مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

عقد الزواج الباطل في التشريع التونسي من خلال مجلة الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي

The false marriage contract in the Tunisian legislation Comparative – through the Personal Status Code –study of Islamic jurisprudence

أ. سوميّة بوتيرة
soumiabouti79@gmail.com
جامعة الزيتونة- تونس

تاريخ الإرسال: 16-04-2018 تاريخ القبول:15-08-2019

الملخص:

إنّ من أهمّ فروع القانون الخاص قانون الأسرة، أو كما يسمّى في تونس مجلة الأحوال الشخصية الذي لاقى اهتماما كبيرا في العقود الأخيرة بالدراسة والتحليل والتحقيق والمقارنة، ومرجع ذلك أساسا إلى مكانة الأسرة في المجتمعات من جهة، وتغير الواقع الاجتماعي لها، الذي فرض تعديلات جديدة لبعض مواد قانونها من جهة أخرى.

إنّ مدار الأسرة في القانون التونسي والفقه الإسلامي هو عقد الزواج، الذي لابدّ له من توفر أركان وشروط لينعقد صحيحا وينتج آثاره، غير أنه قد تختلّ هذه الأركان أو تتخلف فيتغير وصف العقد إلى ما يقابل الصحة وهو البطلان، فماذا يقصد ببطلان عقد الزواج في مجلة الحوال الشخصية؟ وما مدى توافقه أو اختلافه مع الفقه؟ وماهي صوره وآثاره مقارنة بالفقه الإسلامي؟

الكلمات المفتاحية: عقد – زواج – بطلان – فساد– آثار.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

ABSTRACT:

One of the most important branches of private law is familly law; or as called in Tunisia personal status magazine, wish has received considerable attention in recent decades to study, analyze, investigate and compare, This is because of the status of the family in societies on the one hand , And changing their social reality Which imposed new amendments to some articles of its law on the other.

The family's orbit in Tunisian law and Islamic jurisprudence is the marriage contract, Which must have the availability of elements and conditions To come true and produce its effects, However, these element may be disrupted or lag behind, and the description of the contract may change to the invalidity.

So, what is meant by invalidation of the marriage contract in the Personal Status Code? And the extent of compatibility or disagreement with the jurisprudence? And what is its image and its effects compared to Islamic jurisprudence?

Keywords : Contract**;** Marriage**;** Invalidation**;** Corruption**;** Effects

المقدمة:

تعدّ الدراسات المقارنة في مجال الشريعة والقانون، من أهمّ البحوث التي لاقت اهتماما في المجال الأكاديمي، نظرا للنتائج التي تحظى بها من خلال تحديد نقاط التشابه والاختلاف، التي تثمر للمتشرعين امكانيات تطوير القوانين بمقارنتها ببعضها، وهو ما يدفع بالباحثين إلى الاقبال على هذه الدراسات فهما وتحليلا ونقدا وصولا إلى نتائج موضوعية علمية، ومن مجالات فروع القانون التي حظيت بهذا الاهتمام من طرف الباحثين الذين انصب اهتمامهم بمناهج المقارنة مع الفقه الإسلامي، تلك المتعلقة

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

بتشريعات الأسرة أو ما يسمىّ بالأحوال الشخصية، انطلاقا من خطورة قضايا الأسرة تكوينا وانفكاكا.

عني القانون التونسي كغيره من القوانين والفقه الاسلامي في مجال الأسرة بتنظيم حياة الأفراد في ظلّ الزواج تمهيدا وإنشاء وانقضاء، وبيّن أحكامه وأركانه وشروطه لينعقد صحيحا مرتبا آثاره التي تعود على الزوجين والأولاد، ليضمن حياة مستقرّة، غير أنّه قد يختلّ أحد أركان العقد أو ينعدم لسبب من الأسباب أو يقترن به شرط ينافي جوهر ومقصد الزواج، فيتغير وصف العقد من الصحة إلى ما يقابله من عدم الصحة، وهو ما يسمّى بالبطلان أو الفساد.

فما هو البطلان في مباحث الأحوال الشخصية فقها و قانونا؟ ومتى يكون عقد الزواج باطلا في مجلة الأحوال الشخصية التونسية؟ وما مدى موافقة صور البطلان في القانون التونسي لما جاء من أحكام بطلان أو فساد عقد الزواج في الفقه الاسلامي؟ وهل ينتج العقد الباطل آثاره؟ حيث تجدر الإشارة هنا إلى أنّه تم التركيز على ذكر الزواج الفاسد في مجلة الأحوال الشخصية وليس القانون التونسي، لأنّ الزواج الفاسد نظّمه أيضا قانون الحالة المدنية، وهذا لا يدخل في إطار هذه الدراسة.

إنّ معرفة الزواج الباطل وصوره سواء في الفقه الاسلامي أم القانون التونسي، له أهمية كبيرة في التمييز بين العقد الصحيح وما يقابله، لضمان زواج مقبول شرعا وقانونا، و حفاظا على قدسية العقد الذي اهتمّ به علماء في الفقه والقانون على مرّ الأزمان، فكثرت تآليفهم لإزالة الغموض واللبس عن كل ما يخصّ أحكامه، حتى عقدوا له نظرية كبرى سميت ب: "نظرية العقد" وهي تضمّ جميع أنواع العقود بما فيها عقد الزواج.

لذلك تهدف هذه الدراسة المقارنة إلى تبيين مقصود المشرع التونسي بعقد الزواج الباطل وصوره من خلال مجلة الأحوال الشخصية حتى لا يقع الزوج ومنظورته في

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

الممنوع قانونا، ومحاولة مقارنته بأحكام العقد الباطل وصوره في الفقه الاسلامي لمعرفة ما توافقا فيه وما اختلفا، وأسباب الاختلاف؛ خاصّة إذا علمنا أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية منذ صدورها سنة 1956 تعرّضت لانتقادات كبيرة حول مخالفتها لبعض أحكام الفقه الاسلامي، بل وما كان من ثوابته، كوجوب تدخّل المحكمة للتصريح بالطلاق، ومسألة منع التعدد، رغم أنّ أصل صدور مجلة الأحوال الشخصية هو ما ألّفه الشيخ محمد العزيز جعيط سنة 1948 كأوّل مؤلف يختصّ بعقد الزواج وأحكامه وكل ما يتعلّق بمباحث الأحوال الشخصية، أسماه "مجلة الأحكام الشرعية"، حيث استمدّ منها بعد ذلك المشرع التونسي الكثير من الأحكام، ممّا يجعل أغلب أحكامها فقهية، وهكذا بقيت مجلة الأحوال الشخصية متضاربة فيها الآراء بين الأصالة والحداثة، ممّا جعل أقلام الباحثين تسيل في هذا الموضوع، وتعقد له الندوات والمؤتمرات، نذكر على سبيل المثال ما صدر حديثا: "كتاب سيتينية مجلة الأحوال الشخصية (1956–2016)" الذي ضمّ محاضرات الباحثين ضمن أشغال اليوم الدراسي المنتظم في: 22 أفريل 2017 بصفاقس، قدّم له محمد أحمد محفوظ.

لهذه الأسباب كلّها المتمثلة في أهمية الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون، وكثرة الاشكالات التي تطرحها مجلة الأحوال الشخصية بخصوص تذبذبها بين التمسك بالفقه كمصدر من مصادر تشريعها وبين الحداثة والتجديد، تمّ اختيار مسألة عقد الزواج الفاسد بين الفقه والقانون، في محاولة للإجابة على الاشكالات المطروحة، من خلال الخطة المقترحة التالية:

المبحث الأول: تعريف عقد الزواج الباطل في الفقه والقانون التونسي

- ✓ المطلب الأول: تعريف عقد الزواج الباطل في الفقه
- ✓ المطلب الثاني: تعريف عقد الزواج الباطل في القانون التونسي

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

المبحث الثاني: صور الزواج الباطل في مجلة الأحوال الشخصية التونسية مقارنة بالفقه المالكي

✓ المطلب الأول: صورة اقتران العقد بشرط مناف للزواج

✓ المطلب الثاني: صور عدم مراعاة بعض أحكام فصول المجلة

المبحث الثالث: آثار عقد الزواج الباطل في القانون التونسي (م.أ.ش) مقارنا بالفقه

✓ المطلب الأول: آثار عقد الزواج الباطل في القانون التونسي (م.أ.ش) قبل الدخول

✓ المطلب الثاني: آثار عقد الزواج الباطل في القانون التونسي (م.أ.ش) بعد الدخول

1. تعريف عقد الزواج الباطل في الفقه والقانون التونسي

قبل الشروع في بيان صور عقد الزواج الباطل وآثاره لابد من تمهيد مفاهيمي، نبين فيه مفهوم البطلان في الفقه الإسلامي وعند المشرع التونسي، ومن ثم بيان عقد الزواج الباطل في التشريعين، وسينتظم هذا في مطلبين حسب الآتي:

1.2 تعريف البطلان و عقد الزواج الباطل في الفقه الاسلامي

- البطلان لغة: بطل الشيء يبطل بطلا وبطلانا بمعنى: ذهب ضياعا وخسرانا، أو سقط حكمه والباطل نقيض الحق، والجمع أباطيل.[1]
- البطلان عند الفقهاء: (عرف الجمهور الباطل بأنّه ما تقع المعاملة فيه على وجه غير مشروع بأصله أو بوصفه أو بهما، وهو الذي اختل فيه ركن أو فقد شرطاً من

[1] – محمد بن مكرم بن على ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1414هـ، مادة: (بطل)، ج 11، ص56.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

شروط الانعقاد[1]، وبطلان التصرف الشرعي من بيع وشراء، وزواج وطلاق، وإقرار وإبراء، وأخذ وعطاء، وسائر المعاملات المدنية، هو عدم حصول آثارها المقرّرة لها شرعا بين الناس، من امتلاك وانتفاع، واستباحة واستمتاع، وسائر الحقوق والثمرات والمصالح التي جعل ذلك التصرف سبيلا إليها وسببا منشئا لها.[2]

إنّ الحديث عن البطلان عند الفقهاء، لابدّ له من بيان وتفصيل من حيث نوع التصرف، أي نوع التكليف من عبادات وأنكحة ومعاملات، ومن حيث اختلاف مذاهب الفقهاء.

اتّفق الفقهاء على أنّ العقد الصحيح هو ما استوفى أركانه وشروطه ورتب عليه الشارع آثاره، غير أنهم اختلفوا في ما يقابل العقد الصحيح، (فالجمهور يقولون إنّ كل مقابل للعقد الصحيح باطل غير منعقد سواء كان الخلل في أركانه أم كان الخلل في أوصافه).[3] فالعقد عندهم صحيح أو باطل في جميع المعاملات بما فيها الأنكحة، ولا فرق بين الباطل والفاسد.

أمّا فقهاء المذهب الحنفي فيجعلون مقابل العقد الصحيح حكمين من عدم الصحة، حيث (يفرقون بين العقد الباطل والعقد الفاسد، وإن كان كلاهما غير صحيح، وذلك في المعاملات المالية، أمّا في الزواج فنجد المحققين منهم لا يفرقون بين النكاح

[1]– نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، دار الكتاب الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ص61.

[2]– مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، الطبعة 02، 1425 هـ– 2004 م، الجزء02، ص702.

[3]– أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، من غير طبعة ولا سنة الطبع، ص409.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

الباطل والفاسد.)[1] الحنفية يعتبرون العقد الباطل والفاسد في النكاح سواء، كما أكّد ذلك أبو زهرة[2] نقلا عن فقهاء المذهب.

نخلص إلى أنّ (من القواعد العامّة عند الجمهور أنّه لا فرق بين الباطل والفاسد، ويتابعهم الحنفية في ذلك في باب النكاح على ما عرف من القواعد العامّة عندهم؛ إلاّ أنّ الفقهاء يعبرون عن النكاح غير الصحيح بالباطل أحيانا، وبالفاسد أحيانا أخرى ويريدون بهما ما قابل الصحيح)[3]؛ غير أنّه عند البحث والتحليل في المسائل الفقهية الدقيقة الخاصة بالنكاح والطلاق وما تعلّق بهما، نجدهم يستعملون في كتبهم العقد الباطل ويسقطونه على مدلول، والعقد الفاسد ويسقطونه على مدلول آخر غير البطلان، على أنّهم يتّفقون في أن العقد الباطل هو: كلّ عقد فقد أحد مقومات عقد الزواج أو شرطا من شرائط هذه المقومات، سواء الجمهور أم الحنفية، أمّا الحنفية بدورهم يقسّمون الباطل إلى قسمين:

- العقد الباطل غير المشتبه (العقد الباطل عند الحنفية) وهو: كل عقد فقد أحد أركان عقد الزواج أو شرطا من شرائط هذه الأركان كالزواج من امرأة مجوسية، وهو نفسه الباطل عند الجمهور.
- العقد الباطل المشتبه (العقد الفاسد عند الحنفية) وهو: كل عقد توافرت فيه

[1]– أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، من غير طبعة ولا سنة الطبع، ص148.
[2]– أبو زهرة محمد، المرجع نفسه، ص148.
[3]– وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة 02، الطبعة من: 1404 – 1427 هـ، دار السلاسل – الكويت، ج 08، ص 121.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

أركانه وشرائط انعقاده، ولكنّه فقد شرطا من شرائط الصحة كالنكاح بلا شهود.[1]

1.2 تعريف بطلان عقد الزواج في القانون التونسي

البطلان هو عدم اكتساب العقد الوجود الاعتباري في نظر القانون، ويكتسب العقد وجوده الاعتباري إذا توافرت فيه أركان انعقاده، فمجرد توافر الوجود الحسي للعقد – ويكون ذلك بمجرد التعبير عن الإرادة– لا يؤدي إلى قيامه، فالتعبير عن الإرادة من دون توافر الوجود الاعتباري لا ينعقد به العقد.

فالبطلان إذاً هو مفهوم سلبي لأنه يعني عدم الوجود، وبالتالي فالبطلان هو جزاء يفرض إما نتيجة تخلف ركن من أركان العقد، وإمّا نتيجة اختلال ركن من أركانه، أو بموجب نصّ قانوني يقرر بطلان العقد على الرغم من توافر أركان انعقاده.[2]

من التعريفات المشهورة أيضا للبطلان: هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها، فهو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين، وبالنسبة إلى الغير تبعا لذلك.[3]

أمّا بطلان عقد الزواج في القانون التونسي جاء معناه منقسما إلى نوعين، البطلان وفق ما جاء في مجلة الأحوال الشخصية والحالات التي عدّدها المشرع، وما جاء وفق قانون الحالة المدنية من إجراءات بموجب الفصل 36 قانون01 أوت 1957، وما يهمّنا في

[1]– جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، 2008، ص22.

[2]– فواز صالح، الابطال والبطلان في القانون الخاص، الموسوعة القانونية المتخصصة، الجمهورية العربية السورية، رئاسة الجمهورية، دون طبعة ولا سنة الطبع، المجلد الخامس، ص174.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، من دون رقم الطبعة وسنة الطبع، ج01، ص486 و 488.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

هذا البحث هو معرفة عقد الزواج الباطل كما عبّر عنه المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية.

لقد أطلق القانون التونسي على العقد الباطل اسم العقد الفاسد، ورتّب عليه آثار العقد الفاسد[1]، حيث لم يفرق بين عقد الزواج الباطل وعقد الزواج الفاسد، إذ هما عنده بنفس المعنى، وهذا ما يوافق تماما جمهور الفقهاء والحنفية في القواعد العامة لمسألة تسوية البطلان بالفساد في مجال الأحوال الشخصية، ولا يوافقهم من حيث الاختلاف الذي تطرقنا إليه فيما يخص المسائل الفرعية الفقهية الخاصة بالزواج و الطلاق ومسائلهما.

نصّ المشرع التونسي على الزواج الفاسد في صلب الفصل 21 الذي (نُقِّح بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964): (الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث والفقرة الأولى من الفصل الخامس والفصول 15 و 16 و 17 و 18 و 19 و 20 من هذه المجلة).[2]

يتّضح من هذا النص أن المشرع يستعمل كلمة الزواج الفاسد وهي كلمة فقهية، حال أن العبارة التي يستعملها القانون الوضعي هي عبارة الزواج الباطل[3]، وقد ذكرت عبارة الزواج الفاسد أيضا في اسم الباب التي وضعت تحته هذه المادة "في الزواج الفاسد وما يترتب عليه"

[1]– جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص27.

[2]– مجلة الأحوال الشخصية التونسية، أمر مؤرخ في 13 أوت 1956.

[3]– ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، ص84.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

2. صور الزواج الباطل في مجلة الأحوال الشخصية التونسية مقارنة بالفقه المالكي

جاء في الفصل 21 من م.أ.ش أن البطلان يثبت بحالتين:

- صورة اقتران الزواج بشرط يتناقض مع جوهر العقد، أي اشتراط أحد الزوجين أو كليهما شرطا يتناف ومقاصد الزواج المعروفة شرعا وقانونا.
- صورة إذا انعقد الزواج بدون مراعاة بعض أحكام فصول مجلة الأحوال الشخصية، فيحكم على العقد بالبطلان.

وهذا ما سيتمّ دراسته في مطلبين، نخصص المطلب الأول لصورة اقتران العقد بشرط مناف لجوهر الزواج ومقاصده، والمطلب الثاني لصورة انعقاد الزواج من غير مراعاة أحكام بعض الفصول المقررة في المجلة.

1.3 صورة اشتراط شرط مناف لجوهر الزواج

تدخل هذه المسألة ضمن موضوع في غاية الأهمية لم يغفل عنه المشرع التونسي، وهو مسألة الاشتراط في الزواج، وهو ما جاء به الفصل 11 من م.أ.ش والذي ينصّ على خيار الشرط، حيث جاء فيه: (يثبت في الزواج خيار الشرط ويترّتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترّتب على الفسخ أيّ غرم إذا كان الطلاق قبل البناء).

صرّح المشرع التونسي للمتعاقدين أثناء ابرام عقد زواجهما، أن يشترط كل واحد على قرينه بعض الشروط، من الممكن أن تكون متعلّقة بذات القرين أو المكاسب، وإذا ما أبرم عقد الزواج واتّضح أنّ الشرط غير متوفر، فإنّ القرين يصبح له خيار بين تكملة ما أمضاه مع قرينه وتبقى العلاقة الزوجية قائمة أو يطالب بالطلاق لعدم احترام الاتّفاق والشرط المتّفق عليه؛ غير أنّه وحتى لا يتعسّف القرينان في استعمال حقهما،

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

وضع المشرع التونسي ضوابط وتقييدات على مسألة الاشتراط، وذلك حماية لهذا العقد المقدس من خروجه عن مقاصده وحماية للعاقدين من تسلّط أحدهما على الآخر بالمبالغة أو اشتراط ما يمكن أن يضرّ بهما، أو كما جاء به الفصل 21 من م.أ.ش من عدم اشتراط شروط تتنافى مع جوهر الزواج، ومن ذلك اشتراط عدم المساكنة، إذ يعتبر هذا الشرط خرقا لأحكام الفصل 23 م.أ.ش، وهذا ما أقرّته محكمة التعقيب في قرار تعقيبي مدني، حيث اعتبرت أنّ: (لئن لم يوجب المشرع صراحة على الزوجة مساكنة زوجها فإن تعايش الزوجين في مقرّ واحد يعدّ من أهمّ الواجبات الزوجية لما فيه من تحقيق لغايات الزواج، ولا شك أن امتناع أحد الزوجين عن مساكنة الآخر بدون موجب يشكل خرقا لأحكام الفصل 23م.أ.ش.)[1]؛ أو مثلا اشتراط عدم القيام بالواجب الجنسي أو عدم انجاب الأولاد[2]، بينما من أعظم مقاصد الزواج شرعا وقانونا هو خلافة الأرض وتعميرها، وهو ما أكدت عليه محكمة التعقيب في قرار تعقيبي مدني، حيث اعتبرت أن: (العلاقة الجنسية من لوازم الحياة الزوجية التي تبنى على الإرادة المشتركة للزوجين على تحصين الطرفين وإنجاب الأبناء وإنشاء أسرة وهو ما يؤخذ من مفهوم الفصل 23 م.أ.ش الذي أكد على وجوب قيام الزوجين بالواجبات حسب ما يقتضيه العرف والعادة والعلاقة الجنسية من الواجبات الطبيعية المتعارف عليها.)[3]؛ أو أن يشترط الزوج على

[1]– عدد 2009/36861 مؤرخ في 15 أكتوبر2009

[2]– خالد المؤدب، هل يعتبر الفصل 11 م.أ.ش نصا قانونيا مهجورا؟، مقال منشور في: "مجلة نقطة قانونية الالكترونية"، تونس في 04 أكتوبر 2017.

[3]– عدد 36422 مؤرخ في 22 أكتوبر 2009

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

زوجته أن لا ينفق عليها، ويعتبر المشرع أن الشرط المنافي لعقد الزواج ومقاصد النكاح، يؤدي بالعقد إلى البطلان وليس الفسخ أو الطلاق أو ابطال الشرط فقط.[1]

إنّ لأحكام الفقه الاسلامي السبق في مسألة اقتران عقد الزواج بشروط، إذ يحقّ للخاطبين أن يشترطا أثناء العقد شروطا يرياها ضرورية في حياتهما، حتى يتفاديا أي نزاع أو اختلاف بينهما، غير أنّ هذا الحق المخوّل لهما لا يعني اطلاق كامل الحرية في الاشتراط حتى لو بالتراضي، وفي هذا المقام ورد عن النبي –صلى الله عليه وسلم– أنه قال: (المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما).[2]

ومن أمثلة الأنكحة التي اقترنت بشروط باطلة وبالتالي بطلان النكاح (اشتراط التحليل أو المتعة، واشتراط نفي الحلّ بأن يتزوجها على أن لا تحل له لمنافاته العقد، أو شرط مستقبل غيّر مشيئة الله كأن جاء رأس الشهر أو إن رضي زيد ونحو ذلك).[3]

---

[1]– ساسي بن حليمة، المرجع نفسه، ص 84.

[2]– رواه الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر وآخرون، نشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، الطبعة: الثانية، 1395 هـ – 1975 م، ج626/3، حديث 1352، قال بن حجر في بلوغ المرام: رواه التّرمذيّ وصحّحه، وأنكروا عليه؛ لأنّ راويه كثير بن عبد اللّه بن عمرو بن عوف ضعيف، وكأنّه اعتبره بكثرة طرقه، قال المحقق معلقا على رواية الترمذي: إسناده ضعيف جداً؛ فيه كثير بن عبد الله بن عمرو، وهو شديد الضعف، قال المحقق:(لعل الحافظ يقصد شواهده، وإلا فما له غير هذا الطريق. قال ابن العربي: قد روي من طرق عديدة ومقتضى القرآن وإجماع الأمة على لفظه ومعناه)، أحمد بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق: الدكتور ماهر ياسين الفحل، نشر: دار القبس للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1435 هـ – 2014 م، ص 334. حديث رقم: 872.

[3]– عبد الله بن محمد الطيّار، عبد الله بن محمّد المطلق، محمّد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر، مدار الوطن للنّشر، الرياض، الثانية، 1433 هـ – 2012 م، ج05، ص 27.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

بعد عرض حكم مسألة بطلان الزواج الذي يقترن بشرط مناف لجوهر الزواج في القانون التونسي والفقه الاسلامي، يتّضح لنا توافق التشريعين واتفاقهما في هذه المسألة، ويمكن ارجاع سبب ذلك إلى تاريخ مجلة الأحوال الشخصية ومصدرها، حيث تبنّت تونس قبل 1956 العمل بمجلة الأحكام الشرعية لصاحبها محمد العزيز جعيط[1]، التي اقتبس منها المشرع التونسي مجلة الأحوال الشخصية في مسائل كثيرة، وهذا التأثر بمجلة الأحكام الشرعية التي كان مصدرها الفقه الاسلامي، جعل المشرع التونسي يتبنى أحكاما كثيرة فقهية لم يمسّها التعديل منذ اصداره لمجلة الأحوال الشخصية إلى يومنا هذا، رغم التعديلات التي أجريت عليها.

2.3 انعقاد الزواج بدون مراعاة بعض أحكام فصول مجلة الأحوال الشخصية

تتمثّل هذه الصورة في أن ينعقد الزواج بدون مراعاة بعض أحكام فصول مجلة الأحوال الشخصية، فيحكم على العقد بالبطلان، ولقد عدّدها المشرع التونسي بصريح العبارة وهي كالتالي:

1.2.3 بموجب الفقرة الأولى من الفصل الثالث التي تنصّ على أنّه: (لا ينعقد الزّواج إلا برضا الزوجين)، ويعتبر الرضا الركن الأساسي في عقد الزواج وهو الركن النفسي الذي لا تتوفر إرادة الزواج لدى كلا المتعاقدين بدونه، إذ أنّه يجسم حرية الزواج والتي تعدّ من أبرز الحريات الخاصّة ومن أهمّ حقوق الإنسان، وعلى هذا الأساس ألغي ما كان سائدا في تونس من عادات تتنافى وركن الرضا، مثل تزويج الأطفال وممارســة

[1] – محمد بوزغيبة، هل مجلة الأحوال الشخصية التونسية شرعية أو علمانية لائكية؟، مقال منشور في موقع صوت الزيتونة، تونس، في: الأحد يناير 30، 2011 2:09 pm.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

الولي لحق الجبر على منظوريه خاصة من النساء.[1]

تجدر الإشارة إلى أن نصّ الفصل الثالث بقي على ما هو عليه، حيث لم يمسّه أيّ نوع من أنواع التعديل منذ 1956، وهذا له دلالة صريحة على تمسك المشرع بضرورة ووجوب انصراف إرادة الزوجين إلى إبرام هذا العقد وموافقتهما عليه وإلا كان فاسدا.

أمّا الرضا في الفقه الاسلامي فيعتبر ركن متّفق عليه عند كل المذاهب، يوجد العقد بوجوده ويبطل بانعدامه، وهو ما يعبر عنه الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين اللّذان يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما، والدلالة على الرضا الباطني بما يترتب عليه.[2]

إن ركن الرضا في عقد الزواج هو مسألة متّفق عليها فقها وقانونا، إذ بانتفائه يبطل العقد ولا يرتب آثاره، وهذا ما أكدت عليه مجلة الأحوال الشخصية تكريسا لحرية الفرد بقولها:(لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين)، متقفية أثر الفقه في ذلك، وحماية للمرأة على وجه الخصوص من سلب لحريتها وحقّها في التعبير في مسألة الزواج التي عانت منها طويلا.

2.2.3 بموجب الفقرة الأولى من الفصل الخامس التي تنصّ على أنّ: (يجب أن يكون كلّ من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية)، ويقصد بها الموانع التي جاءت في الفصل 14 م.أ.ش: (موانع الزواج قسمان: مؤبّدة و مؤقتة، فالمؤبّدة: القرابة أو المصاهرة أو الرضاع أو التطليق ثلاثا، والمؤقتة: تعلّق حق الغير بزواج أو عدّة.)

[1]– أحمد رويس، دراسة مقارنة بين الطلاق وبطلان الزواج، رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء،2002–2003، ص44.

[2]– بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، الطبعة الثانية، 1961، ص41.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

ولم يترك المشرع التونسي الأمر عامّا أو مبهما، بل عدّد الموانع المؤبّدة وأقسامها والموانع المؤقتة وأقسامها من الفصل 15 إلى 20 م.أ.ش كالتالي: (الفصل 15: المحرّمات بالقرابة/ الفصل 16: المحرّمات بالمصاهرة/ الفصل 17: المحرّمات بالرّضاع/ الفصل 18: التّعدّد في الزّواج/ الفصل 19: التطليق ثلاث/ الفصل 20: تعلّق حق الغير بزواج أو عدّة)، لذلك لابدّ أن نتطرق لهذه الموانع وأقسام كل منها بالشرح كما جاءت في المجلة، ومقارنتها بما جاء في الفقه الإسلامي.

➢ **موانع الزواج المؤبدة**: وهي القرابة–المصاهرة–الرضاع–التطليق ثلاث.

أ. **القرابة**: بيّن الفصل 15 من يحرمن على الرجل حرمة أبدية من القرابة وهنّ: أصول الرجل وفصوله وفصول أوّل أصوله وأوّل فصل من كلّ أصل وإن علا.

يقصد بأصول الرجل الأم والجدة سواء لأب أو لأم وإن علت، والفصول هن بنات الرجل وبنات أبنائه وأن نزلن أي حفيداته؛ ويقصد بفصول أول أصوله هن فروع أبويه أي أخواته سواء كن شقيقات أو لأب أو لأم فقط وكذلك جميع حفيدات أبويه مهما نزلن.

أمّا المقصود بأول فصل من كل أصل وإن علا فهن بنات الآباء والأجداد مهما كانت درجتهن.[1]

ب. **المصاهرة**: بيّن الفصل 16 المحرمات بالمصاهرة وهنّ: أصول الزوجات بمجرّد العقد وفصولهن بشرط الدخول بالأم، زوجات الآباء وإن علوا وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرّد العقد.

أصول الزوجات يقصد بهنّ أم الزوجات التي تمّ العقد عليهن، والجدة سواء لأب أو لأم، إذ يحرمن على الزوج حرمة مؤبدة، وكذلك يحرم عليه من المصاهرة فصولهن

[1]– أحمد رويس، المرجع نفسه، ص 50.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

وهن بنات الزوجة المدخول بها، وهي ما تسمّى الربيبة في الفقه الاسلامي؛ وهنا نلاحظ أن المشرع التونسي اشترط في الأصول العقد وفي الفصول الدخول بالأم وهذا تأسيا بما أقرّه الفقهاء في قاعدة مفادها "العقد على البنات يحرّم الأمهات بخلاف العكس"[1]، أي العقد على الأمهات لا يحرم البنات، فإذا دخل بالأم حرمت البنت[2].

ومن المحرمات تحريما أبديا بالمصاهرة زوجات الآباء والأجداد من الأب أو الأم وإن علوا، وزوجات الأولاد والأحفاد وإن سفلوا بمجرد العقد عليهنّ.

ج. **الرضاع:** جاء في الفصل 17 المحرمات من الرضاعة وهنّ كما جاء في نص المادة: (يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب والمصاهرة)، كما أزال المشرع الالتباس حول إخوة وأخوات الطفل الذي رضع بقوله في الفقرة الثانية من نفس الفصل: (ويقدر الطفل الرضيع خاصة –دون إخوته وأخواته– ولدا للمرضعة وزوجها)، حيث لا يخصّهم التحريم وإنما يعتبر ولدا للمرضعة الطفل الذي رضع منها فقط، ويقصد المشرع التونسي أنّه بإمكان أخت الرّاضع أو بنات الأخت مثلا التّزوج من زوج المرضعة؛ وحدّد المشرّع المدّة التي يثبت بها التحريم بالرضاع وهو الحولين الأولين، كما جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 17: (ولا يمنع الرضاع من النكاح إلا إذا حصل في الحولين الأولين.)؛ غير أنّه لم يُشر إلى المقدار الواجب لثبوت الرضاعة، وترك المسألة يرجع فيها للفقه الإسلامي.

د. **المطلقة ثلاثا:** جاء في الفصل 19: (يحجّر على الرجل أن يتزوّج مطلقته ثلاثا)، بموجب هذا الفصل فإنّه عند صدور الحكم بالطلاق للمرة الثالثة في حق

[1]– محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر – بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ، ج03، ص208.

[2]– أحمد أبو العباس الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، لغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، دون طبعة ودون تاريخ، ج02، ص 388.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

الزوجين، يمنع بصفة نهائية ودائمة تزوج أحدهما بالآخر[1]؛ وقد تفردت مجلة الأحوال الشخصية بهذا الحكم عن باقي قوانين الأسرة العربية، هذه الأخيرة التي تَعتبر من المطلقة ثلاثا محرمة تحريما مؤقتا حتى تنكح زوجا غيره ثمّ يحدث طلاق من هذا النكاح، وبهذا يكون المشرع التونسي خالف حكما من أحكام الفقه جاء به القرآن صريحا وواضحا، في قوله تعالى:" فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ"[2]، وخالف باقي القوانين العربية.

تعود أسباب تبني المشرع التونسي لهذا الحكم (حتى يضع حدّا لظاهرة الزوج المحلل والتلاعب بمؤسسة الزواج، خاصة بعد تبنيه الطلاق القضائي كوسيلة وحيدة لفضّ العلاقة الزوجية ممّا يترك للزوجين فرصة مراجعة نفسيهما قبل التمادي في إجراءات الطلاق الثالث)[3]

من خلال ما تمّ تبيينه من المحرمات تحريما أبديا في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، يظهر جليا تأثر المشرع التونسي بمجلة الأحكام الشرعية التي سبقت صدور المجلة والتي حوت أحكاما فقهية تنظم شؤون الزواج وما يتبعها من مسائل، فعمل بها لما لهذه المسألة من معيار فقهي رباني أكثر منه قانوني وضعي، حيث أجمعت كل المذاهب الفقهية أنّه ينعقد العقد باطلا إذا تمّ العقد على إحدى المحرمات تحريما أبديا وهي القرابة (النسب)، المصاهرة، الرضاع، وهي ما عددتها المجلة؛ غير أنّه زاد المشرع التونسي صنفا

[1]– قرار تعقيبي مدني عدد 9470 مؤرخ في 19 أفريل 2007.

[2]– سورة البقرة، الآية 230.

[3]– فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية: قراءة في فقه القضاء، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2015، ص99.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

رابعا، يخالف تماما ما جاء في الفقه الاسلامي، وبهذا أثار جدلا واسعا ومعارضة كبيرة حول اعتباره الطلاق الثلاث من التحريم الأبدي.

➢ **موانع الزواج المؤقتة**: تعلق حق الغير بزواج–تعلق حق الغير بعدة.

أ. تعلّق حق الغير بزواج (التعدد): يعتبر التعدد بالأزواج أو بالزوجات في مجلة الأحوال الشخصية التونسية من الأنكحة الفاسدة، حيث أقرّ المشرع التونسي في "الفصل 18" أنّ التعدد في الزواج ممنوع[1]، وما جاء في الفصل20 من منع تعدد الأزواج بقولها: (يحجر التزوّج بزوجة الغير)، وبهذا اعتُبر الزواج الثاني باطلا مادام العقد الأول لا يزال قائما سواء بالنسبة للزوج أو للزوجة، ولا يبطل الزواج إلاّ بحكم قضائي.

أمّا بالنسبة لحكم التعدد في الفقه الإسلامي يكاد لا يختلف في إباحته اثنان، ولا نجد مخالفا لهذا الحكم، مستدلّين بقوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا)[2]، على اختلاف بينهم في تفاصيل المسألة ليس هذا مقامها.

ب. تعلّق حق الغير بعدة: حجر الفصل 20 من مجلة الأحوال الشخصية التزوج بالمرأة وهي في حالة عدة بعد انفكاك الرابطة الزوجية التي كانت تربطها بزوج آخر سواء كان ذلك بطلاق أو وفاة وذلك إلى انتهاء العدة[3]، حيث نصّت المادة 20 م.أ.ش

[1]– (نقح بالقانون عدد 70 لسنة 1958 المؤرخ في 04 جويلية 1958 وأضيفت إليه الفقرات 3 و 4 و5 بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964).

[2]– سورة النساء، الآية 03.

[3]– أحمد الرويس، المرجع نفسه، ص49.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

على أنّ: (يحجر التزوّج بزوجة الغير أو معتدّته قبل انقضاء عدّتها)، وجعل المشرع هذا المانع من الموانع المؤقتة، لأنه بمجرد انتهاء مدة العدة تصبح ذمة المرأة غير متعلقة بزواج أو أي سبب من أسباب التحريم؛ ولقد بيّن المشرع التونسي أحكام العدة في الفصل 35 م.أ.ش.

تجدر الإشارة إلى أنّ لفظ "العدّة" هو مصطلح فقهي، ذلك أن الفقه الاسلامي يعتبر من أهمّ المصادر التي استمدّت منها مجلة الأحوال الشخصية بعضا من أحكامها، إذ نجد المشرع التونسي يوافق تماما ما جاء في الفقه الاسلامي في وجوب أن تتربّص المرأة مدّة من الزمن بعد فراق مع زوجها من طلاق أو موت، وهو ما جاء في القرآن في مواضع كثيرة، قال الله تعالى: (فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا)[1]، وذكرت فيها العدة بمصطلحات مختلفة، منها الأجل كما في قول الله تعالى: (وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)[2]، وبلفظ التربّص كما في قوله تعالى: (يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)[3].

وكذلك ما جاء في بعض كتب الفقه المالكي من أنّه: (يوجب العدة شيآن طلاق وما في معناه من فسخ والآخر الموت، والعدة في غير الموت لا تكون إلا في مدخول بها، وأنواع العدة ثلاثة أضرب أقراء ووضع حمل وشهور، ثم هي على ضربين منها ما يشترط

[1]– سورة الأحزاب، الآية 49.

[2]– سورة الطلاق، الآية 04.

[3]– سورة البقرة، الآية 234.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

فيه الطلاق والموت وهو وضع الحمل، ومنها ما يشتركان في جنسه دون تعينه وهو الأقراء والشهور)[1]

غير أنّه بتتبع الأحكام المفصّلة التي جاءت في مجلة الأحوال الشخصية التونسية من أنواع النساء المعتدات وكل واحدة ومدّة تربصها حسب حالتها نجد بعضا منها مخالفا لما جاء متّفقا عليه في الفقه الاسلامي بين المذاهب الأربعة.

هذه هي صور فساد عقد الزواج التي عدّدها وصرّح بها المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية منها ما كان موجودا منذ صدورها، ومنها ما تمّ تعديله ومنها ما صدر جديدا بحكم التعديلات التي تخوّل للمشرع.

لكن تجدر الاشارة إلى أنّ هذه الصور لم تذكر على سبيل الحصر، وإنّما هناك صور لفساد العقد لم تذكر لا في مجلة الأحوال الشخصية ولا قانون الحالة المدنية، وأثارها الفقه والقضاء، نذكر منها: زواج المسلمة بغير المسلم، زواج الشخصين من جنس واحد، زواج الشريكين في جريمة الزنا، مسألة التبني إذ كيف تمنح للمتبنى نفس الحقوق والواجبات التي يتمتع بها الابن الشرعي، و لم يجعله من موانع الزواج، الأمر الذي حدا ببعض الفقهاء إلى القول بضرورة اعتبار التبني من موانع الزواج.

3. آثار عقد الزواج الباطل في القانون التونسي مقارنا بالفقه

عرفنا فيما سبق أن البطلان هو صفة العقد الذي فقد أركانه أو أحد أهم شروط الأركان، وهو في مقابل العقد الصحيح، الذي يستوفي كل أركانه وشروطه، سواء ما جاء في أحكام الفقه الاسلامي أم ما جاءت به قوانين الأسرة الوضعية عامّة ومجلة

[1] – أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425هـ–2004م، ج01، ص135.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

الأحوال الشخصية التونسية خاصّة، هذه الأخيرة التي بيّنت في الفصل 21 الزواج الفاسد وصوره.

وبما أنّ لعقد الزواج الصحيح آثارا بينت في مواضعها، للعقد الفاسد أو الباطل آثار أيضا لابد من دراستها في الفقه ومجلة الأحوال الشخصية، نظرا لأهمية دراسة آثار عقد الزواج المحكوم عليه بالبطلان بصفة خاصّة، وآثار البطلان بصفة عامّة التي مردها في الحقيقة إلى قاعدة أساسية في نظرية البطلان في القانون المدني التونسي، مفادها أنّ العقد الباطل تزول آثاره بصفة رجعية، أو بعبارة أخرى أنّ البطلان ينسحب على الماضي، ويترتب على الأثر الرجعي للبطلان إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد عندما يتعلّق الأمر بعقد باطل.[1]

فما هي آثار عقد الزواج الباطل أو الفاسد في مجلة الأحوال الشخصية التونسية؟ وما مدى موافقة هذه الآثار لما جاء في الفقه الاسلامي أو مخالفتها له؟

لابد أن ننبّه في هذا التمهيد إلى أنّه ذكرت آثار الزواج الفاسد أيضا في القانون التونسي وفق الحالة المدنية بموجب الفصل 36 و36 مكرر قانون 1957/08/01، حيث تنصّ المادة 36 على:(يعتبر الزواج المبرم خلافاً لأحكام الفصل 31 أعلاه باطلاً ويعاقب الزوجان زيادة على ذلك بالسجن مدة ثلاثة أشهر، وإذا وقعت تتبعات جزائية بمقتضى أحكام الفقرة السابقة يقع البت بحكم واحد في الجريمة وإبطال الزواج، وإذا استأنف أو استمر الزوجان على المعاشرة رغم التصريح بإبطال زواجهما يعاقبان بالسجن مدة ستة أشهر، ولا ينطبق الفصل 53 من المجلة الجنائية على المخالفات المقرّرة بهذا الفصل.)[2]

[1]– محمد الزين، النظرية العامّة للالتزامات –العقد–، طبعة ثانية، تونس، 1997، ص118.

[2]– نقح بالمرسوم عدد 2 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفرى 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 2 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

الفصل 36 مكرر[1]: لا ينجر عن الزواج المصرّح بإبطاله بمقتضى أحكام الفصل السابق إلا النتائج الآتية:

1. ثبوت النسب.
2. وجود العدة على الزوجة وتبتدى هذه العدة من تاريخ صدور الحكم.
3. موانع الزواج الناتجة عن المصاهرة.

نظّم المشرع التونسي هذه الأحكام ليضع حدّا نهائيا لظاهرة ما كان يطلق عليه الزواج العرفي، ليجرّم الزواج على خلاف الصيغ القانونية، ويضع له عقابا جزائيا ويؤكد بطلانه ويشدد العقوبة بمضاعفتها عند مواصلة الزوجان المعاشرة رغم التصريح ببطلان زواجهما.[2]

إذا علمنا أنّ كلا التشريعين يفرّقان بين آثار العقد قبل الدخول أي بمجرد العقد فقط، وبين آثاره بعد الدخول، فإنّه سيتمّ دراسة هذا المبحث تحت هذا التقسيم في مطلبين، يخصّ الأول: آثار بطلان العقد قبل الدخول والثاني: آثار بطلان العقد بعد الدخول.

1.4 آثار عقد الزواج الباطل قبل الدخول

جاء في نصّ الفصل 22 من م.أ.ش: (يبطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلاق ولا يترتب على مجرّد العقد أي أثر)، انطلاقا من صياغة هذه الفقرة يمكننا ملاحظة عدّة نقاط، أوّلها أنّ المشرع التونسي لا فرق عنده بين الفساد والبطلان، إذ يستعمل فعل "يبطل" وهو من البطلان، وإلاّ كان صاغ المادة ب "يفسد".

[1]– (أضيف بالمرسوم عدد 2 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفرى 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 2 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964.

[2]– فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع نفسه، ص51.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

ثمّ يأتي بكلمة "وجوبا" والتي يعني بها أنّ كل عقد زواج حكم عليه قضائيا بالفساد، فواجب ابطاله، فلا يجوز إجازة زواج احتوى صورة من الصور التي جاء بها الفصل 21 م.أ.ش، حتى لو رضي أحد الطرفين أو اتّفقا على إجازته، إذ يصدر القاضي حكما ببطلانه عندما ترفع أمام المحكمة دعوى ابطال العقد، بعد أن يتحقق ويثبت بالدلائل والحجج أنّه يحمل مواصفات العقد الفاسد بأحد صور الفساد.

يضيف المشرع في صياغته تأكيدا آخر مع وجوب ابطال العقد عند قيام سبب البطلان، وهو "بدون طلاق"، ممّا يفهم منه أن البطلان ليس طلاق، وأنّ العقد الفاسد مصيره البطلان، لأنّه بمثابة الغير الموجود، لمنافاته مقاصد الزواج أو معارضته للقواعد القانونية والشرعية للزواج كالزواج بإحدى المحرمات تحريما مؤبّدا أو مؤقتا أو الزواج بمن ذمته معلّقة بزواج وغيرها من الصور التي ذكرت في الفصل 21، أمّا الطلاق يكون نتيجة زواج صحيح وتمّ التفريق بين طرفيه لضرر أو سبب من أسباب الطلاق المذكورة في المجلة، وإن كان يرى فقهاء القانون أن إدراج "بدون طلاق" في الصياغة، هو تحرير رديء[1] لا فائدة من ذكره.

تجدر الإشارة إلى أن هذا البطلان يسري على الزواج الفاسد في الحالتين القانونيتين اللّتان ذكرتا في صلب هذا الفصل، وهو أن الزواج يحكم عليه بالبطلان سواء قبل الدخول أي بمجرد العقد، أم بعد الدخول، غير أنّهما يختلفان في أنّ الحالة الأولى وهي قبل الدخول لا يرتب المشرع عليها أيّ أثر لأنّ العقد الفاسد بمواصفاته التي ذكرت في الفصل 21 م.أ.ش، هو عقد محكوم عليه بالبطلان ممّا يجعله في حكم المعدوم وبالتالي لا يترتب عليه أيّ أثر وهو ما عبّر عنه المشرع بـــ: (ولا يترتب على مجرّد العقد أي أثر).

[1]– ساسي بن حليمة، المرجع نفسه، ص87.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

إذن ربط المشرع التونسي اعتبار ترتيب أثر على الزواج الباطل بقرينة الدخول من عدمه، لذلك لابأس أن نعرج باختصار على معنى الدخول عند المشرع التونسي.

يستعمل المشرع أحيانا مصطلح البناء وفي أحيان أخرى مصطلح الدخول للدّلالة على نفس المعنى، بينما نجد في الصياغة الفرنسية la consommation du mariage، إذ يمكن أن يتمّ الدخول حال إبرام عقد الزواج حيث يتّجه الزوج والزوجة من مجلس العقد مباشرة إلى محلّ الزوجية ويختلي بها ويتمّ الالتقاء الجسدي بينهما، كما يمكن أن لا يتمّ البناء إلاّ بعد فترة قد تطول أو تقصر، فتسمّى الحالة الأولى الدخول الفعلي، والحالة الثانية الدخول الحكمي[1]، وكلتا الحالتين يثبت الدخول بقرينة ومعيار الخلوة التي أقرّها (فقه القضاء حيث استقرّ على أن الدخول لا يحتاج إلى الاشهار، فالدخول والبناء يتمّ بحصول الخلوة بين الزوجين.)[2]. وإذا رجعنا إلى أحكام الفقه الاسلامي، نجد أنّ العقد غير الصحيح لا يترتب عليه شيء مطلقا، لأنّ الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة هو التحريم، حتى يقوم سبب شرعي يثبت الحلّ، وهو العقد الصحيح، فإذا وجد نقل تلك العلاقة من التحريم إلى الحلّ، وإن وجد غير مستوف لشروط الصحة، فهو غير معترف به من الشارع، فلا يرتب عليه حكما شرعيا بمقتضى الوجود المجرد –أي قبل الدخول–، ولذلك لا تثبت نفقة ولا طاعة ولا توارث بأي حال ولا حق لأحدهما قبل صاحبـــه[3]،

[1]– خالد المؤدب، الدخول في القانون التونسي وفقه القضاء، مقال منشور في موقع مجلة نقطة قانونية، تونس، في 15 نوفمبر 2017.

[2]– قرار تعقيبي مدني عدد 31885 مؤرّخ في 26 مارس 2009.

[3]– أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، من غير طبعة ولا سنة الطبع، ص200.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

لأنّه ليس بنكاح حقيقة؛ لانعدام ملك منافع البضع بالعقد الباطل أو الفاسد.[1]

نخلص إلى أنّ المشرع التونسي وافق أحكام الفقه الاسلامي حين نظر إلى بطلان عقد الزواج باعتبار قبل الدخول وبعده، كما وافقه أيضا في جعل عقد الزواج الفاسد قبل الدخول لا ينتج أثره لأنه في حكم المعدوم.

2.4 آثار عقد الزواج الباطل بعد الدخول

جاء في الفقرة الثانية من الفصل 22 من م.أ.ش: (ويترتب على الدخول الآثار التالية فقط:

1) استحقاق المرأة المهر المسمى أو تعيين مهر لها من طرف الحاكم.
2) ثبوت النسب.
3) وجوب العدّة على الزوجة وتبتدئ هذه العدّة من يوم التفريق.
4) حرمة المصاهرة.

علمنا من قبل في الفقرة الأولى أنّه لا يترتب على مجرد العقد أيّ أثر بينما يترتب على الدخول آثار، يُدرس كلّ أثر على حدى مع مقارنته مع ما جاء في الفقه الاسلامي.

1.2.4 المهر:

لقد رتّب الفصل 22 من م.أ.ش استحقاق المرأة للمهر المسمّى أو تسمية مهر لها من طرف الحاكم، كأحد آثار الحكم ببطلان الزواج وذلك بشرط الدخول، أمّا قبل الدخول فلم يقرر لها مهرا، ولكن تجدر الإشارة إلى أنّ بمقارنة الفصل 22 من م.أ.ش مع الفصل 36 من قانون الحالة المدنية 1957/8/1 نجد المشرع ألغى المهر بموجب الفصل 36 كأثر من آثار الزواج المحكوم عليه بالبطلان ويمكن تفسير إقصاء الفصل 36 من قانون 1957/8/1 برغبة المشرع في معاقبة الزوجين المتزوجين على خلاف الصيغ القانونية.

[1]– الموسوعة الكويتية، ج08، ص 122.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

إنّ إثبات المشرع للمرأة مهر المسمى بعد الدخول في الزواج الفاسد أثار استغرابا عند بعض الفقهاء وذلك في بعض الصور التي يبطل فيها الزواج مثل حالة الزواج بمحرمة.[1]

أما خلاصة ما جاء في هذه المسألة في الفقه الاسلامي، فالحنفية يرون أنّه (في النكاح الفاسد إذا دخل بها فلها الأقلّ من المسمّى ومن مهر المثل، وقال زفر والشافعي لها مهر مثلها بالغا ما بلغ، وقال مالك كلّ نكاح فاسد لا يقرّ عليه كالنكاح في العدة بأن تزوج أخته من الرضاعة وأنّه إذا دخل بها فلها المهر المسمّى وهو قول الحسن بن حي وروى مثله عن إبراهيم النخعي).[2] نلمس بعد هذه الخلاصة الفقهية أنّ المشرع التونسي جاء موافقا ومتأثرا بأحكام المهر في الزواج الفاسد بالفقه الاسلامي، حيث يثبتون للمرأة المدخول بها مهرا بين المسمّى ومهر المثل وأقلّ من المسمّى والمثل.

2.2.4 العدة

أوجب المشرع على المرأة العدّة كأثر من آثار الزواج الفاسد بعد الدخول، واتّفق الشراح على أنّ الدخول الذي تكون بموجبه المرأة ملزمة بالعدّة هو الدخول الفعلي الذي تتوفر معه قرينة الاتصال الجنسي بين الزوجين[3]، لأنّه لا يعقل أن تعتدّ المرأة قبل الدخول.

ورغم أن المشرع حكم على هذا العقد بالبطلان، إلاّ أنّه أوجب العدّة في الزواج الفاسد حفاظا على الأنساب، وتبتدئ من يوم التفريق بين الزوجين، وهي عدّة الطلاق،

[1]– أحمد الرويس، المرجع نفسه، ص 79.

[2]– أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، دار البشائر الإسلامية – بيروت، الطبعة الثانية، 1417هـ، ج02، ص268.

[3]– أحمد الرويس، المرجع نفسه، ص 76.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

أي ثلاثة أشهر بالنسبة لغير الحامل، وإلى تاريخ وضع الحمل، وأقصاها سنة من تاريخ التفريق.[1]

أمّا بالنسبة للفقه الاسلامي فالفقهاء يرون أن لا عدة على المرأة قبل الدخول اتفاقا[2] لقوله تعالى: (فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا)[3]، أما بعد الدخول فقد جعل من أحوال وجوب العدّة إذا حصلت الفرقة بينها وبين زوجها، بعد الدخول بها حقيقة سواء كان النكاح صحيحا أم فاسدا، فإذا كان عقد الزواج فاسدا ودخل بها وترك أحد الزوجين الآخر وجبت العدة[4]، وبهذا يكون المشرع التونسي وافق الفقه الاسلامي في هذه المسألة، إن لم نقل أنّه أخذ حكم عدّة المرأة نتيجة عقد فاسد من أحكام الفقه الاسلامي، وهذه إيجابية تحسب لمشرع مجلة الأحوال التونسية التي طالما اتّهمت بمخالفتها الشريعة.

غير أنّ الحنفية في قول عندهم يتفردون برأي يخالفون فيه الجمهور من الفقهاء وكذا القانون التونسي حيث أنّهم يرون أنّ:(الخلوة في العقد الفاسد لا توجب المهر والعدة)[5]؛ وهو ما لخّصه في الجزيري في بيانه رأي الحنفية في ذلك قائلا: (العقد الفاسد

[1]– فاطمة الزهراء بن محمود، سامية بن دولة، المرجع نفسه، ص 108.

[2]– وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر – سوريَّة – دمشق، الطبعة الرَّابعة، ج09، ص 7166.

[3]– سورة الأحزاب، الآية 49.

[4]– محمد قدري باشا، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار الكتب العلمية، دون طبعة ودون سنة، ص 407–408.

[5]– برهان الدين محمود بن أحمد البخاري الحنفي أبو المعالي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة:

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

فإنّ العدّة لا تجب فيه بالخلوة، لأنّه لا حرمة له، بخلاف الصحيح، فإن الخلوة تجعل بين الزوجين علاقة خاصة ينبغي مراعاتها، إذ ربما يعلّق أحدهما بصاحبه فيندمان بعد الفراق، فالعدّة تجعل للرجل فرصة العودة.)[1]

3.2.4 النسب

اشترط فقهاء القانون في تونس ثلاثة شروط للقول بتوفر النسب:[2]

أوّلها: إثبات زواج صحيح بمقتضى رسم صداق شرعي، أو زواج باطل بمقتضى حكم قاض بذلك أو أي وسيلة إثبات أخرى.

ثانيا: إثبات حصول الدخول بالنسبة للزواج الباطل على معنى الفصل 22 من مجلة الأحوال الشخصية.

ثالثا: ما نص عليه الفصل 71 من مجلة الأحوال الشخصية، ليس هذا مقام الحديث عنه.

إذن انطلاقا من الفصل 22 من م.أ.ش يقرّ المشرع التونسي ثبوت النسب كأثر من آثار الزواج الفاسد الذي بيّن حالاته الفصل 21، كما تمّ بيانه في صلب هذا البحث، وعموما لا يطرح ثبوت نسب الطفل المولود في إطار الزواج بالنسبة للأبوين إشكالا

الأولى، 1424 هـ – 2004 م، ج3 ص 122، وينظر: عبد الرحمن بن محمد، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة ودون تاريخ، ج1 ص 356.

[1]– عبد الرحمن بن محمد الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الثانية، سنة: 2003 م، ج04، ص 451.

[2]– أحمد رويس، المرجع نفسه، ص 92– 93.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

يذكر، فارتباطهما بعلاقة زوجية يقومُ قرينةً قانونية على ثبوت نسب مولودهما إليهما، حتى و إن كان زواجهما فاسدا. [1]

أمّا بالنسبة لثبوت النسب من زواج باطل أو فاسد في الفقه الاسلامي، فلا يكاد يختلف كثيرا عنه في القانون التونسي، فالزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح، لأن النسب يُحتاط في إثباته إحياء للولد ومحافظة عليه، والمالكية يُعملون قاعدة فقهية مهمة في ثبوت النسب مفادها (أنّ كل نكاح يدرأ فيه الحد، فالولد لاحق بالواطئ، وحيث وجب الحد لا يلحق النسب). [2]

يشترط لثبوت النسب بالزواج الفاسد في الفقه الاسلامي ثلاثة شروط:

– أن يكون الرجل ممّن يُتصوّر منه الحمل.

– تحقق الدخول بالمرأة أو الخلوة بها في رأي المالكية، فإن لم يحصل الدخول أو الخلوة بعد زواج فاسد، لم يثبت نسب الولد، والخلوة في الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح، لإمكان الوطء في كلّ منهما؛ واشترط الحنفية حصول الدخول فقط.

– أن تلد المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة عند المالكية، ومن تاريخ الدخول عند الحنفية، فلو ولدت المرأة ولدا قبل مضي ستة أشهر من الدخول

[1]– حبيب صياحي، ابن الزنا بين إثبات النّسب وإسناد اللّقب، مقال منشور في: كتاب ستينية مجلة الأحوال الشخصية (1956–2016)، مجلة الأحوال الشخصية بعد ستين سنة من الإصدار: النّص والجذور الفقهية، ، تقديم العميد: محمد أحمد محفوظ، مجمع الأطرش للنشر، الطبعة 01، نوفمبر 2017، ص256.

[2]– أبو القاسم، محمد بن أحمد ابن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، بدون طبعة ولا سنة الطبع، ص140.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

والخلوة عند الأولين لا يثبت نسبه من الرجل، لأنه يدلّ على وجوده قبل ذلك وأنّه من رجل آخر.[1]

يتبيّن لنا من خلال ما جاء في الفقه بخصوص ثبوت النسب من زواج فاسد أن المشرّع التونسي قد تأثر كثيرا به فاستاق أحكامه منه وجعل النسب أحد آثار الزواج الفاسد بعد الدخول.

4.2.4 حرمة المصاهرة

تثبت حرمة المصاهرة في الزواج الفاسد الذي تمّ فيه الدخول كأثر من آثار الزواج الفاسد كما تقدم بيانه، وقد أدرجه المشرع التونسي ضمن الفصل 22، ومعنى حرمة المصاهرة هو نفسه المقصود الذي جاء في أبواب الفقه الاسلامي، إذ يقصد به أن تحرم الزوجة على آباء الزوج وأجداده وأبنائه وفروع أبنائه وبناته، ويحرم على الزوج أمهات الزوجة وجداتها وبناتها وبنات أبنائها وإن نزلن، لأنهن من بناتها، ويحرم عليه أن يجمع بين الزوجة وأختها أو عمتها أو خالتها، كما تحرم على الرجل زوجة الأب[2]، ويمكن تفسير هذا التوافق بين القانون التونسي والفقه الاسلامي على أنّ المشرع التونسي أخذ هذه الأحكام من الفقه الاسلامي مباشرة قبل صدور المجلة و لم يتمّ تغيير الأحكام ذات الطابع الفقهي.

الخاتمـــــة: لقد حازت مباحث الأسرة من زواج وما يتعلق بها، باهتمام واسع من فقهاء الشريعة والقانون، حيث عقدوا لها كتبا ودراسات معمقة ومقارنة سواء بين الفقه والقانون أم بين القوانين.

[1]– وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، 1433هـ– 2012م، ج08، ص649.

[2]– الموسوعة الفقهية الكويتية، ج41، ص312.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

يعتبر الزواج الفاسد أحد المباحث المهمة التي جاءت تفاصيله ضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، كغيرها من قوانين الأسرة العربية والغربية، وشأنها في ذلك شأن الفقه الاسلامي الذي عالج كلّ مسألة متعلقة بالزواج الفاسد بالشرح والتوضيح وبيان الحكم إذ تتمثل ثمرة معرفة الزواج الفاسد في عدم الوقوع فيه، فلا حجة ولا عذر بجهل أحكامه فقها وقانونا.

لذلك ونظرا لهذه الأهمية والهدف من معرفة أحكام الزواج الفاسد وصوره، تمت دراسة هذا الموضوع في الفقه الاسلامي والقانون التونسي، من خلال هذا البحث المتواضع، وعليه تمّ التوصل للنتائج التالية:

1. الزواج عقد شرعي قانوني رضائي بين رجل وامرأة، وصفه الشارع الحكيم بالميثاق الغليظ، لذلك تولى أحكامه ابتداء من مقدماته الخطبة وأحكامها، وأحكام إنشائه حتى لا ينعقد باطلا وأحكام انقضائه بالإبطال في حالة تخلف أحد الأركان أو شروطه التي يقوم عليها العقد، أو بالطلاق إن وجد ضرر يستحيل بوجوده استمرار الحياة بينهما.

2. اهتمّ القانون التونسي من خلال مجلة الأحوال الشخصية بعقد الزواج، وما يتعلّق به، نظرا لأهمية الأسرة في المجتمع، ولحرصه على استقرار العائلة التونسية، لذلك سعى فقهاء القانون إلى شرح وتفسير المجلة حتى يتسنّى للمواطن التونسي معرفة كل ما يتعلق بهذا العقد من أركان وشروط وموانع، لكي يميز بين الصحيح والفاسد.

3. العقد الباطل عند الفقهاء هو العقد الذي لم يستوف أركانه وشروطه و لم يرتب الشارع عليه آثارا، ويطلق عليه بالعقد الفاسد أيضا لا اختلاف في ذلك بين الجمهور والحنفية في مباحث الأحوال الشخصية على قول، وعلى اختلاف بينهما على قول آخر، أما المشرع التونسي لم يفرق بين البطلان والفساد في عقد الزواج، إذ كلامه

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

عن العقد الباطل ويقصد به أيضا الفاسد، وقد عقد له بابا كاملا سمّاه (في الزواج الفاسد وما يترّتب عليه)، ضمن الفصل 21 الذي نص بين معنى الزواج الفاسد وصوره، والفصل 22 الذي بين آثاره في حالتي قبل الدخول وبعد الدخول.

4. من خلال مقارنة الصور التي يكون فيها الزواج فاسدا أو باطلا في القانون التونسي بالفقه الاسلامي لاحظنا عدّة ملاحظات مهمة:

أولا: توافق كبير بين التشريعين في معظم الصور التي يثبت بها الفساد، كاقتران شرط مناف لجوهر عقد الزواج، والمحرمات تحريما أبديا ومؤقتا، إلا في صورتي التعدد والمطلقة الثلاث.

ثانيا: مخالفة القانون التونسي لبعض أحكام الفقه الاسلامي مخالفة كلية، وتفرده بها عن كل القوانين العربية، ومن ذلك حكم التعدد الذي منعه منعا باتا وجعل زواج الرجل من ثانية والعقد الأول قائم، عقدا فاسدا، وزاد على ذلك تجريم فعل التعدد بإثبات له عقوبة سجن وخطية مالية.

ثالثا: مخالفته الواضحة لأحكام الفقه في مسألة تحريم المطلقة ثلاثا تحريما أبديا، بينما جاء حكم تزوج الرجل مطلقته ثلاثا واضحا في القرآن الكريم، بأنّها تحلّ له حتى تنكح رجلا غيره ويحدث طلاق منه.

في الأخير يمكن القول أنّ المشرع التونسي وإن خالف الفقه الاسلامي في بعض الأحكام، إلاّ أنّه توافق معه في كثير منها، ويمكن إرجاع ذلك إلى الأصول التاريخية لمجلة الأحوال الشخصية التي استعانت كثيرا بالمجلة الشرعية وهي أوّل مؤلف في الأحوال الشخصية التونسية بمنظور فقهي، من تأليف محمد العزيز جعيط.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

التوصيات: من خلال دراسة مسألة الزواج الفاسد في مجلة الأحوال الشخصية، مقارنا بالفقه الاسلامي، تحت إطار الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون، نخرج ببعض التوصيات:

✓ الاهتمام الكبير بمنهج الدراسات المقارنة بكلّ أنواعها بين القوانين، وبين الشريعة والقانون، وهذا لما يعاني منه هذا النوع من المناهج من ضعف في التحليل والتدقيق والتحقيق، الذي يرجع سببه في تقديري الى سطحية في التعامل مع القوانين والفقه الإسلامي في نظرة تجزيئية للنصوص مفتقدة للربط بالكليات و المبادئ مما يعني عدم فهم لفلسفة التشريع سواء الإسلامي أم الوضعي من القوانين.

✓ دراسة صور الزواج الفاسد أو الباطل في القانون التونسي سواء في مجلة الأحوال الشخصية أم في قانون الحالة المدنية، كل صورة على حدا في بحث خاص مقارن بالفقه الاسلامي.

✓ إعادة نظر المشرع التونسي في الحالات التي خالف فيها الفقه الاسلامي وهي منع التعدد واعتبار المطلقة الثلاث من المحرمات تحريما أبديا، ذلك أن حكم هاتين المسألتين جاء بنص قرآني محكم، لا يجوز مخالفته.

أرجو أن يكون البحث الذي بين أيدينا قد أجلى نوعا من الغموض عن مسألة البطلان والفساد بمقارنة من حيث مدى توافق التشريع التونسي مع الفقه الإسلامي، وقد حاولت التزام الموضوعية في التحليل والتعليق، ولو أنّ الموضوع يحتاج مزيدا من التمحيص والتفصيل.

المراجـــع: الكتب:

1. (نقح بالقانون عدد 70 لسنة 1958 المؤرخ في 04 جويلية 1958 وأضيفت إليه الفقرات 3 و 4 و 5 بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964).
2. أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، من غير طبعة ولا سنة الطبع.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

3. أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، من غير طبعة ولا سنة الطبع.
4. أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، من غير طبعة ولا سنة الطبع.
5. أحمد الخلوتي الصاوي، لغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصير، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ.
6. أحمد بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق: الدكتور ماهر ياسين الفحل، نشر: دار القبس للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1435 هـ – 2014 م.
7. أحمد بن محمد الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، دار البشائر الإسلامية — بيروت، الطبعة الثانية، 1417هـ.
8. أحمد رويس، دراسة مقارنة بين الطلاق وبطلان الزواج، رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، 2002–2003.
9. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، الطبعة الثانية، 1961.
10.برهان الدين محمود بن أحمد البخاري الحنفي أبو المعالي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 2004 م.
11.جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، 2008.
12.حبيب صياحي، ابن الزنا بين إثبات النّسب وإسناد اللّقب، مقال منشور في: كتاب ستينية مجلة الأحوال الشخصية (1956–2016)، مجلة الأحوال الشخصية بعد ستين سنة من الإصدار: النّص والجذور الفقهية، ، تقديم العميد: محمد أحمد محفوظ، مجمع الأطرش للنشر، الطبعة 01، نوفمبر 2017.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

13.خالد المؤدب، الدخول في القانون التونسي وفقه القضاء، مقال منشور في موقع مجلة نقطة قانونية، تونس، في 15 نوفمبر 2017.
14.خالد المؤدب، هل يعتبر الفصل 11 م.أ.ش نصا قانونيا مهجورا؟، مقال منشور في: "مجلة نقطة قانونية الالكترونية"، تونس في 04 أكتوبر 2017.
15.ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011.
16.عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 2003 م.
17.عبد الرحمن بن محمد، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة ولا تاريخ.
18.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة ولا سنة.
19.عبد الله بن محمد الطيّار، عبد الله بن محمّد المطلق، محمّد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر، نشر: مدار الوطن، الرياض، الطبعة 2، 2012 م.
20.عبد الوهاب البغدادي ، التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425هـ–2004م.
21.عدد 36422 مؤرخ في 22 أكتوبر 2009
22.عدد 2009/36861 مؤرخ في 15 أكتوبر2009
23.فاطمة الزهراء بن محمود، سامية بن دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية: قراءة في فقه القضاء، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2015.
24.فواز صالح، الابطال والبطلان في القانون الخاص، الموسوعة القانونية المتخصصة، الجمهورية العربية السورية، رئاسة الجمهورية، دون طبعة ولا سنة الطبع، المجلد الخامس.
25.قرار تعقيبي مدني عدد 31885 مؤرّخ في 26 مارس 2009.
26.قرار تعقيبي مدني عدد 9470 مؤرخ في 19 أفريل 2007.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة: 484–519 تاريخ النشر: 30–09–2019

27.مجلة الأحوال الشخصية التونسية، أمر مؤرخ في 13 أوت 1956.
28.محمد الزين، النظرية العامّة للالتزامات –العقد–، طبعة ثانية، تونس، 1997.
29.محمد بن جزي، القوانين الفقهية، بدون طبعة ولا سنة الطبع.
30.محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر – بيروت، دون طبعة ودون تاريخ.
31.محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر وآخرون، نشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، الطبعة: الثانية، 1395 هـ – 1975 م.
32.محمد بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1414هـ.
33.محمد بوزغيبة، هل مجلة الأحوال الشخصية التونسية شرعية أو علمانية لائكية؟، مقال منشور على موقع صوت الزيتونة، تونس.
34.محمد قدري باشا، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار الكتب العلمية، دون طبعة ودون الطبع.
35.مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، الطبعة 02، 1425 هـ– 2004 م.
36.نور الدين أبولحية، عقد الزواج وشروطه، دار الكتاب الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى.
37.وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة 02، الطبعة من: 1404 – 1427 هـ، دار السلاسل – الكويت.
38.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر – سوريَّة – دمشق، الطبعة الرَّابعة.
39.وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، الطبعة 3، 2012م.