاق الفقهاء لوجود المانع الشرعي م نه، وحملت منه الزوجة فالحمل لاحق بنسب الزوج إذا كان حسن القصد أي لم يكن عالما بالمانع الشرعي منه، كما لو تزوج امرأة وهما يعتقدان السلامة من جميع الموانع الشرعية للزواج، وحملت منه ثم تبين أنها بنت أخته من الرضاع مثلا، فهذا الزواج باطل بقوة الشرع، ولا عقوبة على الزوج لوجود الشبهة التي تدفعها، وهي حسن النية عند الزواج، وحيث لا عقوبة عليه فالحمل لاحق بنسبه عملا بالقاعدة التي تنص على أنه: "مهما درئ الحد عن الوطء لحق به الولد الناتج عن وطنه" ونضمها ابن عاصم بقوله: وحيث درئ الحد يلحق النسب *** في كل ما من النكاح قد فسد.

إن مثل هذه الفتاوى في نظري إنما صدرت لمواجهة ظواهر اجتماعية مركبة، تتداخل فيها عوامل اقتصادية وأخرى ثقافية وهي بذلك تتصدى للآثار التي قد تنجم عنها على اعتبار أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان وفي ذلك صيانة لكرامة المرأة وشرفها، وحفظاً لنسب الأبناء من ضياع يتهدد مستقبلهم، وتضع حداً لكل تلاعب بالخطبة حتى لا تتخذ مطية لتحقيق أغراض دنيئة يدفع ثمنها أطفال ليس لهم ذنب في ما اقترفه الخطيبين، كما أنها تستمد أصولها من كون النسب يدور على الإمكان فضلاً عن مبدأ ثابت في الفقه الإسلامي، يجعل من المشرع متشوقاً للحقوق النسب، حيث يكفي في ذلك بمجرد الشبهة¹.

فالفتوى في حقيقة الأمر جاءت لتحريك الاجتهاد الفقهي في مسألة ظل الإجماع حولها مزعوماً، في حين أن الواقع يؤكد مراراً أن النقاش كان ولا يزال مطروحا حولها ولم يحسم بعد وتجاذبته نظريتان بسبب عدم وجود نص قطعي من كتاب الله وسنة نبيه الكريم، وهي في جوهرها لا تخالف الأسس الشرعية المقررة في ضبط قواعد وأحكام النسب شرعاً، من ذلك قوله تعالى في كتابه العزيز: "وهو الذي خلق من الماء بهراً فجعله نسباً وصمراً وكان ربك قديراً"² وقوله جل جلاله: "ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله"³ وفي السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولم يدخلها جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين"⁴.

¹ - ويضيف الأستاذ عبد المجيد غميجة، بأن "علة هذه الفتوى ترجع إلى أن رضائية العقد تحققت بالإيجاب والقبول خاصة عند تعدد الخلوات بين الخطيبين كما هو شائع في الوقت الحالي لان الجانب الشكلي في العقد وهو الإشهاد يؤخر بعد الخطوبة أحياناً إلى حين إعداد بيت الزوجية، كما أن علة هذه الفتوى تنبني على كون عقد الزواج يتحقق بالشهرة"، عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكادال، الرباط، السنة الجامعية 1999-2000، ص: 475 و 476.

² - سورة الفرقان الآية 54.

³ - سورة الأحزاب الآية 5.

⁴ - رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وصححه، ابن حبان عن أبي هريرة رضي الله عنهم، محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنهاجي، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، صححه وعلق عليه وخرج أحاديثه فواز أحمد زمزلي وإبراهيم محمد الجمل، دار الكتاب العربي بيروت، الجزء الثالث، الطبعة السادسة 1412هـ/1991 م، ص: 403.

والقول بخلاف ما ذهب إليه الفتوى من إمكانية إلحاق الولد الناشئ عن علاقة الخطبة بوالده الخاطب، لن يدفع ثمنه إلا ذلك الطفل البريء الذي لم تكن له إرادة فيما حصل، والقاعدة المقررة في النص القرآني انه لا يعاقب الشخص على أخطاء غيره، ولا يتحمل إلا نتائج عمله، مصداقا لقوله تعالى في محكم كتابه: "ولا تزر وازرة وزر أخرى"¹.

كما أنه كيف يعقل أن يتحمل المجتمع أو الدولة عبء تربية هذا الطفل والإنفاق عليه، والحال أن إلحاقه بوالده من شأنه أن يجنب الطفل، ومن ورائه أمه والمجتمع، كل الآثار السلبية السيئة والقاسية اجتماعيا وأخلاقيا وتربويا وعاطفيا، إضافة إلى أنه بمجرد ظهور الحمل بالمخطوبة فإن حق الغير المتمثل في نسب الطفل الناتج عن تلك العلاقة يكون قد تقرر، وبالتالي يجب حماية هذا الحق وعدم الإضرار به بدون سند شرعي طبقا لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"².

وقد سابر بعض فقهاء القانون المغربي فتوى المرحوم الصقلي الحسني القائلة بإمكانية إلحاق الولد المزداد في فترة الخطوبة على أساس تحقق العقد الرضائي بين الخطيبين بحصول الإيجاب والقبول بينهما، واختلاهما المتكرر ببعضهما، وإفشاء ذلك عند الأقارب منهما، وعدم نفي الخاطب الحمل بالوسائل الشرعية المقررة في ذلك.

وفي هذا السياق، فقد ذهب الأستاذ أحمد الخليلي، وهو بصدد التعليق على قرار للمجلس الأعلى³ قضى بعدم الاعتراف بالحمل الناتج عن الخطوبة، إلى انتقاد ما ذهب إليه المجلس الأعلى في هذا القرار، علما أن هذا الرأي يعالج مسألة ضيقة من نسب الحمل الناتج عن الخطبة، وهي الحالة التي ينتج عنها الحمل أثناء فترة الخطبة، ويتم إبرام عقد الزواج فعلا

¹ - سورة النجم الآية 38.

² - مغنية رشيد، حق الطفل في النسب، دراسة فقهية تشريعية قضائية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة والطفولة، كلية الحقوق بفاس، السنة الجامعية 2002-2003، ص: 242.

³ - قرار المجلس الأعلى عدد 446 بتاريخ 1983/03/30 أورده ذ. أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، مرجع سابق، ص: 36.

أمام العدلين وبالتالي إمكانية ازدياد هذا الحمل بعد مدة تقل عن أقل مدة الحمل القانوني المحدد في ستة أشهر من تاريخ العقد، حيث يقول بلحوق نسب هذا الطفل بالخاطب الذي سارع إلى توثيق عقد الزواج على أساس توافر العقد الرضائي بين الخطيبين بالزواج، وذلك بناء على وجود الإيجاب والقبول قبل الاتصال الجنسي الذي كان من ثمرته هذا الحمل.

وهذا ما قصده الأستاذ أحمد الخمليشي¹ صراحة عندما قال: "... ولعل أقرب حل مقبول هو انه في حالة الحمل وإبرام عقد الزواج فعلا أمام عدلين يلحق الولد بالزوج وان تم وضعه في أقل من ستة أشهر من إشهاد العدلين لأن توثيق العقد واعتراف الأب يؤكدان وجود الإيجاب والقبول قبل الاتصال الناتج عن الحمل، ولا ينبغي لضابط الحالة المدنية أو النيابة العامة أو أقارب الأب أن يثيروا ما إذا كان الحمل قد نشأ بعد العقد أو قبله².

وقد اعتمد الأستاذ أحمد الخمليشي للتأسيس لهذا الرأي على سنيين يتمثل الأول فيما ذهب إليه الاجتهاد الفقهي من قبول إقرار الأب بالنسب دون تكليفه بإثبات علاقة الزواج الذي ينتج عنه الولد المقرر به، ويتمثل السند الثاني في أن إثبات الزواج، فعلا يؤكد حسن نية الطرفين بوجود الإيجاب والقبول من الخطيبين عند نشوء الحمل، وإن تأخر إنجاز العقد وفق شكله القانوني، وهو إشهاد العدلين³.

إذن يتبين بجلاء أن وجود العقد الرضائي هو الأساس الذي استند عليه القائلون بلحوق نسب الحمل بالخاطب، سواء كان هذا الحمل قد ظهر بالمخطوبة قبل الإشهاد على عقد الزواج

¹ - ذ. أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية ، نفس المرجع ، ص: 35.

² - ويرى الأستاذ أحمد الخمليشي أن: "الاتصال بين الخطيبين يرتبط مداه بالوعي لدى الطرفين وبالأخص الفتاة وانه عندما يصل الاتصال إلى العلاقة الجنسية في مرحلة الخطبة لا يتم الزواج في الغالب لأن الخاطب يكون قد قضى إربه فخير له أن يتزوج عذراء لم يطأها إنسان قبله من أن يسجن نفسه مع الذي مكنته من كل شيء قبل أن تربطه بها علاقة قانونية... أما إذا ظهر الحمل على المخطوبة فمن المستبعد جدا مواصلة مشوار مشروع الزواج..." ذ. أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 36.

³ - ذ. إبراهيم بحماتي، نسب الأبناء في الزواج الفاسد، العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، طبع ونشر وتوزيع مكتبة دار السلام، ديور الجامع، الرباط، طبعة 2008، ص: 27.

أو وضعت هذه الأخيرة حملها لدون ستة أشهر من تاريخ العقد، على اعتبار أن الاجتهاد الفقهي يتجه نحو القول بذلك شريطة أن يتم الإيجاب والقبول، وتثبت الخلوة بينهما، ما لم ينف الخاطب الحمل عنه باللعان وهو الرأي الذي أيده أحد الأساتذة¹ الذي اعتبر أن عقد الزواج من العقود الرضائية، والذي يبدو حاصلًا من مجرد شهرته أمام الأقارب والجيران، وما للإشهاد سوى إجراء إداري وأمر لاحق يؤخر إلى حين².

وهكذا فإن كانت الآراء والمواقف السابقة قد أجمعت على ضرورة توافر العقد الرضائي للقول بلحوق نسب الحمل بالخاطب من قبيل تراضي الطرفين على الخطبة وإفشاء ذلك لدى الأهل والأقارب، بأنه وسيلة كإقامة حفل الخطبة أو اشتهاها على الأقل مما يجعل هذا العقد لم تكتمل شروط صحته لعدم إشهاد العدلين المسلمين المكلفين بتوثيقه³، فإن الخطبة غير المشتهرة، أو مجرد الوعد بالزواج سواء كان حقيقيا أو كاذبا يطرح إشكالا واقعيًا، خاصة وأن الشرع والقانون لا يستلزم شكليات معينة، أو يتطلب اشتهاها بل أن الفقه المالكي يندب أن تكون الخطبة سرية⁴، وهو ما يفيد أن كثيرا من الحالات ستكون خارج هذا السياق رغم كون الخطبة موجودة وصحيحة شرعا وقانونا.

¹ - ويرى الأستاذ أجوييد أنه: " ليس من المعقول حرمان نسب المولود وتضييع المخطوبة في هذه الحالة إذا ما اعتبرنا عقد النكاح غير حاصل، وهو أمر لا تقره الشريعة الإسلامية، ذلك أن هذه الأخيرة تحمي أولا أنساب الأولاد والحمل من الضياع وتقي أيضا شرف المرأة من التدليس من طرف عديمي الضمائر، لهذا كان هذا الرأي محقا فيما ذهب إليه من اعتبار عقد الزواج حاصلًا". فمن الأمور التي تقع اليوم هو كثرة اختلاء الخاطب بمخطوبته بل ويتعامل معها كما يتعامل الزوج مع زوجته حتى إذا ما حملت بدا له أن يتخلص منها بالعدول عن الخطبة، ثم نفي المولود عنه، أحمد أجوييد، التلقيح الاصطناعي ي وإثبات النسب، مجلة الميادين، العدد الثالث 1409هـ/ 1988م، ص: 175 و176.

² - ويستند الأستاذ أجوييد لتبرير قوله بحصول عقد النكاح حكما في هذه الحالة على ما يلي:
-أولا: حماية حق الولد بحفظ نسبه إلى والده الخاطب.
- ثانيا: "حماية أعراض كثير من المخطوبات من التدليس في حالة عدم انتساب ابنها لوالده الخاطب"، أحمد أجوييد، نفس المرجع، ص: 176.

³ - وهذا ما عبر عنه الأستاذ خالد بنيس صراحة عند ما ذهب إلى أنه "إذا ثبتت الخلوة بين الخطيبين اللذين اشتملت خطبتهما على كل أركان العقد دون الإشهاد بعدلين موثقين وظهر حمل ولم ينف الخاطب الحمل باللعان، فإن الفقهاء المسلمين يلحقون الحمل أو الولد بالخطيب لأن الخطيبين في هذه الحالة زوجان وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وكل ما هناك أنه يجب عليهما أن يثبتا زواجهما بالبينّة الشرعية بواسطة اللّيف". ذ.خالد بنيس، مدونة الأحوال الشخصية، الولادة ونتائجها، دراسة قضائية مع قضاء الحالة المدنية، مرجع سابق، ص: 23.

⁴ - عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر بيروت، الجزء الثالث، طبعة 1989، ص: 163.

ولمعالجة هذه الوضعية يذهب احد الأساتذة إلى التوسع في الرأي السابق ليشمل حالة المرأة التي تحمل نتيجة لوعد كاذب بالزواج، يستغله الواعد لاستدراج الموعودة إلى وطره، وأولى إن كان صادقا في وعده ثم بدا له أن ينكل عند ظهور الحمل بالمخطوبة، ويرى هذا الرأي أنه بذلك يمكن انقاد أنساب عشرات من المواليد الذين يخرجون إلى الوجود في مثل هذه الحالات وتضيع أنسابهم بغير حق، بل إنه يذهب إلى حد اعتبار نية الزواج شبهة كافية لوجوب إلحاق الطفل بوالده لأنها في نظره علة كاملة لقياس تلك الحالات جميعها على الزواج الفاسد¹ غير أن هذا الرأي وهو بصدد الحديث عن ضرورة التمييز بين الحالات المقصودة بالقياس وحالات المخاذنة والمخاللة التي لا يصح أن يترتب عنها أي أثر شرعي لأنها محض زنى، يضع مجموعة من القيود والشروط والتي لا تختلف كثيرا عما اشترطه الفقهاء المسلمون، وهي كالتالي:

أ-إشتهار الخطبة بين الخطيبين بشكل يمكن إثباته بالشهود والقرائن.

ب-كون ظهور الحمل أو وضعه متناسبا ومنضبطا مع تاريخ العلاقة والزمن المقرر لأمد الحمل.

ج-ألا يكون في سيرة المرأة ما يشكك في براءتها وسوء سلوكها احتياطا من أن تنسب للرجل حملا ليس منه.

د-إعمال القرائن في تحديد طبيعة العلاقة ونوعها لمعرفة ما إذا كانت سليمة تنطوي على نية الزواج أم مجرد واقعة من وقائع الانحراف².

¹ - وعلى نفس المنوال يقول الأستاذ أحمد باكو وهو بصدد التعليق على قرار للمجلس الأعلى يتعلق بالإشهاد على الزواج بمقتضى الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية بأنه: "... من الشائع والمألوف والمقبول عرفا أن يقيم الرجل والمرأة تعارفا يتطور كثيرا من الأحيان ليتجاوز التعارف العادي إلى شيء آخر يكون انحرافا صريحا وقد يكون منطويا على نية الزواج في صورة تواعد عليه فيكون خطبة وقريبا منها أو في صورة اتفاق وتراضي عليه فيكون بذلك زواج، تنقصه بقية الأركان والشروط حتى إذا حملت المرأة هجرها الرجل إما لأنه لم يكن صادقا، وإما لأنه ظهر له أن ينكل عن الخطبة، مستغلا انعدام الإشهاد للزواج ليخرج الحمل إلى الوجود بدون نسب يقيه من السقوط في خانة اللقطاء والحال انه يجب إلحاقه بوالده لوجود الشبهة الكافية لذلك، وهي نية الزواج التي تعتبر علة كافية لقياس هذه الحالات على الزواج الفاسد في لحوق النسب".- أحمد باكو الإشهاد على الزواج على مقتضى الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية مرجع سابق، ص: 57 وما بعدها.

² - أحمد باكو، الإشهاد على الزواج على مقتضى الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 58.

إلا أنه وبإعمال هذه الشروط فلا يمكن التوسع في النظرية الفقهية لتشمل المرأة التي تحمل نتيجة لوعد صادق أو كاذب بالزواج، والذي لم يشتهر بين الناس كما دافع عنه وتبناه هذا الرأي في بداية الأمر، وهذا ما يؤكد صعوبة الإحاطة بالموضوع من جميع جوانبه سواء الشرعية منها أو القانونية أو حتى الواقعية.

وعلى صعيد الفقه المقارن المعاصر فقد ذهب احد الباحثين¹ إلى أن التوسع في مفهوم الفراش يستجيب لمقاصد الشريعة الإسلامية التي تعتبر حفظ الولد وحماية نسبه من أولوياتها، وهو ما جعل بعض فقهاء الإسلام يقولون بإلحاق النسب المتأني من اتصال جنسي بشبهة الزواج، ويدخلون في هذا الإطار الولادة من حمل وقع بعد ركون الخطيبين لبعضهما، ومرد ذلك عند هذا الرأي هو أن الخطبة وإن لم تكن عقدا مرتبا لآثارها القانونية فهي شبيهة بالعقد من ناحية ما يقوم في الذهن من الشرعية المؤدية إلى الاتصال².

إذن يتبين بوضوح أن المواقف التي عبر عنها الفقه الإسلامي قديمه وحديثه، وكذا فتوى الفقه المعاصر هذا فضلا عن آراء فقهاء القانون المهتم، قد أجمعت كلها على إلحاق نسب الحمل الناتج في فترة الخطبة بالخاطب، إذا ما توافرت شروط محددة، انطلاقا من القول بتحقيق العقد الرضائي بين الطرفين. حرصا منها على حماية نسب الكثير من الأطفال المولودين من هذه العلاقة وتماشيا مع تشوف الشريعة الإسلامية للحقوق الأنساب، وبالتالي فأصحاب هذا الاتجاه يحاولون إنزال الخطبة منزلة الزواج أو على الأقل إضفاء بعض آثار عقد الزواج عليها، والحال أنه لا الفقه الإسلامي ولا التشريع المقارن العربي وعلى رأسه المشرع المغربي يعتبرونها أكثر من مجرد وعد بالزواج أو تواعد عليه، وليس بزواج.

¹ - محمد الصالح العياري، مذكرات وبحوث قانونية، المطبعة العربية، تونس الطبعة الأولى 1987، ص: 146.
² - وفي سبيل حماية حق الطفل في حقوق نسبه بوالديه، فقد ذهب رأي فقهي إلى حد القول بالتحايل على القانون وذلك عن طريق إبرام عقد زواج يعود تاريخه إلى ستة أشهر على الأقل قبل ميلاد الطفل بواسطة شهادة عدلية أو لفيفية باستمرار الزوجية، خصوصا وإن مثل هذا الحل حسب هذا الرأي لا يتعارض مع مقتضيات الحديث الشريف الذي يقول: "أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر" آمال جلال، بعض الجوانب القانونية لرعاية الطفل بالمغرب، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 5، سنة 1989، ص: 18 و19.

وهذا ما جعل جانبا آخر من الفقه الإسلامي، وكذا الفقه القانوني المهتم يتحفظ على ذلك الأساس الذي اعتمده هذا الاتجاه الفقهي الذي أوردته أخيرا، والذي يقول بإلحاق الحمل الناتج عن الخطبة بالخاطب.

الفقرة الثانية: آراء الفقه المعارض.

وهكذا إذا كان الاتجاه الأول قد فتح الباب أمام إلحاق الولد غير الشرعي بأبيه وفق ضوابط مشتركة أجمع عليها أصحاب هذا الاتجاه كما أسلفت سابقا، فإن اتجاها آخر في الفقه الإسلامي رفض بشدة إلحاق الولد بوالده واعتبر الولد غير الشرعي يقطع نسبه، وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³ والظاهرية⁴.

ويقول ابن رشد في هذا الصدد بأنه قد: "اتفق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية على ما روي عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة، وشذ قوم فقالوا يلحق ولد الزنا في الإسلام، أعني الذي كان عن زنا في الإسلام⁵.

هذا وقد استدلل جمهور الفقهاء على رأيهم بما ورد في نفي ولد الملاعنة⁶ حيث أخرج الإمام مالك رضوان الله عليه عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عليهم أجمعين أن النبي

¹ - أحمد بن محمد الجاوي، بلغة المالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، مرجع سابق، ص 259.

² - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 1994، ص: 159.

³ - ابن قدامة، المغني، مطبعة دار النشر بيروت، الجزء الخامس، الطبعة الأولى 1984، ص: 328..

⁴ - ابن حزم المحلي، مطبعة دار الفكر، بدون تاريخ الطبع، ص: 393.

⁵ - محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص: 358.

⁶ - ومن الأحاديث في هذا السياق فعن سهل بن سعد أن رجلا أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "أريت رجلا رأى مع امرأته رجلا، أيقنله فتقتلونه، أم كيف يفعل؟ فانزل الله فيهما ما ذكر في القرآن من التلاعن فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قد قضى فيك وفي امرأتك: فتلاعنا وأنا شاهد عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، ففارقهما، فكانت سنة أن يفرق بين المتلاعنين، وكانت حاملا فأنكر حملها، وكان ابنها يدعى إليها، ثم جرت السنة في الميراث: أن يرثها وترث منه، فأقرض الله لها"، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الجزء الثالث، مرجع سابق، حديث رقم 4746، ص: 1482 و1483.

صلى الله عليه وسلم لا عن بين رجل وامرأته وانتفى من ولده ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة¹، كما قالوا بأن ولد الزنا أسوء حالا من ولد اللعان، وبالتالي ينفون نسبه عن الزاني.

كما يستدلون في قطع نسب الولد المترتب عن علاقة آثمة شرعا بما ورد من الحكم بالولد للفراش² فعن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت، كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص فقال: ابن أخي عهد إلي فيه فقام عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوفا إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال سعد: "يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد إلي فيه، فقام إليه عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هو لك يا عبد بن زمعة "الولد للفراش وللعاهر الحجر"³ ثم قال لسودة بنت زمعة: "احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص فما رآها حتى لقي الله عز وجل⁴.

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتبار النسب تكريما للأب وحقا من حقوقه المشروعة والحقوق تكتسب باتباع أحكام الشرع وليس بمخالفة أوامره وإتيان نواهيه، بل إن ابن حزم الظاهري يرى أن البنوة غير الشرعية لا يترتب عنها شيء بين الطفل وأبيه الطبيعي، ولا يتوارثان، ولا تترتب لهما حقوق أو واجبات لصالح أحدهما في ذمة الآخر، لا في بر ولا في نفقة ولا في تحريم ولا في غير ذلك لأنه أجنبي عنه⁵، وهذا يعني أنه يجوز للرجل أن يتزوج

¹ - محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنهاجي، سبل السلام في شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 401.

² - المراد بالفراش الصحيح، الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة، عند ابتداء حملها بالولد على أساس عقد زواج مستجمع لأركانها وشروطه قائم مقام الاتصال بين الرجل والمرأة ينشأ عنه الولد لان الاتصال أمر خفي لا ترتبط به الأحكام لرفع الحرج عن العباد، حيث أقيم مقامه عقد الزواج الصحيح، أو ما تفرع عنه من حالات تجعله من جهة الشرع سببا لحفظ النسب و ستر الفاحشة" ذ. عبد السلام الرفعي، الولد للفراش في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي، مطبعة إفريقي الشرق، طبعة 2006، ص: 49.

³ - ومعنى الولد للفراش وللعاهر الحجر كما جاء في مقدمة ابن رشد أنه: "إذا جاء رجل يدع بنوة ابن ولدته أمه المتزوجة من غيره يرجم ولا يعتبر قوله ذاك ويكون نسب هذا الولد لزوج أمه الذي حملته حال قيام الرابطة الزوجية بينهما في بداية حمله"، الأمين الشايب، البنوة الشرعية في القانون المقارن، مجلة القضاء والتشريع التونسية، عدد 10 أبريل 1967، ص: 5.

⁴ - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، الجزء الثاني عشر، مرجع سابق، حديث رقم 6749، ص: 36.

⁵ - أبو محمد علي بن أحمد ابن حزم، المحلى، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص: 302.

ابنته أو ابنة أخيه غير الشرعيان لأنهم أجنبيات عنه¹ ولأن الله تعالى امتن على عباده بالنسب والصهر فلا يثبت بالزنى نسب².

وهو القول الذي عارضه فقهاء من داخل هذا الاتجاه نفسه، والذي يرى انه رغم انتفاء النسب بين هذا الطفل وأبيه الطبيعي، فإن آثار معينة تترتب على البنوة غير الشرعية ومنها حرمة الزواج بين الطفل الناتج عن علاقة غير شرعية وأبيه الطبيعي ومحارمه³ علما أنه إذا ثبت هذا الأثر بالزنا، فلما لا يثبت له أثر النسب مراعاة لعدم ضياع الأبرياء الذين لا ذنب لهم بضياع نسبهم إضافة إلى أن تنسب الولد لأبيه أفضل من أن يترك بدون نسب لأب⁴.

كان هذا بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي، أما بالنسبة لبعض آراء الفقه القانوني المهم، فقد اتجه بعضهم إلى رفض لحوق النسب بالخاطب مما يدل على أن هذا الموضوع لم يكن محل إجماع لدى فقهاء القانون.

وهكذا فقد ذهب الأستاذ محمد الكشور⁵، وهو بصدد التعليق على فتوى العلامة المرحوم محمد جواد الصقلي الحسيني بهذا الخصوص إلى التعبير عن تحفظه على الأساس الذي اعتمده صاحب الفتوى للقول بلحوق النسب بالخطيب، وهو أساس وجود العقد الرضائي بين الخطيبين، حيث يرى هذا الرأي أن هذا الموقف وإن كان يبدو منسجما في عمومته مع مبدأ تشوف المشرع للحقوق الأنساب، فإنه يبقى محل نظر من الوجهة الشرعية، كما أنه لا يدخل في الاعتبار باقي شروط الزواج الأخرى من ولاية وصداق وإشهاد، فهو بذلك يخرق قاعدة الولد للفراش، وينزل الخطبة منزلة الزواج والقاعدة شرعا وقانونا أنها وعد بالزواج وليست بزواج.

¹ - إذا زنى الرجل بامرأة وحملت منه سفاحا، وجاءت ببنت وفقا لهذا الرأي فإن هذه البنت لا تحرم على الزاني ولا على أصوله أو فروعه لأن ماء الزنا لا حرمة له، ولكن يكره له نكاحها عند الحنابلة والمعتمد عند المالكية الحرمة، عكس الشافعية الذين لا يرون الحرمة لأن المتخلقة من ماء الزنا لا حرمة لها بدليل أنه لا توارث بينهما ولا يجوز له الخلوة بها وليس له إجبارها على النكاح، مثل بنت الزنا ابن الزنا في الأحكام مع أقارب والده من الزنا عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذهب الأربعة، مرجع سابق، ص: 66 و67.

² - أحمد الدبري الغنيمي الشافعي، غاية المقصود لمن يتعاطى العقود على مذهب الأئمة الأربعة، تحقيق محمود محمد محمود حسن نصار، دار الجيل بيروت، الطبعة الأولى 1410هـ/1989م، ص: 22.

³ - أبو عبد الله بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ص: 115.

⁴ - سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص: 360.

⁵ - ذ. محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 41.

ويستند رأي الأستاذ محمد الكشبور على حكم صادر عن العلامة محمد بن الحسن العمارتي الذي اعتبر فيه بأنه "إذا أقر كل من الرجل والمرأة بمعاشرتهما لبعضهما مدة دون عقد نكاح صحيح ولو كانا قد اتفقا على الزواج برضا والد المرأة، فيعتبر هذا منهما إقراراً بالزنا"¹.

يتبين إذن أن هذا الرأي يعتمد على حكم للعلامة محمد ابن الحسن العمارتي الذي اعتبر الاتصال بين الخطيبين زنا محض رغم وجود نية الزواج ورضا والد المرأة، هذا إضافة إلى أن الخطبة المشتهرة بين الطرفين لا تتوفر على باقي شروط الزواج الأخرى من صداق وإشهاد.

كما يذهب أحدهم² إلى أنه إذا ثبتت الخلوة بين الخطيبين اللذين اشتملت خطبتهما على كل أركان العقد باستثناء الإشهاد بالزواج لدى عدلين موثقين، وظهر حمل بالمخطوبة، دون أن ينفي الخاطب الحمل عنه باللعان، فإن هذا الحمل أو الولد يلحق بنسب الخاطب لأن الخطيبين في هذه الحالة زوجان وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية³، وكل ما هناك أنه يجب عليهما أن يثبتا زواجهما بالبينة الشرعية بواسطة شهادة لقيفية، بل ويعتبر هذا الرأي أن حمل المرأة أو ولادتها للطفل مع توافر سائر الأركان والشروط المتطلبة في عقد الزواج، باستثناء إشهاد العدلين الموثقين حالة عادية تفرضها ظروف التغيرات الاجتماعية والثقافية والاقتصادية التي تواجه

¹ - الحسن بن الحاج العمارتي، مجموعة الأحكام الشرعية، مراجعة وتعليق وتقديم عبد العالي العبودي، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى 1991، ص: 128.

² - خالد بنيس، مدونة الأحوال الشخصية، الولادة ونتائجها، دراسة قضائية مع قضاء الحالة المدنية، مرجع سابق، ص: 23.

³ - وهذا ما قرره فقهاء النوازل في الأقضية التي عرضت عليهم بخصوص الولد الناتج عن علاقة خارج مؤسسة الزواج حيث تم رد أمر الخطبة إلى العرف والعادة التي اعتادها الناس، وتعارفوا عليها، فإذا كانت عادة أهل بلد الخطيبين تنصرف إلى أن الإيجاب والقبول الصادر من الخطيبين وتراضيهما يقوم مقام العقد الشرعي فإن الخطبة في هذه الحالة تقوم مقام عقد الزواج وتنتج نفس الآثار التي لهذا الأخير، ومنها ثبوت النسب، ذلك أن الأركان المطلوبة في الزواج وهي الإيجاب والقبول تعتبر قائمة وحاصلة في الواقع لكون الدلالة الفعلية أقوى من الدلالة القولية.

ويراجع أيضا:

- الشيخ عيسى بن علي العلمي، النوازل الصغرى، تحقيق المجلس العلمي بفاس، مطبعة فضالة المحمدية، الجزء الأول، طبعة 1993، ص: 51، ويراجع أيضا:

-أستاذنا أحمد خرطة، المسألة الشهية الامليسية في الأنكحة المنعقدة على عادة البلد الغريسية، لابن سالم إبراهيم بن عبد الرحمان الجيلالي، مرجع سابق، ص: 40.

الزوجان كانتظار تجهيز بيت الزوجية أو انتظار استقرار أحوالهما الوظيفية والمهنية، أو غيرها من الأمور.

يتبين إذن أن هذا الاتجاه يحصر إمكانية لحوق النسب بالخاطب في حالة واحدة لا غير وهي التي تتوفر فيها سائر الأركان والشروط المتطلبة في عقد الزواج باستثناء الإشهاد به لدى عدلين موثقين وإلا سيعتبر الولد في حكم مقطوع النسب والحال أنه يخرج الخطبة التي هي مجرد وعد بالزواج والتي لم تتوفر على سائر أركان وشروط عقد الزواج من إمكانية لحوق النسب ويتحدث بالمقابل عن الزواج غير الموثق وليس عن الخطبة.

والواقع أنه من الصعب الاكتفاء بالتسليم بالرأي السائد في الفقه حول قطع نسب الطفل المولود من علاقة سفاح، بل إن مقولة "ولد الزنا قطع الشرع نسبه"، توحى بتحميل الولد نفسه قسما من المسؤولية، وأن ذلك القطع كان جراء كونه من علاقة غير شرعية، والحال أن الشريعة الإسلامية قد حرمت الزنا على الزانيين، وحددت عقوبتهما ولكنها لم تؤخذ الولد بشيء مما جناه أبواه¹.

وهكذا فالشريعة الإسلامية حسب أستاذنا الحسين بلحساني² لم تقطع نسب ابن الزنا وإنما هو حكم قرره الفقهاء نزولا عند مقتضى الحال، فقد كان قصدهم حماية الأنساب من الاختلاط وضمان وجود النسب للطفل غير الشرعي في نفس الوقت، مادام التعرف على الأب لم يكن ميسرا ولا متاحا، فقد تقرر أن ينسب الولد للطرف الذي ولده فعليا وهو الأم. ولهذه الأسباب أعتقد أن فتوى العلامة محمد جواد الصقلي تبقى في محلها، لأن مثل هذه الفتوى إنما صدرت لمواجهة ظواهر مريبة تتداخل فيها عوامل اقتصادية وأخرى اجتماعية

¹ - أحمد الغازي الحسني، الولد للفراش، مرجع سابق، ص: 45.

² - أستاذنا الحسين بلحساني، قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة، مقال منشور بجريدة العلم عدد 19845 بتاريخ 22 شتنبر 2004، ص: 15.

وهي بذلك تتصدى للآثار التي قد تنجم عنها، وذلك صيانة لكرامة المرأة وشرفها حفظا لنسب الأبناء من ضياع يهدد مستقبلهم.

كما أنها تحمي المجتمع من ظاهرة العلاقات المشبوهة، وتضع حلا لكل متلاعب بالخطبة حتى لا تتخذ مطية لتحقيق أغراض دنيئة يدفع ثمنها أطفال ليس لهم أدنى ذنب. هذا و تستمد الفتوى أصولها من كون النسب يدور على الإمكان، فضلا عن مبدأ ثابت في الفقه الإسلامي يجعل من المشرع منشوقا للحقوق الأنساب، حيث يكتفي في ذلك بمجرد وجود الشبهة¹.

ونافلة القول أن هذه الفتوى إنما حاولت الحفاظ على المصلحة الفضلى للطفل والتمثلة في صون نسبه من الضياع وحقه في حمل اسم والده² مما يجعلني أتساءل عن موقف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وكذا القانون المقارن من نسب الحمل الناتج عن فترة الخطبة؟.

المطلب الثاني: موقف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والقانون المقارن من الحمل الناتج عن الخطبة.

لقد عرفت نسبة الولادات الناتجة عن الوعد بالزواج أو التواعد عليه ارتفاعا كبيرا، حيث مثلت بالنسبة لجهة الدار البيضاء وحدها نسبة 74% من مجموع الولادة الناشئة خارج إطار الزواج³، مما يعني أن الوعد والتواعد بالزواج -الخطبة- أصبحت ترتب آثار كبيرة في الوقت الحالي.

¹ - أستاذنا محمد شهب، جرائم العرض بين المفهوم الديني والمفهوم الاجتماعي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد السابع، لسنة 2003، ص: 56 و 57.

² - محمد كريم بورباب، حقوق الطفل، دراسة مقارنة في ضوء الشريعة الإسلامية ومدونة الأسرة والقانون الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2005/2006، ص: 85 و 86.

³ - إحصاء المديرية الجهوية، لقطاع التوقعات الاقتصادية والتخطيط في ماي 2002 بمدينة الدار البيضاء بشراكة مع صندوق الأمم المتحدة للسكان وصندوق الأمم المتحدة للطفولة و كذا صندوق الأمم المتحدة للمرأة وبعض جمعيات المجتمع المدني، مقال لسهام فوزي تحت عنوان 5040 أم عازبة في الدار البيضاء، جريدة الصباح عدد 939 بتاريخ 17 ابريل 2003، ص:9.

وهكذا فإذا كان الفقه الإسلامي قد شهد خلافا كبيرا بين مختلف مذاهبه حول نسب الابن المزداد خارج مؤسسة الزواج بل إن الاختلاف كان يطرح حتى على مستوى المذهب الواحد، فإن فقهاء القانون بدورهم اختلفوا حول هذه المسألة، حيث ذهب جانب منهم إلى الأخذ بالفتوى القائلة بثبوت نسب الابن المزداد خلال مرحلة الخطبة إذا توافرت شروط معينة بينما نجد جانب آخر لم يعترف بهذه الفتوى ولعل هذا الخلاف بين الفقه قديمه وحديثه كان له الأثر البالغ في موقف المشرع المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية، وكذا التشريعات العربية المقارنة (الفقرة الأولى) وهو ما انعكس على العمل القضائي في مختلف المحاكم المغربية، وكذا توجه الاجتهادات القضائية المقارنة في هذا الصدد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحمل الناتج عن الخطبة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والتخريج المقارن.

لم تتطرق مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لمسألة الحمل الناتج عن الخطبة، ولم تفرد لها أي نص خاص وهو الأمر الذي أحدث فراغا تشريعيا كبيرا انعكس على الوضعية القانونية والاجتماعية للأطفال نتاج علاقة الخطبة، ومن ثم فإن هذه المسألة كانت تخضع للقواعد القانونية العامة المنظمة للنسب خاصة تلك النصوص المحددة لأسباب لحوق النسب وكذا تلك المنظمة للأمد القانوني للحمل، مرتكزة في ذلك على نص الفصل 89 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والذي نص على أنه "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو بينة السماع بأنه ابنه ولد على فراشه من زوجته".

هذا بالإضافة إلى الفصل 84 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الذي يحدد أدنى أمد الحمل في ستة أشهر من تاريخ إبرام عقد الزواج¹.

¹ - ينص الفصل 84 من مدونة الأحوال الشخصية على أن: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة مع مراعاة ما ورد في الفصل 76 فيما يخص الرتبة".

وتجد هذه النصوص أساسها فيما استقر عليه غالبية الفقه الإسلامي، وخاصة الفقه المالكي سواء بالنسبة لوسائل إثبات النسب، أو ما يتعلق بتحقيق أمد الحمل للقول بلحوق النسب¹.

وبالقراءة المتأنية لنصوص مدونة الأحوال الشخصية السالفة الذكر يتبين أنها لا تسعف في إثبات النسب الناتج عن الخطبة، لأن هذه الأخيرة ليست سببا من أسباب لحوق النسب والمحددة حصرا في القانون المغربي، ولعل السبب في ذلك راجع بالأساس إلى أن المشرع المغربي عند تنظيمه لأحكام النسب في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تأثر كثيرا بتنظيم الفقه الإسلامي للموضوع، والذي كان يقسم البنوة إلى شرعية وغير شرعية وأخذ بهذا التقسيم كمسئمة فقهية غير قابلة للتحليل أو المناقشة².

ولهذا، كان الفصل 83 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة يجعل الأب في مكان الصدارة على مستوى الشرعية، ولا يتحدث عن الأم إلا عند ما يتعلق الأمر بالبنوة غير الشرعية³.

حيث يقرر هذا الفصل أن البنوة الشرعية هي رابطة تبعية بين الابن وأبيه من خلال النتائج التي تترتب عليها، وهي الدين والنسب والميراث وموانع الزواج وكذا الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما في حين أن البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب، فلا يترتب عليها أي أثر قانوني، أما بالنسبة للأم فهي كالشرعية لأنه ولدها⁴.

¹ - ذ. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، مرجع سابق، ص: 282.

² - عبد الحكيم أهوشي، وضعية البنوة غير الشرعية في القانون المغربي -دراسة سوسيو قانونية- رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2005/2006، ص: 407.

³ - وهذا ما يستشف من خلال الفقرة الأولى والثانية من الفصل 83 من مدونة الأحوال الشخصية التي اعتبرت أن: "البنوة الشرعية هي التي يتبع الولد فيها أباه في الدين والنسب ويبني عليها الميراث وينتج عنها موانع الزواج ويترتب عليها حقوق وواجبات أبوية وبنوية، البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب فلا يترتب عليها شيء من ذلك إطلاقا وهي بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها".

⁴ - كنزة لمراني العلوي، الأسرة المغربية جوانب ومتغيرات، دار التجديد للنشر والتوزيع، الرباط (دون ذكر التاريخ والطبعة)، ص: 56.

وهكذا يتبين بجلاء أن مدونة الأحوال الشخصية في هذا الفصل تلغي كل أثر قانوني لهذا الأب، وكأنه لم يرتكب إثما بسفاحه بل تجازيه على زناه بتنصله من كل مسؤولية قانونية على وجه الإطلاق ولا يتطرق لبنوة الأم إلا عندما يتعلق الأمر بالبنوة غير الشرعية بدعوى أنه ولدها، وهو تبرير لا يستقيم مع الواقع، وواقع الحال أنه ليس ولدها البيولوجي وحدها¹.

فحسب النصوص السالفة الذكر فإن الخطبة لا يثبت بها النسب وليست سببا من أسباب لحوق النسب، فإذا ازداد الطفل أثناء فترة الخطبة فإنه لا يلحق بالخاطب، ولو لم يحصل أي نزاع في نسبه، بل وحتى في الحالة التي يبرم فيها الخطيبين عقد الزواج في حال ظهور الحمل بالمخطوبة، فإن مصير هذا الطفل سيبقى معلقا بازدياده داخل الأمد القانوني الأدنى المحدد في ستة أشهر من تاريخ إبرام عقد الزواج، ولن يلحق بنسب أبيه بغض النظر عن اعتراف هذا الأخير بأنه تنسل منه من عدمه وهو تحديد لا يستند إلى أي سند شرعي قاطع، وإنما هو تكريس لمواقف فقهية بشكل آلي دون البحث في مدى توافقها مع الحقائق العلمية من عدمه².

وفي ظل هذا الواقع الذي يجعل عددا كبيرا من الأطفال المزدادين في هذه الوضعية المنتشرة اليوم لا يستفيدون من إمكانية نسبتهم إلى آبائهم³، تعددت الدعوات المطالبة بتعديل تشريعي يمكن من خلاله إلحاق نسب الحمل الناتج في فترة الخطبة بالخاطب، بشروط محددة، ومن ذلك مقترح العلامة محمد جواد الصقلي الحسيني بتعديل الفصل 87 من مدونة الأحوال

¹ - ويضيف الأستاذ محمد جوهر قائلا: "...هذا في وقت سوى فيه القرآن الكريم بين عقاب الزاني والزانية، حيث جاء في الآية 2 من سورة النور قوله تعالى: "الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة، ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين"، هذا من حيث المسؤولية الجنائية، أما من حيث النسب فقد جاءت الآيات عامة وكلها تصب في اتجاه إسناد النسب للأب مهما كان الحال، فقد جاء في الآية 54 من سورة الفرقان قوله عز وجل: "وهو الذي خلق من الماء بشرا، فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا"، وجاء في الآية 5 من سورة الأحزاب قوله سبحانه: "ادعوهم لأبائهم هو أفسط عند الله، فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين ومواليكم"، محمد جوهر، إثبات ونفي النسب بين الطب و العجب، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 50 سنة 2004، ص: 151.

² - الحسين بلحساني، قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة، مرجع سابق، ص: 93.

³ - ومن نتائج انتشار الولادات غير الشرعية أو خارج إطار مؤسسة الزواج -الخطبة- بروز ظاهرة التخلي عن الأطفال، حيث قدرت إحصائيات وزارة التخطيط والتوقعات الاقتصادية بالمغرب عدد الأطفال المتخلى عنهم بنحو 400 ألف طفل ويعزى ارتفاع نسبة هؤلاء الأطفال حسب الوزارة إلى بروز ما أصبح يسمى بالأمهات العازبات بالمغرب"، رشيد بلال، محمد الشاوي، خديجة الفتواكي، الطفولة المغربية.. حلم بلا أفق، جريدة الانتفاضة، عدد 58 بتاريخ 6 فبراير 2007، ص: 10.

الشخصية الملغاة والذي كان ينص على أن: "الخالية من الزوج إذا وطئت بشبهة وجاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ".

حيث اقترح إضافة فصل آخر يلي الفصل السابق ينص على ما يلي:

-الفصل 87 مكرر: "إذا ظهر حمل بالخطيبة قبل الإشهاد بالعقد أو وضعت الحمل بعد

الإشهاد لأقل من ستة أشهر فالحكم للحق بالخطيب بشروط أربعة وهي: إذا أمكن اتصال

الخطيب بالخطيبة وتوافرت الخطبة على الإيجاب والقبول وفشا ذلك بينهما، ولم ينف ذلك

الحمل أو الولد بلعان وإلا فلا لحق"¹.

والجدير بالذكر أن مشروع تعديل مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1981، تبني هذه

النظرية حيث نصت المادة 191 من المشروع على أنه: "إذا ثبت أن الخطيب يخلو بالخطيبة،

خلوة كاملة وقبل الإشهاد، وظهر بها حمل فيلحق الحمل بالخطيب، ما لم يثبت ما ينافي ذلك".

ومن خلال ملاحظة هذا المقتضى، يتبين انه تساهل إلى حد كبير فيما يخص الشروط

المطلوبة لإلحاق نسب الحمل الناتج عن الخطبة بوالده الخطيب بالمقارنة مع القيود التي

تضمنها مقترح الفصل 87 مكرر، والذي اشترط مجموعة من الشروط حيث اكتفى هذا

المقتضى باشتراط ثبوت اختلاء الخاطب بالمخطوبة خلوة كاملة، وألا يثبت ما يمكن أن يحول

دون ثبوت النسب، كأن تظهر التحاليل الطبية استحالة أن ينجب الخاطب أو عدم إمكانية اتصاله

بالمخطوبة لعاهة من العاهات كالعنة أو الخصاء، أو غيرها من العيوب المعتبرة شرعا.

وبالإضافة إلى هذه المقترحات صدرت عدة دعوات كانت كلها تصب في اتجاه إقرار

نص تشريعي² يقول بإمكانية لحق الحمل الناشئ في فترة الخطبة بالخاطب وفق شروط

وضوابط معينة.

¹ - أورد هذا المقترح أحمد الغازي الحسيني، الولد للفراش، مرجع سابق، ص: 47.

² - وفي هذا الصدد فقد سبق للمرصد الوطني أن قدم مذكرة إلى اللجنة الملكية الاستشارية المكلفة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، تضمنت مجموعة مطالب لتعديل نصوص مدونة الأحوال الشخصية، أبرزها تعديل الفصل 85 من مدونة الأحوال الشخصية بما يلي: "الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال، وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير

كما أن المغرب، ورغم مصادقته على العديد من الاتفاقيات الدولية التي تهتم بالطفل¹ وخاصة الاتفاقية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل لسنة 1989²، فإنه لم يترجم نصوصها على مستوى المقتضيات المضمنة في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة³.

وهكذا فالاتفاقية السالفة الذكر تنص في الفقرة الثانية من المادة الثالثة على أنه: "تضمن الدول الأطراف للطفل الحقوق المضمنة بهذه الاتفاقية، وتتخذ تحقيقاً لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة، كما أن الدستور المغربي لسنة 1996⁴ بدوره أكد في ديباجته على أن: "المغرب يحترم حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها كونياً، وأنه يلتزم بتطبيق الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها".

وفي مجال النسب، يتبين أن هذه الاتفاقية نصت في المادة السابعة على أنه: "يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما"⁵.

لاحق، يثبت نسب الحمل الناتج عن اتصال ثم بعد الاتفاق العلني على الزواج، قبل انجاز العقد بشكلياته القانونية"، مذكرة المرصد الوطني لحقوق الطفل المقدمة من اللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، مجلة للطفل حقوق عدد 5 و6، ص: 41.

¹ - محمد العمارتي، حماية حقوق الإنسان في أوروبا، قراءة في مصادر ومضمون ميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد السادس، 2002، ص: 16 ويراجع أيضاً: =

= قرارات المجلس الأعلى في صون حقوق الإنسان وتنميتها، الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية، أشغال الندوة العلمية، مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان أيام 19، 20، و21 أكتوبر 2001، بالرباط، ص: 288.

² - تعتبر هذه الاتفاقية بياناً كاملاً وشاملاً صدر بشأن حقوق الطفل، وقد اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بالإجماع بموجب القرار 25/44 بتاريخ 20 نونبر 1989، وتم التوقيع عليها في 26 يناير 1990، ودخلت حيز التنفيذ في شتبر 1990 عبد الرحمان مصلح، الطفل والقانون بالمغرب والوضعية بالنسبة لاتفاقية حقوق الطفل، الطفل أمام العدالة، العصبة المغربية لحماية الطفولة، المركز الوطني للبحث حول الأم والطفل، الأيام الدراسية يومي 18 و19 مارس 1994، ص: 27.

³ - إدريس لكربتي، حقوق الطفل بين القانون والممارسة، تقرير حول ندوة وطنية نظمها كلية الحقوق بجامعة القاضي عياض، بمراكش أيام 15 و16 فبراير 2008، تحت عنوان "حقوق الطفل بين الواقع والتشريع.

أخذاً عن الموقع الإلكتروني: www.achewar.org بتاريخ 2 أبريل 2009، ويراجع أيضاً: www.idisslagrima-maktooblog.com بتاريخ 4 مارس 2009.

⁴ - ظهير شريف رقم 1-96-157 صادر في 17 أكتوبر 1996، منشور في الجريدة الرسمية عدد 4420 بتاريخ 10 أكتوبر 1996، ص: 2218.

⁵ - أستاذنا الحسين بلحساني، أثر اللبس المرجعي على وضعية المرأة في النظام القانوني المغربي، سلسلة الندوات عدد 1، النساء ودولة الحق والقانون، كرسي اليونسكو، المرأة وحقوقها، أعمال ندوة دولية نظمت أيام 19 و20 أبريل 2002، بكلية القانون الحقوق السوسية، الرباط، ص: 45.

فهذه المادة تحت الدول على كفالة حق الطفل في العيش وسط أبويه معروفين يقومان بتربيته باعتباره أهم حق من حقوق الإنسان، وهو يندرج في إطار المصلحة الفضلى للطفل¹. وعلى مستوى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان²، فقد نص هذا الأخير في الفقرة الثانية من المادة 26 منه على أن: "للأمومة والطفولة حق رعاية ومساعدة خاصيتين، ولجميع الأطفال حق التمتع بذات الحماية الاجتماعية، سواء ولدوا في إطار الزواج أو خارج هذا الإطار". كل هذه المقترحات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل والتي صادق عليها المغرب³، لم يكن لها أدنى صدى في سياق التعديلات التي أدخلها المشرع المغربي على مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لسنة 1993، وبقي الولد المزداد نتيجة علاقة خطبة محروما من نسبه إلى والده الخاطب، وليبقى الجدل الفقهي قائما بهذا الخصوص.

وهكذا فإذا كانت مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة لم تأخذ بالنظرية الفقهية القائلة بجواز إلحاق الولد المزداد أثناء فترة الخطبة بوالده الخاطب، فإن جل التشريعات المقارنة بدورها لم تولي للموضوع الأهمية التي تستحقه ولم تتحدث عنه بشكل مباشر وصريح.

حيث جاء في المادة السادسة من قانون الأسرة الجزائري بأن: "اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

¹ - للمزيد من التفاصيل تراجع المواقع الإلكترونية: www.pvac.net بتاريخ 15 مارس 2009، www.anabaa.org بتاريخ 20 مارس 2009.

² - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، صكوك دولية، عدد 1 فبراير 2003، ص: 15.

³ - للمزيد من التفاصيل حول هذه المقترحات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل، تراجع المواقع الإلكترونية التالية:

www.bayanea_lyaoume.ma بتاريخ 2 أبريل 2009.

www.arabia_inform.com بتاريخ 25 مارس 2009.

www.amnesty.arabic.org بتاريخ 23 مارس 2009.

ومن خلال ملاحظة هذه المادة يتبين أن المشرع الجزائري يعتبر الخطبة بمثابة زواج إذا اقترنت الفاتحة بمجلس العقد وتوفر الرضا وباقي شروط الزواج الأخرى، وهي الولي والشهود والصداق.

وبالرجوع إلى النصوص المنظمة للنسب في قانون الأسرة الجزائري، يتبين أن النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بك ل زواج تم فسخه بعد الدخول¹.

وفي هذا الصدد فقد أضافت المادة 41 من نفس القانون بأن "الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينف بالطرق المشروعة".

ومن خلال قراءة شاملة للمواد السالفة الذكر يتضح أن المشرع الجزائري لم يجعل من الخطبة سببا من أسباب لحوق النسب، وبالتالي فإنه سار على نهج المشرع المغربي في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة ليظل الفراغ التشريعي سيد الموقف في هذا المجال.

ولم يكن المشرع التونسي أيضا بمنأى عما ذهب إليه المشرع المغربي والجزائري في هذا الصدد فمجلة الأحوال الشخصية التونسية لم تعرف الخطبة صراحة، واعتبرتها من مقدمات الزواج فحسب حيث جاء في الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية أن: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به".

ويضيف الفصل الثاني من نفس المجلة بأنه: "يسترد الخاطب الهدايا التي قدمها إلى خطيبته إلا إذا كان العدول من قبله أو وجد شرط خاص" مما يدل على أن الخطبة في القانون التونسي لا تعدو كونها وعدا بزواج أو المواعدة به، أي أن هناك مرحلتين زمنيتين في الخطبة، أولها تضيي على الخطبة صفة الوعد من جانب واحد، وذلك عندما يتقدم الرجل لطلب المرأة بينما تجعل المرحلة الثانية من الخطبة تواعدا بالزواج، وذلك في حالة موافقة المرأة².

¹ - المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري.

² - محمد المنصف بوقرة، خواطر حول الطبيعة القانونية للخطبة، مرجع سابق، ص: 84

إذن يتبين أن التعريف الذي أعطاه المشرع التونسي للخطبة غير واضح، ولا يتضمن أي آثار لهذا الوعد أو المواعدة باستثناء ما يتعلق برد الهدايا، وهذا يعني أن المشرع التونسي مثل نظيره المشرع المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والمشرع الجزائري، لم يتطرق إلى مسألة النسب الناتج عن الخطبة، ليبقى المبدأ السائد أن النسب يثبت بالفراش الذي يعني الزواج وليس الوعد أو المواعدة به¹.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي وفي إطار مقارنته لموضوع النسب، فإنه يعترف بعدة أنواع من النسب، حيث يفرق بين النسب الشرعي المبني على الزواج، والنسب الطبيعي بدون زواج، والنسب الناتج عن الزنا، ونسب زنا المحارم، وأخيرا النسب الناتج عن التبني.

وهكذا فالنسب الناتج عن الزنا أصبح يمثل مكانة هامة في قانون الأسرة الفرنسي، هذا القانون الذي أصبح مرتبطا أكثر من غيره بمبادئ الحرية والمساواة حيث لم يعد ينظر لابن الزنا في المجتمع الفرنسي نظرة احتقار ومهانة، بل أصبح يوجد على قدم المساواة مع الطفل الشرعي في الحقوق والالتزامات بما في ذلك الحق في الإرث².

وقد كان السبب الرئيسي لإقرار المشرع الفرنسي للمساواة بين الابن الطبيعي والابن الشرعي هو المحاكمة التي تعرضت لها الدولة الفرنسية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بمقتضى القرار الشهير (Marzurek) والذي جاء فيه أنه: "ليس هناك أي رابط ومبرر منطقي لحرمان الطفل الطبيعي من حقوقه بدعوى حماية الأسرة التقليدية خاصة وأنه يتعارض مع الفصل الثامن من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذا المادة الثانية من اتفاقية حقوق الطفل"³.

وعلى ضوء هذا القرار صدر قانون 2001-12-3 سمح للأطفال الطبيعيين برفع دعوى المطالبة بتأسيس نسبهم تجاه آبائهم عن طريق إضفاء الشرعية عليهم في حالة استحالة زواج

¹ - الطيب العنابي، من الخطيبة إلى الخلية، مرجع سابق، ص: 28.

² - ذ. محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، ص: 108 وما بعدها ويراجع أيضا:

- Gérard cornu, droit civil, la famille, 8^{ème} édition monchrostien, D.D.E , Paris, 2003, p : 366.

³ -Majorie Bouvier, l'égalité des filiations, Gazette de Palais, recueil bimestrielle, septembre, octobre 2002, n°5, p : 1390.

والديهم، بسبب مانع من موانع الزواج طبقا لما ينص عليه الفصل 333 من القانون المدني فأصبح بذلك لابن الزنا الحق في النسب وباقي الحقوق على قدم المساواة مع الابن الشرعي بعد أن كان محروما منها لأمد طويل¹.

إذن يتضح جليا أنه، لا مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة ، ولا حتى باقي التشريعات العربية المقارنة، أوردت نصا صريحا يخول بمقتضاه إمكانية إلحاق نسب الحمل الناتج أثناء فترة الخطبة بوالده الخاطب، ليبقى الدور معولا على القضاء في هذا الصدد لذا نتساءل عن تعامل الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن مع إشكالية الحمل الناتج أثناء فترة الخطبة.

الفقرة الثانية: مصير الحمل الناتج عن الخطبة في العمل القضائي المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والقضاء المقارن.

لقد سبقت الإشارة إلى أنه لا يوجد نص صريح يعترف بالنسب الناتج عن فترة الخطبة بوالده الخاطب، لا في ظل مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة، ولا حتى بالنسبة لباقي التشريعات العربية المقارنة لذا نتساءل: هل حاول الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن أن يؤسس لنسب حمل المخطوبة في ظل هذه الوضعية؟.

إن الاجتهاد القضائي المغربي لم يستقر على منوال واحد بخصوص إمكانية القول بثبوت نسب الحمل في فترة الخطبة أو لحوقه بوالده الخاطب، سواء تعلق الأمر بخاطب تنصل عن الخطبة بعد أن ظهر الحمل بالمخطوبة التي كان قد وعدها بالزواج، وتقدم لخطبتها فعلا، واشتهرت الخطبة لدى أسرتهما من معارف وجيران، أو ظل الأمر في حدود مواعدها ودون التقدم إلى أهلها لطلب يدها قصد الزواج، وسواء أبرم عقد الزواج بعد ولادة ذلك الطفل، أو لم يتم إبرامه بين الخطيبين بسبب عدول أحدهما عن الخطبة أو بسبب الوفاة أو غيرها من

¹- Marie Pierre Boudin-Maurin, l'établissement de la filiation naturelle, notaire d'un enfant à l'égard d'une personne hors de reconnaître, Revue de recherche juridique, N° 04, 2001, p : 1313.

الأسباب التي تحول دون بلوغ الخطبة لغايتها المنشودة ابتداء وهي إبرام العقد الشرعي وفق شكله القانوني¹.

فالإشكال يطرح بحدّة حتى في الحالة التي يتم فيها إبرام عقد الزواج قبل ولادة الطفل بمدة تقل عن الأمد القانوني للحقوق النسب والنسب والمحدد في أجل ستة أشهر من تاريخ إبرام عقد الزواج، حيث لا يلحق الطفل المزداد قبل هذه الفترة بنسب والده ولو اعترف أنه منه، بل إن الأمر يستوي حتى إن كان ذلك نتيجة ماطلة من الخاطب الذي تسبب في حمل مخطوبته وعند مطالبته بإبرام عقد الزواج ظل يتلصّب في الوفاء بوعدده، حتى إذا ما بقي على الولادة مدة لا تزيد على الأشهر الخمس أبرم العقد ليطلب بعد الولادة بفسخ الزواج لكون المرأة التي عقد عليها كانت حاملاً أثناء العقد، فيتخلص من المخطوبة والمولود معا بنص القانون، وهو ما يؤدي بالمرأة وطفلها إلى الضياع ومواجهة المستقبل المجهول، فيما يكافئ الخاطب بتجريدته من كل تبعية ومسؤولية قانونية تجاه الطفل وأمه².

وبالإطلاع على بعض الاجتهادات القضائية الصادرة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة يتضح أن بعض محاكم الموضوع حاولت الاعتراف بنسب الحمل الناتج عن الخطبة لوالده الخاطب سيرا على منوال الفتوى القائلة بلحوق النسب في هذه الحالة على اعتبار أن فترة الخطوبة قد تطول لعدة عوامل قبل انجاز الرسم العدلي المتعلق بالزواج، وحرصا منها على حماية نسب الطفل ومصلحته الفضلى، وذلك عندما كيفت العلاقة الجنسية بين الخاطب والمخطوبة بأنها علاقة شرعية لا يمكن اعتبارها جريمة فساد والمنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصل 490 من القانون الجنائي حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار

¹ - ذ. عبد السلام الرفعي، الولد للفراش في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي، مرجع سابق، ص: 27.

² - ذ. أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، مرجع سابق، ص: 36

البيضاء بأن: "العلاقة الجنسية بين الخاطب والمخطوبة لا تكون جريمة الفساد المنصوص عليها في الفصل 490 من القانون الجنائي..."¹.

وهو نفس التوجه الذي سارت عليه نفس المحكمة عندما قررت أنه: "إذا تبين للمحكمة الجنحية أن العلاقة القائمة بين الرجل والمرأة قد تمت بينهما على نية الزواج وعلى أساسه وبواسطة ولي المرأة، وحضر كافة أقاربها وأصدقاء الرجل، وعلى مرأى ومسمع من العموم، فإن تهمة الفساد المنسوبة إليهما، تنتفي انتفاء كلياً بقوة القانون، لأن القانون يعاقب على العلاقة الجنسية غير المشروعة التي تقع بغية الفساد في السر والخفاء"².

وبالرغم من محاولة محاكم الموضوع التأسيس لنسب ابن المخطوبة، اعتماداً على النظرية الفقهية الحديثة التي تقول بإمكانية إلحاق الحمل الظاهر بالمخطوبة أثناء فترة الخطبة بوالده الخاطب إذا توفرت شروط معينة تسمح بذلك³، فإن المجلس الأعلى تصدى لجميع هذه المحاولات في خضم رقابته لمدى موافقة ما ذهب إليه محاكم الموضوع في تلك الاجتهادات القضائية للقانون، حيث قرر أن كل علاقة جنسية بين الخاطب والمخطوبة إنما هي علاقة سفاح، والسفاح حسب موقف المجلس الأعلى نفسه لا يرتب نسباً، وهو ما ذهب إليه في العديد من قراراته.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى أنه: "لما كانت المحكمة قد تأكدت من أن المرأة وضعت مولودها بعد الزواج بأربعة أشهر فقط، وألحقت مع ذلك المولود بالزوج بناءً على ما ثبت لديها من أنه كان يعاشرها معاشرة الأزواج قبل أن يعقد عليها، أخذاً بالنظرية الفقهية

¹ - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، صادر بتاريخ 24 يناير 1991، منشور بمجلة الأمن الوطني، عدد 187، سنة 1996، ص: 32

² - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء صادر بتاريخ 24 أكتوبر 1985، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد مزدوج 68 و69، لسنة 1994، ص: 102.

³ - وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالجديدة ما يلي: "إن عقد الزواج بين الطرفين عقد صحيح وليس عقداً فاسداً لتحريره في وقت كانت فيه الزوجة حاملاً لثبوت تقدم العقد الرضائي بينهما ومعاشرتهما معا معاشرة الأزواج بعد فترة الخطوبة، لأن تأخر العقد الشكلي على العقد الرضائي لا يضر، ولأن الفقه الحديث أخذ بالمبادئ الشرعية، واعتبر الحمل الذي يظهر بالمخطوبة قبل الإشهاد بالزوجية يكون لاحقاً بالخطيب"، قرار محكمة الاستئناف بالجديدة وقد جاء في ثنايا قرار المجلس الأعلى رقم 316 الصادر بتاريخ 22 سبتمبر 1988، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 27، ص: 25.

القائلة بجواز اعتبار الحمل الذي يظهر بالخطبية قبل أن يعقد عليها الخطيب ولحوق النسب بالخطيب إذا أمكن الاتصال، تكون المحكمة بصنيعها هذا قد خالفت أصول الفقه المعمول به والحديث الشريف "الولد للفراش" أي للعقد الصحيح بعد إمكان الوطء، وجاءت به بعد ستة أشهر من العقد وهو ما أخذت به مدونة الأحوال الشخصية في الفصولين 84 و85¹.

وفي تعليق له على هذا القرار ذهب الأستاذ إبراهيم بحماني²، إلى أن المجلس الأعلى طبق بشكل حرفي نصوص المدونة المتعلقة بمدة الحمل ولكنه لم يتطرق للنصوص المتعلقة بالزواج الفاسد لعقده، ليقول ما إذا كان هناك إيجاب وقبول بنية الزواج لدى الزوجين قبل كتابة العقد ولو بحث في ذلك وطبق الفصل 32³ والفصل 37⁴ من المدونة لوصل إلى نتيجة أخرى وهي أن الزواج موجود وثابت ولكنه فاسد لعدم ثبوت الإشهاد عليه أثناء انعقاده أي وقت الإيجاب والقبول وعند ذلك يكون القرار الاستئنافي قابلاً للنقض جزئياً فيما يخص صحة الزواج والرفض جزئياً فيما يخص نسب البنت التي تعتبر لاحقة بالزواج⁵، بل أن القرار استبعد

¹ - قرار عدد 622 صادر بتاريخ 10 ماي 1988، في ملف شرعي عدد 4308 / 85، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد مزدوج 140 و141 لسنة 1989، ص: 155 أورد حيثياته أيضاً عبد العزيز توفيق، التعليق على مدونة الأحوال الشخصية بقضاء المجلس الأعلى ومحاكم النقض العربية خلال أربعين سنة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى سنة 1998، ص: 89.

² - ذ. إبراهيم بحماني، نسب الأبناء في الزواج الفاسد، مجلة القضاء والقانون، مطبعة الأمانة الرباط العدد 149، السنة الواحدة والثلاثون، ص: 51.

³ - ينص الفصل 32 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بأنه:

1- "إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شروط انعقاده كان صحيحاً.

2- كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختلت بعض شروطه فهو فاسد".

⁴ - ينص الفصل 37 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أن:

(1) "النكاح الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده وفيه المسمى بعد الدخول والفاسد لصداقه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

(2) كل زواج مجمع على فساده كالمحرمة بالصهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده ويترتب عليه تعيين الاستبراء وثبوت النسب إن كان حسن القصد أما إذا كان مختلفاً في فساده فيفسخ قبل الدخول وبعده، بطلاق، ويترتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب ويتوارثان قبل وقوع الفسخ".

⁵ - وهكذا فالمجلس الأعلى اعتمد على حرفية النصوص المنظمة للنسب حيث يتبين أنه تشبث بكون الفراش هو محور ثبوت النسب مع ضرورة توافر شروطه بما في ذلك وجود عقد زواج صحيح، وانصرام مدة الحمل وإمكانية الاتصال، وإلا فلا لحوق حتى وإن اعترف الخاطب بأن الحمل منه وأراد إلحاقه بنسبه بغض النظر عن اشتهاار الخطبة وحصول التراضي بين الخطيبين على الزواج في المستقبل ومعاشرتهما لبعضهما البعض على هذا الأساس كما شهد بذلك شهود اللقيف.

صراحة الفتوى الفقهية التي تخول إمكانية الحاق النسب بالخاطب رغم توفر شروطها في هذه النازلة¹.

وفي قرار آخر أيد المجلس الأعلى الحكم المطعون فيه بالنقض والقاضي بفسخ عقد الزواج وإبطاله وإبطال جميع آثاره المترتبة عليه بما فيه ثبوت نسب المولود، على اعتبار أن الزوجة كانت حاملا عند العقد عليها، حيث جاء في حيثيات القرار أنه: "تكون المحكمة على صواب لما صرحت بفسخ عقد الزواج وإبطاله وإبطال جميع الآثار المترتبة عليه لفساده شرعا، لكون الزوجة كانت حاملا وقت عقد النكاح عليها، وكانت عالمة بحملها وأخفته على الزوج الذي تمسك بإنكاره له وعدم علمه به، وهو اتجاه يتفق مع أحكام الفقه المطبقة على النازلة"².

والملاحظ من خلال هذا القرار أن المجلس الأعلى لم يعتد بما دفعت به الطاعنة من كون المدعى عليه بالنسب كان خطيبها، وقد بعث إليها بعدة رسائل يعترف فيها بنسب الولد إليه ولا بشهود اللفيف الذين أدلت بهم والذين شهدوا أنه كان قد خطبها خطبة عرفية واستمر بمعاشرتها كما أدلت أيضا بصورة لأمه وأخته وهما يحملان الولد³.

ولم يكتفي المجلس الأعلى بما سبق، بل ذهب إلى حد عدم الاعتداد بإقرار المدعى عليه بالنسب الذي يستفاد من الرسائل التي كان يبعث بها إلى خطيبته يعترف فيها بنسب الولد، مما كان يجب معه ثبوت النسب بالإقرار الثابت بخط يد المقر وهو الزوج المدعى عليه⁴.

¹ - والشروط المقصودة هي توافر الخطبة على الإيجاب والقبول، وفشوا ذلك بين الخطيبين، والأهل والأقارب والجيران مع إمكانية اتصال الخاطب بالمخطوبة، وعدم نفيه ذلك الحمل أو الولد عنه باللعان، وهي كلها شروط متوفرة في النازلة موضوع الطعن وقد علل القرار ذلك الاستبعاد بكون الفتوى تتعارض مع مقتضيات الفصلين 84 و 85 وتخالف أصول الفقه المعمول به تشريعا وقضاء.

² - قرار المجلس الأعلى، عدد 984، صادر بتاريخ 29 شتنبر 1997، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41، ص: 135.

³ - ذ. عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 478.

⁴ - ينص الفصل 89 من مدونة الأحوال الشخصية بأنه: "يثبت النسب بالفراش، أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع بأنه ابنه ولد على فراشه من زوجته".

مما يعني أن الإقرار بالنسب ثابت وبالشروط المطلوبة فقها وقانونا، الأمر الذي كان يتعين معه اعتبار دفع المدعى عليه تراجعاً عن إقراره بالنسب والتراجع عن الإقرار بالنسب لا يجوز عند فقهاء الإسلام¹.

وهو الأمر الذي أكدته القضاء المصري في العديد من المناسبات، حيث جاء في قرار له أنه: "وحيث أن هذا النفي مردود، ذلك أن المقرر في فقه الأحناف أنه إذا كان الحمل ظاهراً وصدر الاعتراف به من الزوج فإن النسب يثبت قبل الولادة لما في البطن، ونفي نسب الولد لا يكون معتبراً ولا يقطع النسب إلا بشروط منها، ألا يسبق النفي إقرار بالنسب لا نصاً ولا دلالة، فإن سبق لا يصح النفي فإن نفاه بعد ذلك لا يقبل منه لأن النسب بعد الثبوت صار حقاً للولد فلا يمكن الرجوع فيه"².

ومن خلال قراءة عامة للقرارين السالفين الذكر يتضح أن المجلس الأعلى أكد موقفه الثابت بخصوص قطع نسب المولود في فترة الخطبة، والذي يعتبره ولد زنا لا يصح الإقرار ببنوته ولا استلحاقه لأن الشرع قطع نسبه، سواء تم إبرام عقد الزواج فعلاً بعد ظهور الحمل بالمخطوبة أم لم يتم إبرامه، بل وحتى في الحالة التي يتم إبرام عقد الزواج بين الطرفين وفق شكله القانوني ثم يولد الطفل بعد مدة تقل عن الأشهر الستة المحددة لأدنى أمد الحمل اللاحق بنسب والده³، فإن المحكمة تعمد إلى الحكم ببطلان عقد الزواج على أساس أنه تم والمرأة حامل، وهو ما يشكل مانعاً من موانع الزواج في القانون.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، مرجع سابق، ص: 692.

² - نقض مصري عدد 124 لسنة 1956 قسم الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 28 مارس 1989، أورده محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية الطلاق، النسب، الرضاعة، الحضنة، مسكن الحضنة في القانون رقم 100 لسنة 1985، نفقة الأقارب، مطبعة دار محمود للنشر والتوزيع، طبعة سنة 1991، ص: 481.

³ - وفي هذا الإطار جاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي: "لكن حيث إن المحكمة لما ثبت لها من عقد الزواج عدد 158 المؤرخ في 30 جمادى الثانية 1410 هـ الموافق 1990/01/28، ومن شهادة الميلاد بالمستشفى عدد 3093 المؤرخة في 1990/07/11 أن الابن ولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج، وعللت قرارها بأن الوضع لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد بنفي النسب بغير لعان وبفسخ العقد، كان تعليلها كافياً وأن إقرار المطلوب في النقض بالبنوة إنما يؤخذ المقر به لو ولد المتنازع في نسبه لستة أشهر فأكثر من تاريخ عقد الزواج، أما وقد ولد لأقل من المدة المذكورة، فلا عبرة بإقراره لأنه مخالف للفصل 85

وهو نفس الاتجاه الذي تبنته محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها جاء فيه: "حيث أن الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا وحيث إن العلاقات خارج إطار الزواج لا يترتب عليها شيء وهي محض زنا..."¹.

كما أن فتوى الفقه الحديث التي تقول بإمكانية إلحاق النسب بالخاطب أثناء فترة الخطبة إذا توفرت شروط معينة ثم استبعادها صراحة، ولم تجد القبول في قرارات المجلس الأعلى في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

وهكذا فإذا كان موقف القضاء المغربي عموماً، من نسب الأولاد الناتجين عن علاقة خطبة، موقف ثابت ومتشبه بالتطبيق الحرفي لنصوص مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، فإنه يمكن التساؤل عن موقف بعض القضاء المقارن من نسب الحمل الناتج عن الخطبة؟.

فالقضاء التونسي وفي سبيل إلحاق الولد المزداد نتيجة وعد بالزواج بوالده الواعد، توسع في مفهوم الخطبة واعتبرها بمثابة زواج غير مكتمل الشروط في حال وقوع اتصال جنسي بين الخطيبين بناء على تلك المواعدة، حفظاً لنسب الطفل من الضياع.

وفي هذا الصدد فقد جاء في حكم لابتدائية سوسة ما يلي: "وحيث تبين من ذلك أن القانون يعتبر انعقاد الزواج بتراضي الطرفين واتفاقهما عليه ونتيجة لذلك كان الاتصال الجنسي

من المدونة الذي ينص على أن الولد للفراش" إن مضى على عقد الزواج أقل من مدة الحمل الأمر الذي كان معه السبب غير مؤسس والقرار علل بالكفاية" قرار عدد 445 صادر بتاريخ 28 يوليوز 1998 في ملف شرعي عدد 94/5366 أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من سنة 1957 إلى سنة 2002، المكتبة القانونية عدد 13 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1423هـ/2002م، ص: 304 و305.

¹ - ويضيف القرار: "... وعلى فرض صحة ما أقرت به المستأنف عليها في حصول المسيس والاتصال بها قبل عقد الزواج الشرعي فإن البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب فلا يترتب عليها شيء وهي بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها، وحيث لا محل لإثارة مقتضيات الوطء بشبهة أو النكاح الفاسد والإقرار المتعلق بالنسب لعدم توفر قواعدها وشروطها في النازلة، لا سيما وقوع الوضع خارج مدة الحمل الشرعية، وحيث إن واجب الإسراع بطلب نفي النسب، والتمكين من اللعان يكون في حالة إذا ما كان الحمل لازم للزوج أما إذا كان الحمل غير لازم له كما في نازلتنا، لأن الزوجة أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد، فإنه لا لعان فيه، والحمل منتقي عن نسب الزوج بقوة الشرع والقانون"، قرار صادر عن محكمة الاستئناف الرباط بتاريخ 15/02/1988 في الملف عدد 85/6917 منشور بمجلة الإشعاع، العدد الخامس، السنة الثالثة يونيو 1991، من ص: 118 إلى ص: 121.

الواقع بعد الانعقاد الحاصل بدون إشهاد، لا تعتبر ثمرته حاصلة من سفاح، وإنما تعتبر ناتجة عن علاقة زوجية غير صحيحة قانوناً ويثبت بها نسب المولود، وهذا المعنى يتفق مع ما جاءت به أحكام الفقه الإسلامي، حيث أن الوقائع السابقة تفيد أن المدعي أعلن رغبته في الزواج بالمرأة.

وبعد الاستشارة اتفقا على ذلك، واندفعا في هذا السبيل كخطيبين وأصبحا يتصلان ببعضهما علانية ويتزاوران ويختليان بمحلها على هذا الأساس، وطالت المخالطة بينهما على هذه الصورة مدة تزيد على الست سنوات إلى أن ولد الطفل (عماد) المطلوب إلحاق نسبه بالعارض¹.

ويستنتج من هذا الحكم أن المحكمة التونسية استجابت لطلب العارض (الخاطب)، وألحقت نسب الطفل الناتج عن الخطبة بوالده الخاطب، على أساس وجود العقد الرضائي بين الخطيبين²، وهو ما أكدته محكمة التعقيب التونسية في سلسلة من القرارات أهمها القرار التعقيبي المدني الصادر بتاريخ 2 أبريل 1968، والذي جاء في حثياته أنه: "وحيث أن القرار المطعون فيه لما فهم من هذه الوقائع أن هناك علاقة زوجية معروفة وأن الاتصال الجنسي بين الطرفين خلالها قد أبرز بصورة فعلية عن وقوع التراضي على الزواج ببعضهما واعتبر أن هناك انعقاد للعلاقة الزوجية، لا يعد خاطئاً قانوناً في هذا الفهم ما دام أن الزواج ينعقد برضا الطرفين قانوناً"³.

¹ - حكم محكمة سوسة الابتدائية، حكم عدد 15249 بتاريخ 4 ماي 1970، منشور بمجلة القضاء والتشريع التونسية، عدد 10 دجنبر 1971، السنة الثالثة عشر، ص: 75.

² - ساسي بن حليمة، بين النسب والأبوة، مجلة القضاء والتشريع، عدد 1، يناير 2002، السنة الرابعة والأربعون، ص: 149 و150.

³ - قرار تعقيبي مدني عدد 5350 صادر بتاريخ 2 ابريل 1968، منشور بمجلة القضاء والتشريع، عدد مزدوج 1-2 سنة 1969، ص: 25 وتتلخص وقائع هذا القرار في كون الطاعن (الخاطب) أعلن رغبته في الزواج من المدعى عليها وبعد الاستشارة بينهما وتراضيهما على الزواج اندفعا في هذا السبيل كخطيبين، وأصبحا يتصلان ببعضهما ويختليان بمحلها على هذا الأساس وطالت المخالطة بينهما على هذه الصورة، مدة تزيد على 10 أشهر، إلا أن وضعت البنت التي رسمت بدفاتر الحالة المدنية باسم الطاعن، ثم بعد ذلك قام بنفي نسبها، انظر التعليق على هذا القرار عند محمد بوقرة، مرجع سابق، ص: 109.

وعملت المحكمة بهذا الحكم سواء تم الزواج بعد ذلك بين الخطيبين أو لم يتم، حيث قضت استئنافية سوسة¹: "بثبوت نسب ولدين اعتمادا على ما قدمته أمهما من نية تفيد إفادة قطعية وجود علاقة متينة بين الطرفين تفوق مجرد المعرفة لما اشتملت عليه من تواعد على الزواج، إنفاق متكرر، إسكان وزيارة...، ومن شأن هذه الأشياء أن يترتب عليها ما يؤول إلى الحمل، وبذلك يجعل الاقتناع بازدياد المولودين ومن موروث الطاعنين، وهذا رغم عدم إبرامهما لعقد الزواج".

وفي قرار آخر قضت محكمة² التعقيب بأن "الزواج الفاسد لا يمنع من ثبوت النسب، ويكون قاصر التعليل وقابلا للنقض الحكم الذي ينفي النسب بناء على أن الولد هو ثمرة زنا ولم يبحث هل أنه كان بين الطرفين علاقة زوجية ولو كانت غير قانونية، كما أنه لم يورد الحجج التي استند إليها القضاء للقول بأن تلك العلاقة إنما هي علاقة خنائية"³.

والملاحظ من خلال حيثيات الحكمين السالفين الذكر أن محكمة التعقيب تتحدث بكل وضوح عن خطيبين، وفي نفس الوقت تعتبر علاقتهما من قبيل العلاقات القائمة في ظل زواج باطل أو فاسد لانعقاده خلافا للصيغة القانونية التي اقتضاها الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

وهو المنطق الذي أخذ به العلامة المرحوم محمد جواد الصقلي الحسيني في فتواه السابقة القائلة بجواز إلحاق ابن المخطوبة بالخاطب، حيث أن محكمة التعقيب التونسية تجعل

¹ - قرار عدد 5350 صادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 2 أبريل 1968، منشور بالمجلة القانونية التونسية عدد خاص لسنة 1983، ص: 35.

² - قرار تعقيبي تونسي عدد 6030، مؤرخ في 25 مارس 1968، أورده القاضي محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، سلسلة الميزان التشريعي عدد 2، ص: 155.

³ - وفي نفس الإطار جاء في إحدى حيثيات قرار محكمة التعقيب التونسية بأن: "القانون التونسي يعتبر علاقة الزواج قائمة بتراضي الطرفين واتفقهما على ذلك الزواج، فإذا ولد للزوجين ولد قبل إتمام ذلك العقد بالصيغة التي فرضها الفصل 4 من مجلة الأحوال الشخصية، فإن الولد ينسب لهما" قرار تعقيبي مدني عدد 5350 مؤرخ في 2 أبريل 1968 نقض 1968، أورده القاضي محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 155.

من إثبات نسب المولود في فترة الخطبة هو هدفها الأساسي، ولو أدى ذلك إلى خرق القانون التونسي في هذا الصدد¹.

وبالنسبة للقضاء الجزائري، فإن هذا الأخير لم يحسم موقفه من الخطبة المقترنة بالفاتحة بشكل نهائي² فقد ذهبت المحكمة العليا الجزائرية في إحدى قراراتها إلى عدم الاعتراف بالنسب الناتج عن الخطبة حيث قررت أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها، وأن لصحة عقد الزواج لا بد من توفره على جميع أركانه المتمثلة في رضا الزوجين، ولي الزوجة، وحضور الشاهدين والصداق.

ولما ثبت من أوراق الملف الحالي، أن شهود القضية صرحوا وأكدوا حضورهم للوليمة، أو فاتحة الخطبة، واكتفى قضاة الموضوع في تأسيس قرارهم -القاضي بصحة الزواج- على ذلك، علما أن الفاتحة ليست من بين أركان الزواج، وإنما هي من باب التبرك

¹ - ماجدة بن جعفر، تطور وسائل الإثبات في مادة النسب، مجلة القضاء والتشريع عدد 1، مرجع سابق، ص: 46 و 47.
² - وهذا ما يتبين صراحة من قرار للمحكمة العليا الجزائرية صادر بتاريخ 4 أبريل 1995 جاء في حثياته ما يلي: "... حيث أن المادة السادسة من قانون الأسرة تقضي بأنه يمكن أن تقتزن الخطبة مع الفاتحة أو أن تسبقها بمدة غير محددة، فإن سبقت الخطبة الفاتحة، فتلك هي الخطبة المنصوص عليها في المادة الخامسة من نفس القانون، وهي التي تعتبر وعدا بالزواج، أما في حالة اقتران الخطبة مع الفاتحة حسب المادة السادسة المشار إليها، فهي زواج متى توافرت أركانه طبقا للمادة التاسعة = قانون الأسرة..." ويبدو واضحا من خلال هذا القرار الخلط الكبير لدى القضاء الجزائري بين ما يعتبر زواجا وما يعد مجرد خطبة، لذا فقد ذهب الأستاذ رشيد بن شويخ في معرض تعليقه على القرار إلى ضرورة تحديد المقصود بالفاتحة في النص هل هي قراءة الفاتحة، وبالتالي فلا أثر لها على الخطبة ولا على العقد، وفي هذه الحالة لا بد من حذفها من النص، أم أن المقصود منها -أي اقتران الفاتحة بالخطبة- هو عقد الزواج، في معنى المادة التاسعة وهنا لا بد من معرفة قصد المتعاقدين هل اتجها إلى الخطبة أم اتجها إلى الخطبة والعقد معا؟ ويجيب الأستاذ عن التساؤل الذي طرحه بأنه إذا تبين أن الغرض المقصود هو الخطبة فتبقى خطبة، حتى وإن تحدث الأطراف بمناسبة الخطبة عن عناصر عقد الزواج، غير أنه إذا كان قصد المتعاقدين هو إجراء الخطبة والعقد معا، فهنا يعتبر زواجا صحيحا"، أورد القرار والتعليق عليه، ذر شيد بن شويخ، أحكام الخطبة من الزواج، دراسة مقارنة في أحكام الفقه والقانون والقضاء سلسلة الندوات، عدد 2، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحصيلة والمعوقات؟، مرجع سابق، ص: 93 و 94. مع احترامي لرأي الأستاذ إلا أنني اعتقد أنه وقع له خلط بدوره، فالخطبة في جميع الحالات لا تعدو أن تكون مجرد وعد بالزواج وليست بزواج، وهذا بصريح الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري الذي اعتبر: "الخطبة وعدا بالزواج وليس بزواج ولكل من الطرفين العدول عنها" كما أن القول بالبحث في نية الأطراف هل تتجه إلى الخطبة فقط أم إلى الخطبة والعقد معا، يشكل في نظري المتواضع تعارضا صريحا مع مبدأ حرية الزواج وتضييقا على حرية أطراف الخطبة في اختيار شريك الحياة الملائم.

والدعاء، وأن مجلس الخطبة يختلف عن مجلس العقد، لذا فإن القرار المنتقد جاء خاليا من الأساس القانوني السليم ويتعين نقضه¹.

غير أن نفس المحكمة وفي قرار آخر² ذهبت إلى حد اعتبار اقتران الخطبة بالفاتحة زواجا صحيحا، لتوفر جميع أركانه حيث اعتبرت الفاتحة بمثابة عقد ومما جاء فيه أنه: "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تفتتن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا.

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

إن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود، والأمر بتسجيله فإنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

إلا أن ما يمكن قوله، فيما يخص توجه المشرع والقضاء الجزائري في هذا الصدد، هو أنه لم يرتب على الخطبة أي أثر من آثار الزواج، ومن ثم لا يمكن الاعتماد عليه لإثبات النسب الناتج عن الخطبة، وهذا ما يستشف صراحة من قرار للمحكمة العليا الجزائرية، عندما نقضت قرارا استئنافيا للولد الذي جاء بعد خمسة أشهر من تاريخ الزواج، واعتمدت على أن طرفي العلاقة الزوجية كانا في مرحلة خطبة قبل عقد الزواج، حيث جاء في حيثيات القرار أنه: "من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن مدة حمل المطعون

¹ - قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 81129 صادر بتاريخ 17 مارس 1992، أورده دلانة يوسف، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص: 8 و9.

² - قرار المحكمة العليا الجزائرية صادر بتاريخ 14 أبريل 1992، أورده ذ. رشيد بن شويخ، أحكام الخطبة في الزواج، دراسة مقارنة بين أحكام الفقه والقانون والقضاء، سلسلة الندوات، عدد 2، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحويلة والمعوقات، مرجع سابق، ص: 93.

ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا، فإن قضاة المجلس الأعلى بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

وقد أدى هذا الوضع إلى خلق تنازع على مستوى التطبيق بين قوانين الأحوال الشخصية للدول الأوروبية وخاصة فرنسا ذات المرجعية العلمانية وبعض الدول العربية ذات المرجعية الإسلامية.

وهكذا فقد ذهب القضاء الفرنسي، وباسم المصلحة الفضلى للطفل إلى حد تأسيس البنوة الطبيعية لطفل اتجاه والده الجزائري رغم أن القانون الجزائري يحرم ذلك صراحة، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية² أنه ما دام "...الطفل يحمل الجنسية الفرنسية، وأن محل إقامته الاعتيادية يوجد بفرنسا، فإن هذا وحده كاف لتأسيس البنوة الطبيعية اتجاه والده الجزائري، وإن كان يمنعها قانونه الوطني³.

وما يستفاد من توجه القضاء الفرنسي، أن هذا الأخير لا يميز بين البنوة الشرعية والبنوة الطبيعية، فيما يخص الحقوق المكفولة للطفل، فالمصلحة الفضلى للطفل تجيز للقاضي الفرنسي غض الطرف عن القانون الوطني للطفل ما دام لا يوفر الحماية اللازمة، وتجعله مضطرا لإرغام الأب الطبيعي -حتى لو كان ينتمي لدولة إسلامية لا ترتب أي آثار عن البنوة

¹ - قرار المحكمة العليا الجزائرية، رقم 57756، صادر بتاريخ 22 يناير 1990، أورده دلانة يوسف، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص: 30 و31.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية، صادر بتاريخ 11 أكتوبر 1988، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 18 دجنبر 1992 ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى نقض قرار لمحكمة الموضوع معتبرة أنه: "ما دام القانون الوطني للأمم لا يعترف بالبنوة الطبيعية تجاه الأب، فإن محكمة الموضوع يتعين عليها الرجوع إلى القانون الفرنسي" أورد القراران موحى ولحسن ميموني، وضعية الأسرة المغربية على ضوء تطورات ضوابط الإسناد، مجلة الملف، العدد 4 شتنبر 2004، ص: 111.

³ - وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن استئنافية ليون بتاريخ 12 دجنبر 2000 رفضت هذه الأخيرة تطبيق القانون المغربي بعلّة أن هذا الأخير: "يعارض المصلحة الفضلى للطفل غير الشرعي ما دام أنه يحرمه من حقه في الاستفادة من نسبه للأب"، وعلى نفس المنوال جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 فبراير 1993 ما يلي: "إن القانون الأجنبي الذي يحرم مؤسسة البنوة الطبيعية مبدئيا ليس معارضا لمفهوم النظام العام الفرنسي، ولكن حرمان الطفل الذي له ارتباط بفرنسا من الرعاية الأسرية، هو الذي يعارض النظام العام الفرنسي"، أورد القراران منير الشعيبي، قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوروبي، أية إمكانية للتطبيق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة والطفولة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر المهرز فاس، السنة الجامعية 2005/2006، ص: 209.

غير الشرعية- للاعتراف بنسب ولده، والنفقة عليه وتربيته، وعدم حرمانه من حقه في الميراث وهذا ما لن يتأتى إلا بتطبيق القانون الفرنسي.

وحسب احد الباحثين¹ فإن تطبيق القانون الفرنسي أصبح يسري بأثر فوري ما دام القضاء الأوربي عامة والفرنسي خاصة، اقتنع بما فيه الكفاية بانعدام الجدوى من مراجعة القوانين الإسلامية بشأن الابن الطبيعي، أو خارج نطاق الزواج، لأن هذه القوانين لا تحمل مسؤولية البنوة الطبيعية سوى للأُم سواء كانت هذه البنوة ناتجة عن قناعة أو إكراه، وهو الأمر الذي تعتبره المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان مسا خطيرا بالمصلحة الفضلى للطفل، وتدين المحاكم الأوربية عن أي تساهل بشأنه.

وصفوة القول، فإن المشرع المغربي لم يعترف للولد المزداد أثناء فترة الخطبة بحقه في الانتساب إلى والده الخاطب، وهذا ما عكسه القضاء المغربي صراحة، وعلى رأسه المجلس الأعلى الذي تصدى لكل محاولة لإضفاء الشرعية على الأبناء المزدادين في فترة الخطبة وتشبث بحرفية النصوص المنظمة للنسب، بل وأصر على رفض الأخذ بفتوى الفقه الحديث الصادرة في هذا المجال والتي نادى بإلحاق الولد الناتج عن فترة الخطبة بأبيه الخاطب إذا توفرت شروط معينة، خلافا لبعض التشريعات المقارنة، وفي مقدمتها التشريع التونسي الذي توسع في مفهوم الخطبة واعتبرها بمثابة زواج غير مكتمل الشروط، في حال وقوع اتصال جنسي بين الخطيبين بناء على المواعدة بينهما، واعترف بأهم اثر من الآثار المترتبة عنها، وهي إلحاق نسب الطفل الناتج عن الخطبة بوالده الخاطب.

كل هذه الاعتبارات، استدعت ضرورة التدخل التشريعي لإفراد هذا الموضوع بنص خاص، وحل هذه الإشكالية بوضع إطار قانوني دقيق يخول الطفل المزداد في فترة الخطبة حق الانتساب إلى والده الخاطب إذا توافرت شروط معينة أخذا بفتوى الفقه الحديث.

¹ - موحى ولحسن ميموني، وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، مرجع سابق، ص: 112

وهو ما حصل بالفعل بصدور مدونة الأسرة التي نظمت هذا الموضوع من خلال المادة 156، مما يدفع إلى البحث عن كيفية تعامل القضاء المغربي مع هذا المستجد التشريعي؟.

المبحث الثاني: تنظيم الحمل الناتج عن الخطبة في ضوء مدونة الأسرة.

إذا كان المشرع المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم يتطرق لإمكانية لحوق الحمل الناتج عن فترة الخطبة، مما جعل العمل القضائي يتشبث بإعمال النصوص المتعلقة بالنسب والتي كانت تحول دون إمكانية لحوق نسب ذلك الحمل بوالده الخاطب.

فإن مشرع مدونة الأسرة جاء بمادة متميزة لم يكن لها نظير في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وليس لها مثيل على مستوى التشريعات العربية المقارنة، ويتعلق الأمر بالمادة 156 والتي تنسب الحمل الناتج عن الخطبة للخاطب إذا توافرت مجموعة من الشروط.

ويبدو أن المشرع المغربي قد أخذ أخيراً بالنظرية الفقهية القائلة بجواز إلحاق الولد المزداد أثناء فترة الخطبة بوالده الخاطب وفق ضوابط وشروط محددة¹.

وهي خطوة هامة في سبيل حماية نسب الأطفال الناتجين عن علاقة خطبة، على اعتبار أن الشريعة الإسلامية متشوفة للحقوق الأنساب².

وفي إطار تعامله مع الشروط التي جاءت بها المادة 156 من مدونة الأسرة، انقسم القضاء المغربي إلى اتجاهين: اتجاه يلتزم بتحقيق كل شروط المادة 156، في حين يكتفي اتجاه آخر بتحقيق بعض الشروط المضمنة بالمادة المذكورة.

وقد أثارت هذه المادة خلافاً حول ماهيتها، وتكييفها، فهل يتعلق الأمر بخطبة عادية أم بزواج غير موثق؟ كما أن الشروط التي جاءت بها المادة 156 من مدونة الأسرة، توحى بوجود تداخل واضح بينها وبين المادة 16 من مدونة الأسرة، والتي تتعلق بثبوت الزوجية مما يطرح بعض الإشكالات العملية في هذا الصدد.

¹- ذ. محمد شوقي، النسب ووسائل إثباته على ضوء مدونة الأسرة، مجلة المحامي عدد 51، دجنبر 2006، ص: 80 و81.

²- ذ. يوسف بناصر، مدونة الأسرة، المسار والتطلعات، دار القلم للنشر والتوزيع، الرباط، العدد الثامن، سنة 2004، ص: 71.

وللإحاطة بهذا المبحث، سأتطرق في المطلب الأول منه للشروط الضرورية لإلحاق النسب الناتج عن الخطبة في ضوء المادة 156 من مدونة الأسرة، وكذا تعامل القضاء المغربي مع هذه الشروط، على أن أتطرق في المطلب الثاني للإشكاليات التي يطرحها الحمل الناتج عن الخطبة.

المطلب الأول: الشروط المقررة لإلحاق النسب الناتج عن الخطبة في المادة 156

تعتبر المادة 156 من بين أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة، بحيث أنهت الجدل الحاصل بين الفقه ومحاكم الموضوع فيما يخص النسب الناتج عن الخطبة¹ وكرست حق الطفل المزداد في فترة الخطبة في نسبه لأبيه الخاطب إذا توافرت شروط معينة².

وهكذا نصت المادة 156 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول، وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، وظهر حمل بالمخطوبة ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء.

ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.

ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في

إثبات النسب".

¹ - أستاذنا إدريس الفاخوري، بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الجديدة، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، عدد 5، شتنبر 2004، ص: 173.

² - ذ. محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، دراسة قانونية وشرعية مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، عدد 14، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1428هـ/ 2007م، ص: 76.

وبهذا تكون المدونة قد أخذت بفتوى الفقه الحديث الذي جعل من تحقق العقد الرضائي بين الطرفين سببا كافيا لإلحاق النسب بالخاطب وارتقت بالخطبة المتوفرة على الشروط السابقة إلى مستوى الزواج غير الموثق، الأمر الذي سيؤدي إلى القضاء على رغبات ذوي النيات السيئة الذين يريدون إنهاء العقد الرضائي بإرادتهم المنفردة، والتخلص من تبعاته المتمثلة في النسب والجنسية والنفقة وسائر التكاليف التي يتحملها الأب لفائدة ولده بحجة عدم وجود العقد الشكلي¹.

فبمقتضى هذا المستجد لقيت قضايا النسب الناتج عن الخطبة طريقها إلى القضاء²، بحيث أصبحت تناقش من طرفه، ويتوصل بشأنها إلى حلول في مصلحة الأطفال الذين ظلوا محرومين من نسب آبائهم، غير أن هذا لا يعني أن كل القضايا تحظى بالقبول، بل أن الأمر يختلف حسب تعامل القضاء مع الشروط الواردة في المادة 156³.

فهناك اتجاه في المحاكم يلتزم بتحقيق جميع الشروط الواردة في المادة المذكورة (الفقرة الأولى) بينما يكتفي اتجاه آخر بتوفر بعض شروط المادة 156 من مدونة الأسرة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاتجاه المراقب لتحقيق جميع شروط المادة 156 من مدونة الأسرة.

يعرف العمل القضائي المغربي تفاوتاً كبيراً أثناء تطبيقه لمقتضيات المادة 156، سواء على مستوى مراقبة شروطها، أو تقدير مدى توافرها.

¹ - محمد جواد الصقلي الحسيني، حقوق الطفل في القانون المغربي، القسم الرابع، حقوق الطفل في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 161.

² - وفي هذا الصدد فقد قرر المجلس الأعلى بأن: "المنصوص عليه فقها كما جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك... أن الزوج إذا أقر بنسب الولد إليه ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر فإنه يلحق به". قرار عدد 35 بتاريخ 10 / 10 / 2007 في الملف الشرعي رقم 253 / 2 / 1 / 2005، أورده أحمد اليوسفي، الإثبات على ضوء العمل القضائي الأسري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بوجدة، السنة الجامعية 2007-2008، ص: 103.

³ - محمد أكديد، حجية الفراش (قوته الإثباتية)، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، مرجع سابق، ص: 80.

وهكذا سأنتطرق في البداية للاتجاه القضائي الذي يذهب إلى مراعاة تحقق جميع شروط المادة 156 من مدونة الأسرة، وذلك من أجل إلحاق النسب الناتج عن الخطبة.

وفي هذا الصدد فقد سبق للمجلس الأعلى أن نقض قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، ذهبت فيه هذه الأخيرة إلى إثبات النسب بناء على رفض المدعى عليه الخضوع للخبرة الطبية دون أن تتحقق المحكمة من توفر شروط المادة 156 من مدونة الأسرة¹.

وقد ذهبت بعض محاكم الموضوع في هذا الاتجاه حيث جاء في حيثيات قرار لمحكمة الاستئناف بوجدة² ما يلي: "... حيث أن المحكمة وبعد اطلاعها على وثائق الملف ودراستها لعلل الحكم المستأنف، وما أثير بشأنه من أسباب تبين لها بأن ما نعه الطاعن ليس من شأنه تغيير وجهة نظر هذه المحكمة فيما انتهى إليه قضاء محكمة أول درجة ذلك أنه وفق مقتضيات الفصل 156 من مدونة الأسرة فإنه إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول إلا أن عقد الزواج لظروف القاهرة لم يتم توثيقه وظهر بالمخطوبة حمل تنسبه للخاطب للشبهة، واشتهرت الخطبة بين الطرفين وأسرتهما، وتبين أن الحمل وقع أثناء الخطبة، إلا أن الخاطب أنكره، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية لإثبات النسب.

¹ - وقد جاء في تعليل المجلس الأعلى إثر نقضه قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء ما يلي "... وحيث صح ما عابته الوسيلة الأولى على القرار المطعون فيه، ذلك أنه لئن كان حمل المخطوبة ينسب للخاطب للشبهة، فإن ذلك رهين بتوافر الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة، وهي اشتهاار الخطبة بين أسرتي الخطيبين، ووقوع الحمل أثناء الخطبة وإقرار الخطيبين به، وإذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية لإثبات النسب، والبين من أوراق الملف أن المطلوبة ادعت أن الخطوبة تمت بينها وبين المطلوب، وأن الشاهدين المستمع إليهما من طرف المحكمة بجلسة البحث بتاريخ 2006/6/14 لم يشهدا بحضورهما مراسيم الخطبة، كما ادعت المطلوبة في نفس الجلسة، وإنما صرحا بأنه عند زيارتهما لوالد المطلوبة أثناء مرضه، أفادهما بأن الطاعن الذي كان حاضرا هو خطيب ابنته، والمحكمة لما قضت بإلحاق نسب الولد عصام بالطاعن للشبهة بناء على امتناعه حضور الخبرة الجينية بناء على الصورة الشمسية من الإشهاد المؤرخ في 1988/6/9 الذي لا يحمل اسم الطاعن ودون أن تتأكد من توافر شروط الخطبة المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة، تكون قد بنت قضاءها على الشك والتخمين، لا على الجزم واليقين، ولم تجعل لقرارها أساسا قانونيا سليما، مما يعرضه للنقض" قرار المجلس الأعلى في الملف الشرعي عدد 2007/2/32، صادر بتاريخ 16 يناير 2008، أورده أستاذنا إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، الجزء الأول، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص: 276 و277.

² - قرار محكمة الاستئناف بوجدة، رقم 131، في الملف عدد 07-358 صادر بتاريخ 20 فبراير 2008 (غير منشور).

وحيث أن المستأنف عليها تمسكت بكونها كانت على اتصال ومعرفة بالمستأنف، وكان المتعارف عليه أنهما لبعضهما إلا أن العقد لم ينجر لإتمام نتيجة هذه المعرفة وفترة الخطبة بزواج رسمي، وهو ما أكدته المستأنف بمحضر الضابطة القضائية الذي أكد على أن سبب عدم إبرام عقد الزواج هو إمكاناته المادية الضعيفة، مقرا أن البنت رجاء هي بنته، وأن المستأنف عليها هي خطيبته، وأنه كان يعاشرها مدة ثلاث أشهر، مما يستنتج معه بأن الزواج واقع بين الطرفين وتم بالإيجاب والقبول وفق مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة المشار إليها بشروطها.

وحيث أن ما يؤكد حقيقة الأمر المتمسك به من طرف المستأنف عليها هو ثبوت نسب الطفلة رجاء بالخبرة العلمية القطعية الجينية التي أكدت أنها بنت المستأنف ومن صلبه، وبذلك يبقى ما تمسك به المستأنف من نفي نسب البنت مردود عليه أمام ما استخلصته هذه المحكمة من توفر شروط المادة 156 من مدونة الأسرة، وما أكدته الخبرة الجينية القطعية والتي لم يستطع دحضها ويبقى الحكم المستأنف الذي انتهى في قضائه إلى ثبوت نسب البنت رجاء، للمستأنف طبقا للمادة 156 من مدونة الأسرة مصادفا للصواب وتوجب تأييده، لهذه الأسباب حكمت محكمة الاستئناف علنيا حضوريا وانتهائيا في الموضوع بتأييد الحكم المستأنف وتحميل المستأنف الصائر¹.

وللتوضيح فالمدعى عليها -المخطوبة- تقدمت أمام المحكمة الابتدائية بطلب لإثبات النسب بناء على اعترافات المدعى عليه -الخاطب- بنسب الحمل الذي جاءت به على اعتبار

¹ - وهو نفس التوجه الذي ذهبت إليه نفس المحكمة في قرار لها جاء في إحدى حيثياته على أنه: "طبقا للفصل 156 من مدونة الأسرة فإنه إذا تمت الخطوبة ولم يوثق الزواج، وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية: اشتهاار الخطوبة، وموافقة الولي عند الاقتضاء، وظهور الحمل أثناء الخطبة، غير أنه إذا أنكر الخاطب أن يكون الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب ومنها الخبرة الطبية، وحيث أن هذه المحكمة لا تتوفر على العناصر الكافية للبحث في النزاع والحسم فيه، مما أثرت معه إجراء خبرة طبية على ولد المستأنف عليها المزداد بتاريخ 2003/1/16، وعليها وعلى المستأنف للتأكد من نسبه له أو عدمه"، قرار محكمة الاستئناف بوجدة، رقم 55، في الملف عدد 06-65، صادر بتاريخ 24 يناير 2007 (غير منشور).

أن الإقرار يعتبر سببا من أسباب ثبوت النسب¹ هذا فضلا على توفر الشروط المضمنة في المادة 156²، وقد تم تأييد الحكم من طرف محكمة الاستئناف، وإلحاق النسب للشبهة، بعد إجراء الخبرة الطبية التي أكدت ثبوت النسب للخطاب³.

وفي نفس الإطار جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش⁴ ما يلي: "حيث يهدف المدعيان إلى التصريح بنسب الحمل الذي بالمخطوبة... والذي نتج عنه إنجاب البنت... بتاريخ 2005/7/16 إلى الخطيب سليمان فرانسيس جيرارد ماك وليامس وذلك لكون الحمل

¹ - تنص المادة 158 من مدونة الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالفراش، أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية".

² - جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بطنجة، قسم قضاء الأسرة، وهي تراقب توفر شروط المادة 156 من أجل إلحاق النسب الناتج عن الخطبة ما يلي: "وحيث أنه استنادا للمادة 156 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول، وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخطيب للشبهة متى توافرت شروط محددة وهي اشتهاار الخطبة بين أسرتي المخطوبين وموافقة ولي الزوجة عند الاقتضاء، وأن المخطوبة حملت أثناء الخطبة، وأن يقر الخطيبان بأن الحمل منهما، وحيث أن الشروط المذكورة ثابتة من خلال تصريح الطرف المدعي بجلسة البحث، وكذا أخ الزوجة بنفس الجلسة لذلك يتعين التصريح بثبوت نسب البنت... المزدادة بتاريخ 2003/09/08 بطنجة من والديها... مع إعمال كافة الآثار القانونية الواجبة"، حكم رقم 625 في الملف عدد 07/333 صادر بتاريخ 28 مارس 2005 (غير منشور).

³ - وفي هذا الصدد استجابت المحكمة الابتدائية بفاس لطلب المدعيان بإلحاق النسب الناتج في فترة الخطبة بهما بعدما تبين لها - المحكمة - توفر شروط المادة 156 من مدونة الأسرة، وجاء تعليلها للحكم كالتالي: "حيث يهدف المدعيان بمقالهما إلى الحكم بثبوت نسب البنت لهما، وحول اشتهاار الخطبة بين أسرتي المدعيان وموافقة ولي الزوجة عليها، صرح المدعيان بجلسة البحث بأنهما أقاما حفل خطوبة منذ ماي 2004 بحضور والدي المدعي وزوجة أخيه وأخته، وقد حضر من جانب المدعية والدها وجدتها وزوجة والدها... وصرح المدعي بأنه حضر الخطبة وأن عائلة المدعي وافقت على الخطبة... وبخصوص حمل المخطوبة أثناء الخطبة، حيث ثبت من خلال شهادة ميلاد بنت المدعين المسماة.... أنها ازدادت في

05/04/04 وأن عقد الزواج لم ينعقد بين الطرفين إلا بتاريخ 05/04/12 حسب عقد الزواج المضمن بعدد 44 صحيفة=

=36، الزواج 04 بتاريخ 05/04/13 قسم قضاء الأسرة بفاس، مما ثبت معه أن البنت المذكورة ازدادت قبل إنجاز عقد الزواج أي أثناء فترة الخطوبة.

وبخصوص إقرار الخطيبين أن الحمل منهما، حيث أدلى المدعيان بإقرار بنية مضمن بعدد 416 صحيفة 266 المختلفة، 11 بتاريخ 06/03/13 والذي أقر فيه واعترفا بأن البنت... المزدادة يوم 05/04/04 هي ابنتهما من صلبهما ولدت على فراشهما إقرارا منهما بالحق اعترافا...، وحيث صرح المدعي بأنه ولظروف مرض جد المدعية ووالديها تم تأجيل حفل الزفاف، وأكد والد المدعية بأن الظروف المادية للمدعي لم تسمح له بتوثيق عقد الزواج، وحيث أن المحكمة بناء على ما ذكر واستنادا لمحاضر البحث المجري في النازلة، عاينت الشروط التي توجبها المادة 156 من مدونة الأسرة لثبوت نسب الحمل الذي كان بالمخطوبة للخطيب للشبهة، الشيء الذي يتعين معه التصريح بثبوت نسب البنت... المزدادة بتاريخ 2005/04/04 بفاس لوالديها... وذلك للشبهة". حكم المحكمة الابتدائية بفاس، قسم قضاء الأسرة، في الملف الشرعي عدد 05/1/3765 صادر بتاريخ 31 يوليوز 2006، أورده أستاذنا إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، الجزء الأول، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، دار الأفاق للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2009، من ص: 293 إلى ص: 295.

⁴ - حكم المحكمة الابتدائية بمراكش، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 15 في الملف عدد 05/8/1495 بتاريخ 2 يناير 2006 (غير منشور).

ظهر بالمخطوبة أثناء الخطبة التي تمت بين الطرفين بحضور مجموعة من الشهود، وفقا للأعراف والعادات المغربية ولكون أسباب قاهرة حالت دون توثيق الطرفين لعقد الزواج. وحيث أجرت المحكمة بحثا مع الطرفين وشهودهما حسب ما هو مفصل بجلسة البحث أعلاه وتأكد لها أن الطرفين مخطوبين منذ سنتين سلفت عن تاريخ البحث وأن الحمل الذي أسفر عن ولادة بنتهما بتاريخ 2005/7/16 كما هو ثابت من شهادة ميلادها وقع أثناء الخطبة وأن الخاطب والمخطوبة يقران بذلك، وأن ما حال دون الخاطب وإنجاز عقد زواجه بالمخطوبة هو عدم تمكنه من استجماع الوثائق المطلوبة في زواج الأجنبي من جهة ولكونه متزوج ببلده الأصلي بريطانيا ببريطانية تسمى ميلسيا ماري وأن إجراءات طلاق الطرفين جارية إلا أنها تمتد إلى سنتين، وأنه عازم على إتمام الزواج بخطيبته بعد انتهاء مسطرة طلاقه من زوجته الأولى وأنه من خلال هذا الطلب يهدف إلى المحافظة على نسب بنت الطرفين أثناء الخطبة حتى لا تتعرض للضياع.

وحيث تقضي المادة 156 من مدونة الأسرة بأنه: "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، وظهر حمل بالمخطوبة ينسب للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية:

أ- "إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء.

ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.

ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما".

كما تقضي المادة 155 من نفس القانون قبلها بأنه: "إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل وثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا".

وحيث أن مقتضيات المادتين أعلاه من اشتهاار الخطبة بين الطرفين وحمل المخطوبة أثناءها وإقرار الخطيبين بأن الحمل منهما متوافرة في نازلة الحال وهو ما ارتأت معه المحكمة الاستجابة للطلب.

وتطبيقا للفقول 1،3،32،45،50،124 و 147 من ق.م.م. والمواد 152،155 و 156 من مدونة الأسرة.

لهذه الأسباب:

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا:.... في الموضوع، بالإشهاد على إقرار الخاطب سليمان جيرارد ماك وليامس البريطاني الجنسية بأبوته وبنسب الحمل أثناء فترة الخطبة الذي نتجت عنه ولادة البنت ميا له بتاريخ 2005/7/16 من خطيبته... وبتحميل الطرفين الصائر ورفض باقي الطلبات¹.

وما يؤاخذ على هذا الحكم أن المحكمة وإن حاولت احترام أغلب الشروط المضمنة في المادة 156 من أجل إلحاق نسب البنت "ميا" إلا أنها أغفلت مراعاة موانع الزواج، حيث أن المدعى عليه كان كاتوليكي الديانة وهو ما عرقل زواجه بالمدعى عليها².

كما يلاحظ اعتماد المحكمة على مجموعة من الشهود لاشتهاار الخطبة، وغياب مفهوم الأسرتين حسب المادة 156 من مدونة الأسرة³.

¹- وعلى نفس المنوال جاء في حكم صادر عن ابتدائية مراكش قسم قضاء الأسرة أنه: "لثبوت النسب الناتج عن الشبهة كما في فترة الخطوبة يتعين توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة، ومن أهمها اشتهاار الخطبة بين أسرتي الزوجين، وموافقة ولي الزوجة عند الاقتضاء، تم إدلاء المخطوبة بما يثبت أن حملها قد حصل خلال فترة الخطبة= وإقرار الخطيبين معا بأن الحمل منهما، وأخيرا وجود ظروف قاهرة حالت دون توثيق عقد الزواج، وهي كلها شروط ينبغي أن تجتمع للقول بثبوت النسب". حكم رقم 604، في الملف عدد 2004/21، صادر بتاريخ 14 يونيو 2004 (غير منشور).

²- وهذا ما يتبين من خلال ما ورد في الحكم التمهيدي الصادر عن المحكمة بإجراء بحث مع الطرفين حيث جاء فيه أن: "الطرفان مخطوبين منذ سنتين سلفت عن تاريخه، وأنهما اعترضتهما صعوبة في إنجاز عقد الزواج لكون الزوج إنجليزي الجنسية وكان قبل أن يدخل الدين الإسلامي كاتوليكي الديانة مما عرقل الزواج بين الطرفين".

³- تنص الفقرة (أ) من المادة 156 وهي تتحدث عن شروط إلحاق النسب بالخاطب للشبهة على أنه: "أ- إذا اشتهاارت الخطبة بين أسرتيهما ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء".

وفي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط جاء فيه: "وحيث يهدف الطلب إلى إلحاق نسب الطفل أيوب لأبيه بناء على إقرار هذا الأخير، وحيث حضر المدعي والمدعى عليها وأكد أن الطفل أيوب هو ولدهما ولد على فراشهما أثناء فترة الخطوبة.

وحيث أن المادة 156 من مدونة الأسرة تنص على أنه: "إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتي الخاطب والمخطوبة ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء، وإذا تبين أن الحمل كان أثناء الخطبة، وأقر الخطيبان أن الحمل منهما ينسب للخاطب للشبهة، وتتم معايينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن وهو ما لم يتوفر في نازلة الحال مما تبقى معه الدعوى مختلة شكلا ويتعين عدم قبولها"¹.

وفي نفس الاتجاه ورد في حيثيات حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء² بأن: "الفصل 156 من مدونة الأسرة ينص على أنه: إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، وظهر حمل بالمخطوبة ينسب للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية....

وحيث إن المدعى عليه نفى قيامه بخطبة المدعى عليها ونسب الابن إليه، وحيث أن ادعاء المدعية بوقوع الخطبة غير مبرر وليس بالملف ما يثبت ذلك، وحيث أنه فضلا عن ذلك فإن المدعية أقرت بجلسة البحث المشار إلى تاريخها أعلاه أن الخطبة لم تقع إلا بعد حملها من المدعي بأربعة أشهر، وهو أمر مخالف لمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 156، وحيث أن المحكمة بناء على ما سبق تبين لها أن الشروط المنصوص عليها في المادة 156 غير متوافرة في هذه النازلة"³.

¹- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 325 في الملف عدد 05/1086/20، بتاريخ 20 مارس 2006 (غير منشور).

²- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، حكم رقم 9/21 في الملف عدد 2005/2003، بتاريخ 23 دجنبر 2005 (غير منشور).

³- وفي نفس الإطار جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش، قسم قضاء الأسرة ما يلي: "وحيث أنه فيما يخص مسألة ثبوت ابن المدعية للمدعى عليه لقيام علاقة الخطبة، فإن المشرع حدد في المادة 156 من مدونة الأسرة، الإطار القانوني لرفع هذه الدعوى والشروط التشريعية الواجب توافرها لقيامها. وهذه الشروط هي حصول الإيجاب والقبول من =الطرفين

فمن خلال هاذين الحكمين يظهر أن المحكمتين معا ردتا طلب المدعي في الحكم الأول، وطلب المدعية في الحكم الثاني الرامي إلى إلحاق الولد بوالده المدعى عليه، لأنهما لم يستطيعا إثبات الشروط المتوقف عليها هذا اللحق، والتي حددتها المادة 156.

فمجرد وجود علاقة جنسية بين طرفي النزاع لا يثبت بها النسب¹، لأن هذا الأخير يثبت بعلاقة شرعية كالزواج، أو أثناء فترة الخطبة أو الشبهة، وهذا يعني حسب أحد الفقه² أن الحمل الذي يقع خارج هذه الفترة لا يعتد به سواء كان قبلها أو بعدها، لأن الأمر يتعلق باستثناء يجب تفسيره بكيفية ضيقة³.

وجود ظروف قاهرة استثنائية منعت قيام الإجراءات المسطرية المتعلقة بتوثيق عقد الزواج، وأنه في هذه النازلة فإن المدعية وهي الملزومة قانونا بإثبات دعواها لم تدل بما يفيد قيام حالة الاستثناء المانعة من توثيق عقد الزواج الشيء الذي يجعل الشروط المستلزمة لثبوت النسب وفق النموذج القانوني المحدد في المادة 156 من مدونة الأسرة غير متوفرة في النازلة، ويلزم بذلك رفضه". حكم رقم 2274 في الملف الشرعي عدد 05/8/22 بتاريخ 4 يوليوز 2005 (غير منشور)، وجاء في حكم آخر للمحكمة الابتدائية بتطوان، قسم قضاء الأسرة أنه ما دام أن: "... المدعية لم تثبت الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة، خصوصا فيما يتعلق بإشهار الخطبة وحصول الحمل أثناء فترة الخطبة مما تكون معه الدعوى قد جاءت مخالفة للفصل 32 من قانون المسطرة المدنية ويتعين التصريح بعدم قبولها..." حكم رقم 450 في الملف عدد 18/04 صادر بتاريخ 3 يناير 2005 (غير منشور)..

¹ - وفي هذا الصدد جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالحسيمة قسم قضاء الأسرة ما يلي: "حيث أن المدعيان يهدفان من طلبهما إلحاق نسب الابن بهما، وحيث أن الابن ازداد بتاريخ 2004/12/19، وأن عقد الزواج أبرم بتاريخ 2004/08/12، أي أربعة أشهر من تاريخ العقد، وأقل من مدة الحمل التي هي ستة أشهر من إبرام عقد الزواج، وحيث أنه بمقتضى المادة 160 من مدونة الأسرة ومن خلال شروط الاستلحاق يجب أن يكون الولد المقر به معلوم النسب، وقد جاء في حاشية الدردير أنه: "إنما يستلحق الأب ولدا مجهول النسب، لا متطوعه كولد الزنا المعلوم أنه من زنا، وحيث تبين من خلال جلسة البحث أن الولد... ازداد من علاقة غير شرعية حسب إقرار المدعيين، أي ولد زنا، لا يلحق بأبيه ولو أقر به المقر وبالتالي يكون طلب المدعي غير ذي أساس، ويتعين رفضه، لهذا حكمت المحكمة بجلستها العلنية... في الموضوع برفض الدعوى وتحميل المدعيان للصائر مناصفة"، حكم رقم 650 في الملف عدد 08/170، صادر بتاريخ 25 سبتمبر 2008 (غير منشور).

² - ذ. محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 239.

³ - وفي هذا الصدد فقد ذهبت المحكمة الابتدائية بالرباط، قسم قضاء الأسرة، إلى رفض طلب المدعية بإلحاق النسب بالمدعى عليه بعدما تبين للمحكمة أن الحمل المترتب عن علاقتهما وقع قبل الخطبة، وجاء في حيثيات الحكم ما يلي: "حيث يهدف الطلب إلى ثبوت النسب وأداء النفقة حسب المفصل أعلاه، وحيث أن المدعية تركز على وجود الخطبة والخلو لإثبات =نسب الطفل ولحقه بالمدعى عليه، وحيث أن أسباب ثبوت النسب محددة قانونا في الإقرار والشبهة والزواج، وحيث أن المدعى عليه ينكر أي سبب من هذه الأسباب، ويؤكد أن الخطبة تراجع عنها قبل الإقدام عليها، وبالتالي فإن هذه الخطبة لا مجال للتأكد من خلالها من الشبهة، بل أكثر من ذلك فإن تصريحات المدعية نفسها تؤكد أن الحمل وقع حتى قبل الخطبة حسب ما أكدت بجلاسة البحث، وحيث أنه أمام إنكار المدعى عليه للعلاقة أو للمعايشة بجميع أشكالها، وأمام تصريح المدعية نفسها أن الحمل وقع قبل الخطبة فلا مجال للقول بلحق نسب الولد للمدعى عليه لعدم وجود حتى الشبهة، وحيث أنه تبعا لما سلف فإن طلب المدعية باطل، وغير مؤسس على أساس قانوني سليم، مما يستدعي التصريح برفضه وإبقاء الصائر على المدعية"، حكم ابتدائية قسم قضاء الأسرة بالرباط، حكم رقم 510 في الملف عدد 07/789/10 صادر بتاريخ 19 ماي 2008 (غير منشور).

كما أنه لا يمكن اللجوء إلى إعمال الخبرة الطبية¹ خارج مؤسسة الزواج ليتم إثبات

نسب ابن الزنا، باعتبار ذلك مخالفا للنظام العام، كما إذا تبين وجود علاقة غير شرعية بين أطراف الدعوى².

¹- يلاحظ من خلال الكثير من القرارات والأحكام القضائية أن القضاء المغربي يعتمد نهج المشرع الفرنسي فيما يخص ترتيب نتائج رفض الرجل الخضوع للخبرة الجينية أو عدم الامتثال لموعد إجرائها لاحقا، حيث يعتبر ذلك إقرارا منه بلحوق النسب به، وهكذا جاء في إحدى حيثيات قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 29 ماي 2006 أن: "عدم حضور المستأنف لدى الجهة المكلفة بإنجاز الخبرة الجينية المأمور بها رغم استدعائه ودون إدلائه بأي عذر مقبول يعتبر إقرارا منه بنسب الابن". قرار رقم 1177 في الملف عدد 2003/1698 وقد ورد نفس التوجه في حيثيات قرار آخر لنفس المحكمة جاء فيه: "...وحيث أن النسب يثبت بالظن، والبنوة الأصل فيها أنها شرعية إلى أن يثبت العكس، واعتبارا لما سبق تفصيله، من ملاسبات النازلة... ورفض المستأنف عليه الحضور لإجراء الخبرة الجينية المأمور بها فإن الأصل يبقى هو الثابت، واستبعاد نسب الولد... هو الاستثناء والذي لم يسع المتمسك به إلى تأكيده، وبالتالي فهو غير ثابت". قرار 341 في الملف عدد 2005/300، أورد القراران خالد برجاوي، تطور قواعد النسب في القانون المغربي، الندوة الجهوية الثانية التي انعقدت بالقصر البلدي بمكناس تحت عنوان "قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى". مرجع سابق ص262.

²- جاء في حكم للمحكمة الابتدائية ببركان ما يلي: "حيث تستهدف المدعية من طلبها استصدار حكم يقضي بثبوت نسب ابنتها لوالدها مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحمله الصائر والإجبار في الأقصى. وحيث التمسست النيابة العامة تطبيق القانون وحيث أجاب المدعى عليه بواسطة دفاعه وأثناء جلسة البحث بأن البنت... ولدت من علاقة غير شرعية كانت تجمعه مع المدعية ولا يمكن إلحاقها بنسبه. وحيث أسست المدعية طلبها على مقتضيات المادة 158 من مدونة الأسرة على اعتبار أن المدعى عليه أقر ببنوة البنت... بمحضر الضابطة القضائية المرفق بطلبها وحيث تبين للمحكمة من خلال تصريحات المدعية بجلاسة البحث وتصريحات المدعى عليه المدونة بمحضر الضابطة القضائية على أن المدعى عليه تقدم لخطبة المدعية وأنه كان يعاشرها معاشرة الأزواج، مدة ثلاث أشهر وأنجب معها البنت رجا إلا أن إمكانياته المادية حسب تصريحه هي التي منعت من توثيق الزواج وحيث أن الخبرة الطبية المنجزة من طرف مختبر الشرطة العلمية أثبتت بنوة الطفلة للمدعى عليه، وحيث أن خاسر الدعوى يتحمل صائرها... لهذه الأسباب حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا في الموضوع... ثبوت نسب البنت للمدعى عليه.. وبقاء الصائر على عاتق المدعى عليه ورفض الباقي". حكم ابتدائية قسم قضاء الأسرة ببركان، حكم رقم 2006/350 في الملف عدد 04/271 بتاريخ 13 أبريل 2006، (غير منشور).

وما يلاحظ على هذا الحكم أن المحكمة الابتدائية ببركان اقتصرَت على ثبوت الحمل أثناء فترة الخطبة، دون الاعتداد بعنصر اشتهار الخطبة بين أسرتي الخطيبين، والظرف القاهر الذي حال دون توثيق عقد الزواج، وقد اعتمدت المحكمة على الخبرة الطبية لإثبات نسب المدعى عليه.

وهذا يعني أن شرط حصول الحمل أثناء فترة الخطبة بين الطرفين يعتبر من أهم الشروط التي يمكن بمقتضاها الحكم بإثبات النسب للخطب، بحيث إذا انتفى هذا الشرط لا يمكن الحكم بإلحاق النسب الناتج عن الخطبة، وهذا ما سار عليه المجلس الأعلى عندما ذهب في قرار حديث له إلى أن: "المحكمة كانت على صواب لما رفضت الحكم بإلحاق النسب بعله أنه لا مجال لتطبيق مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، بما في ذلك إجراء الخبرة الطبية لما ثبت لها عدم حصول الخطبة بين الطرفين" قرار عدد 264 بتاريخ 26/02/2006 في الملف رقم 607/02/01/2005، قرارات المجلس الأعلى، أهم القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الجزء الأول، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007.

كما أنه لا يمكن اللجوء إلى إجراء الخبرة الطبية إلا أثناء فترة الخطبة المستجمعة لشروطها أو في إطار رابطة زوجية قائمة، وفي هذا الصدد قرر المجلس الأعلى بأن: "انعدام الإيجاب والقبول ومنازعة المستأنف عليه في الحجج المدلى بها من طرف المدعية يجعل الشروط المتطلبة في المادة 156 منتفية، وبالتالي فإن طلب الجهة المستأنفة الرامي إلى إثبات النسب بواسطة خبرة الحامض النووي غير مبرر الشيء الذي ينبغي معه التصريح برفضه"، قرار رقم 210-2010 في الملف رقم 613/2006، مجلة المحاكم المغربية، عدد 111، نوفمبر- دجنبر 2007، ص: 168 وما بعدها.

وهذا ما قصدته محكمة الاستئناف بالحسيمة¹ عندما أيدت حكما للمحكمة الابتدائية بنفس المدينة قضى بعدم الاستجابة لطلب المستأنفة إجراء الخبرة الطبية لمولودها الذي تدعي أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية مع المدعى عليه، وقد جاء في حيثيات قرار محكمة الاستئناف ما يلي: "حيث تعيب المستأنفة على الحكم المطعون فيه عدم أخذه بعين الاعتبار ظروف القضية وصدوره دون إجراء بحث بين الطرفين، وعرض المستأنف عليه والمولودة على خبرة طبية. وحيث أن المحكمة باستعراضها لمناحي الاستئناف ووثائق الملف تبين لها أن ما تم أخذه على الحكم الابتدائي ليس في محله ذلك أن المستأنفة تقر بأنها كانت على علاقة جنسية غير شرعية مع المستأنف عليه، ونتج عن ذلك حمل، ولا يجوز إعمال الخبرة الطبية خارج إطار مؤسسة الزواج ليتم إثبات نسب ابن الزنا باعتبار ذلك مخالفا للنظام العام.

وحيث إنه تبعا لما ذكر أعلاه، تبقى دفعات المستأنفة بدون أساس ويكون الحكم الابتدائي قد صادف الصواب فيما قضى به ويتعين تأييده وتبني حيثياته لصوابيتها، وحيث إن الصائر يبقى على عاتق المستأنفة".

وفي نفس الإطار ذهب المجلس الأعلى² إلى تأييد قرار لمحكمة الاستئناف بالجديدة، رفضت بمقتضاه طلبا بإلحاق النسب بالمدعى عليه بعلّة أنه لا مجال لتطبيق مقتضيات المادة 156 بما في ذلك إجراء الخبرة الطبية، بعدما تبين للمحكمة أن العلاقة المزعومة بين الطرفين مجرد علاقة فساد، وليست خطبة وذلك بناء على قرار جنحي³.

¹- قرار محكمة الاستئناف بالحسيمة، قرار رقم 458 في الملف الشرعي عدد 2007/7/243، صادر بتاريخ 2 أكتوبر 2007 (غير منشور).

²- قرار المجلس الأعلى رقم 264 في الملف الشرعي 2005/1/2/607، صادر بتاريخ 26 أبريل 2006، أورده ذ. إبراهيم بحماني، من أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة سلسلة الندوات، عدد 2، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحصيلة والمعوقات، مرجع سابق ص: 178.

³- وفي هذا الصدد ذهب المجلس الأعلى إلى نقض قرار لمحكمة الاستئناف بورزازات ذهبت فيه: "إلى إلحاق النسب بالمدعى عليه، وعلل المجلس الأعلى قراره بأن الولد ازداد بعد شهرين من تاريخ العقد، كما أن الطرفين لم يثبتا أنهما مخطوبان ولم يقر المدعى عليه بالولد"، قرار رقم 104 في الملف الشرعي عدد 2004/1/2/666، أورده ذ. إبراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، مرجع سابق من ص: 423 إلى ص: 426.

حيث جاء في حيثيات القرار أنه: "بمقتضى المادة 156 من مدونة الأسرة، فإنه من ضمن شروط إلحاق النسب بالخاطب للشبهة ثبوت الخطبة الناتج عنها الحمل، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عللت قرارها المؤيد للحكم الابتدائي القاضي برفض طلب إلحاق النسب بالمطلوب بعلّة أنه لا مجال لتطبيق مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، بما في ذلك إجراء خبرة لما ثبت لها من عدم حصول الخطبة بين الطرفين، وأن العلاقة المزعومة الناتج عنها الحمل موضوع النزاع مجرد علاقة فساد، حسبما تثبته وقائع القرار الجنحي الصادر في 04/5/21 ملف 04/7/28، وحسب ما استخلصته في إطار سلطتها من شهادة الشهود الذين وقع الاستماع إليهم في المرحلة الابتدائية، وبذلك تكون قد أسست قضاءها على أساس قانوني صحيح وعللته بما فيه الكفاية لذلك يتعين رفض الطلب".

وهو ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء¹ عندما قضت بعدم لحوق النسب، لأن المدعية لم تثبت وقوع خطبة بينها وبين المدعى عليه كما أن الشاهدة الوحيدة التي استمعت إليها المحكمة لم تشهد بوقوع الخطبة بل صرحت أنها كانت على علم بوجود علاقة جنسية بين طرفي النزاع فقط².

وهو نفس التوجه الذي ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بمراكش³ وأيد هذا الاتجاه المجلس الأعلى في أحد قراراته الذي جاء فيه بأنه ما دام: "أن المطلوبة لم تثبت ما يفيد وجود خطوبة فيما بينها وبين الطالب فضلا على أن الحمل الذي ظهر خلال الفترة السابقة للعقد على فرض

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 10441 في الملف الشرعي عدد 33/1303 بتاريخ 16 نونبر 2006 (غير منشور).

² - وفي نفس المنوال جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش، قسم قضاء الأسرة ما يلي: "حيث تأكد للمحكمة من خلال البحث المشار إليه أعلاه أن حمل المدعية، وأن نسبته للمدعي كان قبل الخطبة بتصريحها هي نفسها، بالإضافة إلى تأكيد ذلك من طرف الشاهدين المستمع إليهما بجلسة البحث، بل إن المدعى عليها أكدت أنها كانت تعاشر المدعي معاشرة الأزواج حتى قبل الخطبة، وحيث إن مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، وإن جاءت لحماية النسب الذي يظهر بالمخطوبة المشتهر خطبتها فإنها اشترطت أن يكون الحمل الذي ينسب للخاطب للشبهة قد تم أثناء الخطبة لا قبلها"، حكم رقم 1132 في الملف الشرعي عدد 03/08/1928 صادر بتاريخ 14 يونيو 2004 منشور بمجلة المناهج، عدد مزدوج 7-8 لسنة 2005، من ص:229 إلى 239.

³ - حكم المحكمة الابتدائية بمراكش، رقم 2460 في الملف عدد 05/8/523 صادر بتاريخ 28 يوليوز 2005 (غير منشور).

أنها فترة خطوبة فإنه لا يلحق بالطالب إلا بإقراره... والطالب لم يقر به، والمحكمة لما أسست قضاءها على خلاف ما ذكر تكون قد خرقت مقتضيات المادتين 154 و 156 وعللت قرارها تعليلا ناقصا والذي هو بمثابة انعدامه وعرضت قرارها للنقض¹.

فمن خلال هذا القرار يتبين بأن المجلس الأعلى اعتبر أن محكمة الاستئناف لم تكن على صواب عندما حكمت بإلحاق النسب رغم أن المطلوبة لم تثبت ما يفيد وجود خطوبة بينها وبين الطالب، غير أن ما أثار انتباهي في هذا القرار هو قول المجلس الأعلى أنه: "فضلا على أن الذي ظهر بها خلال الفترة السابقة للعقد على فرض أنها فترة خطوبة، فإنه لا يلحق بالطالب إلا بإقراره... والطالب لم يقر".

وهذا يعني أنه حتى ولو أثبتت المدعية أن الحمل حدث في فترة الخطبة فإن المجلس الأعلى لن يحكم بإلحاق النسب لأن المدعى عليه لم يقر به، وغني عن البيان أن الفقرة الخامسة من مدونة الأسرة نصت على اللجوء للخبرة الطبية في حالة إنكار الخاطب للحمل، وهو ما تسيير عليه مجموعة من المحاكم² من بينها محكمة الاستئناف بوجدة³ حيث جاء في إحدى حيثيات قرارها ما يلي: "... وحيث إن إنكار الخاطب الحمل لا يحول دون اللجوء إلى

¹ - قرار المجلس الأعلى، رقم 201، في الملف الشرعي عدد 1216/2005 صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى، بتاريخ 8 مارس 2006، منشور بمجلة المحاكمة، العدد الأول، من ص: 132 إلى ص: 134.

² - ومن بين محاكم أقسام قضاء الأسرة التي أخذت بالخبرة الطبية في الأحكام الصادرة عنها في هذا الصدد نجد: - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء قرار رقم 1807 في الملف عدد 2002/1903 صادر بتاريخ 28 يونيو 2005 (غير منشور).

- قرار محكمة الاستئناف بوجدة، قرار رقم 55، في الملف عدد 2005/8/877 بتاريخ 11 غشت 2005 (غير منشور).
- حكم المحكمة الابتدائية بوجدة، حكم رقم 2961، في الملف رقم 04/270، بتاريخ 21 يونيو 2007 (غير منشور).
- حكم المحكمة الابتدائية ببركان، حكم رقم 1093، في الملف عدد 04/463 بتاريخ 29 دجنبر 2005 (غير منشور).
- حكم المحكمة الابتدائية ببركان، حكم رقم 05/58 في الملف عدد 04/463 بتاريخ 5 ماي 2005 (غير منشور).
- حكم المحكمة الابتدائية ببركان، حكم رقم 786 في الملف عدد 04/271 بتاريخ 13 أبريل 2006 (غير منشور).
- حكم المحكمة الابتدائية بمراكش، حكم رقم 786 في الملف عدد 04/8 /1612 بتاريخ 10 أبريل 2006 (غير منشور).
- حكم المحكمة الابتدائية بمراكش، حكم رقم 2567، في الملف عدد 2005/8/877 بتاريخ 11 غشت 2005 (غير منشور).
- حكم المحكمة الابتدائية بسيدي بنور، حكم رقم 758 في الملف عدد 2004/423 (غير منشور).
- حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، حكم رقم 7198 في الملف عدد 03/619 بتاريخ 24 أكتوبر 2005 (غير منشور).
- حكم المحكمة الابتدائية بابن سليمان، حكم رقم 05/509 في الملف عدد 04/938، بتاريخ 9 فبراير 2005 (غير منشور).
³ - قرار محكمة الاستئناف بوجدة، قرار رقم 601 في الملف عدد 06-65 صادر بتاريخ 17 شتنبر 2008 (غير منشور).

جميع الوسائل الشرعية لإثبات النسب ومنها الخبرة الوراثية، وحيث أن هذه المحكمة في هذا الإطار أمرت تمهيداً بإجراء خبرة جينية للتأكد من نسب الولد من عدمه للمستأنف، حيث أنجز التقرير بتاريخ 2008/03/03 خلص في نهايته بأن الولد ولد المستأنف عليها هو ابن المستأنف، وحيث أن الخبرة المذكورة قطعية ودقيقة وقد طالب بإجرائها المستأنف وأثبت لحق الولد المذكور بالمستأنف¹ وبالتالي فالجملة التي وردت في قرار المجلس الأعلى توحى بتشده في إثبات النسب الناتج عن الخطبة².

إلا أن المجلس الأعلى سرعان ما غير موقفه من التوجه السالف الذكر، حيث نقض قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش لم يراعي اشتهاار الخطبة بين الخطيبين، وإقرارهما بالحمل، وذهب إلى إلحاق النسب بالخاطب دون اللجوء إلى إعمال الخبرة الطبية، حيث جاء في قرار المجلس الأعلى³ ما يلي: "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه ذلك أنه لئن

¹ - جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بمراكش، قسم قضاء الأسرة أنه: "بناء على الحكم التمهيدي... والقاضي بإجراء خبرة طبية على البنت... وتحديد ما إذا كانت ابنة للمدعى عليه أنجزت من البروفيسور... الذي خلص في تقريره إلى القول بأن تحاليل البصمات الجينية المستعملة في هذه الخبرة أثبتت علاقة قرابة بين الطفلة.. موضوع الخبرة والسيدة... كأم والسيد... كأب... بيولوجي..." حكم رقم 786 في الملف الشرعي عدد 04/8/1612 بتاريخ 10 أبريل 2006 (غير منشور).

² - ولعل أبرز قضية عرضت على أنظار القضاء المغربي، في ميدان النسب والتي أثارت جدلاً كبيراً داخل المغرب وخارجه، قضية السيد بلخديم والذي حكمت له محكمة المنازعات العليا بمولهور (Tribunal de grande instance de Mulhouse) بفرنسا بنفي نسب البنت... من مطلقة السيدة... وذلك اعتماداً على تحاليل البصمة الوراثية، وأثناء سريان الدعوى أمام القضاء الفرنسي لجأت مطلقة إلى المحكمة الابتدائية بالجديدة طالبة الحكم لها بمستحققاتها ومستحققات ابنتها، ورغم أن المحكمة الابتدائية بالجديدة استجابت لطلب السيد بلخديم الرامي إلى إيقاف البث في القضية إلى أن تقول محكمة مولهور كلمتها مستنداً في ذلك إلى مقتضيات الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي الموقعة بالرباط في 10/08/1981 خاصة الفصل 11 منها في فقرته الأخيرة التي تنص على أنه في حالة: "إذا قدمت دعوى أمام محكمة إحدى الدوليتين وقدمت ثانية بين نفس الأطراف وفي نفس الموضوع أمام محكمة الدولة الأخرى فيجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى الثانية أن ترجى البث فيها"، إلا أنها استبعدت الحكم الصادر عن القضاء الفرنسي والقاضي بنفي نسب البنت... إلى السيد بلخديم، وأيدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي وسايرهما في ذلك المجلس الأعلى المنعقد بجميع غرفه معللاً قراره بمخالفة الحكم الفرنسي للنظام العام استناداً إلى الفصل 4 من المقتضيات العامة للاتفاقية المغربية الفرنسية المذكورة أعلاه والذي ينص على أنه: "لا يمكن العدول عن تطبيق قانون إحدى الدولتين المحدد بمقتضى هذه الاتفاقية من طرف محاكم الدولة الأخرى إلا إذا كان منافياً بصورة واضحة للنظام العام". قرار المجلس الأعلى عدد 658 في الملف الشرعي عدد 2003/1/2/556، صادر بتاريخ 30 دجنبر 2004، أورده ذ. أحمد زوكاغي، إثبات النسب وقيمة الحكم الأجنبي أمام القضاء الوطني، قراءة في حكم الغرف المجتمعة بالمجلس الأعلى رقم 658 بتاريخ 30 دجنبر 2004، جريدة العلم، العدد 20364 السنة 60، 10 مارس 2006، ص:6، ويراجع أيضاً التعليق على القرار المذكور لنفس الأستاذ بمجلة المناهج، عدد مزدوج 9 و 10، مرجع سابق، ص: 128.

³ - قرار المجلس الأعلى في الملف الشرعي عدد 2006/1/2/282، صادر بتاريخ 18 أبريل 2007، أورده أستاذنا إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، الجزء الأول، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص: 273 و 274.

كانت المادة 156 من مدونة الأسرة تجيز لحوق نسب حمل المخطوبة للخاطب للشبهة فإن ذلك رهين باشتهار الخطبة بين أسرتيهما وإقرار الخطيبين معا بأن الحمل منهما أو بثبوت وقوعه أثناء الخطبة والطاعن أنكر في سائر مراحل التقاضي أن يكون الحمل منه، كما أن الشهود المستمع إليهم من طرف المحكمة استقى معظمهم علمهم بالخطوبة عن طريق السماع والمحكمة لما قضت بثبوت نسب البنت إلى الطاعن أمام إنكاره دون اللجوء إلى الوسائل القانونية في إثبات النسب المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 156 من مدونة الأسرة تكون قد أساءت تطبيق مقتضيات المادة المحتج بها مما يعرض قرارها للنقض".

وهكذا وبعد أن تطرقت لاتجاه المحاكم التي تتشدد في تعاملها مع الشروط الواردة في المادة 156 من مدونة الأسرة، فإنني سأنتقل لإبراز اتجاه لمحاكم أخرى تتعامل بنوع من المرونة مع هذه الشروط، بحيث تغفل بعضها، وتركز على البعض الآخر، وأحيانا تكتفي بثبوت الخطبة بواسطة شهادة الشهود، لتنتقل إلى الحكم بإجراء خبرة طبية تثبت العلاقة البيولوجية بين المولود والخاطب.

الفترة الثانية: الاتجاه المكتفي بتوفر بعض شروط المادة 156 من مدونة الأسرة.

يذهب هذا الاتجاه القضائي وهو يبتغي إلحاق النسب الناتج عن الخطبة إلى التعامل بمرونة مع مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، حيث يكتفي بتوفر بعض شروطها، ويغفل عن بقية الشروط الأخرى.

وهكذا جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالجديدة ما يلي: "وحيث أنه فضلا عن شهادة الشهود الذي أكدوا واقعة الخطبة فإن هناك قرائن قوية تفيد قيام علاقة شرعية بين الطرفين، فمن خلال محضر الدرك الملكي، سبق أن صرح فيه المدعي خلال الاستماع إليه بأن المدعية زوجته... ثم إن محضر المعاينة والاستجواب المنجز من طرف العون القضائي تبين من خلاله إقامة الطرفين ببيت واحد لمدة سنة وأربعة أشهر وحيث إن المحكمة قضت بإجراء

خبرة طبية خلص من خلالها الدكتور في تقريره إلى أن علاقة القرابة بين الطفلين التوأمين ... والسيد... كأب بيولوجي ثابتة¹.

ففي هذا الحكم لم تشر المحكمة إلى الظروف القاهرة التي حالت دون توثيق عقد الزواج، ولا إلى تاريخ إتمام الخطبة لاحتمال أجل الحمل وهل تم أثناء الخطبة أم قبلها، بل اكتفت بإثبات الخطبة بواسطة الشهود وانتقلت مباشرة لإثبات العلاقة البيولوجية بين الأب وأبنائه بواسطة الخبرة الطبية.

وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية بتطوان² ذهبت فيه إلى أنه ما دام: "أن المدعية طالبت الحكم لها بثبوت نسب الولد إلى المدعى عليه... وحيث أنه بعد اطلاع المحكمة على مضمون رسم لفيف للاشتهار بالخطبة الذي يشهد شهوده بمعرفتهم للمدعية والمدعى عليه، وبكون الخطبة اشتهرت بينهما بالخاص والعام وعلى مرأى ومسمع من الجميع... يتبين إذن أن الخطبة قد اشتهرت بين الطرفين..

وحيث أن الثابت من تاريخ ازدياد النسب، أن الحمل الذي أفضى إلى ولادتها حصل أثناء الخطبة، فإنه تطبيقاً لمقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، يتعين الحكم بثبوت نسب البنت إلى والدها المدعى عليه".

والملاحظ أن هذا الحكم اعتمد على شهادة اللفيف للتأكد من اشتهار الخطبة، لكن ذلك لا يعني أنه لا بد من شهادة اللفيف لإثبات اشتهار الخطبة لأن وسائل اشتهار هذه الأخيرة تختلف باختلاف العادات والتقاليد المتبعة من منطقة لأخرى³.

وفي نفس الإطار جاء في حيثيات حكم للمحكمة الابتدائية بميسور¹ وهي تنظر في دعوى إلحاق نسب المولود بالخاطب ما يلي: "حيث التمسست المدعية الحكم بلحوق نسب

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالجديدة، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 07/258 في الملف عدد 05/804 بتاريخ 7 مارس 2007 (غير منشور).

² - حكم المحكمة الابتدائية بتطوان، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 1164 في الملف عدد 2004/19 صادر بتاريخ 21 فبراير 2005 (غير منشور).

³ - ذ. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 376.

الطفل... للمدعى عليه... لكون المنوب عنها كانت مخطوبة له لمدة سنتين مع النفاذ المعجل وتحمله الصائر، وحيث أن الخطبة تمت واشتهرت بين الناس لمدة خمس سنوات حسب شهادة الشاهد المسمى... والذي صرح بعد نفيه لموانع الشهادة وأدائه اليمين القانونية أن المدعى عليه صرح أمامه بعد ازدياد الابن أنه له، وهذا يعد قرينة على أن الابن ازداد داخل فترة الخطوبة، وحيث أمام إنكار الزوج لذلك فإن المحكمة ترى اللجوء إلى خبرة قضائية طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 156 وكذا المادة 158 من مدونة الأسرة".

وما يؤخذ على هذا الحكم أن قضاة المحكمة لم يكلفوا أنفسهم عناء البحث عما إذا كان الحمل قد ازداد أثناء فترة الخطبة أم لا، بل اكتفوا بشهادة شاهد واحد، كما يلاحظ غياب مفهوم الأسرتين وعدم التطرق للطرف القاهر الذي حال دون توثيق عقد الزواج.

لذا كان على المحكمة حسب رأيي المتواضع أن تراعي تحقق شروط المادة 156 قبل اللجوء إلى إجراء الخبرة الطبية أمام إنكار الخاطب للحمل².

وما قيل عن المحكمة الابتدائية بميسور ينطبق كذلك على المحكمة الابتدائية ببركان³ حيث ذهبت هذه الأخيرة إلى الأمر بإجراء الخبرة الطبية أمام إنكار المدعى عليه دون أن تجري بحثاً للتأكد من توفر شروط المادة 156 حيث أغفلت الإيجاب والقبول، واشتهار الخطبة

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بميسور، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 05/24 في الملف عدد 04/313، صادر بتاريخ 28 فبراير 2005 (غير منشور).

² - وسندي في ذلك، ما ذهب إليه المجلس الأعلى عندما نقض قرارا لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء ذهبت فيه هذه الأخيرة إلى إجراء الخبرة الطبية اعتماداً على رفض المدعى عليه دون التحقق من شروط المادة 156 من مدونة الأسرة وهو قرار سبق التطرق إليه سابقاً، قرار المجلس الأعلى في الملف الشرعي عدد 2007/1/2/32 بتاريخ 16 يناير 2008، أورده أستاذنا إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، الجزء الأول، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق من ص: 275 إلى ص: 277.

³ - حيث جاء في حيثيات ابتدائية بركان، قسم قضاء الأسرة ما يلي: "وحيث نصت المادة 156 من مدونة الأسرة على أنه إذا ظهر حمل بالمخطوبة في فترة الخطبة فإن الحمل ينسب للخاطب للشبهة بشروط، فإن أنكر الخاطب أن يكون الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب والتي من بينها الخبرة القضائية، وحيث أن المحكمة لا تتوفر على العناصر الكافية للبت في النزاع والحسم فيه مما ارتأت معه إجراء خبرة طبية على ابن المدعية المزداد في 2003/1/16 وعلى المدعى عليه للتأكد من ثبوته له أو عدمها"، حكم رقم 05/58 في الملف رقم 04/463 بتاريخ 5 يونيو 2005 (غير منشور).

بين الأسرتين، وإقرار الخطيبين بأن الحمل منهما، والظروف القاهرة التي حالت دون توثيق عقد الزواج¹.

وهناك من المحاكم من تكتفي بإقرار الخطيبين بأن الحمل منهما لإلحاق النسب الناتج عن الخطبة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بوجدة² حيث جاء في حكم لها ما يلي: "حيث أن المدعي استهدف من دعواه الحكم بثبوت نسب البنت سميرة إليه، والإذن لضابط الحالة المدنية بتسجيلها بكناش الحالة المدنية الخاص به، وحيث أن الثابت من وثائق الملف ومن تصريحات الطرفين أن ازدياد البنت المذكورة كان بتاريخ 05/04/23 وأن عقد زواجهما كان بتاريخ 05/02/11.

وحيث أن الطرفين قد أقرّا بأنهما خلال فترة الخطبة وقع اتصال بينهما نتج عنه حمل البنت المذكورة، وحيث أن النسب يثبت بالوسائل التالية: الإقرار والشبهة، وحيث أنه تطبيقاً للفصل 153، 156 و 160 من مدونة الأسرة، وحيث أنه اعتباراً لما سلف بيانه تكون البنت المذكورة قد ازدادت من صلب المدعي أعلاه وأمه، وحيث يترتب عن ذلك الإذن لضابط الحالة المدنية لجماعة سيدي بوبكر بتسجيل البنت المذكورة بسجلات الحالة المدنية للجماعة المذكورة، وبكناش الحالة المدنية الخاص بالمدعي وحيث يتحمل المدعي الصائر قانوناً". وجاء في حكم للمحكمة الابتدائية بطنجة ما يلي: "وحيث علل الطرفان الطلب بأنه أثناء إعداد الوثائق اللازمة لتوثيق الزواج حصل الاختلاط والخلوّة ونتج عنها الحمل، وحيث تبين أنه طبقاً للفصول 152، 156 و 160 من مدونة الأسرة فإن النسب يلحق بإقرار الأبوين وبالشبهة في الحمل الناتج خلال مرحلة الخطوبة، الأمر الذي يتعين معه التصريح بقبول الطلب³.

¹ - جاء في المقال الافتتاحي الذي تقدمت به المدعية بأن المدعي عليه خطبها منذ سنوات بحضور أفراد عائلتها ووضعت مولودها... وأنكر الخاطب وأبدى استعداده لإجراء الخبرة الطبية للتأكد من الطفل المنسوب إليه.

² - حكم المحكمة الابتدائية بوجدة، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 06/663 في الملف عدد 05/559 صادر بتاريخ 20 فبراير 2006، (غير منشور).

³ - حكم المحكمة الابتدائية بطنجة، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 1216 في الملف عدد 05/1067 صادر بتاريخ 16 يونيو 2005 (غير منشور).

وما يلاحظ على هاذين الحكمين، أنهما اعتمدا معا على وجود الخطبة وإقرار الخطيبين بأن الحمل منهما لإثبات النسب الناتج عن الخطبة، وأغفلت المحكمتين الإشارة إلى الظرف القاهر الذي حال دون توثيق عقد الزوج، واشتهار الخطبة بين الأسرتين¹.

وفي نفس الإطار ذهبت المحكمة الابتدائية ببركان² إلى إثبات نسب الطفل للخطاب بعد إنكار هذا الأخير للحمل اعتمادا على نتائج الخبرة الطبية بعدما تبين لها وجود الخطبة بين الطرفين ووقوع الحمل أثناء مرحلة الخطوبة، فيما أغفلت المحكمة اشتهاار الخطبة بين الأسرتين، وعدم إبراز الظرف القاهر الذي حال دون توثيق عقد الزواج.

¹ - وفي مقابل هذا التوجه هناك حكم للمحكمة الابتدائية بتطوان قسم قضاء الأسرة، أشارت فيه إلى مسألة اشتهاار الخطبة بين الخطيبين وإقرارهما بالحمل والظرف القاهر الذي حال دون توثيق عقد الزواج حيث جاء في حيثيات الحكم ما يلي: "حيث أكد الشهود الذين استمعت إليهم المحكمة وجود واقعة الخطبة بين الطرفين وذلك خلال سنة 1998، وكذا إشهار الخطبة بين الأسرتين، وأن أفراد عائلة المدعية الثانية زاروا أفراد عائلة المدعى الأول وأنه بمنزل هذا الأخير تمت الخطوبة، وحيث أقر الخطيبان بأن الولد المدعو ... من صلبهما.

وحيث أنه لثبوت توافر الشروط المشار إليها في المادة 156 من مدونة الأسرة، واعتبارا لكون الطرفين لم يستطيعا توثيق زواجهما بسبب تعذر حصول المدعية على الوثائق اللازمة وفق ما ادعته، فإنه تطبيقا لمقتضيات المادة 156 يتعين الحكم بثبوت نسب الجنين... لوالدها المدعى عليه". حكم رقم 190 في الملف عدد 11/05/1406 صادر بتاريخ 15 فبراير 2007 (غير منشور)، وفي حكم آخر لنفس المحكمة اعتمدت فيه حصول الحمل في فترة الخطبة، والظرف القاهر وإقرار الخطيبين بالحمل من أجل إلحاق نسب الطفل بالمدعى عليه، حكم رقم 157 في الملف عدد 13/05/703 صادر بتاريخ 17 أكتوبر 2005 (غير منشور).

² - وقد جاء في حيثيات حكم للمحكمة الابتدائية ببركان، قسم قضاء الأسرة بأن: "من الشروط التي استلزمها المادة 156 من مدونة الأسرة، إقرار الخطيبين بأن الحمل منهما، وذلك حتى يثبت نسب الحمل للخطيب وبأن إقرار المدعية دون المدعى عليه يجعل إثبات النسب يفتقر إلى إقرار الخطيب الشيء الذي لا يمكن معه والحالة هاته إثبات نسب المولود إليه والتمس أساسا رد الدعوى واحتياطيا الأمر بإجراء خبرة طبية جينية لتحديد علاقة المدعى عليه بالبنات سلمى مع حفظ حقه في الملاحظة والتعقيب، وبناء على إدراج القضية بجلسة 17-05-2007 أدلى نائب المدعية بمذكرة تأكيدية ضمنها بأن وقع المدعى عليه غير مؤسس وبأن المادة 156 من مدونة الأسرة في فقرتها الأخيرة تنص على أنه في حالة إنكار الخطاب أن يكون الحمل منه يتم اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية لإثبات النسب.

وبناء على إدراج القضية بتاريخ 24-05-2007 قررت المحكمة إجراء خبرة طبية عهدت بها إلى المختبر الوطني للشرطة العلمية بولاية الأمن بالدار البيضاء وذلك قصد إجراء التحليلات والفحوصات الضرورية على المدعى عليه والبنات سلمى للتمكن من معرفة ما إذا كانت هذه الأخيرة من صلب المدعى عليه، وبناء على إدراج القضية بجلسة 07-02-2008 حضرها نانبا الطرفين وألقي بالملف تقرير الخبرة الطبية الذي تم الانتهاء فيه إلى ثبوت بنوة الطفلة للمسمى.... ولهذه الأسباب حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا... في الموضوع... ثبوت نسب البنات المسماة ... المزدادة بتاريخ 04-07-2006 للمدعى عليه... مع تحميله الصائر ورفض الباقي". حكم رقم 08-665 في الملف عدد 06-884 بتاريخ 8 يونيو 2008 (غير منشور).

وفيما يخص إبطال عقد الزواج على أساس أنه تم والزوجة حامل¹ يلاحظ وجود تضارب بين محاكم الموضوع في هذا الصدد، فغالبا ما يسارع الخطيبين إلى إبرام عقد الزواج بمجرد اكتشاف الحمل، الأمر الذي يعرض هذا الزواج للبطلان، إذا ما تم وضع الطفل داخل أقل من ستة أشهر من تاريخ إبرام العقد.

وهكذا جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالحسيمة² وهي تنتظر في دعوى تقدم بها المدعيان يلتزمان بمقتضاها الحكم بإلحاق نسب بنت أثناء فترة الخطبة جاء فيه: "وحيث إن المدعيان يهدفان من طلبهما الحكم بإلحاق نسب البنت... لأبيها... وحيث أن وسائل إثبات النسب حسب المادة 152 من مدونة الأسرة الإقرار.

وحيث تمت الخطبة من خلال ما راج في وثائق الملف وأثناء جلسة البحث، تبين أن المدعي لم يجامع امرأة في الحرام بل أكد كل من الزوج والزوجة أن العلاقة التي جمعت بينهما علاقة شرعية، إلا أن إبرام عقد الزواج الذي هو إجراء شكلي تم بعد أن ازدادت لهما البنت.

¹ - يذهب أحد الباحثين وهو يتحدث عن مدى إمكانية إبطال عقد الزواج على أساس أنه تم والزوجة حامل إلى التمييز بين حالتين: "أولها الحالة التي تستجمع فيها الخطبة عناصر وشروط المادة 156 من مدونة الأسرة فهنا لا يحق فسخ الزواج المبرم والموثق لأن الأمر يتعلق بزواج غير موثق في البداية ووثق انتهاء باكتمال تحقق شروط المادة 156، فهنا لا يجوز للزوج المطالبة بفسخ الزواج استنادا إلى أن الغاية من تقرير هذه القاعدة هو المحافظة على عدم اختلاط الأسباب وهي حالة غير متوفرة لأن الحمل ينسب للخاطب، وثانيهما الحالة التي لا تتوفر فيها شروط المادة 156 وهنا يتعين التصريح ببطلان عقد الزواج لوجود مانع مؤقت بالزوجة، وهو أنها كانت حاملا عند العقد عليها"، يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مرجع سابق ص: 104 و 105، ويراجع أيضا:

- الخليل الدعايكر، النسب الناتج عن الخطبة في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2006/2007، ص: 100 و 101.

² - حكم المحكمة الابتدائية بالحسيمة، قسم قضاء الأسرة حكم رقم 522 في الملف عدد 05-311 صادر بتاريخ 21 يوليوز 2005 (غير منشور).

وحيث إنه تطبيقاً للمادة 162 من مدونة الأسرة أدلى المقر بخط اليد يقر من خلاله بأن البنت... من صلبه وابنته، وحيث أنه بناء على العلل المذكورة أعلاه يكون نسب البنت لأبيها ثابت بإقراره، ويتعين تحميل المدعي الصائر¹.

يتبين من خلال هذا الحكم أن المحكمة اعتمدت كأساس لإثبات نسب البنت للمدعين على وجود الخطبة واشتعارها بين أسرتيهما وإقرار الخطيبين بالنسب، دون التطرق للطرف القاهر الذي حال دون توثيق عقد الزواج وأكثر من ذلك فالمحكمة لم تقم بإبطال عقد الزواج، لأنه تم العقد مع مانع مؤقت وهو وجود المرأة في حالة استبراء وهو ما يؤكد ازدياد البنت بعد ثلاثة أشهر من عقد الزواج².

وفي حكم لابتدائية مراكش³ قضت هذه الأخيرة بإثبات نسب البنت لوالدها، وبتسجيلها بسجلات الحالة المدنية بناء على شهادة الشهود بأن الطرفين كانا مخطوبين وأنها قاما بإبرام عقد الزواج، وأن المدعية كانت حاملاً قبل الزفاف، واعتبرت المحكمة أن أثر بطلان عقد الزواج لا يمكن قانوناً أن يمتد إلى نفي نسب الحمل الظاهر بالمخطوبة قبل إبرام عقد الزواج. وفي حكم آخر صادر عن نفس المحكمة جاء فيه: "حيث يهدف المدعي من دعواه إلى فسخ عقد النكاح الرابط بينه وبين المدعى عليها، وعدم إلحاق الجنين الذي بالمدعى عليها به،

¹ - وعلى نفس المنوال جاء في حكم لابتدائية الرباط قسم قضاء الأسرة ما يلي: "حيث أن الطلب يهدف إلى الحكم بإلحاق نسب الابن... لوالدته... وحيث أن العلاقة الزوجية ثابتة بين المدعي والمسمأة... بمقتضى عقد الزواج المشار إلى مراجعه أعلاه... وحيث وإن كان الابن... كما هو واضح من شهادة الولادة ازداد داخل أجل يقل عن ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج، فإن المدعي يقر على نفسه بأن الابن المذكور ازداد من صلبه خلال فترة الخطوبة من زوجته المذكورة. وحيث أن الإقرار المذكور مصادق على صحته وتوقيعه مما يعتبر معه حجة عرفية كاملة في نازلة الحال خاصة وأن البينة ثبتت بمقتضى الإقرار طبقاً لمقتضيات مدونة الأسرة... وحيث أنه تبعاً لذلك يكون الطلب وجيه مما يتعين معه الاستجابة إليه... وحيث يتعين إبقاء الصائر على عاتق المدعي". حكم رقم 501 في الملف عدد 2006/203/10 صادر بتاريخ 22 ماي 2006 (غير منشور)، وما يلاحظ أن المحكمة اعتمدت إلحاق النسب بالمدعين على إقرار الأب بالبينة ووقوع الحمل أثناء فترة الخطبة إلا أن المحكمة لم تذهب إلى إبطال عقد الزواج رغم أن المعنى بالأمر عقد عليها وهي حامل في أقل من ستة أشهر من تاريخ إبرام عقد الزواج.

² - جاء في المقال الافتتاحي للحكم أن المدعيان: "... متزوجان بتاريخ 22-09-2002 وقبل أن يتم العقد كانا قد اختلعا ببعضهما البعض خلال فترة الخطوبة، وقد نتج عن هذه الخلوة أن أنجبت الزوجة بعد حوالي ثلاثة أشهر من تاريخ عقد الزواج أي بتاريخ 20-12-2002 طفلة سمتها...".

³ - حكم المحكمة الابتدائية بمراكش، قسم قضاء الأسرة حكم رقم 786 في الملف عدد 04/8/1612 صادر بتاريخ 10 أبريل 2006 (غير منشور).

لاكتشافه حمل المدعى عليها مباشرة بعد إبرام عقد الزواج بينهما، ولكون حملها كان من سبعة عشر أسبوعاً في اليوم الموالي للعقد وتحميل المدعى عليها الصائر.

وحيث بعد أن تأكدت المحكمة بواسطة خبرة طبية بأن حمل المدعى عليها كان قبل إبرام الزواج، تشبّثت هذه الأخيرة بمقتضيات المادة 156 معتبرة حملها من المدعى كان أثناء فترة الخطوبة.

وحيث تأكد للمحكمة من خلال البحث المشار إليه أعلاه أن حمل المدعى عليها وإن نسبته للمدعى فإنه كان قبل الخطبة بتصريحها نفسها.

وحيث أن مقتضيات المادة 156 وإن جاءت لحماية النسب الذي يظهر بالمخطوبة المشتهرة خطبتها فإنها اشترطت أن يكون الحمل الذي ينسب للخاطب للشبهة قد تم أثناء الخطبة وليس قبلها.

وحيث إن التكييف القانوني لطلب المدعى هو المطالبة ببطلان عقد الزواج، الرابط بينه وبين المدعى عليها وفقاً لمقتضيات المادة 57 من مدونة الأسرة التي تعتبر الزواج باطلاً إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد من 35 إلى 39 من مدونة الأسرة.

وما دامت المدعى عليها من المحرمات على المدعى حرمة مؤقتة لأنها كانت حاملاً قبل العقد عليها، وبالتالي كانت في استبراء وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة 39 من مدونة الأسرة.

وحيث تعين لذلك الاستجابة للطلب، وبالتالي التصريح ببطلان عقد الزواج الرابط بين المدعى والمدعى عليها، وحيث تعين بالتبعية التصريح بعدم لحوق الابن المزداد للمدعى عليها بتاريخ 2005/10/25 بنسب المدعى...¹.

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بمراكش، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 1132، في الملف عدد 03/8/1928 منشور بمجلة المناهج عدد مزدوج 8 و9، سنة 2005 ص:229 وما بعدها.

وما يلاحظ على هذا الحكم أن المحكمة قضت ببطلان عقد الزواج، وبالتبعية بعدم لحوق نسب الابن المزداد لأبيه الخاطب على عكس الحكم السابق، الذي رأت فيه المحكمة أن أثر بطلان عقد الزواج لا يمكن أن يمتد إلى نفي نسب الحمل الظاهر بالمخطوبة، ولعل السبب في ذلك أن هذا الحكم الذي أوردته لم تتوفر فيه الخطبة على شروط المادة 156، وبالخصوص شرط كون الحمل قد تم أثناء الخطبة وليس قبلها، في حين أن المدعى عليها صرحت بأن الحمل كان قبل الخطبة وهو ما أكده الشاهدان المستمع إليهم بجلسة البحث، بل إن المدعى عليها أكدت أنها كانت تعاشر المدعي معاشرة الأزواج حتى قبل الخطبة.

وعلى نفس المنوال ذهبت المحكمة الابتدائية ببركان¹، إلى إبطال عقد الزواج على

أساس أن المدعي عقد على المدعى عليها وهي حامل، كما قضت بعدم لحوق نسب البنت

¹ - جاء في حيثيات حكم المحكمة الابتدائية ببركان، مركز القاضي المقيم بأحفير ما يلي: "حيث التمس المدعي فرعيا إصدار حكم يقضي بنفي نسب البنت لبنى منه، وبفسخ عقد الزواج المذكور مراجعه أعلاه، على أساس أنه عقد على المدعى عليها فرعيا وهي حامل، وأن البنت ازدادت في مدة تقل عن ستة أشهر من تاريخ إبرام عقد الزواج، وحيث أجابت المدعى عليها فرعيا بأن المدعي فرعيا لم يسلك مسطرة اللعان وتمسك بإجراء الخبرة، التي أثبتت وجود علاقة بنوة بينه وبين البنت لبنى وهذا يغني عن تطبيق مقتضيات المادة 154 من مدونة الأسرة .

وحيث أن المادة 58 من مدونة الأسرة تنص على أن المحكمة تصرح ببطلان الزواج تطبيقاً لأحكام المادة 57 بمجرد اطلاعه عليه أو بطلب ممن يعنيه الأمر، وحيث إن الفقرة الثانية من المادة 57 تنص على أن الزواج يكون باطلاً إذا وجد بين الزوجين أحد الموانع المنصوص عليها في المواد من 35 إلى 39 من نفس المدونة. وحيث أن المادة 39 المذكورة تنص في فقرتها الخامسة على أنه يعتبر من موانع الزواج المؤقتة وجود المرأة في علاقة زواج أو عدة أو استبراء.

وحيث إن المدعى عليها فرعيا صرحت بجلسة البحث بتاريخ 2005/07/14 على أنها حملت من المدعى عليه قبل إبرام عقد الزواج، وهذا يعني أنه عقد عليها وهي حامل، ويتأكد هذا من خلال مقارنة تاريخ عقد الزواج وهو 2004/06/12 بتاريخ ازدياد البنت وهو 2004/12/2، وحيث إن العقد على المدعى عليها فرعيا وهي حامل يخالف مقتضيات الفقرة الخامسة من المادة 3 المذكورة، إذ كان يجب عليها أن تستبرئ، قبل العقد عليها، الأمر الذي يتعين معه التصريح ببطلان عقد الزواج أعلاه تطبيقاً لكل ما ذكر، ولقول ابن عاصم في التحفة:

وما فسد يخص عقده * ففسخه قبل البناء وبعده

وحيث من جهة ثانية تنص المادة 58 أعلاه في فقرتها الثانية على أنه يترتب على الزواج الباطل بعد البناء، الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة، وحيث إن لحوق النسب الذي تتحدث عنه المادة المذكورة، يكون في حالات الزواج الباطل الذي يزاد فيه الولد بعد أقل مدة الحمل، أي لا يخالف هذا الزواج مقتضيات المادة 154 من مدونة الأسرة.

وحيث إنه على فرض حسن نية الطرفين وكون الزواج باطلاً، فإن البنت... ازدادت في مدة تقل عن ستة أشهر، وهذا يتعارض مع مقتضيات المادة المذكورة، وحيث إن المحكمة وإن ثبت لها من الخبرة أعلاه، أن هناك علاقة بنوة بين المدعي فرعيا والبنت، فإنه لا يمكن القول بلحوق نسبها له، لأنها ازدادت خارج فراش الزوجية"، حكم المحكمة الابتدائية ببركان، حكم رقم 98 في الملف عدد 2005/07 بتاريخ 22 دجنبر 2006 (غير منشور).

بالمدعى عليه، ولم تلتفت المحكمة لنتائج الخبرة الطبية التي سبق للمدعى أن أجراها والتي أثبتت بصفة قطعية وجود علاقة بنوة بينه وبين بنته، وقد بررت المحكمة موقفها هذا بدعوى عدم توفر شروط الفراش¹.

وبخصوص هذا الموضوع جاء في قرار للمجلس الأعلى أنه: "... يتبين صحة ما عاب به الطالب القرار، ذلك أنه بمقتضى المادة 154 من مدونة الأسرة، فإن نسب الولد يثبت بفراش الزوجية إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وكان الاتصال ممكنا، سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا، ولما كان الولد المطعون في نسبه للطالب قد ولد بعد شهرين تقريبا من تاريخ العقد، فإن ولادته وقعت خارج الأجل المحدد في المادة المذكورة"².

وعلى خلاف هذا التوجه، ذهبت ابتدائية سيدي بنور³ إلى عدم إبطال الزواج الذي تم والمرأة حامل، وجاء تعليلها للحكم على اعتبار: "... أن العلاقة الزوجية بين الطرفين قائمة ومستمرة إلى تاريخه، وحيث ثبت من خلال جلسة البحث ووقائع النازلة أن المدعية والمدعى عليه كانا في فترة خطبة لمدة سنة قبل إبرام عقد زواجهما، وتم الاتصال بينهما ونتج عنه حمل، قبل مضي أجل ستة أشهر من تاريخ العقد.

¹ - إن موقف ابتدائية بركان في اعتقادي يفرغ من الأساس أهم مستجد جاءت به مدونة الأسرة وهو التنصيص على الأخذ بالخبرة الطبية من خلال المادة 158 والتي تنص على صراحة على أن النسب يثبت: "بالفراش أو بإقرار الأب أو شهادة عدلين أو بينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية"، كما تنص المادة 153 على أنه: "يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية، يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين: -إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه.

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

² - قرار المجلس الأعلى رقم 104 في الملف الشرعي عدد 2004/1/2/666، صادر بتاريخ 25 يناير 2006، أورده ذ. إبراهيم بحماني، من أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة بشأن الخطبة، الندوة الجهوية الثانية التي انعقدت بالقصر البلدي بمكناس، تحت عنوان: "قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، أيام 8 و9 مارس 2007 ص:47.

³ - حكم المحكمة الابتدائية بسيدي بنور، قسم قضاء الأسرة، حكم عدد 2004/423 بتاريخ 12 ماي 2005 أورده حفيظة توتة، المادة 156 من مدونة الأسرة بين النص والتطبيق، مجلة المحاكم، العدد الأول، ص:62 و63.

وحيث أن ادعاء المدعى عليه بكون الحمل ليس منه، وأن المولود... ليس ابنه يبقى مجردا بعلّة أن المدعى عليه كان يعلم بالحمل أثناء إبرام عقد الزواج وسكوته عن ذلك دون سلوك مسطرة نفي النسب عنه يعتبر إقرارا ضمنيا منه بالحمل.

وحيث أن المحكمة ودرءا لكل شك بين الزوجين ارتأت القيام بخبرة بالمختبر الوطني للشرطة العلمية... جاء في تقريره على أن الابن... هو ابن المسمى.... لثبوت بنوة الطفل بنسبة تفوق 99 %".

يتبين إذن من خلال هذا الحكم أن المحكمة لم تعر أي اهتمام لمسألة إبرام الزواج والمرأة الحامل، وهكذا يمكن القول أنه إذا كان الخاطب في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بإمكانه إذا ما ظهر حمل بالمخطوبة أن يماطل في إبرام عقد الزواج حتى يمر على الحمل بضعة أشهر ثم يبرم العقد ليصل إلى فسخه بعد الولادة على اعتبار أن المدة الفاصلة بين إبرام العقد والولادة هي أقل من ستة أشهر، وبالتالي العقد أبرم مع وجود مانع شرعي ألا وهو حمل الزوجة، فإن مدونة الأسرة سدت هذا الطريق في وجه الخاطب سيء النية¹.

ومن خلال ما سبق يتبين بوضوح تأرجح العمل القضائي في تعامله مع شروط المادة 156 من مدونة الأسرة من أجل إلحاق النسب الناتج عن الخطبة بين اتجاه يتشدد في مراقبة تحقق جميع شروط المادة 156 واتجاه آخر مرن يكتفي بتوفر بعض شروط المادة المذكورة. وقد أفرز العمل القضائي في إطار المادة 156 إشكالات قانونية وعملية يثيرها التكييف القانوني للمادة المذكورة، وكذا علاقة هذه المادة ببعض النصوص القانونية الأخرى، وخاصة المادة 16 من مدونة الأسرة والمادة 490 من القانون الجنائي².

¹ - وهو ما يظهر بوضوح في حكم المحكمة الابتدائية بطنجة، قسم قضاء الأسرة، الذي جاء فيه: "وحيث إن الطلب يرمي إلى الحكم باستلحاق نسب البنت.... المزدادة بطنجة بتاريخ 20-04-2005 وأن عقد الزواج أبرم بتاريخ 23-02-2005. وحيث أنه تطبيقا للمواد 152، 155، 156 و 160 من مدونة الأسرة فإن النسب يلحق بإقرار الأبوين، وبالشبهة في الحمل الناتج خلال مرحلة الخطوبة، الأمر الذي يتعين معه التصريح بقبول الطلب... لهذا الأسباب حكمت المحكمة بجلستها... بإلحاق نسب البنت.... بوالديها..."، حكم رقم 1216 في الملف عدد 05/1067 صادر بتاريخ 16 يونيو 2005 (غير منشور).

² - ظهير شريف رقم 413-59-1 بتاريخ 26 جمادى الثانية 1382، الموافق 20 نونبر 1962، بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 الموافق 5 يونيو 1963.

المطلب الثاني: إشكالات الحمل الناتج عن الخطبة.

لقد أبان الاجتهاد القضائي المغربي في تعامله مع شروط المادة 156 من مدونة الأسرة عن بروز إشكالات عملية وقانونية حاول فقهاء القانون إيجاد حل لها، فالمادة الخامسة من مدونة الأسرة اعتبرت الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج، تتم بتعبير طرفيها بأية وسيلة متعارف عليها.

وبناء على هذا النص القانوني تبقى الخطبة مجرد مقدمة لإبرام عقد الزواج، بحيث يبقى من حق الطرفين معا أو أحدهما أن يعدلا عنها بدون تعويض ما عدا في حالة الضرر المستقل عن العدول، لكن المادة 156 من المدونة أكدت على أنه إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول، وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، فإن المولود ينسب للخطاب إذا توافرت مجموعة من الشروط.

إن المقتضى القانوني أتى بالجديد وهو أن الخطبة غدت بدورها تثبت النسب وبوسع طرفيها إذا حافظا على هذه الشروط أن يلزما القضاء بضرورة نسبة الابن للخطاب بل إنه في حالة عدم وجود أية منازعة فلا موجب لسلوك المسطرة القضائية، كما أن المادة قد تطرح إشكالات في علاقتها ببعض النصوص القانونية الأخرى.

لهذا أتساءل حول التكييف القانوني للمادة 156 من مدونة الأسرة (الفقرة الأولى) وكذا بعض الإشكاليات المرتبطة بالمادة المذكورة، خاصة ما يثار حول الدفع بأحكام المادة 156 أثناء سير الدعوى العمومية، ومدى إمكانية الملاعة بين الخطيبين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التكييف القانوني للمادة 156 من مدونة الأسرة.

إن أول ملاحظة قد تتبادر إلى الذهن حول مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة تتمحور بالأساس حول ماهية وطبيعة المادة المذكورة، فهل يقصد المشرع المغربي الخطبة، وهو يتحدث عن شروط المادة 156؟ أم أن الأمر يتعلق بزواج غير موثق؟ (أولا) كما يلاحظ

تداخل واضح بين هذه المادة، ومقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة المتعلقة بدعوى ثبوت الزوجية (ثانياً).

أولاً: طبيعة المادة 156 من مدونة الأسرة.

رغم ما أشرت إليه في بداية هذا البحث من كون مدونة الأسرة تعتبر أن الخطبة مجرد وعد بالزواج¹ ولا ترقى إلى درجة الزوجية الصحيحة، المتوفرة أركانها والمستجمعة لباقي شروطها. فإن التساؤل يبقى مع ذلك مطروحاً حول ما إذا كان المشرع المغربي يتعامل من خلال المادة 156 مع رابطة زواج يسند بناء عليها الولد للفراش أم أن الأمر لا يعدو أن يكون شبهة أو قرينة قامت لصالح طالب إثبات النسب؟.

فقد اعتبر أحد الباحثين² أن هذا التساؤل غير ذي جدوى، على اعتبار أن هذه المادة صريحة في تطرقها للخطبة، بدليل أن المادة 156 تتحدث عن صفة الخاطب، أما وعقد الزواج قائم، فقد انتفت معه هذه الصفة، وأي تفسير مخالف إنما يحمل النص أكثر من دلالاته وطاقته، وبالتالي يجب استبعاد انطباق مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة على أي زواج موثق.

وفي نفس السياق، يذهب أحد الباحثين إلى أن إضفاء المشرع المغربي الشرعية على الحمل الناتج عن الخطبة إذا توافرت مجموعة من الشروط على أساس الشبهة هو أمر محل نقاش، لأن الشبهة التي يثبت بها النسب، هي إما شبهة الملك كمواقعة شخص جارية ابنه ضانا بإباحتها، أو شبهة العقد، كما إذا دخل الرجل بأخته من الرضاع ضانا أنها تحل له، أو شبهة الفعل كما إذا أخطأ الشخص ووطئ امرأة ضانا أنها زوجته، وليس في الخطبة حسب هذا الرأي شيء من ذلك، فالخطيب يعرف تمام المعرفة المخطوبة، والعلاقة الجنسية التي أدت إلى الحمل تم السعي لها من الطرفين عن وعي واقتناع³.

¹ - تنص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من مدونة الأسرة على أن: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج".

² - ذ. حسن فتوح، إثبات النسب في مدونة الأسرة، مدونة الأسرة بعد سنة من التطبيق، مرجع سابق ص56.

³ - محمد جوهر، إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 50، سنة 2004، ص:153.

غير أن هناك من البعض ممن يرى بأن الأمر يتعلق بزواج غير موثق¹، ذلك أن المادة المذكورة تتطلب توافر الإيجاب والقبول، وهما ركنا عقد الزواج، وتتطلب اشتهاار الخطبة، وموافقة الولي عند الاقتضاء وهما شرطان من شروط صحة عقد الزواج، مما يعني أن الشروط الواردة في المادة 156 تنصب على الزواج وليس الخطبة وأما بالنسبة للصداد فإنّه وإن كان من شروط الصحة في عقد الزواج، فإن غيابه وتوفر باقي الشروط يمكن أن يكيف على أنه زواج تفويض، فالمنهي عنه هو الاتفاق على إسقاطه، أما السكوت عن تحديده فهو جائز².

أما بالنسبة للإشهاد على عقد الزواج وتوثيقه، فإنّه لم يكن يوما محل إجماع من طرف الفقه، ففي الوقت الذي يعتبره الجمهور شرطا في النكاح، يذهب البعض الآخر إلى عدم لزوم الإشهاد فيه، وهكذا فقد ذهب الإمام مالك رحمه الله إلى أن الشهادة ليست شرطا لإنشاء العقد بل الشرط هو الإعلان، فلا تكفي الشهادة عن الإعلان، فلو تواسى الشاهدان بالكتمان لا يوجد العقد، وروي عنه رضي الله عنه أن الإعلان وحده كاف لإنشاء العقد من غير حاجة مطلقا إلى تعيين الشهادة³.

ومن الإشكاليات الأخرى التي تطرحها المادة 156، أن المشرع المغربي لم يتطرق لمآل الخطبة الناتج عنها حمل، هل يعقبها زواج، أم ينتهي الأمر بالخطبة والحمل الناتج عنها؟.

¹ - وهو التوجه الذي أيده أحد الباحثين عندما اعتبر أن ما تضمنته المادة 156 من مدونة الأسرة لا يختلف في شيء عن أحكام عقد الزواج الصحيح، ذلك أن الفصل المذكور يتطلب توافر الإيجاب والقبول وهما ركنا عقد الزواج، ويتطلب إشهار الخطبة وموافقة الولي، وهما شرطين من شروط صحة عقد الزواج، ومتى توافرت الأركان والشروط المذكورة لم يبق لقيام عقد الزواج سوى تسمية الصداد وتوثيق العقد لدى عدلين منتصبين للإشهاد. ذ. عبد الرحمان اللمتوني، إثبات النسب والشبهة خلال مرحلة الخطوبة، قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة، مجلة القضاء والقانون، العدد 152، ص: 128 ويراجع أيضا: عبد الله الشقر، توثيق عقد الزواج، قراءة في مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة، مجلة محكمة، العدد السادس يناير 2006، ص: 272.

² - تنص المادة 27 من مدونة الأسرة على أنه: "يحدد الصداد وقت إبرام العقد وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض".

³ - ذ. عبد المجيد غميعة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق ص: 44 و45.

وسبب هذا السؤال في نظري الشخصي، هو أن المادة 19 حددت أهلية الزواج في ثمان عشرة سنة¹، بينما المادة الخامسة وما بعدها لم تحدد سنا معينة للخطبة، وقد نصت المادة الخامسة في فقرتها الأولى على أن: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج"، وتضيف الفقرة الأخيرة من المادة السادسة على أنه: "لكل من الطرفين حق العدول عنها".

وهذا يعني حسب أحد الفقه²، أن إثبات النسب لا يترتب عنه إثبات الزواج لأن وسائل إثبات الزواج وردت في الكتاب الأول من المدونة بينما وسائل إثبات النسب وردت في الكتاب الثالث منها.

كما أن عدم تحديد سن طرفي الخطوبة، قد ينافي إرادة المشرع المغربي خاصة في الحالة التي يضع فيها قيودا على بعض أنماط السلوك مثل الزواج دون السن القانوني، وبالتالي يجد القاضي نفسه أمام واقع مفروض لا يمكن التغاضي عنه.

فليس هناك ما يمنع حسب أحد الأساتذة³، أن يمارس هذا الحق طفل عمره اثنا عشر سنة فما فوق أو طفلة في حدود هذا السن، مما يجعلنا أمام مؤسسة زواج الأطفال، وهكذا فإذا كان المشرع المغربي قد حدد سن الزواج في ثمانية عشر سنة، فقد يفضل من لا يتوفر على هذا السن، الاكتفاء بالخطبة وانتظار المولود الشرعي الناتج عنها.

وهذا المعطى يحيلني على تساؤل آخر، وهو: هل لابد من حكم قضائي لإثبات النسب مع عدم وجود أي خلاف بين الخطيبين؟ وكيف تستمر العلاقة الزوجية بدون توثيق عقد الزواج؟.

ويضيف أحد الفقه، أنه حتى إذا وقع أن أعقب الخطبة الناتج عنها حمل زواج، فهل ينص عقد الزواج على أن الخطيبين قد أنجباه قبل الزواج، أم يسكتان عن هذا الحمل؟.

¹ - تنص المادة التاسعة عشر على أنه: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية".

² - ذ. إبراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 86 و87.

³ - ذ. رشيد مشقاقة، مجرد رأي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2005، ص: 13.

وفي حالة السكوت عنه، فإنه ولاشك سيطرح إشكالا بعد وفاتهما، بحيث أن من يعنيه الأمر يمكنه أن ينازع في هذا المولود أثناء الخطبة، بأن نسبه غير صحيح لأنه ولد قبل عقد الزواج، وخصوصا إذا لم يقر به الزوج في حياته¹.

كما أن المادة 65 تنص على أنه من جملة الوثائق التي يتضمنها ملف الزواج شهادة طبية لكل من الخطيبين تحدد بياناتها بنص تنظيمي، فهذه الشهادة الطبية غير مشترطة في الخطبة، ولم يصدر النص التنظيمي المتعلق بها بعد، وإذا كان الهدف منها هو الحماية من الأمراض المعدية، فإن اتصال الخطيبين ببعضهما الذي نتج عنه حمل إنما يجعل هذه الشهادة بدون فائدة تذكر، لأن المحظور قد تحقق.

كان هذا فيما يتعلق بالتكييف القانوني للمادة 156 من مدونة الأسرة، والإشكالات التي تطرحها في هذا الصدد إلا أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، فالمادة المذكورة تتدخل إلى حد كبير مع مقتضيات المادة 16 المتعلقة بدعوى إثبات الزوجية.

ثانيا: مدى التداخل بين دعوى إثبات الزوجية ودعوى إثبات النسب الناتج عن

الخطبة.

إذا كان المشرع المغربي قد نص في المادة 16² على أن وثيقة عقد الزواج هي الوسيلة الوحيدة لإثبات العلاقة الزوجية، فإنه بالمقابل أورد استثناءا أجاز فيه إثبات هذه العلاقة بسائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة، إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيقها، ويتجلى التشابه بين المادة 16 والمادة 156 في كون هذه الأخيرة تعتبر زواجا غير موثق هي الأخرى، لأنه يكون قد حصل

¹- ذ. إبراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة، مركزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، مرجع سابق، ص:87.

²- تنص المادة 16 من مدونة الأسرة على ما يلي: "تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج، إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة. تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية، وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين.

يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس سنوات، ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ".

الإيجاب والقبول، مع الإعلان والاشتغال بين الأسرتين، وما تخلف في كلتا الحالتين هو عدم توثيق العقد.

إلا أنهما يختلفان¹، ذلك أن الإطار التشريعي للمادة 16 أوسع نطاقا من الإطار التشريعي للمادة 156، حيث أن الأولى تستغرق الثانية، لذلك فإن سلوك المادة 156 يؤدي فقط إلى ثبوت النسب دون ثبوت الزوجية².

كما يجب استحضار أن لكل دعوى منحها الخاص، فدعوى إثبات الزوجية تهدف إلى إصدار حكم يهدف لتزكية وضعية شرعية قامت منذ البداية على وجه صحيح، وبالتالي يقوم هذا الحكم مقام عقد الزواج، يمكن إثبات النسب به، أما المادة 156 فتتعلق فقط بإثبات النسب الناتج عن الخطبة، وليس بالعلاقة بين الخطيبين.

وهكذا جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالحسيمة، مركز القاضي المقيم بترجيست³ أثناء نظرها في طلب تقدم به المدعيان يهدفان من ورائه الحكم بثبوت الزوجية بينهما ما يلي: "حيث

¹ - وهذا التداخل بين دعوى إثبات الزوجية، ودعوى النسب ليس بجديد وإنما أثر حتى في ظل أحكام الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية الذي كان ينظم حالة الاستثناء، التي هي مناط دعوى الزوجية، ذلك أن بعض الفقه عند مناقشته لقضية حمل الخطيبة استند على الفقرة الثالثة من الفصل الخامس المذكور، وقد علق الأستاذ محمد الكشور بهذا الخصوص قائلا: "وأخيرا فإن الانطلاق من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية والمتعلق بحالة الاستثناء، إنما يخلط بين دعوى إثبات الزواج ودعوى إثبات النسب، والحال أن كل دعوى تختلف اختلافا بينا عن الأخرى". ذ. محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الخامسة، ص: 342 و343، هامش رقم 5.

² - ذ. حفيظة توتة، المادة 156 من مدونة الأسرة بين النص والتطبيق، مقال منشور بمجلة محاكم مراكش، العدد الأول 2007، ص: 71 ويراجع أيضا:

- عبد الرحمان اللمتوني، إثبات النسب بشبهة خلال مرحلة الخطوبة، قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 132.

³ - حكم المحكمة الابتدائية بالحسيمة، مركز القاضي المقيم بترجيست، حكم رقم 2007/20، في الملف عدد 07/22 صادر بتاريخ 21 مارس 2007 (غير منشور)، وجاء في حكم آخر للمحكمة الابتدائية بالحسيمة على أن: "المدعيان يهدفان من طلبهما الحكم بثبوت الزوجية بينهما، وتكليف العدول بتنفيذ ذلك.

وحيث أنه بمقتضى المادة 16 من مدونة الأسرة، فإن المحكمة تعمل على سماع دعوى الزوجية، إذا حالت ظروف القاهرة دون توثيق عقد الزواج في وقته، وتعمل على إثبات العلاقة الزوجية بمختلف وسائل الإثبات، وحيث أوصى المدعيان بجلسة البحث أن السبب القاهر هو عدم تضمينه بكناش المحكمة، وحيث ثبت للمحكمة من خلال اطلاعها على الوثائق، وعلى ما راج أمامها بجلسة البحث والاستماع إلى الشهود، أن المدعيان يقران بأنهما متزوجين ولم يسبق لهما أن افترقا وأنهما ازدادا لهما أبناء خلال حياتهما الزوجية، وأن بعض أولادهما قد تزوجوا وأن الشهود المستمع إليهم أكدوا على أن الطرفين متزوجين، وأن العلاقة التي تجمعهما هي علاقة زواج، بحكم حضورهم لرفاهتهما، ولحفل عقيقة أبنائهما=.

= وحيث إن المحكمة بالاستناد إلى إقرار المدعيان بكونهما متزوجين وإلى أن علاقتهما الزوجية نتج عنها أبناء، كما أن الشهود المستمع إليهم بعد تقييم شهادتهم من طرف المحكمة قد اقتنعت بها، وبالتالي تكون المحكمة قد اقتنعت بثبوت الزوجية بين السيد... والسيدة.... منذ 1960/1/1 واستمرارها إلى حد تاريخه.

يرمي المدعيان من خلال دعواهما إلى الحكم بثبوت الزوجية بينهما نظرا لكونهما في حاجة إلى وثيقة عقد زواجهما الذي لم يعثرا على نظيرها بسجلات التوثيق مع أن زواجهما ثابت ومستمر ولهما أولاد.

وحيث من خلال الوثائق المدلى بها وخاصة أصل عقد الزواج، وكذا البحث المجرى في النازلة أن المطلوب إثبات الزواج بينهما قد أنجبا أولادا على فراش الزوجية في مساكنة شرعية ومعاشرة زوجية مستمرة وعلنية منذ زواجهما المستجمع لأركانه وشروطه، وما زالا على ذلك إلى الآن ببيت الزوجية، وهو ما أكده الشاهدان المستمع إليهما بصفة قانونية اللذان صرحا أنهما يعرفان المدعيين تمام المعرفة، وهما على علم تام بأنهما متزوجان على طاعة الله وسنة رسوله، ووفقا للقانون وعرف أهل البلد منذ سنة 1984، زواجا تاما مستوفيا لجميع أركانه وشروطه، معلوما وشائعا لدى جميع سكان القبيلة وخلفا أولادا واستمرا على ذلك دون انفصام العلاقة الزوجية بينهما إلى الآن.

وحيث بالنظر لكل ما تقدم تكون رابطة العلاقة الزوجية ثابتة بين المدعيين، ومن تم صح سماع دعوى الزوجية منهما، وتعين الحكم وفق طلبهما¹.

وحيث إن الحكم القاضي بثبوت الزوجية يغني عن الإشهاد به لدى عدلين، مما يتعين رد دفع المدعيان بخصوص هذا الشق، والحكم بثبوت الزوجية". حكم المحكمة الابتدائية بالحسيمة، حكم رقم 58 في الملف عدد 795/2007، صادر بتاريخ 24 يناير 2008 (غير منشور).

¹ - جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بابتدائية مراكش ما يلي: "... وحيث في نازلة الحال وأمام إقرار الطرفين قضائيا بقيام الزوجية بينهما من جهة، وتصريحات جميع الشهود بعد أدانهم اليمين القانونية الذين أكدوا ثبوت العلاقة الزوجية بين الطرفين منذ 2004/6/19، وإنجابهما الابن... من جهة أخرى يبقى معه الطلب أعلاه وجبها، ويتعين التصريح تبعا لذلك يكون الزواج القائم بين الطرفين صحيحا ومنتجا لكافة آثاره القانونية"، حكم رقم 2566 في الملف عدد 06/1838 بتاريخ 27 نونبر 2006 (غير منشور)، وفي نفس الإطار ذهبت العديد من المحاكم المغربية إلى ثبوت الزوجية وهي كالتالي:

- قرار محكمة الاستئناف بمراكش، قرار رقم 374 في الملف عدد 04/1722 بتاريخ 19 أبريل 2005 (غير منشور).
- حكم ابتدائية الدار البيضاء، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 552 في الملف عدد 2004/33/312، بتاريخ 20 يناير 2006 (غير منشور).

- حكم ابتدائية وجدة، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 281، عدد 03/246 بتاريخ 30 ماي 2006 (غير منشور).
- حكم ابتدائية وجدة، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 06/3500، في الملف عدد 06/68، بتاريخ 3 غشت 2006 (غير منشور).
- حكم ابتدائية الناظور، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 2005/1990 في الملف عدد 2005/415، بتاريخ 6 يونيو 2006 (غير منشور)=

= وهو ما أكدته المجلس الأعلى في إحدى قراراته جاء فيها: "لكن حيث أن المحكمة قد عللت قرارها عن صواب، بأن المطلوب من مواليدي 1940، وأن الناس كانوا يعقدون على زواجهم خلال هذه الفترة عن طريق الجماعة أو ما يسمى بالفاتحة دون تحرير عقود الزواج، وقد أسسته على الموجب اللغوي... الذي شهد شهوده بثبوت العلاقة الزوجية بين الطرفين وأكدوا شهادتهم، ومعلوم أن البيئة من وسائل إثبات النسب طبقا للمادة 158 من مدونة الأسرة، فجاء بذلك القرار المطعون فيه معللا

وهكذا يتبين من خلال هذا الحكم أن دعوى ثبوت الزوجية ستكون أفيد للخطيبين لأنها ستثبت لهما الزوجية وكذلك النسب، غير أنه يجب الإشارة إلى أن هذه الدعوى الأخيرة دعوى مقيدة من ناحية الزمن بخمس سنوات من دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ، ما لم يتدخل المشرع لتمديدها¹.

إلا أنه على مستوى العمل القضائي المغربي²، غالبا ما يقع تداخل بين المادة 16 والمادة 156 من مدونة الأسرة، فالقضاء في بعض الأحيان يركز على بعض الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من أجل ثبوت الزوجية، والحال أن البحث في هذه الشروط قد لا يؤدي إلى الحكم وفق الطلب، لأن بحث ما إذا كان الطرفان كانت تجمعهما خطبة أم لا قد يفرغ المادة 16 من محتواها باعتبار أن ليس كل زواج تسبقه خطبة.

وفي هذا الصدد، فقد التمسست إحدى المدعيات أمام المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء³ الحكم بثبوت الزوجية بينها وبين المدعى عليه، بناء على واقعة الخطبة، وكذا ثبوت النسب للمدعى عليه، إلا أن النيابة العامة استأنفت الحكم على أساس أن الخطبة مجرد تواعد وليس زواج، ولكل واحد منهما حق العدول، وأن النسب يثبت بالشبهة ولا تثبت الزوجية به، وبأن اعتماد المحكمة على المادة 16 لم يكن في محله، وينبغي إلغاء الحكم في الشق المتعلق بثبوت الزوجية.

تعليلا كافيا، ولم يخرق فيه أي قانون مما يجعل الوسيطتين بدون اعتبار"، قرار المجلس الأعلى عدد 561، في الملف الشرعي عدد 05/1/2/338، صادر بتاريخ 30 نونبر 2005، منشور بمجلة المناهج العدد المزدوج 10/9 لسنة 2006، ص:30.
1- ذ. التهامي القائدي، سماع دعوى الزوجية في نطاق المادة 16 من مدونة الأسرة، مجلة البحوث، فقهية، قانونية وثقافية، العدد الخامس، دجنبر 2006، ص:58.

2- يترتب عن التمييز بين دعوى الزوجية طبقا للمادة 16 ودعوى النسب طبقا للمادة 156، تمييز أيضا في تعامل القضاء مع كل دعوى على حدى، ذلك أن دعوى ثبوت الزوجية سيتم التعامل معها كما يتم التعامل مع طلب الحصول على الإذن بتوثيق عقد الزواج، إذ لو كانت الزوجة قاصرة أو هي زوجة ثانية مثلا فلا بد أن يتم اللجوء، قبل دعوى ثبوت الزوجية إلى الحصول على إذن بتزويج قاصرة أو إذن بالتعدد في حين لا يتطلب كل ذلك في دعوى المادة 156 من مدونة الأسرة، فقد تكون المخطوبة قاصرة أو قد تكون زوجة ثانية ومع ذلك يتم سماع دعوى إثبات النسب من الخطيبين دون حاجة لاستصدار إذن بتزويج قاصرة أو إذن بالتعدد. ذ. عبد الرحمان اللمتوني، إثبات النسب بشبهة خلال مرحلة الخطوبة، قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة، مرجع سابق ص:136.

3- حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 4904 في الملف عدد 2004/3/791 صادر بتاريخ 28 يونيو 2005 (غير منشور).

غير أن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء¹ أيدت ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية، وجاء تعليلها كما يلي: "وحيث أنه بالرجوع إلى وثائق الملف وتصريحات الطرفين وما جاء في محضر البحث المنجز ابتدائياً، وخصوصاً شهادة الشهود، فإن هذه المحكمة لاحظت أن السيد... والسيدة... تواعدا على الزواج وأقاما حفلاً لذلك، كما يتبين من الصور لفوتوغرافية، ولم يتم التراجع على هذا التواعد، وذلك لاستمرار العلاقة بينهما، رغم قيام الخلاف بينهما، وبعد هذا الخلاف كما جاء على لسان المستأنف... الذي صرح أنه صار يعاشر مخطوبته معاشرة الأزواج، ويتصل بها جنسياً لأنها زوجته كما جاء في تصريحه في محضر الضابطة القضائية. وحيث نتج عن هذه العلاقة ازدياد الطفلة... وحيث أن المحكمة ملزمة عند سماعها لدعوى الزوجية مراعاة وجود الأطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية.

وحيث أن معاشرة السيد... للسيدة... معاشرة الأزواج وإنجاب طفلة منها يدل على أن العلاقة بينهما لم تبقى مجرد علاقة خطوبة بل تطورت وأصبحت علاقة زوجية كما أقر بذلك، مما يكون معه الحكم المستأنف الذي قضى بثبوت الزوجية بينهما مصادفاً للصواب وينبغي تأييده في هذا الشق.

¹ - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، قرار رقم 2350/2349 في الملف الشرعي عدد 2005/2029 صادر بتاريخ 11 دجنبر 2006، (غير منشور)، وفي حكم للمحكمة الابتدائية بوجدة قسم قضاء الأسرة، التمسست بمقتضاه المدعية الحكم لها بثبوت الزوجية وثبوت النسب، فأمرت المحكمة بالجوء إلى الخبرة الطبية لإثبات النسب، وقد جاء في حيثيات الحكم ما يلي: "حيث تستهدف المدعية من دعواها إلى استصدار حكم يقضي بثبوت الزوجية بينهما، وبين المدعى عليه، وثبوت نسبه لابنته وتحمله الصائر، والإجبار في الأقصى، وحيث أجاب المدعى عليه بما هو مسطر أعلاه، والتمست النيابة العامة تطبيق القانون، وحيث أن المادة 153 من مدونة الأسرة تنص في فقرتها الثانية على أنه: يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين: -إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه. - صدور أمر قضائي بهذه الخبرة. وحيث أنه والحالة ما ذكر، فإن المحكمة ارتأت إجراء خبرة طبية على المدعية والمدعى عليه والبنات... حكم بدون رقم، في الملف عدد 04/944، بتاريخ 14 يوليوز 2005 (غير منشور).

وحيث ينبغي القول تبعا لذلك وما دامت البنت... ازدادت في إطار هذه العلاقة الزوجية بثبوت نسبها لأبيها... وتأييد الحكم المستأنف الذي قضى بذلك في هذا الشق أيضا، ويتحمل المستأنف الصائر¹.

كما أنه قد ترفع إلى القضاء دعاوى ثبوت الزوجية لكنها تقدم في إطار المادة 156، مما يجعل القضاء يرفض الدعوى على أساس التناقض الذي سقط فيه المدعي، ويبقى التساؤل المطروح عن مدى إمكانية إعادة المحكمة لتكييف الوقائع المقدمة من طرف الأطراف؟. إن ما يسير عليه العمل القضائي على مستوى أقسام قضاء الأسرة هو أنه يرتب عدم قبول الدعوى بناء على التناقض الذي يقع فيه المدعي، حيث جاء في حكم صادر عن قسم

¹ - وفي نفس السياق ذهبت المحكمة الابتدائية بمراكش قسم قضاء الأسرة، إلى التركيز على واقعة الخطبة طبقا للمادة 156، رغم أن المقال قدم من المدعية في إطار المادة 16، وذلك للحكم بثبوت الزوجية، وقد جاء في حيثيات حكم المحكمة ما يلي: "حيث تهدف المدعية من دعاها إلى الحكم بثبوت الزوجية بينها وبين المدعى عليه. وحيث أمرت المحكمة تمهيدا بإجراء بحث مع الطرفين وشهودهما بتاريخ 2004/11/8 وأجريت جلساته على التوالي بالتواريخ 2004/12/28 و 2005/1/25 و 2005/2/15 و 2005/3/29 و 2005/4/19 و 2005/5/17 وهي الجلسات التي تم سرد وقائعها بتفصيل.

وحيث تشبث المدعى عليه في كل جلسات البحث أعلاه بموقف النفي لأية علاقة خطبة أو زواج بالمدعية كما تشبث بنفي مساكنته لها أو إقامته معها في أي منزل وبأية صفة، كما نفى أن يكون صدر عنه المقال الرامي إلى الحكم بثبوت الزوجية بينه وبين المدعية والمرفقة صورة منه بالملزمة التوضيحية للنائب المدعية.

وحيث أمام تشبث المدعية بثبوت العلاقة الزوجية والتي نتج عنها حمل من المدعى عليه مع إعطائها التفاصيل عن بيت الزوجية والجيران وتفاصيل عن عائلة المدعى عليه وتوضيحها بأن الاتفاق على الزواج سبقته خطبة المدعى عليه لها ببيت أهلها بزواجة سيدي رحال وحضور أفراد من عائلتها وأفراد من عائلة المدعى عليه، وأن المدعى عليه سلمها أثناء ذلك صدقا قدره 1500 درهم وأن سبب عدم إنجاز عقد الزواج راجع إلى ماطلة وتسويق المدعى عليه لها بعدما مكنته في مرتين على التوالي من الوثائق اللازمة لذلك، وأمام تشبث المدعى عليه بنفيه لكل ما جاء في تصريحات المدعية احتكمت المحكمة إلى إجراء بحث مستفيض مع أهل الطرفين بالإضافة إلى صاحبة المحل الذي ادعت المدعية مساكنتها فيه للمدعى عليه ومعاشرتها له معاشرة الأزواج لمدة تقارب السنة وشاهدين من جوار السكن المذكور أحضرتهما المدعية بتكليف من المحكمة.

وحيث إن نفي المدعى عليه بذلك لأية علاقة مع المدعية تفنده جميع المعطيات أعلاه وخاصة شهادة شهود الإثبات، كما أن الأسباب القاهرة التي حالت دون توثيق العقد في وقته -الثابتة للمحكمة- تتجلى في ماطلة وتسويق المدعى عليه للمدعية في إنجاز عقد الزواج رغم تمكينها من وثائقه على اعتبار أن المتعارف عليه في المجتمع المغربي هو أن الزوج هو الذي سعى إلى جمع وثائق العقد واختيار العدول وتحديد موعد العقد، بل وإقامة حفل بالمناسبة إذا كان في وسعه ذلك، وأن الزوجة تكتفي عادة بالتعبير عن إرادتها وموافقتها على الزواج بالتوقيع بكناش أو مذكرة العدلين.

وحيث أن المدعى عليه رغم نفيه صدور طلب ثبوت الزوجية عنه، والذي يبين أنه موقع من طرفه ومن طرف المدعية، فإنه لم يعطي تبريرا مقنعا عن وجوده أصلا، كما لم يذهب إلى حد نفي توقيعه عليه بنفسه، رغم اطلاعه بواسطة نائبه عليه، وهو ما ارتأت معه المحكمة الاستجابة لطلب المدعية مع اعتبار تاريخ قيام العلاقة الزوجية، وتحمل خاسر الدعوى الصائر، لهذه الأسباب، حكمت المحكمة بجلستها العلنية... في الموضوع: بثبوت العلاقة الزوجية بين الطرفين منذ شتنبر 2003، وتحمل المدعى عليه الصائر". حكم رقم 2039 في الملف عدد 04/8/2668 صادر بتاريخ 6 يونيو 2005 (غير منشور).

قضاء الأسرة بابتدائية تطوان: "وحيث إن المدعية تدعي ثبوت الزوجية بينها وبين المدعى عليه، وتؤسس دعواها على مقتضيات المادة 156 من المدونة التي تتعلق بإثبات النسب الناتج عن الحمل في فترة الخطوبة مما تكون معه المدعية قد سقطت في التناقض المبطل للدعوى لما ورد أنه: "لا يقبل الحاكم الدعوى إلا إذا كانت محكمة ولا إحكام مع التناقض.

وحيث فضلا عن ذلك فإن المدعية لم تثبت الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة خصوصا فيما يتعلق باشتهار الخطبة، ومن أن الحمل حصل أثناء فترة الخطبة، وبأن المدعى عليه يقر بكون الحمل منه، مما تكون معه الدعوى قد جاءت بشكل مخالف لمقتضيات الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية، ويتعين التصريح بعدم قبولها"¹. إن موقف المحكمة هذا يبقى من وجهة نظري غير سليم، لأن المحكمة يجب أن لا تتقيد بالنصوص القانونية التي يدرجها المدعي بمقال الدعوى، بل عليها اعتبار الوقائع المثارة، وتطبيق النص القانوني المناسب لها، لأن مهمة التكييف منوطة بالمحكمة حسب الاجتهاد القار للمجلس الأعلى² حيث جاء في أحد قراراته ما يلي: "إن المدعي غير ملزم ببيان القانون الواجب التطبيق، بل يكفي أن يبين الوقائع التي يطلب الفصل فيها، والمحكمة من تلقاء نفسها تعين القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها..."³.

وفي ذلك يقول أستاذنا عبد العزيز حضري³: "... إن القاضي لا يتقيد بتكييف الخصوم لادعائهم، لأن تكييف الوقائع هو من اختصاص عمل القاضي فهو المكلف بإعمال القانون". وفي هذا الصدد فقد ذهبت المحكمة الابتدائية ببركان⁴ قسم قضاء الأسرة إلى تكييف دعوى تقدمت بها المدعية لثبوت الزوجية على أساس ثبوت النسب وفق المادة 156 من مدونة الأسرة، نظرا لعدم وجود شروط سماع دعوى الزوجية، وجاء في حيثيات الحكم ما يلي: "حيث

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بتطوان، قسم قضاء الأسرة، حكم بدون رقم، في الملف عدد 13/04/450 بتاريخ 3 يناير 2005، أشار إليه عزيز المعايزي اليملاحي، الطبيعة القانونية للخطبة وأثارها في مدونة الأسرة، مرجع سابق ص147.

² - قرار المجلس الأعلى عدد 8 بتاريخ 22 يناير 1982، أشار إليه أستاذنا عبد العزيز حضري، القانون القضائي الخاص، دار النشر الجسور، طبعة 2005، ص:167.

³ - أستاذنا عبد العزيز حضري، نفس المرجع، ص:167، وانظر أيضا مؤلفه الحديث: -أستاذنا عبد العزيز حضري، استئناف الأحكام المدنية في التشريع المغربي، الجزء الأول، حق الاستئناف، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2009، ص: 31.

⁴ - حكم المحكمة الابتدائية ببركان، حكم رقم 1093، في الملف عدد 4/465 صادر بتاريخ 29 دجنبر 2005 (غير منشور).

تهدف المدعية من دعواها الحكم بسماع الزوجية بينها وبين المدعى عليه، ونسبة الابن المولود له وفق الوثائق المذكورة، وحيث التمسست النيابة العامة تطبيق القانون.

وحيث إنه بالاطلاع على وثائق الملف ومستنداته، وما راج بجلسات البحث من أقوال الأطراف والشهود وأقارب المدعية، تبين للمحكمة أن حفل الخطوبة بين المدعية والمدعى عليه قد تم، وبحضور أفراد من عائلتي الطرفين ومباركتهم، واشتهر أمرهما بين الناس والجيران، فلم يكونوا يجدوا حرجا في رؤية المدعى عليه يدخل بيت المدعية ويخرج معها ليلا ونهارا بحسب تعبير الشاهد، وحيث أكدت الحالة المدعية المسماة... وأرجعت سببه إلى وعد المدعى عليه لهم بإتمام الزواج.

وحيث أنكر المدعى عليه أن يكون الطفل المزداد بتاريخ 2003/1/16 منه، ملتصقا بإجراء خبرة طبية، وحيث أمرت المحكمة تمهيدا بإجراء خبرة طبية بما فيها الفحوصات اللازمة على المدعى عليه والطفل المزداد للتأكد من نسب هذا الأخير إليه والتي تعذر إجراؤها نظرا لتخلف المدعى عليه على الحضور إلى مختبر الشرطة العلمية والتقنية بالرباط رغم توصله حسب الثابت من رسالة السيد رئيس قسم الشرطة العلمية والتقنية عدد 45902 المؤرخة في 13 شتنبر 2005.

وحيث إن امتناع المدعى عليه عن القيام بالفحوصات اللازمة العلمية بدقتها وخوفا من نتائجها لقريضة قاطعة على نسب الابن له، يضاف إليها أقوال الشهود الذين أجمعوا على دخوله بيت المدعية بعد وقوع الخطبة بشكل مستمر.

وحيث أنه على هدي ما سبق يكون الثابت نسب الابن إلى المدعى عليه، أما الزوجية فلم تتوافر شروطها وأركانها.

وحيث إنه بذلك يتعين الاستجابة لطلب المدعية بثبوت نسب الابن المزداد بتاريخ 2003/1/16 للمدعى عليه ... وتحميل المدعى عليه الصائر، لهذه الأسباب حكمت المحكمة

بجلستها العلنية... في الموضوع بثبوت نسب الابن... المزداد بتاريخ 2003/1/16 للمدعى عليه... وتحمله الصائر ورفض الباقي"¹.

وهكذا يتبين بوضوح على مستوى العمل القضائي المغربي وجود تداخل صريح بين دعوى إثبات الزوجية ودعوى ثبوت النسب، نظرا للتقارب بين المادة 16 والمادة 156، فيما يخص الشروط المضمنة فيهما.

وبالإضافة إلى التداخل بين المادتين السالف ذكرهما، هناك بعض الإشكاليات الأخرى المرتبطة بالمادة 156 من مدونة الأسرة، ويتعلق الأمر بالدفع بأحكام المادة 156 أثناء سير الدعوى العمومية، ومدى إمكانية الملاعة بين الخطيبين في إطار المادة المذكورة.

الفقرة الثانية: الدفع بأحكام المادة 156 أثناء سير الدعوى العمومية، وإمكانية الملاعة بين الخطيبين.

يمكن أن ترفع دعوى أمام القضاء الجنائي بخصوص جريمة فساد² قام بها شخصان مخطوبان، فيدفع هذان الأخيران بأن الأمر لا يتعلق بجريمة فساد وإنما هما خطيبان، وقد

¹- وفي هذا الصدد ذهبت محكمة الاستئناف بوجدة إلى تأييد حكم للمحكمة الابتدائية ببركان، ذهبت فيه هذه الأخيرة إلى الاستجابة لطلب المدعية بسماع دعوى الزوجية نظرا لتوفر شروطها، واستبعاد دفع المدعى عليه باللجوء إلى المادة 156 لعدم انطباقها على النازلة، وقد جاء تعليل محكمة الاستئناف لقرارها كما يلي: "حيث أن المحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف ومحتوياته على المرحلة الابتدائية والاستئنافية، ودراستها لعلل الحكم المستأنف، تبين لها بأن العلاقة الزوجية بين الطرفين قد أثبتتها الشهود المستمع إليهم على ذمة القضية في المرحلة الابتدائية وأن سماع دعوى الزوجية لا يستدعي لسماعها الإدلاء بالشواهد الطبية وشهادة الخطوبة، كما بنى المستأنف أسباب استئنافه على أن مقتضيات الفصل 16 من مدونة الأسرة والذي ينص صراحة على أنه إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة وتأخذ بعين الاعتبار وهي تنتظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية وما إذا وقعت في حياة الزوجين.

وحيث أن المحكمة أسست قيام العلاقة الزوجية على تصريحات الشهود الذين أجمعوا على معاشر ة الزوج لزوجته المستأنف عليها معاشر ة الأزواج ويرافقها أينما حلت وارتحلت، ويعيشان تحت سقف واحد، وأن ذلك كاف لثبوت العلاقة الزوجية بينهما خاصة وأن الشهود شهدوا بازدياد البنت لهما وهما يعاشران بعضهما معاشر ة الزوجين، وعليه فإن ما تمسك به من مقتضيات الفصل 156 من مدونة الأسرة غير ذي محل.

وحيث إن المحكمة بعد استماعها إلى شهود ثبوت العلاقة الزوجية أمرت تمهيدا بإجراء خبرة طبية على الأطراف والبنت... للتثبت من نسب البنت، فأنتهى التقرير الطبي إلى الجزم بأن البنت... هي من صلب المستأنف عليه، فإن تمسكه بإنكار ما نسبته إليه بعلة أنه صدر قرار جنحي ببراءته لأن مجال الدعويين مختلف، وأن براءته من جريمة النصب والفساد لا تحول دون سماع الزوجية والنسب وفق المسطرة الشرعية المنصوص عليها في مدونة الأسرة، لذا فإن ما نعه المستأنف على الحكم جاء غير مؤسس الشيء الذي توجب معه رد وتأييد الحكم للمستأنف وإبقاء الصائر على المستأنف"، قرار محكمة الاستئناف بوجدة، قرار رقم 314 في الملف عدد 06-266 صادر بتاريخ 25 ابريل 2007 (غير منشور).

²- ينص الفصل 490 من القانون الجنائي على أن: "كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية تكون جريمة الفساد، ويعاقب عليها بالحبس من شهر واحد إلى سنة".

اشتهرت خطبيهما بين الناس، وأنهما يظهران أمام الجميع بمظهر الأزواج، وأن علاقتهما نتج عنها حمل ملتسمين التصريح ببراءتهما من تهمة الفساد لكون الحمل الناتج عن علاقتهما هو حمل شرعي وفق المادة 156 من مدونة الأسرة.

رب قائل يقول إن هذا الدفع يظل دون اعتبار على أساس أن المادة 156 تتعلق بإلحاق الحمل الناتج عن الخطبة بالخاطب وفق شروط معينة، ولا تختص بإضفاء المشروعية على العلاقة بين الخاطب والمخطوبة¹.

إلا أن جدية هذا الدفع تجد سندها في قاعدة فقهية مفادها أنه: "لا يمكن الجمع بين حد ونسب"، أي لا يمكن إلحاق النسب بالشخص وإقامة حد الزنا عليه، لأن الزنا جريمة والنسب نعمة، والنعمة لا تنتج عن جريمة أبداً².

وقد أكد المجلس الأعلى على هذه القاعدة في قرار حديث له³، عندما ذهب إلى نقض حكم للمحكمة الابتدائية بآبن سليمان ذهبت فيه هذه الأخيرة إلى إلحاق النسب بالمدعى عليه، دون التأكد من شرعية العلاقة التي تربط بين الطرفين، حيث جاء في حيثيات القرار ما يلي: "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه ذلك أن المادة 152 من مدونة الأسرة تنص على أن أسباب لحوق النسب هي الفراش، أو الإقرار أو الشبهة، أما الزنا والاعتصاب فلا يلحق بهما النسب لأن الحد والنسب لا يجتمعان إلا في حالات خاصة، والثابت من أوراق الملف أن المطلوبة أديننت من أجل المشاركة في الخيانة الزوجية مع الطاعن بشهر واحد حبسا نافذاً، بمقتضى الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بآبن سليمان بتاريخ 2004/04/19 تحت

¹ - تجدر الإشارة إلى أن الدفع بالمادة 156 من مدونة الأسرة لا يقبل من طرف المحكمة الجنحية، إلا إذا أثبت قبل كل دفاع في جوهر القضية استنادا إلى المادة 323 من قانون المسطرة الجنائية، باعتبار الدفع المذكور من القضايا المعترضة التي لا تختص المحكمة الجنائية بالبحث فيها وإنما تتعدى الولاية بشأنها للمحكمة المشكلة للبحث في قضايا الأسرة، ذ. عبد الرحمان اللمتوني، إثبات النسب بشبهة خلال مرحلة الخطوبة، قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة، مرجع سابق ص: 137.

² - يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 104.

³ - قرار المجلس الأعلى رقم 481 في الملف الشرعي عدد 2007/1/2/60 المؤرخ في 26 شتنبر 2007، أورده ذ. إبراهيم بجماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، مرجع سابق، من ص: 525 إلى ص: 528.

عدد 586 في الملف عدد 04/283، وأن البنت... المطلوب إلحاق نسبها بالطاعن، ازدادت بتاريخ 2004/06/27 أي بعد حوالي شهرين من تاريخ إدانتها، كما أن البحث الذي أجرته المحكمة لم يسفر عن أية نتيجة، وإذ هي قضت رغم ذلك بلحوق نسب البنت بالطاعن بناء على محضر الضابطة القضائية عدد 1020 بتاريخ 2003/11/29 درك ابن سليمان، الذي اعترف فيه الطاعن بممارسة الجنس مع المطلوبة، منذ شهر أبريل 2003 دون التأكد من شرعية العلاقة الجنسية التي كانت تربط الطرفين، تكون قد خرقت القواعد والأحكام الشرعية المتعلقة بالنسب وخاصة منها المواد من 142 إلى 162 من مدونة الأسرة مما يعرض قرارها للنقض¹.

وفي إطار هذه القاعدة، نتساءل هل ستكون المحكمة الجنحية ملزمة بإيقاف البت في تهمة الفساد هاته، إلى حين البت في دعوى المادة 156 من طرف قضاة الأسرة؟ أم أن هذه الدعوى الأخيرة تتعلق بإثبات النسب وبالتالي لا تأثير لها على تكيف العلاقة بين الخطيبين؟.

¹ - وفي نفس الإطار ذهبت المحكمة الابتدائية بمراكش إلى رفض طلب للمدعية للاستفادة من مقتضيات المادة 156 نظرا لاعترافها بأن الحمل الذي جاءت به كان نتيجة فساد مع المدعى عليه، حيث جاء في حيثيات حكم المحكمة ما يلي: " حيث إن موضوع الطلب يهدف إلى الحكم بثبوت نسب الحمل إلى المدعى عليه، وإلحاق الولد به في إطار المادة 156، وترتيب جميع النتائج القانونية الناجمة عن القرابة، وشمول الحكم بالنفاد المعجل وتحديد مدة الإكراه البدني في الأقصى وتحميل المدعى عليه الصائر، وحيث أمرت المحكمة بإجراء بحث بتاريخ 2006/3/6 أجري بمكتب القاضي المقرر بالجلسات 2006/4/3 و 2006/04/17 حسبما أشير إليه ضمن الوقائع أعلاه.

وحيث يستفاد من وثائق الملف وخاصة نسخة الحكم الجنحي، عدد 6122 الصادر عن هذه المحكمة في الملف عدد 2005/13/6016 بتاريخ 2005/09/26 بأن المدعية أديننت من أجل جنحة الفساد، حكم عليها بعقوبة شهر واحد حسبما موقوف التنفيذ مع الصائر والإجبار في الأدنى.

وحيث ولئن كانت مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، قد نصت على أن الحمل الظاهر بالمخطوبة ينسب للخاطب للشبهة بشروط فإن المدعية في نازلة الحال، سبق لها أن تقدمت بشكاية إلى السيد وكيل الملك لدى هذه المحكمة ضد المدعى عليه الحالي، بشأن علاقة جنسية غير شرعية مؤدية للحمل، وأن الشكاية المذكورة أحيلت على الدرك الملكي -المركز التراي بمراكش- بتاريخ 2005/08/25 تحت عدد 05/3/5191 فأنجز بشأنها محضرا بتاريخ 05/8/29 تحت عدد 1305 أكدت فيه المدعية بأنها كانت مرتبطة بالمدعى عليه بعلاقة جنسية غير شرعية أدت إلى حملها منه.

وحيث من الثابت قانونا أن إدانة المدعية بمقتضى الحكم الجنحي أعلاه، من أجل جنحة الفساد مع المدعى عليه، يكتسي الحجية بشأن عدم شرعية نسب الحمل الذي وضعته بتاريخ 2006/4/11، ويكون بالتالي الابن... غير لاحق بالمدعى عليه عملا بالقاعدة الفقهية المعلومة التي تقضي بأن الزنا جريمة، والنسب نعمة، والنعمة لا تنتج عن جريمة أبدا، وحيث إنه لا يترتب = على البتة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البتة الشرعية تطبيقا لمقتضيات المادة 148 من مدونة الأسرة، وحيث تبعا لذلك يبقى طلب المدعية غير مرتكز على أساس ويكون بالتالي حريا برفضه"، حكم ابتدائية مراكش، قسم قضاء الأسرة، في الملف الشرعي عدد 2005/8/2023، بتاريخ 22 ماي 2006، أورده ذ. محمد الكشور، البتة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، دراسة قانونية وشرعية مقارنة، مرجع سابق من ص:311 إلى ص:316.

في اعتقادي الشخصي، من الصعب أن تتجاهل المحكمة الجنحية هذا الدفع، وبالتالي الاستمرار في مناقشة القضية، وذلك لتعارض هذا الموقف مع القاعدة الفقهية المذكورة من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن من شأن صدور حكم جنحي أن يقيد قضاء الأسرة، فيضيع نسب الولد وهو ما يتعارض تماما مع مبتغى المشرع من سن المادة 156 وأيضا مع القواعد الفقهية المتشوفة للحقوق الأنساب.

وفي هذا الصدد يذهب أستاذنا سفيان ادريوش¹ إلى القول بأن تدخل النيابة العامة لا يجب أن يضفي الطابع الإجرامي على العلاقة بين الطرفين، إذا تبين أن الأمر يتعلق بزواج غير موثق، وبالتالي فالنيابة العامة تعمل على حفظ الملف إلى حين حسم قضاء الأسرة في طبيعة العلاقة التي تجمع بين الطرفين.

وهذا يعني أن المحكمة ستكون ملزمة بإيقاف البت في تهمة الفساد، إلى حين بت القضاء الأسري في دعوى نسب الحمل الناتج عن الخطبة، وإذا حكمت هذه الأخيرة بنسبة الطفل للخاطب، فإن جنحة الفساد يجب أن تختفي².

وهناك إشكالية لها صلة بالموضوع، يتعلق الأمر بالخيانة الزوجية، فهل يمكن متابعة المخطوبة التي ضبطت في علاقة جنسية غير شرعية مع أحد الأشخاص بجريمة الخيانة الزوجية؟.

قبل أن أجيب على هذا السؤال، لا بد أن أشير إلى أن الخيانة الزوجية من جرائم ذوي الصفة التي لا يمكن تصور ارتكابها من غير حامل لصفة معينة، وهي صفة الزوجية، إذا أن هذه الجريمة لا تقوم إلا إذا كان الجاني متزوجا¹.

¹ - أستاذنا سفيان ادريوش، أساس شرعية النسب، مداخل في إطار مائدة مستديرة نظمها محكمة الاستئناف بوجدة، تحت عنوان "النسب بين الإثبات والنفي"، بتاريخ 23 أكتوبر 2008 (غير منشورة).

² - جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء أنه: "إذا تبين للمحكمة الجنحية أن العلاقة القائمة بين الرجل والمرأة قد تمت بينهما على نية الزواج، وعلى أساسه وبواسطة ولي المرأة، وحضر كافة أقاربها وأصدقاء الرجل، وعلى رأى ومسمع من العموم، فإن تهمة الفساد المنسوبة إليهما تنتفي انتفاء كلياً وبقوة القانون، لأن القانون يعاقب على العلاقة الجنسية غير المشروعة، التي تقع بغية الفساد، وفي السر والخفاء"، قرار عدد 399 بتاريخ 24 أكتوبر 1985، أورده يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص:103.

انطلاقاً من ذلك، فإن جريمة الخيانة الزوجية يشترط فيها أن تقع في ظل علاقة زوجية قائمة، إذ أن عقد الزواج يعتبر مصدر التزام بالإخلاص للزوج² وعليه فإن هذه الجريمة لا تقع أثناء فترة الخطبة، حتى ولو أدت العلاقة الجنسية بين الطرفين إلى حصول حمل، ووضعت الخطيبة حملها ممن اتصلت به اتصالاً غير شرعي إلا بعد زواجها، ذلك أن الحقوق لا تكتسب إلا بعد الزواج، والعبرة من تحديد وقت بدء الزواج هي نهاية إجراءاته، حيث تكون الزوجة حينها مسؤولة عن صيانة الحقوق الزوجية³.

وبالنسبة للعان، فمعلوم أن هذا الأخير هو إحدى الوسيلتين المقررتين من أجل نفي النسب إلى جانب الخبرة، وذلك بصريح مضمون المادة 153 من مدونة الأسرة⁴. ويثار التساؤل في هذا الصدد حول مدى إمكانية ملاعنة المخطوبة، بحيث إذا خطب رجل امرأة وحصل الإيجاب والقبول، وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، ورأى هذا الخاطب مخطوبته وهي تزني، أو علم بحملها من غيره، فهل يحق له سلوك مسطرة اللعان؟.

جواباً على هذا السؤال أرى مع أحد الباحثين⁵ أنه لا يحق له أن يلاعنها لأن الحالة هنا مختلفة عن حالة ملاعنة الزوج لزوجته عند توفر شروط الفراش مجتمعة، ذلك أن الأصل عند وجود الفراش ثبوت النسب بالظن، ولذلك فإن الزوج له حق اللعان كوسيلة تنفي النسب الثابت له أصلاً، أما في الخطبة فالصورة مختلفة، إذ أن الأصل أن النسب غير ثابت، ولا يثبت إلا بالتصريح به عن طريق حكم قضائي، ومن ثم فلا يجوز نفي النسب باللعان قبل ثبوته، أما بعد

¹ - أستاذنا محمد شهيبي، جرائم العرض بين المفهوم الديني والمفهوم الاجتماعي، مرجع سابق، ص: 61.

² - ينص البند الأول من المادة 51 من مدونة الأسرة وهي تتحدث عن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، ومن بينها: ... المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر بلزوم العفة، وصيانة العرض والنسل".

³ - مجدي محمد حافظ، جرائم العرض، مطبعة دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (دون ذكر الطبعة)، ص: 186.

⁴ - تنص المادة 153 من مدونة الأسرة على أنه: "يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية، يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين:

- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه.

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

⁵ - يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 102.

ثبوته بحكم فإن الخاطب عليه أن يناقش وقائع القضية، قبل صدور الحكم، وله أن يطعن فيه بالطرق المحددة قانوناً متى اعتبر أنه أضر بمصالحه.

خاتمة

وفي الختام فقد حاولت قدر الإمكان وعلى امتداد صفحات هذا البحث الإحاطة بموضوع آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة، وذلك من خلال مناقشته في إطار دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي ومختلف القوانين الوضعية، باعتبار الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج أحاطها الشارع الحكيم، ومن بعده القانون الوضعي بمجموعة من الضوابط والقيود حتى تؤدي المقصود منها.

والمشرع المغربي كغيره من التشريعات المقارنة قد أولى الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة ما تستحقه من أهمية، وقد حاول من خلال مدونة الأسرة تجاوز الانتقادات التي وجهت إليه أثناء سريان مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، من طرف الفقه القانوني المهتم محاولاً سد الثغرات التي كشف عنها التطبيق العملي لتلك المقتضيات.

وهكذا فإذا كانت مسألة استرداد الهدايا في حالة انتهاء الخطبة بالعدول عنها من أحد الطرفين قد أثارت نقاشاً في الفقه الإسلامي، فإن المشرع المغربي سار على غرار الرأي الراجح في المذهب المالكي وافر قاعدة إمكانية استرجاعها ما دام العدول لم يصدر من جانب من يريد استرداد هداياه مع توضيح للحالة التي يستحيل أو يصعب فيها رد الهدية بعينها من خلال المادتين الثامنة والتاسعة من مدونة الأسرة.

هذا فضلاً عن تقنين المشرع المغربي لحكم الصداق الذي يدفعه الخاطب للمخطوبة، وتنتهي الخطبة بدون زواج، حيث ثم معالجة حالة تحويل الصداق إلى جهاز ورفض المخطوبة أداء المبلغ الذي حول إليه هذا الجهاز.

وفي حالة اختلاف الخطيبين بعد فسخ الخطبة حول طبيعة ما قدمه الخاطب لمخطوبته إن كان من المهر فيرد في حالة كون العدول من جانبه، أم من الهدية فلا يرد إن كان العدول كذلك من قبله، ففي هذه الحالة يتم إعمال البينة.

وباعتبار العدول عن الخطبة حق للطرفين بحيث يسوغ لأي منهما أن يعدل عن الخطبة، وبالتالي ضمان إبرام عقد الزواج بكل حرية، فإنه نظرا لما يصاحب هذا العدول من ضرر مادي أو معنوي للطرف الآخر، فقد ثار خلاف في الفقه الحديث حول مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة، بين قائل بوجوب التعويض ورافض لهذا التعويض من أساسه، وموقف وسط يقر بالتعويض إذا توافرت ضوابط معينة، علما أن فقهاء المذاهب الإسلامية لم تتطرق لموضوع تعويض الأضرار الناجمة عن العدول عن الخطبة في مصنفاتهم الفقهية.

وفي هذا الإطار يمكن القول أن المشرع المغربي قد أحسن صنعا عندما سائر الاتجاه الفقهي الغالب، فيما ذهب إليه من إقرار مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة، سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، ذلك أن هذا الاتجاه أقرب إلى العدل ويحفظ إلى حد بعيد حقوق الطرفين، ويصون حرمة وكرامة البيوت، فرغم أن الفقه الإسلامي ضمن للخطيبين حق العدول كحق مطلق، فإنه لا يجوز الإضرار بالآخرين، لأن الضرر محذور شرعا وقانونا.

هذا ولابد من توفر الخطأ التقصيري في العدول عن الخطبة، بحيث يكون مستقلا في حد ذاته عن العدول، مع ضرورة توفر باقي شروط المسؤولية التقصيرية عن هذا الخطأ بحيث يكون الضرر نتيجة مباشرة لهذا الخطأ.

ويبقى من أهم المستجدات التي جاء بها مشرع مدونة الأسرة، هو إقراره لقاعدة لحق نسب الحمل الناتج عن فترة الخطبة بأبيه الخاطب، إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة، والتي ليس من ضمنها ضرورة إتمام إجراء عقد الزواج وفق شكله القانوني، بحيث سكت المشرع المغربي عن هذه المسألة، ولم يشترطها ضمن شروط لحق الحمل الناتج عن الخطبة.

ذلك أن الخطبة يمكن أن تكون سببا بحد ذاتها في لحق النسب بالخاطب، متى توافرت باقي الشروط المنصوص عليها في المادة 156، مما لا يتطلب إتمام العقد، فللخاطب حق العدول عن إتمام عقد الزواج، دون أن يكون لعدوله أدنى أثر على نسب الحمل الناتج عن فترة الخطبة.

كما أن القضاء المغربي، فضلا عن خلطه الكبير بين دعوى ثبوت الزوجية التي تنظمها المادة 16 من مدونة الأسرة، ودعوى ثبوت النسب التي توّطرها المادة 156 من نفس المدونة، فإن مواقفه تتفاوت بشأن التعامل مع مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، إلى درجة أنها أصبحت لا تؤدي الهدف المتوخى منها، فتارة يتعامل القضاء مع شروط المادة المذكورة بمرونة كبيرة إلى حد إفراغها من محتواها، وتارة أخرى يتعامل معها بنوع من التشدد يجعل من حالات لحوق هذا الحمل بوالده الخاطب تنحصر في أضيق الحدود، وفي حالة واحدة لاجتهاد فيها، وهي تحقق شروط المادة 156 كاملة بدون أدنى نقص.

إذن ورغم أهمية المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة في الموضوع إلا أن أي عمل بشري كيفما كان لابد أن يعتريه نقص حيث يلاحظ وجود بعض مظاهر القصور سواء على مستوى النصوص القانونية المنظمة لمدونة الأسرة، أو حتى في إطار ما أبان عنه تطبيق هذه المقتضيات من طرف المحاكم بالنسبة للعمل القضائي المغربي.

ولتجاوز هذه الإشكالات والثغرات التي يطرحها موضوع بحثي هذا أقترح ما يلي:

- ضرورة توحيد العمل القضائي بشأن التعامل مع الشروط المضمنة في المادة 156 المتعلقة بإثبات النسب الناتج عن الخطبة.

- توحيد القضاء المغربي للتكيف القانوني لبعض شروط المادة 156، خاصة شرط الظرف القاهر الذي أدى اعتماد المرونة الكبيرة بشأنه لدى العديد من المحاكم إلى إفراغه من المعنى الحقيقي الذي وضع من أجله¹.

- ضرورة تفادي المحاكم ما أمكن الخلط بين دعوى إثبات الزوجية المنصوص عليها في المادة 16 من مدونة الأسرة، ودعوى إلحاق النسب بناء على المادة 156 من نفس المدونة، لأن لكل منهما مجالها الخاص، وشروطها التي لا تتوفر إلا في كل دعوى مستقلة عن الأخرى.

¹ - لقد سبق للقضاء المغربي أن اعتبر السبب القاهر في ظل الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة المتعلق بحالة الاستثناء، بأنه كل عقبة مادية حالت دون توثيق عقد الزواج أمام العدلين المنتصين للإشهاد، ومن هذه الحالات:

- التواجد بمنطقة لا عدول فيها سواء داخل المغرب أو خارجه.

- وفاة العدل الذي تلقى الإشهاد.

- تخلف الإذن بالنسبة لرجال الشرطة أو الدرك.

- دخول المرأة إلى المغرب، ثم زواجها مباشرة بعد ذلك الدخول من دون أن تتوفر لها إمكانية الإطلاع على القانون المغربي.

ذ- محمد الكبور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الزواج، مرجع سابق، ص: 286.

- حبذا لو نص المشرع المغربي على صياغة وثيقة خاصة بالخطبة، تسبق عقد الزواج، وتكون حجة تتمسك بها الخطيبة عند ظهور الحمل، وتشكل أداة قانونية وفعالة في الإثبات لحسم النزاعات المثارة أمام المحاكم دون أن يؤثر ذلك في الطبيعة القانونية للخطبة من حيث كونها مجرد وعد بالزواج.

- إلحاق مصاريف الخطبة بحكم استرداد هدايا الخطبة في المذهب المالكي، حتى لا تضعف حقوق الخاطب الذي تكبد أضرار مادية ومعنوية هдра، خاصة وأن علة تقديم الهدايا، هي نفس العلة التي تدفع بالخاطب إلى تحمل تلك المصاريف، ما لم يكن العدول من جانبه، إلا إذا وجد شرط خاص، أو عرف يقضي بخلاف ذلك فيحكم به.

وهكذا فإن تحقيق الأهداف المرسومة لمدونة الأسرة رهين بالتطبيق السليم لأحكامها، واستيعاب محتواها بالشكل الذي يتفاعل مع روح النص، والغاية من إقراره، وهي مسؤولية كبيرة ملقاة على عاتق مؤسسة القضاء، خاصة في بعض المسائل الجزئية التي لم تتطرق لها مدونة الأسرة في موضوع الخطبة من قبيل عدم تحديد السبب الحقيقي لإنهاء الخطبة، وكذا عدم إيراد الوفاة كمانع من السير بالخطبة إلى نهايتها الطبيعية، هذا فضلا عن عدم الأخذ بأحكام العرف والشرط الخاص بالهدية في هذا الشأن، بالإضافة إلى الإشكالات التي تطرحها المادة 156 والتي تحتاج إلى مزيد من الوقت حتى تتكون تراكمات قضائية بشأنها تسمح بالحديث عن اجتهادات مستقرة، وحلول قضائية ملائمة لهذه الإشكالات.

وهو أمر يمكن تداركه استنادا إلى المادة 400¹ من مدونة الأسرة التي تجعل من المذهب المالكي، والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف، من أهم المصادر التفسيرية لأحكام المدونة، وذلك لسد الثغرات العالقة في هذا الصدد.

¹ - تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أن: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي، والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"

لائحة المصادر والمراجع

-القرآن الكريم

أولاً: المراجع باللغة العربية:

-مصادر الحديث والفقهاء:

-أبو عبد الله بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب النكاح، الجزء السادس، 1419هـ / 1999م.

-أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مراجعة وضبط وفهرسة الشيخ محمد علي القطب والشيخ هشام البخاري، المكتبة العصرية ببيروت، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة 1420هـ / 2000م.

-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 1410هـ / 1990م.

-أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري لشرح صحيح البخاري، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الجزء التاسع.

-صحيح البخاري، في كتاب المظالم، باب من كانت له مظلمة عند الرجل فحلها له، الجزء الثاني، طبعة 2000.

-محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن الترمذي للإمام الحافظ محمد بن عيسى الترمذي، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى 1420هـ / 2000م.

-محمد بن علي بن محمد الشوكاني، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار الفكر، بيروت، المجلد الثالث، الجزء الخامس، (د. ت. ط.).

-ابن حزم المحلى، مطبعة دار الفكر، بدون تاريخ الطبع، الجزء العاشر.

- ابن عابدين، رد المحتار على الدار المختار على متن تنوير الأبصار، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان (دون ذكر الطبعة).
- ابن قدامة، المغني، مطبعة دار النشر بيروت، الجزء الخامس، الطبعة الأولى 1984.
- ابن نعم أحمد بن عبد الله الأصفهاني، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، المكتبة السلفية، الجزء الخامس (دون ذكر تاريخ الطبعة).
- أبو عبد الله بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، دار الكتب العربي، القاهرة 1967.
- أبو عبد الله محمد الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر الشيخ خليل، المجلد الثالث، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت، طبعة 1398هـ/ 1988م.
- أبو محمد علي بن أحمد ابن حزم، المحلى، الجزء التاسع.
- أبي الوليد بن رشد، البيان والتحصيل، الجزء الخامس، دار الغرب الإسلامي، طرابلس، الطبعة الثانية 1988.
- أحمد ابن تيمية، مجموعة فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، المجلد الثاني والثلاثون، مطبعة المعارف، الرباط.
- أحمد الديربي الغنيمي الشافعي، غاية المقصود لمن يتعاطى العقود على مذهب الأئمة الأربعة، تحقيق محمود محمد حسن نصار، دار الجيل بيروت، الطبعة الأولى 1410هـ/ 1989م.
- أحمد بن محمد الجاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مطبعة دار المعرفة للطباعة والنشر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 1995.
- الإمام مالك بن أنس، الموطأ، دار إحياء العلوم، بيروت، الطبعة الثانية، 1411هـ/ 1990م.

- الحسن العبادي، فقه النوازل في سوس، قضايا وأعلام من القرن التاسع إلى نهاية القرن الرابع عشر الهجري، منشورات كلية الشريعة بأكادير، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى (دون ذكر تاريخ الطبعة).
- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء السادس، دار الكتاب العلمية، طبعة 2000.
- الشيخ عيسى بن علي العلمي، النوازل الصغرى، تحقيق المجلس العلمي بفاس، مطبعة فضالة المحمدية، الجزء الأول، طبعة 1993.
- الشيخ منصور يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على مثل الإقناع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، طبعة 1402هـ/ 1982م.
- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 1994.
- شهاب الدين ابن العباس المشهور بالقرافي، الفروق، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الجزء الثالث (دون ذكر الطبعة).
- عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني علي مختصر سيدي خليل، الجزء الثاني، مطبعة دار الفكر، بيروت، (دون ذكر تاريخ الطبعة).
- عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني علي مختصر سيدي خليل، دار الفكر بيروت، لبنان، الجزء الثالث، طبعة 1989.
- محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة 1978.
- محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، الجزء الثالث، فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، 1422هـ/ 2001م.

- محمد بن إدريس الشافعي، كتاب الأم، الجزء الخامس، مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1403هـ/ 1983م.
- محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنهاجي، سبل السلام لشرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، صححه وعلق عليه وأخرج أحاديثه فواز أحمد زمرلي وإبراهيم محمد الجمل، دار الكتاب العربي بيروت، الجزء الثالث، الطبعة السادسة 1412هـ/ 1991 م.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، 1405هـ/ 1985م.
- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة ، مطبعة دار الفكر، دمشق، طبعة 1402هـ/ 1982م.

مراجع عامة وخاصة:

- إبراهيم الهلالي، مذكرات في الفقه الإسلامي على ضوء مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش ، طبعة 1987.
- إبراهيم بحماني، نسب الأبناء في الزواج الفاسد، العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، طبع ونشر وتوزيع مكتبة دار السلام، ديور الجامع، الرباط، طبعة 2008.
- أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثانية 1987.
- أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، دار النشر للمعرفة، الرباط، الطبعة الأولى 1994.
- أحمد الخليلي، المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، مكتبة المعارف، الرباط ، الطبعة الأولى، 1402هـ/ 1982م.

- أحمد الخمليشي، وجهة نظر، الجزء الثاني، الأسرة، الطفل والمرأة، أصول الفقه والفكر الفقهي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 1998.
- أحمد زوكاغي، الزواج والطلاق حسب الصيغة الحالية لمدونة الأحوال الشخصية، مطبعة دار القلم، الرباط، طبعة 2002.
- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مطبعة الدار الجامعية، الإسكندرية، طبعة 1988م.
- أحمد محمد عساف، الحلال والحرام في الإسلام، مطبعة دار إحياء العلوم، بيروت، الطبعة الثانية عشر، 1417هـ/ 1997م.
- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح قانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1996.
- إدريس الفاخوري، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، مطبعة مركز الخدمات المتحدة للطباعة والنشر، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1993.
- إدريس الفاخوري، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، نظرية الحق، دار النشر الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 1995.
- إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر تعديلات ظهير 10-09-1993، مطبعة دار النشر الجسور، طبعة 2001.
- إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول، أحكام الزواج، دار النشر الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 2007.
- إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، الجزء الأول، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، دار الآفاق للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2009.

- أشرف مصطفى كمال، القواعد الإجرائية لمنازعات الأحوال الشخصية فقها وقضاء، المكتبة القانونية دار الفكر العربي القاهرة، طبعة 1991.
- الأمراني زنطار الحسن، حقوق المرأة من خلال تحفة ابن عاصم ومدونة الأحوال الشخصية، الاحمدية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1421هـ/2000م.
- الحسن بن الحاج العمارتي، مجموعة الأحكام الشرعية، مراجعة وتعليق وتقديم عبد العالي العبودي، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى 1991.
- الحسين بلحساني، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مطبعة دار النشر الجسور، وجدة، طبعة 2000.
- الرحماني عبد الله بن محمد الجشتيمي، العمل السوسي في الميدان القضائي، الجزء الأول، مطبعة مكتبة المعرفة، الطبعة الأولى.
- السيد عمر عبد الله محمد حامد قمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، طبعة 1986 .
- بذران أبو العينين بذران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بين المذاهب الأربعة السنية، والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مطبعة النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، طبعة 1964.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1994.
- بناصر الحاجي، المسؤولية التقصيرية، والعمل غير المشروع، مكتبة مطبعة وراقة طه حسين، طبعة 2006.
- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2001.

- حسن عبد الغني أبو غدة، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها، دراسة شرعية اجتماعية، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1426هـ/ 2005م.
- حسين عامر، إلغاء العقد، مطبعة مصر، القاهرة، الطبعة الأولى 1372 هـ/ 1953م.
- حماد العراقي، شرح قانون الزواج المغربي، المطبعة الملكية، الدار البيضاء، (دون ذكر الطبعة).
- خالد برجايوي، إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب، وضعية المرأة نموذجا، دار القلم الرباط، الطبعة الأولى، 2003.
- خالد بنيس، قوانين الأسرة بين الواقع والتشريع، دار المعرفة للنشر والتوزيع، طبعة 1993.
- خالد بنيس، مدونة الأحوال الشخصية، الولادة ونتائجها، دراسة قضائية مع قضاء الحالة المدنية، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 1983.
- خالد عبد الله عيد، مبادئ في التشريع الإسلامي، المطبعة العربية للطباعة والنشر، الرباط، الطبعة الأولى، 1986م.
- خليفة أحمد القصيبي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، الدار العربية للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي، ليبيا، الطبعة الأولى، 1990.
- دلانة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2001.
- رشيد بن شويخ، دروس في قانون الأسرة الجزائري، جامعة سعد دحلب، البليدة، كلية الحقوق، السنة الدراسية 2005/2006م، (دون ذكر المطبعة).
- رشيد مشقاقة، مجرد رأي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2005.

- رضا محمد جعفر، رضاء المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (دون ذكر الطبعة)، 2005.
- سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1421هـ/2001م.
- سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، دراسة فقهية مع شرح وتعليقات على القانون رقم 10 لسنة 1984، مطبعة الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، الطبعة الأولى، 1986.
- شفيق شحاتة، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، الجزء الأول، مصادر الفقه المسيحي والخطبة، الجزء الثاني، في انقضاء الزواج ركن التراضي، المطبعة العالمية، القاهرة، طبعة 1958.
- صلاح الدين زكي، أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1406هـ/1985م.
- عبد الحميد الشوارني، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، نشر منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 2001.
- عبد الخالق أحمدون، قانون الأسرة الجديد، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي وقوانين دول المغرب العربي، مطبعة طوبريس، الرباط، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005م.
- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذهب الأربعة، الجزء الرابع قسم الأحوال الشخصية، المكتبة التجارية الكبرى، بيروت، (دون ذكر تاريخ الطبعة).
- عبد الرحمان مصلح الشراي، الخطأ في المسؤولية المدنية التقصيرية الشخصية، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى، يناير 2001.

- عبد الرحمان مصلح، الطفل والقانون بالمغرب والوضعي ة بالنسبة لاتفاقية حقوق الطفل، الطفل أمام العدالة، العصابة المغربية لحماية الطفولة، المركز الوطني للبحث حول الأم والطفل، الأيام الدراسية، يومي 18 و19 مارس 1994.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام: العقد، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (دون ذكر تاريخ الطبعة).
- عبد السلام محمد الشريف العالم، قانون الزواج والطلاق رقم 10 لسنة 1984، مطبعة جامعة قار يونس، بنغازي، لبنان، الطبعة الأولى، 1990.
- عبد الصمد كنون، جني الأس في شرح نظم عمل أهل فاس، مطبعة الشرق الوحيدة، دار التراث، (دون ذكر التاريخ والطبعة).
- عبد العزيز توفيق، التعليق على مدونة الأحوال الشخصية بقضاء المجلس الأعلى ومحاكم النقض العربية خلال أربعين سنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى سنة 1998.
- عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من سنة 1957 إلى سنة 2002، المكتبة القانونية عدد 13، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1423هـ/ 2002م.
- عبد العزيز حضري، استئناف الأحكام المدنية في التشريع المغربي، الجزء الأول، حق الاستئناف، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2009.
- عبد العزيز حضري، القانون القضائي الخاص، دار النشر الجسور، طبعة 2005.
- عبد الفتاح عبد الباقي، الزواج، قيامه، آثاره، انقضاؤه في القانون الفرنسي، مطبعة نهضة مصر القاهرة، (دون ذكر الطبعة).

- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مطبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة عشر، 1417هـ/ 1996م.
- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، وآثاره، الولادة ونتائجها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1427هـ/ 2006م.
- عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الولادة ونتائجها، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية 2002.
- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، القانون المصري واللبناني والسوري والليبي، والكويتي والسوداني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974.
- عبد النبي ميكو، الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مطبعة كوثر، الرباط، الطبعة الأولى، 1971م.
- عبد الهادي أبو أصبع، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، دار الكتب الوطنية بنغازي، الطبعة الأولى 1994.
- عبير ربحي، شاعر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفلّو للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1428هـ/ 2007م.
- عبد السلام الرفعي، الولد للفراش في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي، مطبعة إفريقي الشرق، طبعة 2006.
- علال الفاسي، التقريب، شرح مدونة الأحوال الشخصية، الكتابان الأول والثاني، مطبعة الرسالة، الرباط، الطبعة الثانية 2000.
- علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، (دون ذكر الطبعة).

-كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى النسب والإرث، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى 1412هـ/ 2002م.

-كمال محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبة الحقوقية، بيروت، طبعة 2003.

-كنزة لمراني العلوي، الأسرة المغربية جوانب ومتغيرات، دار التجديد في النشر والتوزيع، الرباط (دون ذكر التاريخ والطبعة).

-لحسن لخضير، الوجيز في أحكام الزواج، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، طبعة 1995.

-مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1974.

-مجدي محمد حافظ، جرائم العرض، مطبعة دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (دون ذكر الطبعة).

-محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، المنشورات الجامعية المغربية، الطبعة الأولى، 1993.

-محمد ابن معجوز المزغراني ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، طبعة 1998.

-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مطبعة دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة 1987.

-محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (دون ذكر التاريخ والطبعة).

-محمد رشيد رضا، تفسير المنار، مطبعة مكتبة القاهرة، الجزء الرابع، الطبعة الثانية 1950.

-محمد أحمد سراج، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، أحكام الزواج في الفقه والقضاء، دار الثقافة والنشر والتوزيع، القاهرة، (دون ذكر تاريخ الطبعة).
-القاضي محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، سلسلة الميزان التشريعي، عدد 2، دار الميزان للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1994.

-محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة وليلي للطباعة والنشر، مراكش، الطبعة الثالثة، 1998.

-محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2001.

-محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، مطبعة الوراقة الوطنية مراكش، سلسلة البحوث القانونية رقم 9، الطبعة الأولى، طبعة 2005.

-محمد الصالح العياري، مذكرات وبحوث قانونية، المطبعة العربية، تونس، الطبعة الأولى 1987.

-محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الخامسة، 2003.

-محمد الكشور، قانون الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2003.

-محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006.

- محمد الكشبور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية، دراسة قانونية وشرعية مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، عدد 14، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1428هـ/ 2007م.
- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، العدد الأول، طبعة 1427هـ/ 2007م.
- محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، في ازدواج، أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخبرة، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة 1978.
- محمد سلام منكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
- محمد عثمان بشير، التكليف الفقهي للقواعد المستجدة وتطبيقاته الفقهية، مطبعة دار القلم، الطبعة الأولى، 1425هـ/ 2004م.
- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، الطلاق، النسب، الرضاغة، الحضانة، مسكن الحضانة في القانون رقم 100 لسنة 1985، ونفقة الأقارب، مطبعة دار محمود للنشر والتوزيع، طبعة سنة 1991.
- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، مطبعة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ/ 1996م.
- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، الجزء الأول، عقد الزواج، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2000.
- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، الجزء الثاني، الطلاق والخلع ونفقة الأقارب، عرض القانون رقم 1 لسنة 2000، الناشر منشأة المعارف، طبعة 2001.

-محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى 1984.

-محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، مطبعة دار النهضة العربية، لبنان، الطبعة الرابعة (دون ذكر تاريخ الطبعة).

-محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، القسم الأول، عقد الزواج وآثاره، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، الطبعة الثانية 1416هـ/1996م.

-مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النيرين للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة التاسعة، 1422 هـ/ 2001.

-مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

-نبيل إسماعيل عمر، سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات، كفيته، وآثاره، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999.

-هلال يوسف إبراهيم، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين والأجانب، شرح وتعليق وطبع مع أحدث أحكام النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.

-يوسف بناصر، مدونة الأسرة المسار والتطلعات، قراءة تحليلية وتقويمية في مستجدات قانون مدونة الأسرة الجديدة رقم 70/03، دار القلم، الرباط، طبعة 2004.

-يوسف بناصر، مدونة الأسرة، المسار والتطلعات، دار القلم للنشر والتوزيع، الرباط، العدد الثامن، سنة 2004.

-يوسف دلانة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، دار هومة
(دون ذكر الطبعة).

-حسن يشو، الجامع لأحكام الخطبة ومقاصدها، مطبعة مكتبة الطالب، وجدة، الطبعة
الأولى، 1428هـ/2007م.

-عبد الرحمان عتر، خطبة النكاح، مكتبة المنار، الزرقاء، الأردن، الطبعة الأولى،
1405هـ/1985م.

-محمد رأفت عثمان، فقه السنة في الخطبة والزواج، مطبعة دار الفضيلة، مصر (دون
ذكر تاريخ الطبع).

الأطروحات والرسائل

أ- الأطروحات:

-أحمد خرطة، المسألة الشبهة الإلميسية في الأنكحة المنعقدة على البلد الغريسية، لابن
سالم إبراهيم عبد الرحمان الجيلالي، دراسة وتوثيق وتحقيق، أطروحة لنيل الدكتوراه في
الشريعة، جامعة القرويين، كلية الشريعة، قسم التوثيق، فاس، السنة الجامعية
1421هـ/2000م.

-حكيمه الحطري، حماية الأسرة أثناء الارتباط وعند الافتراق، دراسة مقارنة بين الفقه
الإسلامي والقوانين الوضعية العربية والغربية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، جامعة
القرويين، كلية الشريعة، فاس، السنة الجامعية 1999-2000.

-عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال
الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 1999/2000.

-فريدة اليوموري، علاقة السببية بين الخطأ والضرر في مجال المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1999/2000.

-مصطفى مصباح شلييك، الضرر المعنوي والتعويض عنه في المسؤولية التقصيرية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1997/1998.

ب- الرسائل:

-رشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، الجزائر، السنة الجامعية 2001/2002.

-بلعيد كرومي، الوعد بالتعاقد في ضوء التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1985/1986.

-حاتم دايدو، المسؤولية المدنية في الخطبة والزواج، محاولة في التأصيل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2005/2006.

-زيد قدوري الترجمان، نظرية التعسف في استعمال الحق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط، السنة الجامعية 1980/1981.

-عبد الحكيم أهوشي، وضعية البنوة غير الشرعية في القانون المغربي -دراسة سوسيو قانونية- رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2005/2006.

-عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة لنماذج تطبيقية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة العقيد، أحمد دراية، بأدوار، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجزائر، السنة الجامعية 2006 /2005.

-عزيز المعازي اليملاحي، الطبيعة القانونية للخطبة وآثارها في مدونة الأسرة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2006/2005.

-الخليل الدعايكر، النسب الناتج عن الخطبة في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2007 /2006.

-كفيل محمد، الإثبات في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية، 2007 /2006.

-كمال بلمحجوب، أسس بناء عقد الزواج في ضوء الفقه ومدونة الأحوال الشخصية المغربية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا، وحدة قانون الأسرة والطفولة، كلية الشريعة، فاس، سايس، السنة الجامعية 2000 /1999.

-محمد كريم بورباب، حقوق الطفل، دراسة مقارنة في ضوء الشريعة الإسلامية ومدونة الأسرة والقانون الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2006 /2005.

-أحمد اليوسفي، الإثبات على ضوء مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2007 / 2008.

-مصطفى استيتو، المسؤولية المشتركة في الروابط الأسرية، تجلياتها وآثارها، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2006 / 2007م.

-معلال فؤاد، خطأ المضرور وأثره على المسؤولية التقصيرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 1986 / 1987.

-مغنية رشيدي، حق الطفل في النسب، دراسة فقهية تشريعية قضائية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون الأسرة والطفولة، كلية الحقوق بفاس، السنة الجامعية 2002 / 2003.

-منير الشعبي، قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي، أية إمكانية للتطبيق؟ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة والطفولة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر المهرارز، فاس، السنة الجامعية 2005 / 2006.

المقالات والندوات:

-أحمد الخليلشي، أحكام الخطبة، ما هي قوتها الإلزامية؟ وآثار العدول عنها؟ مجلة الأمن الوطني، السنة الثلاثون، عدد 161، 1410هـ / 1990م.

-أحمد الخمليشي، الخطبة إجراء تمهيدي للزواج، مجلة الأمن الوطني، السنة السادسة والثلاثون، العدد 186، 1417هـ/1995م.

-إدريس الفاخوري، نفي وإثبات النسب بالتحاليل الطبية، مقاربة تشريعية وقضائية وفقهية، مداخلة أقيمت في ندوة حول قواعد الإثبات والتقنيات الحديثة، المنظمة من طرف شعبة القانون الخاص، بكلية الحقوق وهيئة المحامين بمراكش، يومي 8 و 9 مارس 2002.

-إدريس الفاخوري، بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الجديدة، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، عدد 5، شتنبر 2004.

-إبراهيم بحماني، من أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة بشأن الخطبة، الندوة الجهوية الثانية التي انعقدت بالقصر البلدي بمكناس، تحت عنوان: "قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، أيام 8 و 9 مارس 2007، سلسلة خمسون سنة من العمل القضائي.

-إبراهيم بحماني، من أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة بشأن الخطبة، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحصيلة والمعوقات، أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة يومي 17 و 18 فبراير 2005، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة، سلسلة الندوات، العدد الأول.

-أحمد اعنوني، أهمية الخطبة في نظر الشريعة الإسلامية، مجلة الميادين، العدد الثالث، 1409هـ/1988م.

-أحمد خرطة، آثار العدول عن الخطبة وفق مدونة الأسرة المغربية، إشكالات تطبيقية، سلسلة الندوات، عدد 2، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحصيلة والمعوقات، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة، يومي 15 و 16 مارس 2007، بكلية الحقوق، بوجدة.

-إدريس لكريتي، حقوق الطفل بين القانون والممارسة، تقرير حول ندوة وطنية نظمتها كلية الحقوق بجامعة القاضي عياض، تحت عنوان "حقوق الطفل بين الواقع والتشريع"، بمراكش أيام 15 و16 فبراير 2008.

-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، صكوك دولية، عدد 1 فبراير 2003.

-الحسين بلحساني، أثر اللبس المرجعي على وضعية المرأة في النظام القانوني المغربي، سلسلة الندوات، عدد 1، النساء ودولة الحق والقانون، كرسي اليونسكو، المرأة وحقوقها، أعمال ندوة دولية نظمت أيام 19 و20 أبريل 2002، بكلية الحقوق، السويسي، الرباط.

-محمد العمارتي، حماية حقوق الإنسان في أوروبا، قراءة في مصادر ومضمون ميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد السادس، 2002.

-محمد المنصف بوقرة، خواطر حول الطبيعة القانونية للخطبة، المجلة القانونية التونسية، عدد خاص، 1983.

-محمد جواد الصقلي الحسيني، حقوق الطفل في القانون المغربي، القسم الرابع، حقوق الطفل في قانون الأحوال الشخصية، مجلة الملحق القضائي، العدد 16، لسنة 1986.

-محمد جوهر، إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 50، سنة 2004.

-محمد شبيب، جرائم العرض بين المفهوم الديني والمفهوم الاجتماعي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد السابع، لسنة 2003.

-محمد شوقي، النسب ووسائل إثباته على ضوء مدونة الأسرة، مجلة المحامي، عدد 51، دجنبر 2006.

-مذكرة المرصد الوطني لحقوق الطفل المقدمة من اللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، مجلة للطفل حقوق، عدد 5 و6.

- موحي ولحسن ميموني، وضعية الأسرة المغربية على ضوء تطورات ضوابط الإسناد، مجلة الملف، العدد 4، شتنبر 2004.
- ناصر فتيحة، المسؤولية المدنية التقصيرية للطفل، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد الثالث، لسنة 2005.
- يونس الزهري، آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مجلة المنتدى، مدونة الأسرة، تقييم ومعالجة، العدد الخامس، جمادى الأولى، 1426هـ يونيو 2005م.
- حسن فتوح، إثبات النسب في مدونة الأسرة، مدونة الأسرة بعد عام من التطبيق، الحويلة و الآفاق، أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة يومي 17 و 18 فبراير 2005، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة، سلسلة الندوات، العدد الأول.
- خالد برجايوي، تطور قواعد النسب في القانون المغربي، الندوة الجهوية الثانية التي انعقدت بالقصر البلدي بمكناس تحت عنوان "قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى" أيام 8 و 9 مارس 2007 .
- رشيد بلال، محمد الشاوي، خديجة الفطواكي، الطفولة المغربية.. حلم بلا أفق، جريدة الانتفاضة، عدد 58، بتاريخ 6 فبراير 2007.
- رشيد بن شويخ، أحكام الخطبة في الزواج، دراسة مقارنة بين أحكام الفقه والقانون والقضاء، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة يومي 17 و 18 فبراير 2005، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة، سلسلة الندوات، العدد الأول.
- سفيان ادريوش، "أساس شرعية النسب"، مداخل في إطار مائدة مستديرة نظمتها محكمة الاستئناف بوجدة، تحت عنوان "النسب بين الإثبات والنفي"، بتاريخ 23 أكتوبر 2008، (غير منشورة).

-سهم فوزي ، 5040 أم عازبة في الدار البيضاء، جريدة الصباح عدد 939 بتاريخ 17 ابريل 2003.

-عزيز البقالي، مسؤولية الدولة في حماية حقوق الطفل انطلاقا من التعديلات الواردة في مدونة الأسرة، أشغال اليوم الدراسي الذي نظمتها الجمعية الوطنية "الحصن"، تحت عنوان من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة أي جديد؟ بالرباط، مطبعة دار المعرفة، الطبعة الأولى 2005.

-محمد أكديد، حجية الفراش (قوته الإثباتية)، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، العدد الخامس، شتنبر 2004.

-إبراهيم بحماني، نسب الأبناء في الزواج الفاسد، مجلة القضاء والقانون، مطبعة الأمنية الرباط، العدد 149، السنة الواحدة والثلاثون.

-أحمد الغازي الحسيني، الولد للفراش، مجلة القضاء والقانون، عدد 130.

-أحمد باكو، الإشهاد على الزواج على مقتضى الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية، مقال منشور بمجلة المحاكم، العدد 59، لسنة 1981.

-أحمد أجوييد، التلقيح الاصطناعي و إثبات النسب، مجلة الميادين، العدد الثالث 1409هـ/ 1988م.

-أحمد ولد عبد الدائم، المسؤولية المدنية للآباء عن أبنائهم القصر، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، عدد 3، لسنة 2005.

-إدريس الفاخوري، ترجيح الاتجاهات الأخلاقية في مجال العقود والالتزامات، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 1، يونيو 2000.

-الأمين الشابي، البنية الشرعية في القانون المقارن، مجلة القضاء والتشريع التونسية عدد 10، أبريل 1967.

-التهامي القائدي، سماع دعوى الزوجية في نطاق المادة 16 من مدونة الأسرة، مجلة البحوث، فقهية، قانونية وثقافية، العدد الخامس، دجنبر 2006.

-الحسين بلحساني، قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة، مقال منشور بجريدة العلم عدد 19845، بتاريخ 22 شتنبر 2004.

-أحمد زوكاغي، إثبات النسب وقيمة الحكم الأجنبي أمام القضاء الوطني، قراءة في حكم الغرف المجتمعة بالمجلس الأعلى، رقم 658 بتاريخ 30 دجنبر 2004، جريدة العلم، العدد 20364، السنة 60، 10 مارس 2006.

-الدليل العملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، الطبعة الثانية، يناير 2006.

-الطيب العنابي، من الخطيبة إلى الخيلية، مجلة القضاء والتشريع، عدد 1، السنة الثانية عشر، يناير 1997.

-آمال جلال، بعض الجوانب القانونية لرعاية الطفل بالمغرب، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 5، سنة 1989.

-توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العددان الثالث والرابع، السنة الحادية عشر، 1961 و 1962.

-جمال فاخر الكناس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، العدد 1، مارس 1996.

-حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة بدون زواج، مجلة القانون والقضاء، عدد 155، عدد خاص بمناسبة مرور 50 سنة على إصدار المجلة، سنة 2008.

- حسن محجوبي، فسخ العقد بسبب إخلال الزوج بالتزاماته، مجلة الملحق القضائي، عدد 32، أبريل 1997.
- حفيظة توتة، المادة 156 من مدونة الأسرة بين النص والتطبيق، مقال منشور بمجلة محاكم مراكش، العدد الأول 2007.
- حمدون نور الدين، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة الملحق القضائي، العدد 17، نونبر 1986.
- رشيد مشقاقة، بوطلة مبارك، فتحية جلال، تقرير الندوة العلمية الثانية التي عقدتها المحكمة الابتدائية بالرماني في موضوع "تفعيل مدونة الأسرة رهان قضائي"، مجلة القضاء والقانون، العدد 151، لسنة 2005.
- ساسي بن حليمة، بين النسب والأبوة، مجلة القضاء والتشريع، عدد 1، يناير 2002، السنة الرابعة والأربعون.
- عبد الخالق أحمدون، القاعدة التشريعية وارتباطها بالقاعدة الخلقية، مجلة الإحياء، العدد 12 من السلسلة الجديدة رقم 24، ربيع الأول 1419هـ يونيو 1998م.
- عبد الرحمان اللمتوني، إثبات النسب والشبهة خلال مرحلة الخطوبة، قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة، مجلة القضاء والقانون، العدد 152.
- عبد الرزاق نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة الخامسة والعشرون، مارس 2001.
- عبد الله الشقر، توثيق عقد الزواج، قراءة في مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة، مجلة محكمة، العدد السادس، يناير 2006.
- عبد الواحد شعير، محمد الأزهر، مدونة الأسرة، سلسلة التشريع المغربي (فضاءات قانونية)، مكتبة الرشاد، سطات، الطبعة الثانية، 1425 هـ/ 2004

-ماجدة بن جعفر، تطور وسائل الإثبات في مادة النسب، مجلة القضاء والتشريع عدد1.

المجلات:

-مجلة الإشعاع، العدد الخامس، السنة الثالثة، يونيو 1991.

-مجلة الأمن الوطني، عدد 187، سنة 1996.

-المجلة القانونية التونسية، عدد خاص، لسنة 1983.

-مجلة القضاء والتشريع التونسية، عدد 10، دجنبر 1971، السنة الثالثة عشر.

-مجلة القضاء والتشريع، عدد مزدوج 1-2، سنة 1969.

-مجلة القضاء والقانون، عدد 30، يوليوز 1960.

-مجلة القضاء والقانون، عدد مزدوج 140 و141، لسنة 1989.

-مجلة القضاء والقانون، عدد 127، يناير 1978.

-مجلة المحاكم المغربية، عدد مزدوج 68-69، لسنة 1994.

-مجلة المحاكم المغربية، العدد 111، نوفمبر- دجنبر 2007.

-مجلة المحاكمة، العدد الأول.

-مجلة المناهج، عدد مزدوج 7-8، سنة 2005.

-مجلة المناهج العدد المزدوج 9/10، لسنة 2006.

-مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 27.

-مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31.

-قرارات المجلس الأعلى في صون حقوق الإنسان وتنميتها، الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية، أشغال الندوة العلمية، مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان أيام 19، 20، و 21 أكتوبر 2001، بالرباط.

-قرارات المجلس الأعلى، أهم القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الجزء الأول، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

-Alain benabent, «droit civil, la famille », 3^{ème} édition 1988, librairie à la cour de cassation, paris.

-Gérard cornu, « droit civil, la famille », 8^{ème} édition mon chrostien, D.D.E, Paris, 2003.

-henri Mazeaud et Léon Maseaud : « traite théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle », librairie du Recueil Sirey, paris, 3^{ème} Ed, 1969, T1.

-Jean Hanser et daniel Huet- Weiller، sous la direction de jack chestin, « traité de droit civil, la famille », fondation et vie de la famille, 2^{ème} édition, octobre 1993, imprimerie France querey.

-Majorie Bouvier, « l'égalité des filiations », Gazette de Palais, recueil bimestrielle, septembre, octobre 2002, n°5.

-Marcelle palaniol et Georges Ripert :« traité pratique de droit civil français », tome 2 , 2^{ème} édition la famille, par ANDRE ROUAST, n° 83 librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1952 .

-Marie Pierre et Boudin-Maurin, « l'établissement de la filiation naturelle, notaire d'un enfant à l'égard d'une personne hors de reconnaître », Revue de recherche juridique N° 04, 2001, Patrick courbe, droit de la famille ouvrage couronné par l'académie des sciences morales et politique, pris berriat, 4^{ème} édition, Paris , 2005.

-Marty et raynaud, « droit civil, les personnes », 1976, n°75.

-philippe le tournean et loic, « droit de la responsabilité », delta, beyrouth, 1997.

-Aubry et reau, « droit civil français », Tome 7, 7^{ème} édition, par Paul esmein et andré ponsard, librairies techniques, Paris, N°2.

المواقع الالكترونية:

- www.craqcp.org	بتاريخ 4 يناير 2009.
- www.pogar.org	بتاريخ 2 فبراير 2009
- www.idisslagrima-maktooblog.com	بتاريخ 4 مارس 2009
- www.amanjordan.org	بتاريخ 4 مارس 2009
- www.pvac.net	بتاريخ 15 مارس 2009
- www.anabaa.org	بتاريخ 20 مارس 2009

- www.barasy.com	بتاريخ 20 مارس 2009
- www.amnesty.arabic.org	بتاريخ 23 مارس 2009
- www.arabia-inform.com	بتاريخ 25 مارس 2009
- www.achewar.org	بتاريخ 2 أبريل 2009
- www.bayanea_lyaoume.ma	بتاريخ 2 ابريل 2009

فهرس

.....2	مقدمة
.....17	الفصل الأول: آثار العدول عن الخطبة على المدايا والصداق.
.....19	المبحث الأول: آثار المدايا والصداق عند العدول عن الخطبة.
.....19	المطلب الأول: مآل المدايا عند العدول عن الخطبة.
.....20	الفقرة الأولى: وضعية المدايا قبل صدور مدونة الأسرة.
.....25	الفقرة الثانية: وضعية المدايا بعد صدور مدونة الأسرة.
.....34	المطلب الثاني: مصير مآريهم الخطبة والصداق المعجل عند العدول عن الخطبة
.....34	الفقرة الأولى: حكم مآريهم الخطبة
.....36	الفقرة الثانية: حكم الصداق المعجل والخلاف حول طبيعة ما قدم للخطبة
.....49	المبحث الثاني: إمكانية التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.
.....50	المطلب الأول: موقف الفقه والقانون من التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.
.....52	الفقرة الأولى: الاتجاه الرافض لفكرة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.
.....54	الفقرة الثانية: الاتجاه المؤيد لفكرة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.
.....55	الفقرة الثالثة: الاتجاه التوفيقى
.....64	المطلب الثاني: الأساس القانونى للتعويض عن العدول عن الخطبة
.....66	الفقرة الأولى: المسؤولية العقدية كأساس للتعويض.
.....70	الفقرة الثانية: المسؤولية التقديرية كأساس للتعويض:
.....88	الفصل الثاني: آثار الحمل الناتج عن الخطبة.
.....90	المبحث الأول: موقف الفقه ومدونة الأحوال الشخصية الملغاة من الحمل الناتج عن الخطبة.
.....91	المطلب الأول: لحوق الحمل الناتج عن الخطبة بين الاتجاه المؤيد والاتجاه المعارض
.....91	الفقرة الأولى: آراء الفقه المؤيد.
.....101	الفقرة الثانية: آراء الفقه المعارض.

المطلب الثاني: موقف مدونة الأحوال الشخصية الملائمة والقانون المقارن من الحمل الناتج عن الخطبة.	106.
الفقرة الأولى: الحمل الناتج عن الخطبة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملائمة والتشريع المقارن.	107.
الفقرة الثانية: مسير الحمل الناتج عن الخطبة في العمل القضائي المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملائمة والقضاء المقارن.	115.
المبحث الثاني: تنظيم الحمل الناتج عن الخطبة في ضوء مدونة الأسرة.	129.
المطلب الأول: الشروط المقررة لإلحاق النسب الناتج عن الخطبة في الماد156	130.
الفقرة الأولى: الاتجاه المراقب لتحقيق جميع شروط الماد156 من مدونة الأسرة.	131.
الفقرة الثانية: الاتجاه المكتفي بتوفر بعض شروط الماد156 من مدونة الأسرة	144.
المطلب الثاني: إكالات الحمل الناتج عن الخطبة.	155.
الفقرة الأولى: التكييف القانوني للماد156 من مدونة الأسرة.	155.
الفقرة الثانية: الدفع بأخطاء الماد156 أثناء سير الدعوى العمومية، وإمكانية الملازمة بين الخطيين.	167.
خاتمة	173.
لائحة المصادر والمراجع	177.
فهرس	205.