2018/2017

مقدّمة عامة لقانون العائلة

لإستيعاب أحكام قانون العائلة لابدّ في مرحلة أولى من تعريف العائلة ثم في مرحلة ثانية من تعريف قانون العائلة.

الفصل الأوّل : تعريف العائلة

رغم أهميّة العائلة كخليّة أساسيّة في المجتمع وكأبرز محاور القانون المدني لتعلّقها في نفس الوقت بمصالح الفرد ومصالح المجموعة فإنّ المشرّع التونسي لم يهتم بتعريفها على غرار معظم المشرّعين ويمكن تبرير ذلك بصعوبة تعريفها واختزال مفهومها.

وبالبحث في الأصل اللغوي لمصطلح العائلة نجد أن تعريف عائلة الرجل هي « أهل بيته الذين يعولهم » فهو إذا تعريف يركّز على الدور التضامني الإنفاقي للعائلة المتمثل في المساندة المالية لأعضائها.

كما أنّ هناك مرادف آخر لمصطلح "العائلة" في اللغة العربيّة وهو مصطلح « **الأسرة** » ومعناها « ***الدرع الحصينة وأسرة الرجل : عشيرة الرجل ورهطه الأدنون لأنه يتقوى بهم*** » (لسان العرب لابن منظور) ويركّز مفهوم

الأسرة على فكرة المساندة لكنها مساندة أدبية أكثر منها مادية.

لكن استعمال هذين المصطلحين كان متداخلا ويبدو أن الاتجاه الغالب في استعمال هذين المصطلحين هو استعمال **مصطلح « العائلة »** بالنسبة لعلاقات القرابة التي تربط بين مجموعة من الأفراد مهما ضعفت درجة هذه القرابة فالمقصود إذا هو العائلة المُوسّعة أما إذا كان المقصود العائلة المُضيّقة يعني العلاقة الرابطة بين مجموعة من الأفراد يعيشون تحت سقف واحد بموجب الزوجية أو النسب المباشر فيتم استعمال **مصطلح « الأسرة »**.

لكن يجب الإشارة إلى أن المشرّع التونسي يستعمل المصطلحين بصفة مُترادفة وأبرز دليل على ذلك هو الفصل 23 م أ ش الذي استعمل المصطلحين في نفس الوقت (تسيير شؤون الأسرة – الزوج بصفة رئيس العائلة ...).

وبقطع النظر عن الاختلاف بين مُصطلح " العائلة " ومُصطلح " الأسرة " يُمكن الرجوع إلى الاجتهادات الفقهية لاعتماد تعريف قانوني بسيط لهذا المصطلح يتمثل في أنّها : **« مجموعة من الأفراد تربط بينهم علاقة قرابة أو مصاهرة ».**

وقد شهد هذا المفهوم ظاهرتين متناقضتين لكن بصورة مُتوازية :

القسم الأوّل : الظاهرة الأولى : التضييق في حدود المفهوم

مرّ هذا المفهوم بعدّة مراحل :

فقرة 1 : المفهوم المُوسّع التقليدي : الأسرة الكُبرى La famille patriarcale ou élargie

تتأسّس هذه العائلة على علاقات القرابة بموجب النسب أو الزوجيّة أو المُصاهرة فتشمل الأب والأمّ والأصول والفروع والحواشي (الأعمام وأبنائهم).

هذا المفهوم لم يأخذ به المشرّع التونسي إلاّ في ميدان المواريث نظرا لتقلّص دور الأسرة الكبرى في عصرنا هذا وبقي هذا المفهوم معتمدا في مادة المواريث لأنّ هذه المادّة نُقلت حرفيّا من التشريع الإسلامي الذي كان يعتمد هذا المفهوم.

فقرة 2 : المفهوم الضيّق الحديث : الأسرة الخليّة أو النّواة La famille nucléaire ou conjugale

تتأسّس هذه العائلة انطلاقا من الزواج فتشمل الأب والأمّ وأبنائهم الذي يعيشون معهم وهذا النمط العصري للعائلة المُصغرّة هو المُنتشر حاليا وهو المفهوم الأساسي المُعتمد في م أ ش.

فقرة 3 : الأسرة بمفهوم واجب الإنفاق La famille alimentaire

هي وضعية وسطى بين الأسرة بمفهومها المُوسّع ومفهومها الضيّق فتشمل الأبوين وآباء الأب وأن علوا وأصول الأمّ في حدود الطبقة الأولى

وأولاد الصلب وإن سفلوا وذلك على أساس الرابطة الموجودة بين التوريث وواجب الإنفاق فيصبح مفهوم الأسرة هو « **مجموعة من الأفراد تربط بينهم علاقة قرابة أو مصاهرة مع وجود واجب الإنفاق بينهم** » وإعتمد المشرّع هذا المفهوم في تنظيمه لأحكام النفقة.

القسم الثاني: الظاهرة الثانية: تعدد أنواع العائلة أو تنوّع طبيعة العائلة

نجد حاليا على المستوى القانوني عدّة أنواع من العائلات :

فقرة 1 : العائلة الشرعيّة

هي العائلة الناتجة عن العلاقة التي تربط بين رجل وإمرأة بمقتضى عقد زواج سواء كان صحيحا أو باطلا (أي لم يحترم أحد شروط تكوينه) و البُنوّة الناتجة عن هذه العلاقة هي بُنوّة شرعيّة تربط الطفل بأبيه و هي التي تُسمّى « **النسب** » و هي رابطة مزدوجة تجمع في نفس الوقت بين الرابطة البيولوجية و الرابطة القانونية أي أن الطفل هو بيولوجيا و قانونيا من صلب الأب (هذا بالطبع مجرّد افتراض قانوني يقبل إثبات العكس).

ونظّم المشرّع التونسي هذا النوع منذ صدور **م أ ش في 13 أوت 1956** كنوع وحيد مُعترف به قانونا.

فقرة 2 : العائلة بالتبني

هي العائلة الناتجة عن العلاقة الاصطناعية والقانونية التي تربط بين المُتبني والمُتبنى بمقتضى حكم قضائي فهذه العائلة مبنيّة إذا على مجرّد افتراض قانوني لرابطة قانونية تغيب فيها بالضرورة الرابطة البيولوجية .

ونظّم المشرّع هذا النوع لاحقا لصدور المجلّة بمقتضى **القانون عدد 27 المؤرخ في 4 مارس 1958** ومتّع فيها الإبن بالتبني بنفس حقوق الإبن الشرعي وكان هذا التنظيم مخالفا لأحكام التشريع الإسلامي الذي كان يُحرّم التبني.

و من أبرز نقائص التنظيم التشريعي لمسألة التبني هو إهماله لمسألة مآل علاقة التبني في المستقبل هل هي علاقة أبدية لا يمكن الرجوع فيها أم أنه يمكن الالتجاء للقضاء لطلب فكّ هذه الرابطة إذا ما توفرت أسباب جديّة ؟

و قد اختلف فقه القضاء في حلّ هذه المعضلة فنجد قرارات متضاربة للمحاكم فمنها من يقبل بالرجوع في التبني و منها من يرفض.

فقرة 3 : العائلة غير الشرعيّة

هي العائلة الناتجة عن العلاقة الجنسيّة بين رجل وإمرأة لا تربط بينهم أي علاقة قانونية أي هي العائلة المُتكوّنة خارج إطار الزواج فالطفل الناتج عن هذه العلاقة له رابطة بيولوجية بالأب لكن تنتفي بينهما الرابطة القانونية لذلك سميّ بالإبن غير الشرعي أو الإبن الطبيعي .

ولم تكن وضعيّة الإبن الناتج عن هذه العلاقة مُنظّمة في م أ ش إلاّ من

خلال **الفصل 152** م ا ش الذي كان يصفه بإبن الزنا ويحرمه من كل حقوق الإبن الشرعي ما عدى أن يرث ويُورّث من أمه وقرابتها وليست له أي رابطة قانونية بوالده فلا يمكن أن يتمتّع إذا بنعمة النسب التي يحتكرها الإبن الشرعي .

وبقيت وضعية الإبن الطبيعي لفترة طويلة رهينة لتقلبات الاجتهاد القضائي فتارة يعتبره إبنا شرعيا (وذلك بتحريف طبيعة العلاقة الرابطة بين والديه وتكييفها على أنها علاقة زواج لكنه مبرم على خلاف الصيغ القانونية و من نتائج هذا التكييف أن هذا الزواج و إن كان باطلا فهو يرتب بعض الآثار و منها ثبوت النسب) وتارة أخرى يعتبره إبنا ناتجا عن علاقة خنائية يعني إبن زنا .

لكن تدّخل المشرّع في النهاية ليقوم بتنظيم وضعية الإبن الطبيعي (أي المولود خارج الزواج) وذلك من خلال **القانون عدد 75 المؤرخ في 1998/10/28** المُتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب فأعطاه منزلة وسطى بين منزلتين تكون أعلى درجة من إبن الزنا لكن أدنى درجة من الإبن الشرعي فقد متّعه بكل حقوق الإبن الشرعي (حق اللقب العائلي و حق النفقة و الحضانة و الولاية ...) ما عدى حق الإرث .

وللتمتع بوضعية الإبن الطبيعي اشترط قانون 1998 على كل طفل مولود خارج اطار الزواج إثبات الرابطة البيولوجية بين الطفل و الأب و ذلك إما بالتحليل الجيني و هو أكثر وسيلة قاطعة أو بإقرار الأب أو بشهادة الشهود و هذا يعني أن الطفل الذي يتمكّن من إثبات هذه الرابطة البيولوجية سيتمتع برابطة

قانونية من نوع خاص تجاه الأب أما الطفل الذي لم يتمكّن من إثبات هذه الرابطة البيولوجية سيبقى ابن زنا و لن تربطه أي رابطة قانونية تجاه الأب.

في النهاية لابد من التأكيد على أن قانون 1998 لا يتعلق بإثبات النسب (الذي يُمثل الرابطة الشرعية بين الطفل و أبيه و الذي ينظمه الفصل68 م أ ش) و إنما يتعلق بإثبات البُنوّة الطبيعيّة فقط.

فقرة 4 : العائلة الإصطناعيّة

هي العائلة الناتجة عن إستعمال التقنيات الطبيّة الحديثة للإنجاب الإصطناعي وتتنوّع هذه العائلات بتنوّع الوسائل وتعدّدها مثل تقنيّة تلقيح الزوجة بسائل منوي لشخص آخر غير الزوج سواء كان هذا الشخص معروف أو غير معروف أو تقنية استخدام بويضة إمرأة أخرى غير الزوجة أو تقنية كراء الأرحام أو تجميد الأجنة بغاية الإنجاب بعد الموت أو الإستنساخ...

في هذا النوع ،وعلى خلاف العائلة الشرعيّة، الحقيقة القانونية لا تتوافق مع الحقيقة البيولوجية وإنما على العكس تأتي لتُخفيها وتعلو عليها فالإبن الناتج عن استعمال هذه التقنيات سيكون له أكثر من أمّ أو أب أحدهما تربطه به علاقة قانونية فقط والأخر علاقة بيولوجية فقط وقد يكون له بيولوجيا و قانونيا والد فقط إذا ما تمّ استعمال تقنية الإستنساخ.

و المشاكل التي يطرحها مثل هذا النوع من البُنوّة الإصطناعية ليست فقط على مستوى الأخلاقيات الطبيّة بل أخطر من ذلك على صعيد قانون العائلة و على مستوى نسب المولود فهذا المولود سيُنسب قانونا إلى شخص بموجب

افتراض قانوني في حين أنه بيولوجيا من صلب شخص آخر فماذا لو رفع هذا الأب أو هذه الأم البيولوجية بعد ذلك دعوى في نفي نسب المولود و طلب التحليل الجيني و ماذا لو علم الطفل ذاته لاحقا بالأمر و طلب هو نفسه معرفة أصوله البيولوجية .... لذلك فإن مُعظم القوانين الغربية التي تسمح بهذه التقنيات تمنع رفع دعوى في نفي هذا النسب الإصطناعي من أي طرف كان.

هذا النوع الحديث اختلفت القوانين المقارنة في تنظيمه لكن بالنسبة للقانون التونسي فموقف المشرّع كان حاسما فقد نصّ **القانون عدد 93 المؤرخ في 2001/08/07 المتعلق بالطب الانجابي** على إمكانية الإنجاب الإصطناعي لكن بين الزوجين فقط وهما لازالا على قيد الحياة وفي سنّ الإنجاب وهذا يعني أنه لا يمكن تدخّل أي طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية وأن العائلة الإصطناعية في القانون التونسي لا يمكن أن تكون إلا صلب العائلة الشرعية.

السؤال الذي يطرح نفسه الآن هو : هل هناك ترتيب تفاضلي لهذه الأنواع أو هل هناك أنموذج مثالي يفرضه المشرّع ؟

**** في القانون المقارن***

هذا التنوّع لم يؤثر على مفهوم العائلة فقط بل أثّر على مفهوم دور القانون في حدّ ذاته فاقتصر دور المشرّع على تنظيم شروط إستعمال هذه الوسائل دون منعها مما أعطى مجالا متّسعا للحرية الفردية في إختيار النوع الملائم من العائلة وهذا الوضع جعل البعض يعتبر أن التطوّر البيولوجي استوعب القانون وانتصر عليه مما أدى إلى تقهقر وتقلّص دور القانون وبالذات قانون العائلة

وهذا يعني أن حقّ الإنسان في أن يكون له طفل طغى على حقوق الطفل في حدّ ذاته.

**** في القانون التونسي***

يُفضّل المشرّع بصورة جليّة **العائلة الشرعيّة** ويحاول فرضها كأنموذج مثالي فقد أفردها بمجلّة كاملة ومستقلّة منذ بداية تنظيمه لهذه المادّة وهي مجلّة الأحوال الشخصيّة (م أ ش) الصادرة في 13 أوت 1956 وهذا طبيعي لأنها النوع الذي كان يفضله التشريع الإسلامي ثم في مرتبة ثانية نجد **العائلة بالتبنى** فرغم أنه متعها بنفس حقوق العائلة الشرعيّة إلاّ أنّه لم ينظّمها صلب المجلّة وإنما صلب قانون مستقل لاحق للمجلة وهو قانون 1958/03/04 وهذا يعني أنه على المستوى الرمزي على الأقل ليس لها نفس قيمة العائلة الشرعيّة رغم أنّ لهما نفس الوضعية القانونية (وذلك ربما لأن هذا النوع كان محرّما في التشريع الإسلامي) ثم في مرتبة ثالثة نجد **العائلة الطبيعيّة** التي لم يقع تنظيمها إلاّ سنة 1998 بعد الجدال والتقلبات التي عرفها الفقه وفقه القضاء حول موضوع الطفل الطبيعي لكن حرمها المشرّع من بعض حقوق العائلة الشرعيّة كالإرث ثم في مرتبة أخيرة نجد **إبن الزنا** الذى لا يتمتّع بأي حق تجاه الأب.

نستخلص في النهاية أنه إعتمادا على معيار التسلسل الزمني ومعيار طبيعة النص تكون الأفضلية للعائلة الشرعيّة خلافا للقانون الفرنسي الذي يضع جميع هذه الأنواع في نفس المرتبة مُقدّما مصلحة الطفل على أي اعتبار آخر وهو ما يدلّ على أن القانون التونسي للعائلة مازال يحتفظ بطابع أخلاقي نوعا ما

وذلك ربما لثقل وزن المعطى الديني.

وإلى جانب تحديد مفهوم العائلة يطرح تعريف العائلة مشكلا قانونيا آخرا يتمثّل في ***تحديد طبيعتها القانونية*** فهل تشكّل العائلة ذاتا معنوية مستقلة عن الشخصية القانونية للأفراد الذين يكوّنونها؟

دافع قلّة من الفقهاء الفرنسيين عن هذه الفكرة فالعائلة حسب رأيهم تتمتّع ببعض الحقوق كالحقوق المتعلقة بالأموال المشتركة للعائلة أو بعض الحقوق المعنوية كاللقب العائلي ورئاسة العائلة لكن هذه النظرية لم تلقى مساندة لا في الفقه ولا في فقه القضاء وحسب الإتجاه الغالب لا يمكن الحديث عن شخصيّة قانونية مستقلة للعائلة فتبقى العائلة مجموعة واقعية ليس لها وجود قانوني مستقل فلا يمكن أن تكون لها ذمّة مالية مستقلة ولا يمكن لها إبرام تصرفات قانونية بإسم كل أفرادها ولا يمكن لأي فرد من أفرادها أن يتقاضى بإسمها. فكل فرد إذا يتمتّع بشخصيته القانونية المستقلة وبذمّته المالية وبحقوقه وواجباته الخاصة به بمعزل عن حقوق وواجبات بقية أفراد العائلة.

الفصل الثاني : تعريف قانون العائلة

القسم الأول : مشمولات قانون العائلة

من الناحية التاريخية برز مصطلح **"الأحوال الشخصيّة"** بصفة جليّة في البلاد التونسية بعد الاستقلال بصدور "مجلة الأحوال الشخصية" في 1956/08/13 وقد جاء في الفصل الأول من الأمر العليّ الذي بموجبه صدرت المجلة أن " النصوص المنشورة فيما بعد المتعلقة بالأحوال الشخصية جُمعت في تأليف واحد بإسم : « مجلة الأحوال الشخصية » ورغم أن موضوع هذه المجلة هو تنظيم الحالة الشخصية للأفراد فإنها لم تُعنى بتعريف هذه الحالة ومشمولاتها .

ولكن يمكن الرجوع لتوضيح هذا المصطلح إلى أوّل نص وضعي برز فيه هذا المصطلح قبل الاستقلال وهو ***الأمر العليّ المؤرخ في 12 جويلية 1956 المُتعلّق بتنظيم الحالة الشخصية للأجانب المقيمين بالبلاد التونسية*** فقد جاء في **الفصل 2** من هذا الأمر « تشتمل الأحوال الشخصية على النزاعات المُتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالزواج ونظام الأموال بين الأزواج وحقوق الأزواج وواجباتهم المتبادلة والطلاق والتطليق (حلّ الزواج بدون اللجوء إلى المحكمة) والتفريق والبنوّة والإقرار بالأبوّة وإنكارها والعلاقات بين الأصل

والفروع وواجب النفقة بين الأقارب وغيرهم وتصحيح النسب والتبني والوصاية والقيامة والحجر والترشيد والهبات والمواريث والوصايا وغير ذلك من التصرفات بموجب الموت والغيبة وإعتبار المفقود ميّتا .»

ورغم أن هذا الأمر تمّ إلغاؤه بصدور مجلة القانون الدولي الخاص بمقتضى **قانون 27 نوفمبر 1998** إلا أنّ التفصيل المُدقّق الذي أعطاه لمختلف المواد المكوّنة لمادة الأحوال الشخصية تبنّته المجلّة لكن بأكثر وضوح وذلك بإعطائه توزيعا جديدا فخصّصت فصلا لحقوق الأشخاص وفصلا لكلّ ما يتعلّق بالأسرة وفصلا لكل ما يتعلّق بالتركات والمواريث والوصيّة والهبة وهو توزيع ينسجم تماما مع التوزيع الذي يعتمده الفقه الحديث.

وفي النهاية وبالرجوع إلى محتوى م أ ش يمكن القول أنّ مُكوّنات مادة الأحوال الشخصية تتمثّل في من جهة بكل ما يتعلّق **بأحوال الإنسان الشخصيّة المتعلّقة بذاته** وشخصه كالأهليّة والتحجير والترشيد... ومن جهة أخرى **أحواله الشخصيّة المُتعلقة بكيانه الأسري** كالزواج والنفقة و الحضانة والطلاق والنسب والهبة والوصية والمواريث...

لئن كان الفصل بين دراسة الحقوق الشخصيّة المتعلقة بذات الإنسان ودراسة الحقوق المتعلقة بالأسرة أمرا سهلا وبديهيا فإن الفصل بين دراسة قانون العائلة وقانون المواريث هو الذي يكون محلّ تساؤل.

لكن هذا الفصل أيضا له أسبابه رغم أن المواريث تهمّ أيضا العائلة وهذه الأسباب ترجع إلى نظرة المشرّع وتعامله مع هاتين المادتين الذي كان مختلفا

تماما. ففي قانون العائلة إهتمّ المشرّع بالعائلة في مفهومها الضيّق وكان تعامله معها متطوّرا جدا ومتغيّرا حسب متغيّرات الواقع أما في قانون المواريث فقد إهتمّ المشرّع بالعائلة في مفهومها الموسّع كما أن أحكام المواريث نقلها المشرّع حرفيا عن التشريع الإسلامي وبصفة أدّق عن أعلى مصدر في التشريع وهو القرآن الكريم وهو ما يفسّر عدم تنقيح هذه الأحكام إلاّ في مناسبات نادرة وهذا الاختلاف على مستوى المصادر هو الذي يفسّر اختلاف المادتين فقانون العائلة قانون متحرّك في حين أن قانون المواريث قانون ثابت وهو ما يفسّر أيضا أن تدريس المادتين كان منفصلا على المستوى الأكاديمي فتنحصر إذا دراسة قانون العائلة في دراسة الزواج والطلاق والنفقة والحضانة والولاية والنسب.

القسم الثاني : مكانة قانون العائلة في النظام القانوني

فقرة 1 : مكانة قانون العائلة في التقسيم : القانون العام / القانون الخاص

مبدئيا وبديهيا يندرج قانون العائلة صلب القانون الخاص باعتباره مجموعة من القواعد القانونية التي تنظّم الأسرة والعلاقات داخل هذه الأسرة فهي إذا علاقات بين خواص وأفراد عاديين فلماذا إذا يُطرح هذا التساؤل ؟

يبدو أن تدخّل الدولة المتزايد في قانون العائلة بمقتضى قواعد آمرة في جميع مراحل عقد الزواج هو الذي أدى إلى طرح مثل هذا التساؤل فقد قيّد

المشرّع إبرام عقد الزواج بشروط قانونية آمرة لا يمكن للأطراف الإتفاق على مخالفتها وإبرام هذا العقد يتمّ عن طريق سلطة رسميّة تُمثّل الدولة (وهي ضابط الحالة المدنية أو عدلي إشهاد) تراقب مدى احترام هذه الشروط ثم تراقب الدولة مرحلة تنفيذ هذا العقد فإذا أخلّ أحد الأطراف بالتزاماته يمكن للطرف الآخر الإلتجاء إلى القضاء لإجباره على حسن تنفيذها وإلا يكون عرضة للعقاب مدنيا بإعطاء قرينه إمكانية لطلب الطلاق للضرر مع التعويض وأحيانا يكون العقاب جزائيا كما في صورة الإمتناع عن الإنفاق أو الزنا وأخيرا تتدخّل الدولة لتراقب إنحلال هذا العقد بواسطة سلطة رسميّة أيضا وهي القضاء فالطلاق لا يكون إلا أمام المحكمة التي تنظّم إجراءات هذا الطلاق وآثاره.

ويهدف هذا التدّخل المتزايد إلى توفير أكبر حماية ممكنة لمؤسسة العائلة ولكن رغم هذا التدّخل يبقى قانون العائلة فرعا من فروع القانون الخاص وهذه الظاهرة ليست خاصة بقانون العائلة وإنما تشمل كامل القانون الخاص الذي أصبح يشهد إصطباغا بالعمومية وفي المقابل يشهد القانون العام الظاهرة المعاكسة إذ هيمنت عليه الخوصصة فالتقسيم التقليدي بين القانون العام والقانون الخاص أصبح في حدّ ذاته مصطنعا ومحلّ جدل.

فقرة 2 : مكانة قانون العائلة صلب القانون الخاص

قانون العائلة هو فرع من فروع القانون المدني الذي يعتبر صلب القانون الخاص بمثابة القانون العام Droit commun.

لكن فرع قانون العائلة كمُعظم فروع القانون المدني الأخرى استقلّ

بمجلة خاصة به هي م أ ش وذلك خلافا للقانون الفرنسي الذي ينظّم مادة الأحوال الشخصية صلب المجلة المدنية في حدّ ذاتها وليس صلب مجلة مستقلة.

فالعلاقة إذا بين م أ ش التي تنظم قانون العائلة و م إ ع التي تنظم القانون المدني عموما هي علاقة النّص الخاص بالنّص العام و علاقة الفرع بالأصل وهناك مجموعة من القواعد تحكم هذه العلاقة : مثلا في صورة تعارض قاعدة عامة مع قاعدة خاصة نقدّم القاعدة الخاصّة على العامّة كما أنه في صورة غموض النّص الخاص يمكن التأويل بالرجوع للنص العام وأيضا في صورة سكوت النّص الخاص يمكن تطبيق النّص العام (مثال : القواعد المُتعلقة بسلامة الرضا من العيوب غير منصوص عليها في النّص الخاص فنطبق بشأنها النّص العام).

القسم الثالث : مصادر قانون العائلة

لا بدّ في البداية من التمييز بين المصادر الشكليّة والمصادر الماديّة لمادة قانون العائلة .

والمقصود **بالمصادر الشكليّة** هو التقنيات الشكليّة التي تُبلور المعطيات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في شكل قاعدة قانونية وتؤدي إلى إكساء تلك القاعدة ما تتطلبه من صبغة ملزمة ومن نفاذ بغض النظر عن مضمونها فتحديد المصدر الشكلي هو بصفة أبسط الإجابة عن السؤال : أين نجد القاعدة القانونية التي يجب تطبيقها بخصوص مسألة معينة ؟

أمّا **المصادر الماديّة** فتتمثل في العوامل والظروف (التاريخية والاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية...) التي تضافرت لتفرز بصفة موضوعية حكم ومضمون القاعدة القانونية واجبة التطبيق فتحديد المصدر المادي هو إذا الإجابة عن السؤال : من أين إستمدّ المشرّع مضمون ومحتوى القاعدة ؟

فقرة 1 : المصادر الشكليّة لقانون العائلة

أ- الإطار التاريخي لتقنين مادة الأحوال الشخصية

تميّز الوضع القانوني والقضائي قبل الاستقلال زمن الحماية الفرنسية بتعدديّة التشريعات المنطبقة والمحاكم المختصّة في مادة الأحوال الشخصية لأنّ الحالة الشخصيّة كانت مرتبطة بصورة تقليديّة بالإنتماء إلى المجموعة الدينيّة فنجد ثلاث أنظمة قانونية وقضائية :

1- المحاكم الشرعيّة :

كان المسلمون يتقاضون أمام محاكم مختصة تسمى المحاكم الشرعيّة التي تطبق عليهم في مادة الأحوال الشخصيّة التشريع الإسلامي لكن هذه المحاكم الشرعيّة كانت بدورها منقسمة إلى قسمين : دوائر المذهب المالكي ودوائر المذهب الحنفي ويتقدّم المتقاضين إلى هذه الدوائر حسب مشيئتهم.

2- محاكم الأحبار :

كانت مُختصة بالدعاوي المتعلقة باليهود وتطبق عليهم الشريعة الموسوية.

3- المحاكم الفرنسية:

كانت مختصة بدعاوي الأحوال الشخصية المتعلقة بالفرنسيين والتونسيين والأجانب من غير المسلمين وغيراليهود يعني بصفة أساسية النصارى.

هذا الوضع المتمثّل في انغلاق كل أمة على نفسها وتعدّد المحاكم أدى إلى عدم طرح مشكل القانون المطبّق بما أن كل مجموعة دينيّة كانت تخضع لمحاكمها الخاصة وتطبق قانونها الخاص.

هذا السبب يُفسّر بقاء مادة الأحوال الشخصية المادة الوحيدة التي لم يشملها تيّار التقنين في فترة الحماية فقد تأثّر المشرّع التونسي بتيار التقنين المنتشر في أروبا في القرن 19 فصدرت م ا ع سنة 1906 و م م م ت في 1910 والمجلة الجنائية في 1913 ثم كانت أوّل تجربة تقنين وضعي في مادة الأحوال الشخصية وهي **لائحة الأحكام الشرعيّة التي أعدتها لجنة برئاسة الشيخ محمد العزيز جعيّط سنة 1948 وتعرف بـ "لائحة الشيخ جعيّط"** لكن هذه اللائحة كانت مجرّد لباس وضعي لأحكام التشريع الإسلامي فقد كانت مجرّد تبويب لأحكام المذهبين المالكي والحنفي في مادة الأحوال الشخصية فلم يقع اعتمادها نظرا لتطوّر الظروف التاريخية وعدم استجابة اللائحة لمتطلبات تلك الظروف فبإعلان استقلال البلاد كان لا بدّ من تغيير الوضع لأن الدولة الجديدة لابدّ لها أن تمارس كلّ مظاهر السيادة بما فيها السلطة القضائية والتشريعية على كلّ التونسيين بقطع النظر عن أديانهم فترك معيار الدين مكانه

لمعيار الجنسيّة وكان لا بدّ من إلغاء تعدّد المحاكم وتوحيد النظام القضائي وبالتالي توحيد النظام القانوني بإصدار مجلة مُوحّدة لكن كان لا بدّ أن تكون هذه المجلة عصرية لائكية لكي يمكن تطبيقها على كافة المتقاضين الراجعين بالنظر للمحاكم التونسية بقطع النظر عن أديانهم خاصة وأن عددا كبيرا من الجالية الأوروبية إختارت البقاء في البلاد التونسية بعد استقلالها فتمّ إصدار م أ ش في هذه الظروف لكن هذه المجلة وإن كانت المصدر الأساسي المنظّم لمادة الأحوال الشخصية إلا أنها ليست المصدر الوحيد.

ب- تحديد المصادر الشكلية لمادة الأحوال الشخصية

1- المصدر الأساسي : م أ ش

تمّ إصدار هذه المجلة بمقتضى قانون 1956/08/13 ودخلت حيّز التنفيذ في 1957/01/01 وتميّزت هذه المجلة بالتجديد من حيث محتواها وتميّزت خاصة بالاقتضاب لترك باب الإجتهاد مفتوحا خلافا للائحة الشيخ جعيّط التي اعتمدت منهج وقائعي تفصيلي ولم تضع قواعد عامة فقد تضمنّت 768 صفحة من الحجم الكبيروهذا يتنافر تماما مع الاجتهاد وهذا كان سببا آخر لعدم إعتماد هذه اللائحة.

2- المصادر الثانوية :

- **القوانين المُلحقة بالمجلّة :**

مثال :

- قانون 1957/08/01 المتعلّق بتنظيم الحالة المدنية

- قانون 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني
- قانون 1964/11/03 المتعلّق بالشهادة الطبيّة السابقة للزواج
- قانون 1993/07/5 المتعلق بإحداث صندوق ضمان النفقة و جراية الطلاق
- قانون 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب
- قانون 9 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين
- قانون 2007/05/14 المتعلق بتوحيد سن الزواج

- **القوانين المستقلّة عن المجلّة :**

هناك قواعد تهمّ مادة الأحوال الشخصية لكنها موجودة في مجلاّت قانونية أخرى مثال :

- م إ ع (القواعد المتعلقة بالأهلية – الإثبات – تكوين العقود...)
- المجلّة الجنائية (الجرائم المتعلقة بالعائلة)
- مجلّة القانون الدولي الخاص
- مجلّة الجنسية

فقرة 2 : المصادر الماديّة لقانون العائلة

يُعتبر البحث في المصادر التي استلهم منها المشرّع مضمون ومحتوى القواعد المنظمة لقانون العائلة من أكثر المسائل التي كانت محلّ جدل ونقاش

بين الفقهاء وبصفة أدقّ أهم إشكال يطرح في هذا المجال هو البحث في علاقة مادّة الأحوال الشخصيّة بالتشريع الإسلامي.

للإجابة عن هذا الإشكال لا بدّ من توضيح أمر هام يميّز القانون التونسي عن بقيّة البلدان العربية الإسلامية يتمثّل في أن التشريع الإسلامي **لا يُعتبر مصدرا شكليّا مباشر** في مادة الأحوال الشخصيّة كما في السعوديّة مثلا التي ليس لها مجلّة وضعيّة تنظّم مادة الأحوال الشخصية وإنما تطبق بصفة مباشرة أحكام الشريعة الإسلامية كما أن التشريع الإسلامي **لا يمثّل في القانون التونسي مصدرا شكليّا احتياطيّا** كما في مصر أو الجزائر أو المغرب مثلا التي لها مجلّة وضعية تنظّم المادة لكن هذه المجلّة تنصّ بصفة صريحة أنه في صورة السكوت أو الغموض لا بد من الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر إحتياطي إذ ينصّ مثلا قانون الأسرة الجزائري في المادة 222 " كلّ ما لم يرد النص عليه في القانون يُرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية "أمّا في القانون التونسي فلا الدستور الجديد و لا مجلة الأحوال الشخصيّة ينصّان على وجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلاميّة فينحصر النقاش إذا في القانون التونسي في معرفة إن كان التشريع الإسلامي يمثل مصدرا ماديا لـ م أ ش ؟

حسب ***المذكرة الصادرة عن وزارة العدل في 1956/08/03*** تُعتبر المجلة « لائحة جديدة في قالب قانون عصري يتماشى مع الزمان ولا يتصادم مع مبادئ الدين الإسلامي الحنيف ... لأننا أخذنا نصوصها من مناهل الشريعة

الفيّاضة ومختلف مصادرها...»

وحسب ***الرئيس الأسبق الحبيب بورقيبة*** « الجانب الإصلاحي كان نابعا من داخل الإسلام لا من خارجه. ينبغي فقط تطوير ما هو موجود وذلك بالإعتماد على العودة المباشرة إلى المصادر الأصليّة الإسلاميّة وهي أساسا القرآن والسنة وبتأويل الأحكام الواردة بها بعين الحداثة والمعاصرة » .

لكن لا يمكن أن نكتفي بهذا الخطاب الذي تطغى عليه إرادة سياسية تتمثّل في تقبّل المجتمع التونسي التقليدي لهذه المجلّة بهدوء بل لا بد من البحث في محتوى المجلة في حدّ ذاتها وبالتعمّق في هذا المحتوى يمكن أن يستخرج ثلاثة أبعاد في علاقة المجلّة بالتشريع الإسلامي :

أ- البعد الأول :

التشريع الإسلامي كان مصدرا ماديّا هاما جدا

استمدّ منه المشرّع بعض المصطلحات كمصطلح خيار الشرط أو مصطلح الدخول أو مصطلح الفراش (أحد وسائل إثبات النسب والمقصود به الزواج سواء كان زواجا صحيحا أو فاسدا) أو الإستلحاق (الإقرار بالنسب من طرف الأب) واستمدّ منه أيضا عدّة شروط لإبرام عقد الزواج كبعض موانع الزواج (ومنها العدّة و هي المُدّة التي تتربّص فيها المرأة بنفسها وتمتنع عن الزواج بعد إنحلال زواجها سواء بطلاق أو بطلان أو وفاة وذلك للتأكد من براءة رحمها وتفادي إختلاط الأنساب أو مانع القرابة أو مانع الرضاع أو المصاهرة) و شرط المهر (وهو المال الذي يُسمّى للزوجة في عقد الزواج) أو شهادة الشهود

و استمد منه أيضا عدّة واجبات زوجية منها المعاملة بالمعروف و حسن المعاشرة و تحميل الزوج واجب رئاسة العائلة والإنفاق و استمد المشرع أيضا من التشريع الإسلامي أحكام ولاية الزواج .....

وبالنسبة لهذه المسائل لا بدّ من الرجوع إلى التشريع الإسلامي إذا ما أحوجت الضرورة إلى التأويل في صورة الغموض أو النقص بإعتباره المصدر المستلهمة منه.

ب- البعد الثاني

التشريع الإسلامي لم يكن المصدر الوحيد :

فقد إعتمد المشرّع قواعد لم تكن موجودة في التشريع الإسلامي وإنما في قوانين أجنبيّة كأحكام الوصيّة أو تنظيم شكليات إبرام عقد الزواج الذي أعطاه المشرّع طابعا رسميّا فلا بدّ من إبرامه بواسطة حجة رسميّة يحررها مأمور عمومي بعد أن كان الزواج العرفي هو السائد في المجتمع التونسي ولم يكتفي المشرّع بذلك بل جعل من هذا الزواج العرفي جريمة معاقب عنها جزائيا كما رفع في السن الأدنى للزواج وذلك للقضاء على ظاهرة زواج الأطفال كما قام المشرع بتنظيم اجراءات انحلال عقد الزواج بإضفاء طابع قضائي رسمي فقد حجّر التطليق الذي كان شفاهيا وأصبح الطلاق يمرّ وجوبا عبر القضاء...

كما طوّر المشرع الوضعي الأحكام المتعلقة بتنظيم العلاقات الأسرية فألغى واجب الطاعة الذي كان محمولا على الزوجة و كرّس التعاون بين الزوجين سواء على الصعيد الشخصي في تسيير شؤون الأسرة و الأبناء أو

على الصعيد المالي بتكريس وجوب مساهمة المرأة في الإنفاق.

و نلاحظ في هذا المستوى أنّ رغبة المشرّع الوضعي في إضفاء الطابع الشكلي و الرسمي الذي يضمن حماية أكبر لمؤسسة العائلة و حقوق أفرادها و تجاوز الهشاشة التي كانت تُميّز الزواج كعقد يسهُل تكوينه و انحلاله ليضفي عليه صبغة المؤسسة فهذه الرغبة هي التي دفعته إلى تجاوز أحكام التشريع الاسلامي التي تمّ التعسّف و الانحراف في تطبيقها و هي رغبة في تطوير هذه الأحكام أكثر منها رغبة في الاختلاف معها.

ج- البعد الثالث

التشريع الإسلامي لم يكن مصدرا مقدسا

فقد اعتمد المشرّع قواعد تتعارض تماما مع الشريعة الإسلامية كمنع تعدّد الزوجات الذي كان مباحا أو تنظيم التبني الذي كان محرّما في الشريعة أو أيضا إعتماد التطليق ثلاثا كمانع مؤبد في حين أن الشريعة الإسلامية تعتبره مانعا مؤقتا فقط (يزول بزواج هذه المرأة من رجل آخر يدعى محلّل لكي يمكن لها الرجوع إلى مطلّقها ثلاث) و إمكانية إسناد الولاية على القاصر لإمرأة و هي الأمّ.

كما وسّع المشرّع من مجال اثبات النسب فنصّ على امكانية إثبات النسب بغير الفراش في الفصل 68 م ا ش و هذا يخالف احكام الشريعة و صادق على اتفاقية دولية و هي اتفاقية نيويورك المبرمة في 1962/12/10 التي تسمح بزواج المسلمة بغير المسلم ....

وكإستنتاج عام حول المصادر المادية يمكن القول **أن تعامل المشرّع مع المصادر بصورة عامّة وليس مع التشريع الإسلامي بالذات كان تعاملا انتقائيا ونفعيا بالمعنى الإيجابي للكلمة pragmatique** لا يمكن فهمه خارج الإطار التاريخي لإعداد المجلة الذي تمّ تحت وطأة عدّة ضغوطات:

- ***عامل الضغط الأول*** كان يتمثّل في ضيق الوقت : فقد كانت مُدّة صياغة المجلة قصيرة أمام ضغط السلط الاستعمارية لوضع مجلة لائكية عصرية من الممكن أن تنطبق على كافة المتقاضين الراجعين بالنظر للمحاكم التونسية بقطع النظر عن أديانهم فوجود هذه المجلة كان سلاحا في مفاوضات الحكومة التونسية مع الحكومة الفرنسية المتعلقة بتوحيد المحاكم في البلاد

- ***عامل الضغط الثاني*** وهو مرتبط بالعامل الأول يتمثل في حداثة المادة وبالتالي نقص الخبرة لدى المشرّع الوضعي لتنظيم هذه المادة التي كان يحتكرها التشريع الإسلامي الذي يعتبر تشريع ديني وليس وضعي،

- ***عامل الضغط الثالث*** وهو أهم عامل انعكس على محتوى المجلّة يتمثل في الصراعات الفكرية التي كانت موجودة بين أعضاء اللجنة التي تولّت إعداد المجلة فقد كان هناك تيارين متناقضين :

* من جهة التيّار التقليدي المحافظ المتأثر بأحكام الشريعة الإسلامية ومن أبرز أعضائه الشيخ جعيّط ،

* ومن جهة أخرى كان هناك التيّار التحرري الحديث المتأثر بالفكر الغربي الليبيرالي وخاصة بمبادئ الثورة الفرنسية وفلاسفة عصر الأنوار.

وولّد هذا التأثر بالفكر الغربي في بعض البلدان العربية الإسلامية ومنها تونس ما يعرف بأدب النهضة ومن أبرز المفكّرين المتأثرين بهذا التيّار نجد الطاهر الحداد صاحب كتاب "إمرأتنا في الشريعة والمجتمع" دافع فيه عن إسلام نيّر متسامح وعن مكانة للمرأة متعادلة مع مكانة الرجل في الحقوق والواجبات وذلك حسب قراءة خاصة للشريعة فقد إعتبر أن الشريعة جاءت مُتدرّجة في إعطاء المرأة حقوقها ولا بدّ بالتالي من قراءة عصرية متطوّرة لهذه الشريعة للإعتراف بحقوق المرأة ومساواتها مع الرجل وقد تماشت هذه الأفكار التحررية مع أفكار زعماء الحركة الوطنية المستنيرين الذين تعلموا في أروبا وتبنوا تلك الأفكار على الصعيد السياسي.

فكلّ عوامل الضغط هذه أثّرت على المشرّع سنة 1956 ودفعته إلى الإنتقاء من بين القوانين الموجودة والقريبة إليه الأحكام التي تتلائم مع نظرته وتصّوره للعائلة.

ولكن الجدير بالذكر أن المشرّع رغم كل هذه الضغوطات فقد تمكن من إعتماد أسلوب نفعي في صياغة محتوى المجلة ويتمثل هذا الأسلوب في تحديد أهدافه في مرحلة أولى وهذه الأهداف تعكس تصورا خاصا بالمشرّع للعائلة علما أن هذا التصوّر لم يكن في كل الحالات انعكاسا للواقع بل أحيانا كان محرّكا للواقع كمنع تعدّد الزوجات الذي كان في قطيعة مع الواقع السائد وتسبّب في جدل كبير في ذلك الوقت ثم في مرحلة ثانية بعد تحديد الأهداف يقوم المشرّع بالبحث عن القاعدة التي تستجيب لتلك الأهداف مهما كان مصدرها إذ

لم يتقيّد بمصدر معيّن **وهذا معنى الانتقاء النفعي أي أن يُوظّف المصدر لخدمة الهدف** وهذا ما يؤكد أيضا أنّ الرجوع إلى مصدر معيّن لم يكن اختيارا من طرف المشرّع التونسي وإنما ضرورة وانعكاسا للظرف التاريخي.

هذه الفكرة تتأكد لو حاولنا تقييم إختيارات المشرّع التونسي ليس زمن إصدار المجلّة وإنما عبر إمتدادها في الزمن أي عبر التنقيحات المتتالية فنجد أن اختياراته الحالية هي بدون مصدر معيّن، بدون تأثير خارجي بل هي اختيارات نابعة من ذاته ومن متطلبات واقعه ومن رغبته في التجديد فكان له ذاتيته و إجتهاده الخاص الذي ميّزه سواء عن البلدان العربية أو الغربية فتميّزت إختياراته بالتجديد والتفرّد والخصوصية من أجل توفير أكبر حماية ممكنة لمؤسسة الأسرة وخلق نوع من التوازن في العلاقات داخل الأسرة .

لكن يبقى المشكل مطروحا بخصوص تأويل سكوت أو غموض م.ا.ش

فهل أن القاضي مُلزم بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لملء الفراغ القانوني أو لتأويل النص القانوني الغامض؟

للإجابة على هذا السؤال لابد أن نُميّز بين ثلاثة مواقف :

- ***موقف المشرع***: لم ينص على وجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لا في الدستور و لا في م.ا.ع و لا في م.ا.ش فقد سبق أن رأينا أنها لا تشكل مصدر احتياطي

- ***موقف الفقهاء***: اختلفوا بخصوص هذه المسألة و انشقوا إلى قسمين:

- إتجاه أوّل يقول بإلزامية الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في صورة

النقص أو الغموض و ذلك لأن الفصل 535 م.ا.ع ينصّ على وجوب الرجوع إلى مبادئ القانون العمومية في صورة الغموض و المقصود بهذه المبادئ هو مبادئ الفقه الإسلامي و المنصوص عليها في م.ا.ع من الفصول 535 إلى 565 (الأستاذ محمد العربي هاشم)

- اتجاه ثاني يقول بعدم إلزامية هذا الرجوع و بأن مبادئ القانون العمومية هي المبادئ المُتفق عليها بين الإنسانية كمبادئ الحرية و العدل و المساواة و هي بذلك تتجاوز الفقه الإسلامي في إطاره الضيّق كما يتمسك هذا الاتجاه بمبدأ اللائكية ومبدأ سيادة المشرع الوضعي (الأستاذ محمد الشرفي و علي المزغني)

- ***<u>موقف فقه القضاء:</u>***

يبدو أن الاتجاه الغالب هو الرجوع شبه الآلي إلى التشريع الإسلامي باعتباره حسب هذا الموقف المصدر الأساسي للمجلة و ذلك في صورة غموض النص و بالأحرى في صورة سكوته و قد كان هذا الرجوع أحيانا في محله و أحيانا في غير محلّه وتتعدد الأمثلة على هذا الموقف :

- احيانا اعتمد فقه القضاء أحكام التشريع الإسلامي **<u>لسدّ فراغ تشريعي</u>** حتى في مسائل لم تكن موجودة في الشريعة الإسلامية مثل مسألة تغيير الجنس فقد رفضت محكمة الاستئناف بتونس في **قرارها الصادر في 1993/12/22** قبول تغيير الجنس في مضمون الحالة المدنية لشخص قام بإجراء عملية جراحية خارج البلاد لتغيير جنسه من ذكر إلى أنثى و ورد بهذا القرار « **و حيث لم يتعرّض القانون التونسي إلى هذه الإشكالية و تحتّم الرجوع إلى الفقه**

الإسلامي باعتباره المصدر الأساسي لقانون الأحوال الشخصية ....و حيث يكون من أوكد الواجبات محاولة الوصول إلى حلّ لهذه الإشكالية عبر القران و السنة و اجتهاد الفقهاء المسلمين باعتبار أن الفصل الأول من الدستور اقتضى أن تونس جمهورية دينها الإسلام....ضرورة أن تغيير الجنس بصفة إرادية و تلقائية يتنافى و أحكام الشريعة الإسلامية و النظام العام.....» و يُعتبر هذا الرجوع في غير محله لأنّ المسألة مُستحدثة و الأسانيد التي تم اعتمادها تهم مسألة أخرى و هي وضعية الخُنثى و لا يجوز القياس لعدم تشابه العلّة.

- و أحيانا أخرى إعتمد فقه القضاء أحكام التشريع الإسلامي **لإكمال نقص في النصّ** كما في صورة الفصل 17 م أ ش الذي نصّ على الرضاع كمانع من موانع الزواج لكن دون أن يحدد شروط اعتماد الرضاع و طرق اثباته و هو ما قامت به **محكمة التعقيب في قرارها عدد 319 المؤرخ في 1961/01/17** (هنا الرجوع في محلّه لأن الرضاعة مُستمدّة أصلا من التشريع الاسلامي)

- لكن وصل الأمر بفقه القضاء الى حدّ اعتماد أحكام التشريع الإسلامي **لتأويل نصّ موجود صريح و واضح تأويلا يخالف صريح هذا النصّ** و ذلك خاصة في مادة النسب فالفصل 68 م أ ش واضح و صريح ينصّ على ثلاث وسائل لإثبات النسب بصفة مستقلة و هي الفراش أو إقرار الأب أو شهادة الشهود لكن فقه القضاء اعتبر أن قبول وسائل اثبات خارج الزواج يعني تمتيع ابن الزنا بنعمة النسب الشرعي و هو ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية و لم يقبل به معتبرا أن هذه الوسائل غير مستقلة و أن الإقرار و الشهادة لا تُعتمد إلاّ

لإثبات الفراش. مثال : **قرار تعقيبي مدني عدد 49089 صادر في 05/07/ 1996 « يُؤخذ من الفصل 68 من م.أ.ش و ما درج عليه الفقه الإسلامي و فقه قضاء هذه المحكمة و عمل المحاكم أن النسب لا يثبت من اتصال جنسي غير شرعي واقع على وجه الزنا و أنّ وسائل الإثبات الثلاثة الواردة بذلك الفصل يلتجأ إليها في الابن المنخلق من علاقة زواج شرعية و لو كانت مُختلّة الأركان.... ».**

وفي هذه الصورة الانتقاد لا يتسلّط فقط على مبدأ التأويل في حدّ ذاته بما أنه غير ممكن في صورة وضوح النصّ بل يتسلّط أيضا على محتوى التأويل الذي كان مخالفا تماما لصريح النصّ.

فنستنتج إذا أنه من الناحية القانونية البحتة هذا الرجوع ممكن لكنه غير وجوبي فالأمر يبقى حسب اجتهاد القاضي لكن من الناحية العمليّة الاجتهاد القضائي كان دائما في اتجاه اعتماد الشريعة الإسلامية كمصدر للتأويل حتى عندما لا يكون الأمر مُحتاجا إلى تأويل .لكنّ هذا الإتجاه و إن كان غالبا على صعيد عمل المحاكم فهذا لم يمنع بعض القضاة من مُخالفته و اعتماد مواقف تتعارض تماما مع أحكام التشريع الإسلامي كالإقرار بصحّة زواج المسلمة بغير المسلم أو قبول الإقرار كوسيلة مستقلة لإثبات النسب خارج الفراش ...

القسم الرابع : خصوصيات قانون العائلة

يتميّز قانون العائلة بعدة خصوصيّات :

فقرة 1 : خاصيّة التجديد والتطوّر

تميّز محتوى م أ ش بالتجديد والتناسق في محتواها فهذه المجلة تُعبّر عن وجود سياسة تشريعية متكاملة في ميدان الأسرة تتمثّل في وضع صورة عامة للأسرة المثالية كما يراها المشرّع.

وميزة التجديد تبرز مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي في تنظيم العلاقات الأسرية وهو القانون الذي كان مُطبقا في تونس قبل الإستقلال على التونسيين المسلمين وهم الأغلبية في المجتمع لكن لا بدّ من الإشارة هنا الى أن الفقه الإسلامي المُنطبق في ذلك الوقت لم يكن مُطابقا بالضرورة للروح الحقيقيّة للإسلام فهو أساسا عمل إنساني وقع بناؤه انطلاقا من بعض المبادئ العامة المُستمدّة من القرآن والسنة وما اختلاف الحلول التي وصلت إليها مختلف المذاهب الإسلامية إلا دليل على إمكانية إعتماد طرق مختلفة للتفسير وللتطرّق للمشاكل المطروحة لإيجاد حلول لها تختلف في الزمان والمكان.

فالفقه الإسلامي هو قانون وضع من قبل الفقهاء إستجابة لحاجيّات المجتمع المُنطبق عليه خلال مدّة قرون عديدة تعرّض خلالها لعدّة تحويرات ونتيجة لهذه التحويرات أصبح الفقه الإسلامي حسب الأستاذ محمد الشرفي بمثابة " الواقع الإجتماعي " أو" مجموعة من التقاليد " تتميّز خاصة بالوضعيّة المتدهورة للمرأة وهشاشة الرابطة الزوجية.

ويبرز تجديد م أ ش على صعيدين :

أ- تجديد على مستوى تنظيم مؤسسة الأسرة

حاول المشرّع في المجلة توفير أكبر حماية ممكنة لمؤسسة الأسرة أولا في مرحلة إبرام عقد الزواج سواء على صعيد الشكل بإشتراط الكتب الرسمي وتحجير الزواج العرفي أو على صعيد الأصل خاصة بتحديد السن الأدنى للزواج للقضاء على ظاهرة زواج الأطفال وأيضا بإشتراط رضاء الزوجين وذلك لإلغاء حق الجبر الذي كان يتمتّع به الولي في الفقه الإسلامي ومنع تعدّد الزوجات وجعله مشكّلا لجريمة مُعاقب عنها جزائيا ثم تتواصل هذه الحماية عند إنحلال مؤسسة الزواج وذلك بتنظيم طرق هذا الإنحلال وآثاره وجعله يتمّ عن طريق القضاء في كل الحالات.

ب- تجديد على مستوى تنظيم العلاقات داخل الأسرة

حاول المشرّع خلق نوع من التوازن في العلاقات داخل الأسرة سواء بالنسبة للعلاقات الأفقية بين الزوجين أو العلاقات العمودية بين الوالدين والأبناء وتجاوز النظرة التنازعية للعائلة إلى نظرة تعاونية وذلك بضمان مزيد من المساواة بين الذكر والأنثى وتشريك المرأة في تسيير شؤون الأسرة سواء كزوجة أو كأمّ.

فقرة 2 : خاصيّة الشخصيّة

قانون العائلة هو قانون يهمّ حياة الأشخاص وهي أهم خاصيّة فيه وتترتب عنها عدة خاصيّات :

1 بما أن قانون العائلة يهمّ حياة الأشخاص فإن تقنين هذه المادّة صلب م أ ش (خلافا للائحة جعيّط التي تضمنت قُرابة 900 بند متعلّق بالأحوال

الشخصية) تميّز ***بالإقتضاب وإعتماد قواعد تتّسم بالصبغة العمومية*** وأحيانا تتسم بالغموض لترك باب الإجتهاد مفتوحا أمام القاضي لمواكبة تطوّرات الزمان والمكان ولا يعتبر ذلك من سبيل الصدفة وإنما يعكس سياسة تشريعية جديدة في ميدان الأحوال الشخصية بدأت تظهر ملامحها في أروبا وبعض الدول الغربية وتبناها المشرّع التونسي ويفسّر الفقيه الفرنسي Carbonnier هذه الحالة فحسب رأيه العائلة عنصر هام جدا في المجتمع بصفة عامة وفي النظام القانوني بصفة خاصة وبالتالي لا يمكن للمشرّع أن يتخلّى عن تنظيم عنصر بمثل هذه الأهميّة ولكن من جهة أخرى فإن مفهوم العائلة هو من المفاهيم المتغيّرة في المكان والزمان وهو ما يعبّر عنه هذا الفقيه بـ **" مبدأ تعدّد الأنواع "** Le principe de la pluralité des types فإختلاف العادات من جهة إلى أخرى واختلاف المستوى الإجتماعي للأشخاص باختلاف بيئتهم وتعليمهم ووظائفهم وشخصياتهم... كل هذه المعطيات تتداخل لإعطاء أنواع مختلفة من العائلات وتنطبق هذه الفكرة بصفة تامة على المجتمع التونسي خاصة بالنسبة للفوارق الموجودة بين عادات وتقاليد المدن والأرياف ويقول في هذا الصدد الفقيهان الفرنسيان مالوري واياناس Malaurie et Aynes ***" إن المعاشرة داخل العائلة لها رقة غريبة تضعها خارج القانون : السياسة العائليّة تتكوّن في البيت ولا تضعها الحكومة، لكلّ عائلة قانونها"*** وبالتالي فإن قانون الأسرة لا يمكن أن يتميّز بالدقة التي تمتاز بها القواعد القانونية الأخرى التي تنظّم العلاقات بين الأفراد وقد تأثر المشرّع التونسي بهذا الاتجاه المتمثّل في

تخلّي المشرّع عن تنظيم جزئيّات الحياة الأسرية وترك الموضوع للزوجين لتنظيم حياتهم حسب إرادتهم وفي صورة عجزهم عن ذلك يوكل الأمر لإجتهاد قضاة الأصل حسب ظروف كلّ عائلة (سنّ الزوجين، المستوى الثقافي، المستوى الإجتماعي...).

وهذا ما جعل المشرّع التونسي، على غرار العديد من الدول يستعمل **"مفاهيم ذات محتوى متغيّر"** Les notions à contenu variable مثل مفاهيم "مصلحة المحضون" وغيرها وهذا ما دفعه خاصة إلى التنصيص صلب الفصل 23 الذي يُعتبر دستور العائلة الذي يحدد الواجبات الزوجية على أنه « يقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة » وذلك لإقتناعه بأنه لا يمكن تحديد قائمة في الواجبات الزوجية و إن هذه الواجبات تختلف حسب الزمان والمكان وهذا تعبير عن نفس فكرة العميد كاربونيه بأن لكل عائلة قانونها.

2 بما أن مادّة قانون العائلة تهم المعاملات المدنية فهي مادة تندرج في إطار القانون المدني وهذا يعني أنه في صورة سكوت أو غموض النصّ الخاص المُنظم لمادة قانون العائلة أي م أ ش يمكن الرجوع إلى النصّ العام المنظّم لمادة القانون المدني وهو م إ ع .لكن بما أن قانون العائلة مادة تهم حياة الأشخاص فإنه حتى ***في صورة الرجوع للنصّ العام لا بد من تطويعه مع خصوصية المادة*** وأبرز مثال على ذلك هو الأحكام المتعلقة بعيوب الرضاء فـ م أ ش اشترطت رضاء الزوجين لكنها لم تنص على وجوب سلامة هذا الرضاء من العيوب فلا

بدّ من الرجوع إلى م إ ع لتطبيق نظرية عيوب الرضاء لكن مع مراعاة خصوصية عقد الزواج بإعتباره يهمّ حياة الأشخاص الخاصة فهناك بعض العيوب لن تعتمد في عقد الزواج وأبرزها التغرير بإعتباره أمرا مسموح به في الزواج.

***3** بما أن قانون العائلة هو قانون يهمّ حياة الشخص فهو إذا **قانون شخصي** يتبع الشخص أينما وجد فهو ليس بقانون إقليمي كالقانون المدني أو الجزائي وهو ما أكدته **مجلة القانون الدولي الخاص الصادرة في 27 نوفمبر 1998 بفصلها 39 « تخضع الأحوال الشخصيّة للمعني بالأمر لقانونه الشخصي »** وإذا كان الشخص يحمل أكثر من جنسيّة ومن بينها الجنسيّة التونسيّة فإن الجنسيّة المُعتمدة هي الجنسيّة التونسيّة ويكون عندئذ القانون المنطبق عليه هو القانون التونسي لكن هذا لم يمنع المشرّع في مجلة القانون الدولي الخاص من إدخال بعض المرونة على إعتماد معيار الجنسية وذلك بإعتماد معيار آخر أحيانا هو معيار المقرّ.

فقرة 3 : خاصية التحرّك

تعتبر مادة قانون العائلة من أكثر القوانين المُتحرّكة التي تعرّضت لتنقيحات مُتتالية :

- **قانون 21 أفريل 1964** الذي رفّع في السن الدنيا للزواج من 15 سنة إلى 17 سنة بالنسبة للفتاة ومن 18 سنة إلى 20 سنة بالنسبة للذكر،
- **قانون 3 جوان 1966** الذي أدخل تعديلات جذرية على أحكام الحضانة أهمها

إعتماد مبدأ مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة،

- **قانون 18 فيفري 1981** الذي جاء أساسا بمبدأ التعويض عن الضرر المادي الذي لحق الزوجة المطلقة في شكل جراية عمرية وكذلك إسناد الولاية إلى الأمّ على أبنائها القصّر بصفة آلية في صورة وفاة الأب أو فقدانه الأهلية،

- **قانون 12 جويلية 1993** الذي أعتبر ثورة في المجلة قام من خلالها المشرّع بإعادة توزيع الأدوار بين الرجل والمرأة داخل الأسرة وتكريس فكرة التعاون بينهما في تسيير شؤون الأسرة سواء الشؤون المالية أو الشؤون المتعلقة بالحضانة والولاية كما جاء هذا التنقيح بأحكام أخرى تتعلّق خاصة **بالبعد المؤسساتي للأسرة Institutionnalisation de la famille** خاصة بإحداث مؤسسة قاضي الأسرة لأوّل مرّة في التشريع التونسي.

وللتعمّق في دراسة أحكام قانون العائلة ستنقسم هذه الدراسة إلى جزئين :

- جزء أول يهتم بالعلاقة بين الزوجين في جميع مراحلها انطلاقا من مرحلة التمهيد للزواج ثم مرحلة إبرامه ثم تنفيذه وصولا إلى مرحلة انحلاله

- جزء ثاني يهتمّ بالعلاقة بين الوالدين والأبناء بما تشمله من نسب ونفقة وحضانة وولاية.

الجزء الأول :

الرابطة الزوجيّة

قبل الخوض في الأحكام التفصيلية لعقد الزواج لا بد من تعريف هذا العقد و تحديد طبيعته القانونية.

1 – تعريف الزواج

من الناحية اللغوية الزواج هو إقتران أحد الشيئين بالأخر و إرتباطهما إرتباطا وثيقا بعد أن كان منفصلين .

من الناحية الإصطلاحية أصبحت كلمة الزواج عند العرب تُستعمل في إقتران الرجل بالمرأة و يستعمل العرب مصطلح النكاح و أصل مصطلح النكاح

في كلام العرب يفيد الوطء و يقال للزواج نكاح لأنه سبب الوطء المباح و قد عرفه الفقهاء المسلمون تعريفات متقاربة خلاصتها أنّ الزواج هو العقد الذي يحلّ به إستمتاع كل من الزوجين بالآخر.

أمّا بالنسبة للمشرع التونسي فهو لم يقم بتعريف الزواج بل إكتفى بتحديد شروطه و آثاره و ذلك خلافا لعدّة مشرّعين في بلدان عربيّة كالمشرّع المغربي مثلا الذي عرّفه في **الفصل 4 من مدونة الأسرة المغربية** المنقح بقانون 2004/02/03 بأنه « ميثاق تراضي و ترابط و تماسك شرعي بين رجل و إمرأة على وجه الدوام غايته الإحصان و العفاف مع تكثير سواد الأمّة بإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمّل أعبائها في طمأنينة و سلام و ودّ و إحترام »

و قد حاول العديد من الفقهاء تعريف الزواج و يمكن أن نذكر على سبيل المثال تعريف الفقيه **محمد أبو زهرة** للزواج بأنه « ***عقد يفيد حلّ العشرة بين الرجل و المرأة يُحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني و يحقق تعاونهما مدى الحياة و يُحدّد ما لكليهما من حقوق و ما عليه من واجبات*** » .

وتكمن الصعوبة في تعريف الزواج في وجود عناصر إجتماعية و نفسية و أخلاقية و أحيانا إقتصادية تدخل في تكوينه و هذه العناصر لا يمكن إختزالها في تعريف قانوني دقيق فمعظم التعاريف المقدّمة للزواج تركز على أحد غايات الزواج كالغاية الجنسيّة أو غاية الإنجاب و المحافظة على النسل دون تعريف جوهره.

لكن هذه الغايات و إن كانت تُعدّ من الأهداف الأساسية للزواج إلا أنها ليست شرطا لصحته فالقانون يُقرّ مثلا بصحّة زواج المسنين و حتى بالزواج على فراش الموت وهي حالات تغيب فيها الغايات الجنسيّة و الإنجابيّة.

لهذا رأى معظم رجال القانون إعتماد شكليات الزواج كعناصر أساسية لتعريفه فهو عبارة عن ***« عقد شكلي يتفق بمقتضاه رجل و امرأة على العيش المشترك في محلّ الزوجيّة بغرض تكوين أسرة ويقيمان بموجبه علاقة قانونية بينهما يُنظمها القانون المدني بصفة آمرة من حيث شروط تكوينها و آثارها و طرق إنحلالها »***

و يبرز من خلال هذا التعريف تميّز عقد الزواج بخصائص و طبيعة خاصة به.

2- الطبيعة القانونية للزواج

يتميّز عقد الزواج بثلاث خصائص أساسية فهو أوّلا رابطة قانونية مدنيّة ثم هو رابطة لها طبيعة مزدوجة بين العقد و المؤسسة و أخيرا هو رابطة شرعيّة.

* الزواج رابطة مدنيّة

طُرح المشكل في القانون الفرنسي الذي كان قائما على القانون الكنسي والذي يعتبر الزواج رابطة أبديّة مقدسة لا يمكن حلها لأنّها من صنع الإله فقد كان الزواج مؤسسة دينية تبرم داخل الكنيسة ، لكن تطوّر الوضع بعد قيام الثورة الفرنسية وصدرت المجلة المدنية الفرنسية سنة 1804 التي كرّست الصبغة المدنية لعقد الزواج بوجوب إبرامه أمام ضابط الحالة المدنية و بالتنصيص على امكانية حلّه.

أمّا بالنسبة للقانون التونسي فعقد الزواج له صبغة مدنيّة بحتة إذ لا يمكن إبرامه إلا من طرف مأمور عمومي حتى و لو تمّ الاحتفال بإبرامه في المسجد (كما هو الحال في عدّة جهات) فذلك يعتبر من قبيل العادات الاجتماعية التي لا تُغيّر من الوصف القانوني لعقد الزواج.

*الزواج رابطة مزدوجة بين العقد و المؤسسة

إنطلق هذا النقاش في القانون الفرنسي سابقا عندما كان المشرّع يرفض الطلاق المبني على الإرادة بإعتبار أن الزواج رابطة إلاهية عقدها الرب فلا يمكن أن تحلها إرادة الإنسان فطرح السؤال هل أن الزواج عقد مبني على إرادة الأطراف فيمكن لهم الإتفاق على حلّه أم هو مؤسسة تتجاوز إرادة الأطراف ؟

و تجاوز هذا النقاش هذا الإطار التاريخي الضيق ليُطرح حتى في القانون التونسي و البحث في هذه المسألة إضافة لأهميته النظريّة فله أهمية تطبيقية على

مستوى تنازع القوانين في الزمان و المكان و على مستوى إمكانية الإتفاق على تحديد آثار عقد الزواج و خاصة الواجبات الزوجية.

و قد إختلف الفقهاء بين مناصر **لنظرية الزواج - عقد** و مناصري **لنظرية الزواج - مؤسسة** . و لكن في الواقع بالبحث في مختلف الأحكام المتعلقة بالزواج نجد أن نظرة المشرع التونسي للزواج هي نظرة غائية تهدف إلى حماية العائلة فأكساه صبغة مزدوجة :

- فأخذ من العقد صبغته الرضائية و الشكليّة، فالزواج لا يُبرم إلا برضاء الزوجين مع وجوب إحترام شكليّات معينة في إبرامه كما أنه ترك مجالا للحرية التعاقدية في تحديد آثار هذا العقد، و ذلك من خلال الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على خيار الشرط و هو شرط تعاقدي يتم الإتفاق عليه في العقد و يترتب على مخالفته إمكانية طلب حلّ العقد بالطلاق.

- و أخذ من المؤسسة صبغتها الحمائية و الدائمة، التي تبرز خاصة في صعوبة تكوينها و إنحلالها فالمشرع هو الذي يحدد شروط تكوين هذا العقد و آثاره و طرق إنحلاله و لا يمكن للأطراف الإتفاق على مخالفة الأحكام التشريعيّة باعتبارها قواعد آمرة، فقاعدة الفصل 242 من مجلة التزامات و عقود التي تقتضي بأن العقد شريعة المتعاقدين لا تسري على عقد الزواج و وظيفة الإرادة في هذا العقد تقتصر على حرية إبرامه و حرية حلّه أمّا ما سيترتب عن تكوينه و إنحلاله من آثار فيبقى من مشمولات القانون وحده .

و بذلك ينتهي هذا النقاش بإعتبار أن الزواج هو في إنطلاقه عقد إلا أنه بالنسبة لآثاره يصبح مؤسسة فهو إذا « مؤسسة يتمّ الإنتماء إليها بمقتضى عقد »

*الزواج رابطة شرعيّة

يعتبر الزواج في التشريع التونسي الإطار الشرعي الوحيد لممارسة العلاقات الجنسيّة فهو رمز الشرعيّة، أما العلاقات خارج هذا الإطار فهي علاقات غير شرعيّة بقطع النظر إن كان القانون يعاقب عنها أم لا كالعلاقات الحرّة و المخادنة فهي علاقات غير شرعيّة رغم أنه على المستوى النظري لا نجد أي نص قانوني يعاقب عنها و لو طبقنا مبدأ « الأصل في الأمور الإباحة » و مبدأ « شرعية الجرائم و العقوبات » الذي يفترض وجود نصّ سابق الوضع يجرّم الفعل لكانت هذه العلاقات شرعية لكن على المستوى التطبيقي عادة ما يعاقب القضاء هذه العلاقات بتحريف طبيعتها و جعلها مكوّنة لجريمة كجريمة البغاء السري بمقابل .....

بعد تعريف الزواج و تحديد طبيعته القانونية سنمرّ إلى دراسة مختلف مراحل هذا العقد و هي : مرحلة التمهيد له، مرحلة تكوينه أو إبرامه ثم مرحلة تنفيذه و أخيرا مرحلة إنحلاله.

الباب الأول:

التمهيد لعقد الزواج

نظرا لأهمية عقد الزواج و أهمية الآثار المترتبة عنه التي تتجاوز الأطراف المتعاقدة و تمسّ الغير سواء الأبناء أو المجتمع ككلّ فلا بدّ من فترة تمهيدية تسبق هذا الزواج تكون فرصة للتفكير و التروّي و هي مرحلة الوعد بالزواج أو الخطبة أو المراكنة .

رغم أهميّة هذه الفترة فإن المشرع التونسي لم يعتني بتعريفها شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي الذي أهمل تماما تنظيم الخطبة في المجلة المدنية الفرنسية، و أمام غياب تعريف تشريعي وأيضا فقه قضائي لا بد من البحث عن تعريف فقهي لهذا المصطلح و نجد في هذا المجال عدّة أنواع من التعريف فهناك من يعرّف الخطبة إنطلاقا من وصفها الشكلي أي الطريقة التي تتم بها، مثال **الفقيه أحمد إبراهيم** يعرّفها بأنها "***طلب المرأة للزواج***" أو **الفقيه محمد**

أبو زهرة يعرفها بأنها "***طلب الرجل يد إمرأة معيّنة للتزوّج بها و التقدّم إلى ذويّها ببيان حاله و مفاوضتهم في أمر العقد***".

و هناك من يعرّف الخطبة من حيث جوهرها بأنها "***عقد النيّة بين طالبي الزواج على أن يجتازا معا تجربة شخصيّة خلال فترة تسبق الزواج فيختبر فيها كلّ منهما الآخر تمهيدا للزواج به مع الإعداد أو التجهيز خلالها لتأسيس العائلة التي تتطلبها أحكام عقد الزواج***". و هذا التعريف **للفقيه حسني نصّار**.

و مهما كان التعريف المعتمد فعلينا أن نفرّق بين مرحلتين زمنيتين في الخطبة :

- **المرحلة الأولى :** هي التي يتقدّم فيها الرجل لطلب يد المرأة و هو ما يعطي لهذه المرحلة صفة الوعد بالزواج من جانب واحد

- **المرحلة الثانية :** قد تكون متزامنة مع المرحلة الأولى و قد تكون لاحقة لها في الزمن و هي التي تعبّر فيها المرأة عن قبولها هذا الوعد فيحصل بذلك تواعد أو مواعدة على الزواج في المستقبل.

و قد أقرّ المشرع التونسي صلب الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية هذا التمييز الإصطلاحي بين مصطلح الوعد بالزواج و المواعدة به لكنه لم يفرّق بينهما على مستوى الآثار.

و تطرح الخطبة عدة إشكاليات سواء على مستوى تحديد **طبيعتها القانونية** (الفصل1) أو على مستوى تحديد **آثارها و النزاعات القانونية التي**

تثيرها (الفصل 2).

الفصل الأول: الطبيعة القانونية للوعد بالزواج

يعتبر البحث في الطبيعة القانونية للوعد بالزواج من أكثر المسائل التي أثارت جدلا فقهيا كبيرا : **فهل يكتسي الوعد بالزواج صفة العقد المُلزم للطرفين ؟ أم هو مُجرّد واقعة قانونية خالية من كل صبغة إلزامية ؟**

و لا يعتبر هذا البحث نظريا بحتا فمن الممكن أن تنجرّ عنه نتائج تطبيقية فقد يكون إثبات الخطبة و الأساس القانوني المعتمد للتعويض عن الضرر الناتج عن العدول يختلف بحسب ما إذا كان الوعد بالزواج عقدا أو مجرّد واقعة قانونية لا تكتسي أي صبغة إجبارية ؟

وتكتسي هذه المسألة اليوم أهمية بالغة نظرا لتطوّر مفهوم الوعد بالزواج على الصعيد الاجتماعي. ذلك أن الوضع السابق لصدور مجلة الأحوال الشخصية كان متأثرا بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تحرّم الإختلاء بالخطيبة بغير حضور محرم لها و ذلك خشية الوقوع في المعصية فإذا ما وقع ضرر فسيكون نتيجة لمخالفة أوامر الشريعة و لا يمكن بالتالي أن يكون سببا في المطالبة بغرم الضرر أما اليوم فبحكم الاختلاط الجنسي أثناء الدراسة أو العمل فقد تطوّرت العلاقة بين الخطيبين إلى حدّ يمكن معه أن ينتج عن هذه العلاقة إبن غير شرعي و بالتالي فإن الآثار التي يمكن أن تنجّر عن الخطبة أصبحت

أكثر خطورة .

و لتحديد الطبيعة القانونية للخطبة ستنطلق من موقف المشرّع التونسي الذي خصص للوعد بالزواج الفصلين 1 و 2 من مجلة الأحوال الشخصية، و ينص **الفصل الأول** على أن "***كلّ من الوعد بالزواج و المواعدة به لا يعتبر زواجا و لا يقضى به***".

و ينص **الفصل 2** على أنه "***لكلّ واحد من الخطيبين أن يسترّد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وُجد شرط خاص***".

و بالتأمل في هذه الفصول يتبيّن لنا أن المشرّع لم يعتمد موقفا صريحا إلا بالنسبة للتمييز بين الزواج و الوعد بالزواج أمّا بالنسبة للطبيعة القانونية للوعد بالزواج في حدّ ذاته فقد سكت عنها فأختلف الفقهاء في تأويل هذه الفصول فمنهم من إستنتج الصبغة العقديّة للخطبة و منهم من إستنتج طبيعتها الواقعيّة.

الفرع 1: موقف تشريعي واضح بخصوص التمييز بين الوعد بالزواج و الزواج

نصّ الفصل 1 من مجلة الأحوال الشخصية على أن "***الوعد بالزواج لا يُعتبر زواجا و لا يُقضى به***" و هو ما يعني أمرين :

- **أولا : إقصاء صفة الزواج عن الوعد بالزواج :**

حسب المشرّع لا يعتبر الوعد بالزواج زواجا و لا يماثله في شيء فهما مختلفان على جميع الأصعدة سواء **من حيث التعريف** فالزواج إتفاق بين الطرفين على الدخول في الزواج في الحين بينما الوعد بالزواج هو إتفاق على الدخول في الزواج في المستقبل و كذلك **من حيث الشروط** فالخطبة لا تخضع إلى أي شرط خلافا للزواج الذي يخضع إلى جملة من الشروط الجوهرية و الشكليّة التي لا يصح بدونها.

و يبرز الإختلاف خاصة على **مستوى الإثبات** فالزواج الصحيح لا يثبت إلا بالكتب الرسمي حسب الفصل 4 من م.أ.ش أمّا الوعد بالزواج فيخضع إلى الوسائل العامة المعتمدة في الإثبات و التي تختلف بحسب طبيعته القانونية فإن أعتبر عقدا فلا بدّ من اعتماد الوسائل الكاملة لإثبات العقود خاصّة الكتب أما إن أعتبر واقعة قانونية فإن إثباته سيكون حرّا بكل الوسائل.

- **ثانيا : إقصاء القوة الإلزامية للزواج عن الوعد بالزواج:**

المعنى الثابت الذي يمكن استخراجه من عبارة **"لا يُقضى به"** الواردة بالفصل 1 هو أن الوعد بالزواج لا يُرّتب نفس آثار عقد الزواج و ذلك سواء بين الطرفين (فلا يجوز الحديث عن واجبات زوجيّة بين الخطيبين و لا عن طلاق أو توارث...) أو تجاه الغير (لا يرّتب الوعد بالزواج حرمة المصاهرة كما أن الوعد بالزواج لا يكون فراشا مثبتا للنسب فالفراش كإحدى وسائل إثبات النسب تقتصر على الزواج سواء كان زواجا صحيحا أو فاسدا).

و يبدو هذا التمييز التشريعي بين الزواج و الوعد به أمرا بديهيا لا يحتمل كثرة النقاش و لا يستوجب تدخلا من المشرّع إلى درجة أن بعض الفقهاء (انظر مقال الاستاذ منصف بوقرة) إعتبروا أن المشرع التونسي يبدو و كأنه طرق بابا مفتوحا و كان عليه أن يتجاوزه مباشرة إلى الموضوع الأهمّ و هو تحديد الطبيعة القانونية للوعد و كان عليه الإكتفاء بأحكام النص العام أي مجلة الإلتزامات و العقود بخصوص التمييز البديهي بين العقد و الوعد بالتعاقد.

الفرع الثاني: موقف تشريعي غامض بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للخطبة

لو إكتفينا بقراءة موضوعية محايدة للفصول 1 و 2 لقلنا أن المشرع التونسي لم يتعرض أصلا لمسألة الطبيعة القانونية للوعد بالزواج لكن الفقهاء لم يكتفوا بهذه القراءة بل حاولوا **تأويل هذه الفصول** وإستخراج معانيها الضمنية لتحديد الطبيعة القانونية للوعد و إختلفوا في هذا التأويل :

القسم الأول: تأويل الفصل 1 من مجلة الأحوال الشخصية

فقرة 1: تأويل النظريّة الواقعيّة

حسب هذا الإتجاه فإن المشرع التونسي يقر ضمنيا في الفصل 1 بالطبيعة

الواقعيّة للوعد بالزواج و ذلك إعتمادا على الحجج التالية :

• **الحُجّة 1:** المشرع التونسي إعتبر الزواج عقدا و بما أنه أقصى عن الوعد بالزواج صفة الزواج فيكون بذلك قد أقصى عنه صفة العقد مطلقا فكأن الأمر عبارة عن معادلة رياضية : الخطبة ≠ زواجا

الزواج = عقد

==> الخطبة ≠ عقدا

• **الحُجّة 2 :** عبارة « **لا يُقضى به** » الواردة بالفصل 1 تعني أن المشرّع قد أقصى عن الوعد بالزواج الصبغة الإلزامية التي تمتاز بها العقود مما يُفقده صفة العقد و يجعله مُجرّد واقعة قانونية.

• **الحُجّة 3 :** هذا الموقف يتماشى مع حرية الزواج و سلامة الرضا في عقد الزواج لأنّ إعتبار الوعد بالزواج عقدا ملزما يمسّ من هذه الحرية و يتعارض مع تعريف الخطبة في حد ذاتها كفترة تجريبية تقتضي حريّة الأطراف في حلها كلّما بدت بوادر فشلها.

• **الحُجّة 4 :** هذا الموقف يتماشى أيضا مع أحكام التشريع الإسلامي الذي تتفق مذاهبه على عدم إعتبار الوعد بالزواج عقدا ملزما و هو الموقف الذي نصّ عليه أيضا الفصل 1 من لائحة الأحكام الشرعية للشيخ جعيّط (الذي جاء به : « كُلّ من الوعد بالنكاح و المواعدة به لا يُعتبر نكاحا و لا يُقضى بالوفاء به

فللخاطب العُدول عمن خطبها و للمخطوبة أو وليّها ردّ الخاطب و لو بعد قبول المهر كلّه أو بعد قبول هديّة الخطبة أو هدايا المواسم أو بعد مجرّد قراءة الفاتحة »).

كما أن معظم المجلات في البلدان العربية الإسلامية لا تعتبر الخطبة عقدا ملزما كالمجلة الأردنية أو العراقية.

لكن هذا التأويل رغم أنه كان غالبا على المستوى الفقهي إلا أنه لم يكن الوحيد فهناك شق آخر تبنى تأويلا مخالفا .

فقرة 2: تأويل النظريّة العقدية

حسب مناصري هذا الإتجاه (و أبرزهم الأستاذ محمد المنصف بوقرة) لابدّ من تأويل الفصل 1 م .أ.ش على ضوء مقتضيات **الفصل 532 م إ ع** « نصّ القانون لايحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللّغة و عُرف الإستعمال و مُراد واضع القانون » و بهذا التأويل يتبيّن أن النظريّة القائلة بأن المشرع التونسي ينفي بصورة قطعية الصفة العقدية عن الوعد بالزواج قابلة للدحض و ذلك اعتمادا على الحجج التالية :

• **الحُجّة 1:** أقصى المشرع عن الوعد بالزواج صفة الزواج لكن ذلك لا يعني ضرورة أنه أقصى عنه صفة العقد مطلقا فيمكن قراءة النص كالآتي : « كل من الوعد بالزواج و المواعدة به لا يعتبران عقد زواج » و لو أوّلنا هذا

النص تأويلا عكسيا طبق الفصل 538 م ا ع فإن عدم إعتباره عقد زواج يؤدي إلى إمكانية إعتباره عقدا آخر من نوع خاص.

• **الحجّة 2:** هذا الموقف يتماشى مع طبيعة هذا النصّ كنصّ إقصائي (حسب وضع اللغة «لا يعتبر» لغويّا هي عبارة إقصائية أتت لتقصي صفة معينة دون غيرها) و النصّ الاقصائي هو نصّ استثنائي و يجب بالتالي حسب مدرسة الشرح على المتون أن يؤول تأويلا حرفيا و ضيقا فعندما أقصى المشرع صفة معينة و هي صفة «عقد الزواج » لا يجوز التوسع في التأويل و إقصاء صفة العقد بصفة مطلقة.

• **الحجّة 3 :** بالنسبة لتأويل عبارة « **لا يُقضى به** » إذا أخذنا هذه العبارة بصورة مجرّدة و مطلقة نكون في هذه الحال قد نفينا عن الوعد بالزواج من جهة أولى كلّ صبغة إلزامية و بالتالي نفينا عنه صفة العقد الملزم لكن نكون أيضا قد نفينا عنه من جهة ثانية كل آثار قانونية فيفقد بالتالي حتى صفة الواقعة القانونية (لأنّ الواقعة القانونية و إن لم تكن ملزمة فلها آثار قانونية) و سيصبح الوعد بالزواج في هذه الحالة مجرّد إلتزام أدبي ليس له أي آثار قانونية و هذه النتيجة غير ممكنة لأن القانون لا ينظم الإلتزامات الأدبية في حين أن القانون التونسي نظّم الوعد بالزواج و رتّب عنه آثارا على الأقلّ في الفصل 2 المتعلق بنظام استرجاع الهدايا بين الخطيبين.

نستنتج اذا أن تأويل عبارة « **لا يُقضى به** » بصفة مطلقة لا يستقيم من

الناحية القانونية الصرفة فلابد اذا من تأويلها حسب وضع اللّغة أي على أنها معطوفة على العبارة التي تسبقها و هي « الزواج » فيصبح معناها « لا يُقضى به كزواج » و إنما قد يُقضى به كعقد آخر من نوع خاص.

* **الحجّة 4 :** بالرجوع إلى مجلة الإلتزامات و العقود نتبين أن الوعد بالتعاقد هو عقد إذا ما توفرت فيه الشروط الأساسية للعقود (الفصل 2 م ا ع) و بتطبيق هذه القاعدة على الوعد بالزواج نجد أنه يستوفي كلّ الشروط العقدية من وجوب رضا الطرفين و إحترام أهلية التعاقد بما أن الخطبة تكون عادة إتفاق بين أهل الطرفين مع توفر محلّ لهذا العقد يتمثل في التواعد على الزواج و أخيرا توّفر سبب مشروع له هو الإعداد و التمهيد للزواج.

* **الحجّة 5 :** ليس في هذا التأويل تضارب مع حريّة الزواج بإعتبار أنه من الممكن الحفاظ على حرية الزواج رغم إعتبار الوعد عقدا ملزما و ذلك بتحديد طبيعة الإلتزام الذي يرتّبه هذا العقد :

- إذا إعتبرناه **إلتزاما بتحقيق نتيجة** يصبح الوعد بالزواج في هذه الحالة زواجا لأن النتيجة التي لا بدّ على الأطراف من تحقيقها هي الزواج و هذا مخالف لصريح **الفصل 1 من م أ ش** الذي نفى صفة الزواج عن الخطبة كما أن هذا مخالف لحريّة الزواج و سلامة الرضا.

- أمّا إذا إعتبرنا الوعد بالزواج **إلتزاما ببذل عناية** فإن كلا الطرفين ملزم فقط ببذل كلّ ما في وسعه لبلوغ غاية الزواج دون أن يكون ملزما بتحقيق نتيجة

الزواج فيكون **الوعد بالزواج إذن عقد من نوع خاص.**

* **الحجّة 6 :** بالنسبة لعدم تطابق هذا التأويل العقدي مع أحكام الشريعة الإسلامية يجيب أنصار هذا التأويل بأن المشرع التونسي ليس ملزما بتبني كلّ ما جاء في التشريع الإسلامي الذي كان فقط مصدرا من جملة المصادر و للمشرع الحرية في انتقاء مصادره.

و نستخلص في النهاية من هذا التضارب بين التأويل الواقعي و العقدي أن كلاهما تعسّف على النصّ و أسقط عليه نظريّته. أما الفصل 1 في حدّ ذاته فليس فيه ما يفيد في تحديد الطبيعة القانونية للوعد بالزواج.

فنبحث إذن في الفصل 2 هل يساعد في تحديد هذه الطبيعة؟

القسم الثاني: تأويل الفصل 2 من مجلة الأحوال الشخصية

ينصّ الفصل 2 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه " ***لكلّ واحد من الخطيبين أن يستردّ الهدايا التي يقدمها إلى الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وُجد شرط خاص***" و يمكن من الناحية النظريّة إستغلال عنصرين في هذا النصّ للتدليل على الطبيعة العقديّة للوعد بالزواج :

*الطبيعة القانونية للهديّة

تعتبر الهدية من قبيل الهبة التي يعرّفها **الفصل 200 من مجلة الأحوال**

الشخصية « ***عقد يُملّك بمقتضاه شخص آخر مالا بدون عوض*** » و هناك من استنتج من الطبيعة العقدية للهديّة الطبيعة العقدية للخطبة لكن هذا الاستنتاج خاطئ تماما إذ أن الخطبة بقطع النظر عن طبيعتها تبقى مجرّد إطار لتبادل الهدايا بين الخطيبين فلا وجود لأي تأثير متبادل بين المسألتين: إذ قد توجد خطبة دون هدايا كما توجد هدايا خارج الخطبة و مع ذلك تبقى الهديّة دائما عقد سواء وجدت في إطار تعاقدي كالزواج أو واقعي كالقرابة مثلا و هو ما يعني أن طبيعة الهديّة لا تؤثر على طبيعة الإطار الذي توجد فيه.

*الشرط الخاص بالهديّة

حسب **الفصل 2** م ا ش يمكن للخطيبين الإتفاق على شرط خاص بخصوص نظام إسترجاع الهدايا و الشرط الخاص هو بالضرورة شرط تعاقدي و لا يمكن أن يوجد إلا في إطار علاقة تعاقدية و هو ما قد يوحي بالصبغة العقدية للخطبة لكن هذا التحليل في الواقع خاطئ لأن الشرط الخاص المذكور في **الفصل 2** يتعلق فعلا بعقد لكنه عقد الهديّة و ليس الخطبة فالخطبة تبقى مجرّد إطار لتبادل الهدايا .

و نستخلص في النهاية أن المشرع لم يقم أصلا بتحديد الطبيعة القانونية للخطبة لا في الفصل 1 و لا في الفصل 2 ، لا صراحة و لا ضمنيا و يبقى السؤال لماذا هذا السكوت و لماذا لم يفعل على غرار معظم المشرعين العرب الذين نصّوا صراحة على أن الخطبة ليست عقدا و أن العدول حق فلربما تفطن

المشرع التونسي أنه لا جدوى أصلا من تحديد هذه الطبيعة من الناحية التطبيقية.

لكن هذا السكوت دفع فقه القضاء إلى إتخاذ موقف حاسم.

الفرع 3: تحديد فقه القضاء للطبيعة القانونية للوعد بالزواج

تبنّت محكمة التعقيب في قرارها المبدئي عدد **1556 بتاريخ 3 مارس 1959** النظريّة الواقعيّة للخطبة فإعتبرت أن العدول عن الوعد بالزواج هو حق لكن يجب عدم إساءة إستعمال هذا الحق و يكون التعسّف موجبا للتعويض وقد إستبعدت محكمة التعقيب صراحة في هذا القرار أحكام المسؤولية العقدية و هو ما يعني إستبعاد الطبيعة العقدية للوعد بالزواج و إعتباره واقعة قانونية.

الفصل الثاني : الآثار القانونية للوعد بالزواج

من خلال تحديد الآثار القانونية للوعد بالزواج سنحاول البحث أيضا في

الجدوى العمليّة من تحديد الطبيعية القانونية للخطبة بمعنى هل لأن لهذه الطبيعة تأثير على الحلول الممكنة للنزاعات المتولّدة عن الخطبة و ذلك لتقييم سكوت المشرع هل كان مبررا أو لا ؟

قبل تحديد هذه الآثار لا بدّ من الإشارة إلى أن المطالبة بتحقيق هذه الآثار لا يكون إلا في صورة وجود نزاع أمام القضاء يعني في صورة فشل الخطبة و بذلك فإن أول مشكل قانوني يُطرح على القائم بالدعوى هو إثبات الخطبة في حدّ ذاتها فهل أن هذه المسألة تتأثر بطبيعة الخطبة أم لا؟

من حيث مبدأ الإثبات فهو واجب سواء أكانت الخطبة عقدا أو واقعة و من حيث عبء الإثبات أيضا فهو دائما محمول على القائم بالدعوى حسب الفصل 420 م ا ع لكن مبدئيا الأمر يختلف بالنسبة لوسائل الإثبات :

- إذا إعتبرنا الخطبة واقعة قانونية فإن إثباتها سيكون حرّ بكل الوسائل كالبيّنة أو شهادة الشهود.

- أمّا إذا إعتبرنا الخطبة عقد فإنه لا يجوز مبدئيا إثباتها إلا بوسيلة كاملة و هي الكتب أو الإقرار أو اليمين الحاسمة لكن في الحقيقة هذا الإختلاف يمكن تجاوزه لأن مبدأ إثبات التصرفات القانونية بأحد وسائل الإثبات الكاملة ليس مطلقا و من بين الإستثناءات نجد صورة **الفصل 478 من مجلة إلتزامات و عقود** الذي يُعفي من وجوب الإدلاء بكتب في صورة تعذّر الحصول على كتب أو تقديمه كتلف الكتب أو ضياعه بسبب سرقة أو بفعل قوّة قاهرة و إعتمد فقه

القضاء في تطبيق هذا الإعفاء على حالات التعذّر المادي كالسرقة و أيضا على حالات التعذّر المعنوي بمعنى أن العلاقة الرابطة بين الطرفين تمنع أحدهما من مطالبة الآخر بوجوب إبرام كتب و ذلك حياء و خجلا و صورة التعذّر المعنوي يمكن أن تنطبق على علاقة الخطيبين فنصل في النهاية إلى نفس النتيجة فسواء كانت الخطبة عقدا أو واقعة فإن إثباتها يكون بكل الوسائل.

أمّا بالنسبة للآثار القانونية المترّتبة عن الخطبة فيمكن تقسيمها إلى آثار مادية و آثار غير مادية.

الفرع 1: الآثار المادّيّة (النزاعات المالّيّة) للوعد بالزواج:

تشمل هذه الآثار المادية مسألتين : إسترجاع الهدايا و غرم الضرر.

القسم الأول : إسترجاع الهدايا

حددّ المشرع نظام استرجاع الهدايا في **الفصل 2 من مجلة الأحوال الشخصية** الذي ينص على أنه « ***لكلّ واحد من الخطيبين أن يستردّ الهدايا التي يقدّمها إلى الآخر ما لم يكن العُدول من قبله أو وُجد شرط خاص*** ». و

المُلاحظ أن هذا النصّ أصبح على هذه الصياغة بموجب تنقيح 12 جويلية 1993 الذي أقرّ مبدأ المساواة بين الخطيبين في استرداد الهدايا بعد أن كان هذا الفصل ينصّ على حق الخاطب وحده في استرداد الهدايا.

و يثير تطبيق هذا النصّ عدّة مشاكل :

الفقرة 1: نظام إسترجاع الهدايا

وضع المشرع في **الفصل 2** قاعدتين : قاعدة إتفاقيّة تتم بموجب إتفاق الأطراف و في صورة غياب إتفاق بينهما هناك قاعدة قانونية مكمّلة.

أ- النظام الإتفاقي

ترك المشرع للأطراف حريّة تحديد نظام إسترجاع الهدايا فلهما مثلا الإتفاق على الإحتفاظ بالهدايا مهما كان مصدر العدول أو العكس إسترجاع الهدايا مهما كان القائم بالعدول.

و هذا الإتفاق يمكن أن يحصل قبل أو بعد إنحلال الخطبة .أما في صورة غياب شرط اتفاقي خاص منظم لإسترجاع الهدايا فإن المشرع نصّ على نظام قانوني يُكمّل أو يُعوّض إرادة الأطراف (سكوت الأطراف يُعتبر قرينة على القبول بالنظام القانوني)

ب- النظام القانوني

حسب **الفصل 2** في غياب إتفاق بين الأطراف فإن المبدأ هو حُريّة إسترجاع الهدايا من طرف من أهداها إلاّ في صورة إستثنائية واحدة و هي أن يكون العدول من قبل المُهدي فالخطيب القائم بالعدول لا يمكنه المطالبة بإسترداد هداياه و هذه القاعدة تُمثل نوع من العقاب لممارسة حق العدول الذي يلحق ضرر بالخطيب المُتخلى عنه **و ذلك بقطع النظر إن كان العدول في حدّ ذاته مبررا أم لا .**

لكن طُرح إشكال في تطبيق هذا النظام في صورة وفاة أحد الخطيبين فأي نظام سنطبق ؟

تعرضت محكمة التعقيب لهذه الصورة في قرارها عدد 4146 الصادر **في 11 مارس 1982** الذي ورد في حيثياته « ***الهدايا المُقدّمة للخطيبة لا يستردّها الخطيب منها إذا ما نكل عن خطبتها أمّا إذا مات و إستحال الزواج لهذه الحادثة الطبيعيّة فإن من حق ورثته إسترداد تلك الهدايا و بذلك فإن الحكم لهم بإسترجاعها أو بقيمتها في طريقه و لا مطعن فيه*** »

لكن تمّ إنتقاد هذا الحل لأنه كان من الأجدر ترك هذه الهدايا حسب الفقهاء لدى الخطيب الحيّ على سبيل الذكرى فضلا على أن الهديّة بوصفها هبة من المفروض أن تنطبق عليها نفس الأحكام و من أهمها منع الرجوع في الهبة في صورة وفاة أحد أطرافها بعد التسليم.

في النهاية نلاحظ أن نظام استرجاع الهدايا لا علاقة له بالطبيعة

القانونية للوعد بالزواج فالقاضي عندما يطرح أمامه مشكل الهدايا لن يبحث عن طبيعة الخطبة بل سيُطبق مباشرة قواعد الفصل 2 فيبحث أولا إن كان هناك شرط خاص فيطبّقه و إن لم يوجد يطبّق عندها القاعدة القانونية التكميليّة المرتبطة بتحديد مصدر العدول و حرمانه من إمكانية الإسترجاع.

الفقرة 2: دعوى إسترجاع الهدايا

تثير هذه الدعوى عدّة مسائل :

أ- تحديد الهدايا القابلة للإسترداد (موضوع الدعوى)

1.التمييز بين هدايا الخطبة و المهر

<u>في مرحلة أولى</u> ركّز فقه القضاء على التفريق بين ما يمكن أن يكون هديّة بين الخطيبين و يخضع إلى أحكام الفصل 2 و بين ما يمكن أن يكون جزءا من المهر و ذلك بالرجوع إلى العرف و العادة و مثال ذلك **قرار محكمة التعقيب في 14 أفريل 1970** «***كلّ ما يعتبره العُرف جزءا من المهر لا يأخذ حكم الهديّة التي يُقدّمها الخطيب من تلقاء نفسه تودّدا و مجاملة و حيث أنه على حكام الأصل أن يحققوا في هذه النقطة لمعرفة هل أن ما قُدّم للخطيبة هو على سبيل الشرط المُتعارف أو أنه قُدّم لها على سبيل الهديّة الزائدة على الشرط***».

لكن **<u>في مرحلة ثانية</u>** لاحقا غيرت محكمة التعقيب من موقفها في قرار آخر مؤرخ في **15 أفريل 1995** و تخلّت عن العرف كمعيار للتمييز و اعتمدت

معيارا زمنيا بحتا إذ أقرّت « **إن المهر ركن من أركان الزواج و عليه فلا يمكن إعتبار المصوغ و الملابس المُقدّمة من الخطيب قبل إبرام عقد الزواج إلا من قبيل الهدايا التي يحكم دعوى إستردادها الفصل 2 من مجلة الأحوال الشخصية.**»

لكن هذا الموقف الأخير إنتقده الفقهاء إذ على المحكمة الرجوع إلى ما هو مُتعارف عليه في تلك الجهة تطبيقا لقاعدة الفصل **516 من مجلة الإلتزامات و العقود** "***المعروف عُرفا كالمشروط نصّا***".

2- التمييز بين الهدايا القابلة للإستهلاك و الهدايا التي لا تتغيّر:

تتنوّع الهدايا بين تلك التي تحافظ على بقائها دون تغيير مثال المصوغ أو العقارات و بين تلك التي يطرأ عليها تغيير سواء كان هذا التغيير طفيف كالأدباش التي وقع إستعمالها أو تغيير مؤدي إلى الإستهلاك التام كالعطور.

و لكن المشرع لم يميّز بين هذه الأنواع و إذا وردت عبارة القانون مُطلقة جرت على إطلاقها و هذا يعني أن مبدأ الإسترجاع يشمل جميع أصناف الهدايا. لكن طريقة الإسترجاع تختلف فإذا لم تتغير الهديّة فإنها تُرجع على حالها عينا و إذا نقصت قيمتها فلا بد من تسديد قيمة النُقص و إذا تلفت تماما فلا بدّ من تسديد ما يعادل كامل قيمتها نقدا و قد أكدّت محكمة التعقيب هذا الحلّ في **قرار 27 أكتوبر 1977** « **إذا تراكن رجل و إمرأة على الخطوبة ثم نكلت هذه الأخيرة وجب عليها إرجاع الهدايا أو قيمتها إلى الخطيب** ».

و قد يطرح إشكال بخصوص تقدير قيمة الهدايا التي تلفت تماما أو وقع نقص في قيمتها و لحلّ هذا المشكل يمكن إما الإدلاء بما يفيد القيمة الأصلية للهديّة كوصل شراء أو الإلتجاء إلى خبير لتقدير هذه القيمة.

ب- إثبات الهدايا

في غياب أحكام خاصة بإثبات الهديّة لا بد من تطبيق الأحكام العامة المتعلقة بإثبات العقود في م ا ع التي تنص حسب الفصل 473 على أن العقود التي تتجاوز قيمتها 1000 د يجب إثباتها بأحد وسائل الإثبات الكاملة (الكتب- الاقرار – اليمين الحاسمة) لكن في الحقيقة يمكن إثبات الهدايا بين الخطيبين بكافة وسائل الإثبات و ذلك لسببين:

- إمّا أن قيمة الهدايا أقل من الحد الأدنى الذي نص عليه الفصل 473 م ا ع (1000 د) فتخرج من مجال الفصل و لا تخضع لشرط الكتب و إنمّا تخضع للإثبات الحرّ.

- أو إذا كانت أكثر من الالف دينار أن يتمّ إعتبار أن العلاقة بين الخطيبين تشكل حالة تعذّر معنوي و استحالة أدبية تُعفي من وجوب الإدلاء بوسيلة إثبات كاملة و تُمكّن من الإلتجاء إلى الإثبات الحر بكافة الوسائل حسب الفصل 478 م ا ع و هذا ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في قرارها عدد 12671 المؤرخ في 5 نوفمبر 1985 الذي قبلت فيه سماع البينة.

ج- تحديد أطراف النزاع في دعوى الإسترجاع

لا بدّ أن تكون المُطالبة من أحد الخطيبين و مرفوعة ضد الخطيب الآخر و رغم أنه من الناحية الإجتماعية يمكن أن يتدّخل أطراف آخرون في النزاع بحكم العرف و العادة في بعض الجهات التي تُسلّم فيها الهدايا إلى والدي الطرف الآخر في الخطبة أو العكس تُقدّم الهدايا من طرف أحد والدي الطرف الآخر إلا أن ذلك ليس له إنعكاس على أطراف النزاع و مثال ذلك إذا قدّم والد الخطيب هدايا إلى خطيبة ابنه ثم عدلت الخطيبة عن اتمام الوعد فإن طلب الاسترجاع ممكن لكن يجب أن يرفع الخطيب في حدّ ذاته دعوى الاسترجاع لا والده (لأن الهدية تعتبر صادرة من الخطيب لا من والده) و هو ما أقرّته **محكمة التعقيب في قرار عدد 5526 في 3 نوفمبر 1981 « عند عدول الخطيبة عن الزواج من الخطيب بعد أن تسلمت بعض الهدايا في حقه من والده فإن هذا الأخير لا صفة له في القيام شخصيا بإسمه في إسترجاع تلك الهدايا »** .

و نفس الشيء إعتبرت محكمة التعقيب في **قرار 26 جوان 1973** أنه إذا جرى العرف في جهة معينة على أن الهديّة تُقدّم إلى والدي الخطيبة و ليس الى الخطيبة شخصيا فإن القيام بطلب الإسترجاع يجب أن يكون ضدّ الخطيبة نفسها و ليس على والديها.

القسم الثاني : جبر أو غُرم الضرر

يمكن أن يُطرح مشكل غرم الضرر في حالتين إما في صورة عدول أحد

الأطراف إراديا عن الخطبة و تسبب هذا العدول في ضرر للطرف الآخر فيطالب بالتعويض عنه أو في صورة وفاة أحد الخطيبين من جرّاء حادث مرور فيُلحق ذلك ضررا بالخطيب الحي و يطالب الشخص المتسبب فيه بالتعويض.

فقرة 1: غرم الضرر الناتج عن العدول

من أهم المشاكل القانونية المترتبة عن الوعد بالزواج هي معرفة إن كان العدول عن هذا الوعد موجبا للتعويض عن الضرر الناتج عنه أم لا ؟

في غياب موقف تشريعي تدّخلت محكمة التعقيب في قرار 3 مارس 1959 لتعطي موقفا مبدئيا من هذا المشكل و يتمثل في إعتبار أن العدول هو في الأصل أمر مباح يعني غير موجب للتعويض في حدّ ذاته لكن إذا ما تمّ التعسّف في إستعمال هذا الحق فإن التعسّف هو الذي سيكون الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض.

و إعتماد نظرية التعسّف الواردة في الفصل 103 من م إع كأساس للتعويض يوجب إثبات توفر 3 أركان :

1. إثبات ركن التعسّف في حد ذاته سواء بإعتماد الصورة الأولى للتعسف في الفصل 103 و هي صورة إثبات أن ممارسة حق العدول كانت بنيّة الإضرار بالخطيب المُتخلي عنه و هي صورة يصعب وجودها و يصعب إثباتها أو بإعتماد الصورة الثانية للتعسّف في الفصل من103 م.ا.ع و هي صورة إثبات أن ممارسة حق العدول أدّت إلى حصول ضرر فادح للخطيب المُتخلي عنه كان بإمكان الخطيب الناكل (العادل عن الخطبة) أن يُجنّبه إياه لو لم يمارس

حقه في العدول يعني لو واصل الخطبة.

و في هذه الحالة ينقلب عبء الإثبات على الخطيب الناكل فعليه أن يثبت لكي يتفصّى من المسؤولية أن ضررا فادحا كان سيلحقه لو لم يستعمل حقه في العدول و ذلك بإثبات مبرر شرعي لعدوله يتعلق مثلا بسوء سلوك الطرف الآخرأو إكتشاف غلط في صفة جوهرية من صفات الخطيب الاخر (اكتشاف مثلا مرض خطير لدى الطرف الاخر او ماضي جنائي .....)

2. لا بد من إثبات الضرر و يمكن أن يكون الضرر " ***ماديا*** " مثلا: (مصاريف حفل الخطوبة أو تحمل نفقات الطرف الاخر ....) و يمكن حتى طلب إنتداب خبير لتقدير هذه المصاريف .

و يمكن أن يكون الضرر أيضا " ***معنويا*** " و يتكون هذا الضرر المعنوي من عنصر نفسي داخلي يتمثل في ما سيشعر به الخطيب المُتخلي عنه من ألم و أيضا عنصر إجتماعي خارجي يتمثل في ردّ فعل المجتمع و إمكانية المس من سمعة الفتاة و يراعى أيضا طول فترة الخطبة و ضياع فرص عديدة للزواج.....

3. إثبات العلاقة السببيّة بين التعسّف و الضرر: أي أن يكون الضرر المزعوم ناتج مباشرة عن الفعل الضار و هو العدول عن الخطبة.

و في صورة ثبوت هذه الأركان الثلاثة يصبح الخطيب الناكل مطالبا بالتعويض النقدي (لا العيني بطبيعة الحال) و إعتماد نظرية التعسف في هذا القرار أدى بمحكمة التعقيب إلى إقصاء أحكام المسؤولية العقدية بصفة صريحة (لكن حسب الاستاذ منصف بوقرة لو إفترضنا جدلا أن الوعد بالزواج هو عقد

يتضمن التزام ببذل عناية فإنه يتحتم على الخطيب المتضرر أن يثبت تقصير الخطيب الناكل في بذله للجهد المطلوب منه و هو ما يفترض تقييم سلوكه و هو أمر لا يمكن أن يقوم به طرف في النزاع لذلك يمكن اعتبار مجرد النكول قرينة واقعية على عدم بذل الخطيب الناكل الجهد اللازم لبلوغ غاية الزواج فينقلب عبء الاثبات على الخطيب الناكل الذي عليه ان يثبت للتفصي من المسؤولية أن أسبابا شرعية دفعته الى النكول و بهذه الطريقة تلتقي المسؤولية التعاقدية على الصعيد التطبيقي مع نظرية التعسف في إستعمال الحق ففي كلتا الصورتين يكتفي المدعي و هو الخطيب المتضرر بالدفع بأن الخطيب الناكل كان بامكانه تفادي الضرر الحاصل له و مواصلة الخطبة في حين يدافع الخطيب الناكل عن موقفه بأن ضررا سيلحقه في صورة مواصلة الخطبة و بلوغ الزواج و أن أسبابا شرعية دفعته الى النكول فيبقى للخطيب المتضرر اختيار الاساس القانوني لدعواه.و يستخلص الاستاذ بوقرة من هذه الوضعية أن الجدال حول الطبيعة القانونية للخطبة هو ضرب من ضروب النقاش النظري البحت و ليس له أي جدوى عملية و ربما لهذا يكون المشرع مُحقا في إهماله لهذه المسألة)

فقرة 2: غرم الضرر الناتج عن الوفاة

هل يمكن المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالخطيب في صورة هلاك الطرف الآخر في حادث مرور؟

بالنسبة للقانون التونسي أصبحت مجلة التأمين بعد صدور قانون 15 أوت 2005 تنص على قائمة الأشخاص المُخوّل لهم القيام بدعوى التعويض عن

الحوادث المرور و لا نجد فيها الخطيبين و هو ما يعني إقصاء حقهم في التعويض و يمكن تفسير هذا الإقصاء بأن من شروط الضرر المُعوّض عنه أن يكون ضررا ثابتا مُحققا و ليس ضرر محتمل في حين أن العدول عن الوعد بالزواج وارد و من الممكن ان لا ينتهي بإبرام عقد الزواج فالضرر هنا إذن محتمل (سبب الإقصاء لا يتعلق بالطبيعة القانونية للخطبة إن كانت عقد أو واقعة) لكن يبقى مجال الاجتهاد مفتوح لفقه القضاء لإقرار حق التعويض في صورة وفاة أحد الخطيبين على أساس الضرر الناجم عن ضياع فرصة الزواج.

الفرع 2: الآثار غير المادية (النزاعات غير المالية) للوعد بالزواج: وضعية ابن الخطيبين

قد تتطوّر العلاقة القائمة بين الخطيبين إلى حد يمكن أن يصل إلى ولادة طفل فما هي الوضعية القانونية لإبن الخطيبين؟

الإجابة عن هذا السؤال لا علاقة لها بالمرّة بالطبيعة القانونية للوعد بالزواج بل هي مرتبطة بوسائل إثبات النسب و قد حددّ المشرّع هذه الوسائل على سبيل الحصر في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية: و هي : الفراش

و المقصود به الزواج " الصحيح" أو " الفاسد" أو إقرار الأب أو شهادة الشهود.

فهل يمكن أن يتمتع إبن الخطيبين بإحدى هذه الوسائل ؟

مرّت وضعيّة إبن الخطيبين بوصفه إبنا مولودا خارج إطار الزواج بعدّة مراحل متقلّبة و يمكن أن نُقسّم هذه الوضعيّة إلى 4 مراحل :

- **مرحلة 1 : إبن الخطيبين هو إبن زنا:**

منذ صدور " ***مجلة الأحوال الشخصية*** " إلى حد سنة 1968 تقريبا إستقر فقه القضاء على أن إبن الخطيبين هو إبن غير شرعي ناتج عن علاقة خنائية لا تثبت النسب و ذلك تطبيقا لقاعدة شرعية مستمدة من الفقه الإسلامي مفادها « ***نعمة النسب لا يمكن أن تتأتى عن طريق محرم*** » و بالتالي فهو " ***إبن زنا*** " ليست له أية علاقة شرعية بوالده بل له فقط علاقة قانونية بأمه و ينطبق عليه فقط الفصل 152 من مجلة الأحوال الشخصية (ابن الزنا يرث أمه و قرابتها و ترثه أمه و قرابتها)

و رغم أن المشرع في الفصل 68 م أ ش وسّع من مجال إثبات النسب و إستعمل صياغة واضحة لا تدع مجالا للشك في أن وسائل الإثبات الواردة في الفصل 68 هي وسائل مستقلة عن بعضها فيمكن أن يثبت النسب إما " ***بالفراش*** " أو " ***إقرار الأب*** " أو " ***شهادة الشهود*** ". فهذه ال « **أو** » لغويا تفيد التنويع و التعدد و هو ما يعني أنه يمكن **<u>على الصعيد التشريعي و النظري</u>** إثبات

نسب إبن الخطيبين رغم أنه مولود خارج الفراش و ذلك إما "***بإقرار الأب***" أو "***بشهادة الشهود***".

إلا أنه **<u>عمليا و على الصعيد التطبيقي</u>** فقه القضاء كان و لازال إلى اليوم متشددا في تطبيق الفصل 68 رافضا إعتماد الإقرار و الشهادة كوسائل مستقلة لإثبات النسب لأن الإقرار بالنسب خارج الزواج يعني حسب فقه القضاء إقرارا بالزنا فيصبح بذلك الإقرار مخالفا للنظام العام و الأخلاق الحميدة و لا يجوز قبوله طبقا للفصل 439 من مجلة التزامات و عقود و نفس الشيء بالنسبة للشهادة و هذا ما يُفسّر بقاء إبن الخطيبين خارج دائرة الفصل 68 و خارج دائرة النسب.

- **مرحلة 2: إبن الخطيبين هو إبن شرعي**

امتدّت هذه المرحلة تقريبا بين 1968 و 1973 و أعتبرت المرحلة الذهبيّة للإبن الطبيعي بصفة عامة فقد طغى العامل الإنساني على عمل فقه القضاء و دفعه إلى خرق القانون لتمتيع الإبن الطبيعي بوضعيّة الإبن الشرعي و ذلك بتكييف العلاقة الرابطة بين الخطيبين على أنها علاقة زواج لكنه زواج باطل لأنه لم يحترم شكلية الكتب الرسمي.

و من بين آثار هذا الزواج رغم أنه باطل هو ثبوت نسب الطفل المترتّب عن هذه العلاقة

مثال: قرار 2 أفريل 1968« **إن القانون التونسي يعتبر علاقة الزواج**

قائمة بتراضي الطرفين و إتفاقهما على ذلك الزواج فإذا وُلد للزوجين قبل إتمام ذلك العقد بالصيغة التي فرضها الفصل 4 من مجلة الأحوال الشخصية فإن الولد ينسب لهما».و أيضا قرار 1972/11/14 **« و حيث أنّ الزواج ينعقد بمجرّد رضاء الطرفين حسب أحكام الفقرة 1 من الفصل 3 م ا ش أمّا تحرير الحجّة الرسميّة التي جاء بها الفصل 4 هو شرط لصحّة الزواج و حيث أن عدم اتمام ذلك الشرط يترتّب عنه ثبوت النسب حسب أحكام الفصل 36 مكرر من قانون 1 أوت 1957 »**

لكن رغم أن هذا الموقف كان على الصعيد الإنساني يُحقّق بعض العدالة تجاه الإبن الطبيعي الذي لا ذنب له في الخطأ الذي إرتكبه والديه فإنه تمّ إنتقاده بشدّة على الصعيد القانوني لخرقه عدّة قواعد قانونية أهمها أن الزواج خلافا لما ذهب إليه فقه القضاء لا يكفي فيه الرضاء بل لا بدّ من إحترام كل الشروط الآمرة التي نصّ عليها المشرع سواء الشروط الأصلية أو الشكليّة.

لكن الأهمّ من ذلك أن هذا الموقف يتعارض مع صريح الفصل 1 من مجلة الأحوال الشخصية الذي يميّز بصورة واضحة بين الزواج و الوعد بالزواج و أبرز معيار يميّز بين الصورتين حتى لو وجد ظاهريا تشابه كوجود معاشرة و مساكنة و حتى إنفاق في الحالتين هو نيّة الأطراف ففي الوعد بالزواج تتجه نيّة الأطراف إلى الدخول في الحياة الزوجية في المستقبل في حين تتجه نيّة أطراف عقد الزواج إلى الدخول في الحياة الزوجية على الفور فتختلف آثار هذين الصورتين ولا مجال إذن لإعتبار الوعد بالزواج زواجا و لو كان زواجا باطلا.

- **مرحلة 3: إبن الخطيبين هو إبن زنا**

أمام شدّة الإنتقادات الموجهة لفقه القضاء تراجعت المحاكم بداية من سنة 1973 و عادت لموقفها الأوّل الذي يعتبر إبن الخطيبين هو إبن ناتج عن علاقة خنائية. مثال: قرار تعقيبي عدد 26431 بتاريخ 2 جوان 1992: « **إن الفصل الأوّل من مجلة الأحوال الشخصية لم يرّتب عن الخطبة زواجا و لا يقضي بأحكام الزواج فيما بين الخطيبين فكل من الوعد بالزواج و المواعدة به لا يعتبر زواجا و لا يُقضي به فلا يحلّ و لا يحق للخطيبين تجاوز حدود الخطبة إلى الإتصال الذي يعتبر بالنسبة لهما إتصالا غير مشروع و لا يشكّل إلا علاقة خنائية لا ترتّب نسبا** ».

- **مرحلة 4 : قانون 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المُهملين أو مجهولي النسب:**

أمام تذبذب فقه القضاء في تنظيم وضعيّة الطفل المولود خارج الزواج تدّخل المشرع بمقتضى قانون 98 ليُوحّد هذه الوضعية و يُسوّيها من الناحية القانونية.

و لابدّ من التأكيد أن هذا القانون لا يتعلّق بإثبات نسب الإبن المولود خارج الزواج لأنّ النسب و هو الرابطة الشرعية التي تربط الطفل بأبيه يُنظمه الفصل 68 من م ا ش (وقد إقتصر تطبيق هذا النص على الزواج وحده كوسيلة لإثبات النسب) و إنما يتعلق هذا القانون بإثبات الرابطة البيولوجية بين الطفل و

أبيه أي إثبات أن الطفل هو من صلب ذلك الأب و هو ما يسمى بإثبات "***البُنوّة الطبيعية***" و يتمّ إثبات هذه الرابطة البيولوجية حسب الفصل 1 من قانون 98 إمّا بإقرار الأب أو شهادة الشهود أو التحليل الجيني و هذه الوسيلة الأخيرة هي أهمّ وسيلة لأنها وسيلة علميّة قاطعة.

و قد إعتمدت المحاكم هذه الوسيلة في معظم القضايا المُتعلقة بتطبيق قانون 98 و وصل الأمر إلى حدّ إجراء التحليل الجيني على جُثة (قرار محكمة الإستئناف بصفاقس 19 جانفي 2000).

و لكن طُرح مشكل في تطبيق هذه الوسيلة إذا ما رفض الأب إجراء هذا التحليل و له الحريّة في ذلك عملا "***بمبدأ حرمة الجسد***" و قد إعتبرت محكمة التعقيب في مرحلة أولى أنّ رفض إجراء التحليل الجيني يمثل إقرارا يعني قرينة آلية لإستخلاص الأبوّة : "***فنكوله يُمثل إعترافا ضمنيا بالإبن***" قرار بتاريخ 12 ديسمبر 2001.

لكن تمّ إنتقاد هذا الحلّ لأنه لا يُمكن إعتبار الرفض المُجرّد إقرارا حكميا في ظل غياب قرائن جديّة و قويّة تجعل من إمتناع المطلوب إمتناعا غير مشروع و قد تبنى المشرع هذا الحل كما هو معمول به في القانون الفرنسي و قام بتنقيح قانون 98 بمقتضى قانون 7 جويلية 2003 وأصبح ينصّ في الفصل 3 "***و تبت المحكمة في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر بإجراء التحليل الجيني بالإعتماد على ما يتوّفر لديها من قرائن متعدّدة و متضافرة وقويّة و منضبطة***".

و في صورة إثبات هذه الأبوة يصبح لهذا الإبن وضعية قانونية تُعطيه بعض الحقوق على أساس ثبوت الرابطة البيولوجية تجاه والده وأهمها التمتع باللقب العائلي فلا ينسب لأمّه كإبن الزنا و يتمتع أيضا بالنفقة و الحضانة و الولاية. لكن بما أن هذه الرابطة هي بيولوجية فقط و ليست شرعيّة لأنها خارج الزواج فإن هذا الإبن لا يتمتع بحق الإرث الذي يبقى أثرا يمتاز به الإبن الشرعي. فيصبح بمُقتضى هذا القانون إبن الخطيبين إبنا طبيعيا و هو في مرتبة وسطى : مرتبة أعلى من إبن الزنا الذي لا يتمتع بأي حق تجاه والده و لكنها مرتبة أدنى من الإبن الشرعي.

لكن يجب التذكير في النهاية أن ابن الخطيبين الذي لم يتمكن من إثبات الرابطة البيولوجية تُجاه والده سيبقى ابن زنا.

الباب الثاني :

تكوين عقد الزواج

نظّم المُشرّع التونسي أحكام عقد الزواج و أخضعه إلى قواعد و شروط آمرة لا يمكن للأطراف الإتفاق على مخالفتها.

و يثير تكوين عقد الزواج عدّة مسائل تتمثل أوّلا في تحديد شروط إبرام عقد الزواج (الفصل 1) ثم ثانيا في كيفيّة إثبات هذا العقد (الفصل 2) ثم أخيرا في تحديد جزاء الإخلال بشروط إبرام هذا العقد (الفصل 3).

الفصل 1 : شروط إبرام عقد الزواج

تنقسم هذه الشروط إلى نوعين : شروط أصليّة أو جوهريّة (فرع 1) وشروط شكليّة (فرع 2).

الفرع 1 : الشروط الأصليّة أو الجوهريّة لعقد الزواج

تنقسم الشروط الأصليّة إلى 3 أنواع : الشروط البيولوجيّة (القسم 1) والشروط النفسيّة (القسم 2) و الشروط الإجتماعيّة (القسم 3).

و يتجه التنبيه منذ البداية أنّ **مجلة القانون الدولي الخاص** تنص في **فصلها 45** على أنّه : « **تخضع الشروط الأصليّة للزواج للقانون الشخصي للزوجين كلّ على حدة** » و هذا يعني أن أي مواطن سواء كان تونسي أو أجنبي و سواء كان مقره داخل البلاد التونسية أو خارجها فإنه يخضع فيما يتعلّق بالشروط الأصلية لزواجه إلى قانونه الشخصي.

القسم 1 : الشروط البيولوجيّة أو الطبيعيّة

تتعلق هذه الشروط بالصفات التي يجب أن تتوفر في الزوجين من حيث التكوين البيولوجي و تتمثل أولا في الإختلاف في الجنس (الفقرة 1) و ثانيا في توفر السن القانونية للزواج (الفقرة 2) ثم أخيرا في الإدلاء بالشهادة الطبية السابقة للزواج (الفقرة 3)

فقرة 1 : شرط الإختلاف في الجنس

لا بدّ أن يقوم الزواج بين ذكر و أنثى و يبدو أن المشرع التونسي إعتبر هذا الشرط بديهي لذلك لم ينص عليه بصفة صريحة لكن يمكن إستنتاجه ضمنيا من خلال عدّة فصول في م أ ش التي تشير إلى هذه المقابلة بين الذكر و الأنثى كالفصل 5 الذي يحدد سن الزواج بالنسبة للرجال و بالنسبة للنساء أو الفصل 23 الذي يحدد الواجبات الزوجية فينص : « ***على الزوج أن ... و على الزوجة أن....*** »

كما تجب الإشارة إلى أن **الفصل 230 من المجلة الجزائية** يُجرّم العلاقات الجنسية بين شخصين من نفس الجنس (السّحاق و اللواط) فإذا كانت هذه العلاقات معاقب عنها جزائيا فمن البديهي أنها لا يمكن أن تكون مسموح بها مدنيا.

و يعتبر هذا الشرط بديهيا في كل البلدان العربية الإسلامية لكن بخلاف ذلك تسمح بعض البلدان الغربية كالسويد و هولندا و الدنمارك بالزواج المثلي معتبرة أن حق الزواج هو من الحريات الأساسية التي لا يمكن التقييد منها حتى لو تعلق الأمر بشواذ جنسيا.

لكن مشكل التباين في الجنس طرح أمام فقه القضاء التونسي بصورة غير مباشرة عبر قضية تتعلق بتغيير الجنس و ما يستتبع ذلك من مشكل تغيير الحالة المدنية للشخص و تفيد وقائع هذه القضية أن شخصا ولد من جنس الذكور و يدعى " سامي" لكن بمرور الأيام تغيّرت بعض أعضاءه بصفة طبيعية و صارت له خاصيات أنثوية فقام بإجراء عملية جراحية في إسبانيا و تم تغيير جنسه بالكامل إلى أنثى ثم طلب من القضاء التونسي تغيير حالته المدنية من ذكر إلى أنثى و تغيير اسمه من سامي إلى سامية لكن حُكم إبتدائيا بعدم سماع الدعوى و تم إقرار نفس الحكم من طرف محكمة الإستئناف في قرارها الصادر في 22 ديسمبر 1993 و إعتمدت المحكمة في قرارها على " ***الفقه الإسلامي بإعتباره المصدر الأساسي لقانون الأحوال الشخصية***".

و بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وجدت المحكمة أن قاعدة " ***الضرورات تبيح المحظورات*** " لا يمكن تطبيقها على حالة تغيير الجنس لأن هذه العملية كانت إرادية و كان بالإمكان تلافيها عبر العلاج النفسي فالقيام بها يعتبر إذن " ***مخالفة للموروث الحضاري و الأخلاقي لهذه الأمة و هو ما يعبرعنه قانونا بالنظام العام و الأخلاق الحميدة***".و رفضت المحكمة في هذا

القرار الأخذ بالتقارير الطبية التي قدمها المستأنف و التي تثبت أن عملية تغيير الجنس لم تكن استجابة لخلل نفسي و إنما لخلل بيولوجي بحت كما رفضت حتى الاشارة إلى شهادة أدلى بها المدعي مُسلّمة من مفتي الجمهورية تؤيد وجاهة مطلب تغيير مضمون ولادته.

ورفضت المحكمة تغيير الحالة المدنية « ضرورة أن تغيير الجنس بصفة إرادية و تلقائية يتنافى و أحكام الشريعة الإسلامية و النظام العام » و تبرر المحكمة هذا الرفض بـ« ***الخوف من رؤية أنمطة من التنظيم الإجتماعي مثل العائلة محل تساؤل»***.

و قد لقي هذا القرار انتقادات فقهية شديدة و ذلك ليس بسبب موقف الرفض في حدّ ذاته و إنما بسبب الأسانيد التي استمدها من الفقه الإسلامي و التي تتعلق كلها بوضعية الخنثى التي تعبر عن خلل نفسي في حين أن خلل المدعي كان بيولوجي .

و من المفارقات أن حرص القضاء على الحفاظ نظريا على شرط التباين في الجنس أدى الى نتيجة عكسية تماما على الصعيد العملي حيث أن سامي القائم بهذه الدعوى هو قانونيا ذكر لكنه واقعيا انثى كاملة و لا يمكنه حسب القانون التونسي الزواج إلا بأنثى بما أنّ ضابط الحالة المدنية مقيّد بالتنصيصات الموجودة بمضمون الحالة المدنية فسيكون زواج هذا الشخص بالضرورة مخالفا لشرط التباين في الجنس إما من الناحية القانونية (لو تزوّج بذكر) أو من الناحية الفعلية (لو تزوّج بأنثى).

و من المفارقات أيضا أن فقه القضاء التونسي شهد بعد ذلك وقائعا لقضية تشبه تماما قضية سامي و هي قضية لاعبة كرة القدم المعروفة فاطمة المليّح التي ولدت بتطاوين سنة 1983 بتشوه خلقي يجمع بين خاصيات الذكورة و الأنوثة و سجلها والدها على أنها أنثى بإسم فاطمة لكن تدريجيا بدأت الخاصيات الذكورية تغلب عند فاطمة و أصبحت تعتبر نفسها من الذكور حتى أنها أصبحت قائدة المنتخب التونسي للسيدات في كرة القدم. ثم قررت فاطمة الإلتجاء إلى القضاء لتسوية وضعيتها فأدلت للمحكمة بتقارير طبية تثبت هيمنة الهرمونات الذكورية لديها و قامت المحكمة بعرضها على الفحص الطبيّ الذي أثبت أنّ « **الجنس الطّاغي و الحقيقي للمدعيّة هو جنس الذكورة و بالتالي فقد أضحى مضمون ولادته غير متجانس مع طبيعته و خاصة الأسم و الجنس** » وأصدرت **المحكمة الابتدائية بتونس في 24 جوان 2013** حكما يقضي بتغيير حالتها المدنية من أنثى إلى ذكر و تغيير اسمها من فاطمة إلى محمد علي.

و الغريب في موقف المحكمة هو أنها أذنت بتغيير الحالة المدنية قبل اجراء عملية تغيير الجنس نفسها و التي ستجعل من فاطمة ذكرا كاملا و الحال أنه يفترض في مضمون الحالة المدنية أن يكون مجرد معاينة و تصريح قانوني للوضعية الواقعية لذلك كان يفترض منهجيا أن لا تأذن المحكمة بتغيير الوضعية القانونية إلا بعد أن يتم تغيير الوضعية البيولوجية الجنسية فعلا إلى ذكر لكي يكون هناك تطابق فعلي بين الوضعية القانونية و الوضعية الواقعية للجنس و هنا يتعلق النقاش بالتسلسل الزمني للإجراءات فقط بما أن المحكمة لم يكن لديها

اعتراض على مبدأ تغيير الجنس في حد ذاته و من سلبيات هذا الخلل الاجرائي الذي وقعت فيه المحكمة في هذا القرار أن محمد علي أصبح قانونيا ذكرا كاملا في حين أنه واقعيا مازال مختلط الجنس و لا شيء يلزمه بإجراء العملية سوى ارادته و لو أراد بإمكانه أن يتزوج بأنثى فزواجه هذا صحيح من الناحية القانونية رغم أنه واقعيا مخالف لشرط التباين في الجنس .

و هنا يبدو جليّا الاضطراب الذي وقعت فيه المحاكم التونسية في هذه المسألة ففي قرار سامي عندما كان مطلوبا من المحكمة أن تُطابق القانون مع الواقع لم تفعل و في قرار محمد علي سبّقت تغيير الوضعية القانونية على تغيير الوضعية الواقعية و كلا الموقفين غير مقبول من ناحية المنطق لأن في كلاهما لا نجد التطابق اللازم بين القانون و الواقع و هو ما يؤثر بالضرورة على شرط الاختلاف في الجنس.

و بعيدا عن مسألة تغيير الجنس و بالرجوع إلى شرط التباين في الجنس الذي لم ينص عليه المشرع بصفة صريحة نظرا لبداهته يطرح الإشكال حول مآل العقد المبرم دون احترام هذا الشرط و الإجابة أيضا بديهية فهذا الزواج باطل بطبيعة الحال لأنه مخالف للنظام العام و الأخلاق الحميدة و مُشكّل لجريمة مُعاقب عنها جزائيا.

و بخصوص الأساس القانوني للأبطال فإن الأسس متعددّة إذ يمكن إدراج هذه الصورة ضمن حالات البطلان التي ينظمها المشرع في الفصل 21 م ا ش و بصفة أدق ضمن صورة الزواج المقترن بشرط متنافي مع جوهر العقد ذلك

أن زواج المثليين بطبيعته مخالف لغايات الزواج الطبيعية من إنجاب و تكوين عائلة .

لكن حتى في غياب حكم خاص في م أ ش فإن الزواج الذي يبرم دون احترام شرط التباين في الجنس يكون بالضرورة مآله البطلان فالزواج عقد مدني قبل أن يكون عقدا من نوع خاص يخضع للنصّ العام اي لمجلة الالتزامات و العقود التي تنص في فصلها 325 على بطلان الالتزام في صورتين : أولا إذا قرر القانون بطلانه في صورة معينة أو ثانيا إذا خلا الالتزام من ركن من أركانه فيمكن إذن الإبطال باعتبار خلوّ عقد الزواج من أحد أركانه و هو شرط التباين في الجنس إضافة إلى عدم مشروعيّة السبب في هذا الزواج و هو بطلان مطلق.

فقرة 2: السنّ القانونية للزواج

لم يحدد المشرع سن قصوى للزواج فزواج المُسنين صحيح بل أكثر من ذلك يقرّ المشرع التونسي حتى بزواج المحتضر. لكن حددّ المشرع " ***السنّ الأدنى*** " للزواج و نجد في هذا التحديد مبدأ و استثناء.

أ- المبدأ: وجوب توفر السنّ الأدنى للزواج

حين صدرت مجلة الأحوال الشخصية سنة 1956 حدد **الفصل 5** السن الأدنى للزواج بـ15 سنة للفتاة و 18 سنة للذكر ثم تدخل المشرع بمقتضى قانون

21 أفريل 1964 و رفّع هذه السنّ لتصبح 17 سنة كاملة للإناث و 20 سنة كاملة للذكور.

ثم تدخل بعد ذلك بمقتضى **القانون عدد 32 المؤرخ في 14 ماي 2007** ليُوّحد و يُسوّي بين الجنسين في تحديد هذه السن فأصبحت السنّ الدنيا للزواج هي 18 سنة كاملة سواء للذكر أو للأنثى.

و يثير هذا التحديد عدة ملحوظات:

* **ملحوظة 1 :** حاول المشرع من خلال تحديد هذه السن القضاء على ظاهرة زواج الأطفال التي كانت مُتفشية قبل الإستقلال فمعظم المذاهب الاسلامية لم تكن تشترط سنّ معينة بل كانت تكتفي بالبلوغ الطبيعي.و تأخير سن الزواج كانت الغاية الأساسية منه هي تمكين الفتاة خاصة من مواصلة تعليمها و بالتالي ترفيع حظوظها في العمل و الإندماج الفاعل في المجتمع.

كما أن سن الثمانية عشر تتلائم مع نهاية سن الطفولة المنصوص عليها ضمن الفصل 3 من مجلة حماية الطفل و مع بداية سن المسؤولية الجزائية.

* **ملحوظة 2 :** منذ صدور م ا ش كان هناك دائما إختلاف بين السن المطلوبة للحصول على الأهلية العامة الكاملة أي سن الرشد المدني و هي سابقا 20 سنة كاملة (الفصل 7 م ا ع و 153 م ا ش) و بين السن المطلوبة للزواج أي أهليّة الزواج و هي أهليّة خاصّة فمن بلغ سن الزواج يمكنه الزواج رغم أنه لم يكتسب بعد الأهلية الكاملة و مازال قاصرا و محجورا عليه لصغر سنه و لا يمكنه إبرام بقية العقود المدنية.

و سابقا كان يطرح المشكل خاصة للبنت فحتى بعد زواجها بترخيص من الوليّ تظلّ قاصرا إلى حين بلوغها سن الرشد الكامل و هي 20 سنة ممّا كان يثير عدّة مشاكل من جهة على المستوى النظري إذ كيف نعطي لشخص ثقة في تحمل تبعات إبرام عقد بمثل أهمية عقد الزواج و لا نعطيه من جهة أخرى الثقة في إبرام عقود أقل أهمية لها انعكاسات مالية فقط، كما طرح هذا الوضع من جهة أخرى مشاكل على المستوى التطبيقي فقد كان القاصر بعد زواجه إذا أراد مثلا الطلاق فلا يمكنه أن يرفع الدعوى بنفسه بل لا بد أن يمثله وليّه و عادة ما يعارض الوليّ طلب الطلاق فيبقى القاصر مُكبّلا بزواج لا يريده.

و لتفادي كل هذه المشاكل تم تنقيح الفصل 153 م ا ش بمقتضى قانون 12 جويلية 1993 لينص على أن: « ***زواج القاصر يُرشّده إذا تجاوز 17 من عمره فيما يتعلق بحالته الشخصية و معاملاته المدنية و التجارية*** »

ثم لاحقا تدخل المشرع و قام بتنقيح الفصل 7 م ا ع بمقتضى **القانون عدد 39 المؤرخ في 26 جويلية 2010 المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني** و الذي بمقتضاه أصبح سن الرشد المدني يُكتسب ببلوغ سن الثمانية عشر سنة كاملة سواء للذكر أو للأنثى و بهذا تتوّحد أحكام الأهلية سواء العامّة أو الخاصّة فأصبح كل شخص يبلغ 18 سنة كاملة متمتعا بكامل أهليته لإبرام كل العقود سواء عقد زواج أو غيره.

* **ملحوظة 3:** نص المشرع بصفة صريحة على مآل العقد المبرم دون إحترام شرط السن فقد ذكر هذه الصورة ضمن حالات بطلان عقد الزواج التي نظّمها

صلب الفصل 21 م أ ش و هو بطلان مطلق .

لكن تبقى هذه الصورة نظرية بحتة لأن المأمور العمومي المكلف بإبرام العقد مطالب بالتثبت من توفر كل الشروط القانونية بما فيها سن الزواج و هو شرط يسهل التأكد منه بما أن من أهم و أوّل الوثائق المطلوبة لإبرام الزواج هو مضمون الولادة.

ب- الاستثناء : إمكانية الإذن بالزواج دون السنّ الأدنى

ينصّ **الفصل 5 م إ ش** على أن « **إبرام عقد الزواج دون السنّ المقرّرة يتوقف على إذن خاص من المحاكم ولا يعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين** » ويثير تطبيق هذا النص عدّة مسائل :

1- الشروط العامّة للحصول على الإذن : السن الأدنى لإمكانية إعطاء الإذن القضائي بالزواج :

لم يحدد المشرع في مجلة الأحوال الشخصية إلى أي حدّ يمكن النزول بسنّ الزواج فيجب الرجوع إلى القواعد العامة للعقود **الفصل 156 م أ ش** التي لا تعتّد بالرضا كشرط لازم لإبرام العقود عموما إلا إذا كان صادرا عن شخص مميز فيكون إذن سن التمييز و هو 13 سنة كاملة هو السن الأدنى للإذن القضائي للزواج.

و تجدر الإشارة إلى أن الفصل 5 في صياغته الأولى سنة 1956 كان يشترط في الحصول على الإذن القضائي بالزواج دون السن الأدنى **ثبوت**

البلوغ الطبيعي لكنه استغنى عن هذا الشرط في تنقيح 21 أفريل 1964 و مع ذلك بقي هذا الشرط لازما على صعيد عمل المحاكم التي ظلت تطلب الإدلاء بشهادة طبية تفيد البلوغ و هذا يعني أن شرط بلوغ سن التمييز لايكفي للحصول على الإذن بل لابد أن يقترن بالبلوغ الطبيعي .

2- الشروط الخاصة للحصول على الإذن : شرط إثبات الأسباب الخطيرة والمصلحة الواضحة :

لم يحدد المشرع هذا المفهوم لكن من المتفق عليه فقها وقضاء أن تقدير الأسباب الخطيرة والمصلحة الواضحة هي من المسائل الواقعية التي تخضع للسلطة التقديرية المطلقة لقاضي الأصل، لكن مع مراعاة القدرة البيولوجية للشخص على تحمل أعباء الزواج من وطء وحمل وولادة ومن بين الأمثلة الواردة في التطبيق يمكن أن نذكر:

من صور الأسباب الخطيرة تعرض الفتاة لجريمة مواقعة قاصر سواء برضاها أو بغير رضاها أو أيضا صورة جريمة الفرار بقاصر

ومن صور المصلحة الواضحة يمكن أن نذكر صورة فقدان الفتاة القاصر لأهلها وحاجتها إلى سند معنوي ومادي من طرف الزوج أو صورة زواج الخطيبين قبل سفرهما معا للدراسة أو العمل بالخارج فمن المصلحة سفرهما وهما متزوجين خشية وقوع المحظور.

و في كل الحالات فإن المصلحة المُعتبرة هي مصلحة القاصر نفسه فلا

إعتبار لمصلحة الأولياء أو غيرهم.

3- آثار زواج القاصر بمفعول الإذن القضائي

يمكن للقاصر ابرام زواجه بمقتضى الاذن القضائي و ينتج عن زواج القاصر ترشيده حسب **الفصل 153 م ا ش** لكن في الواقع يجب تمييز وضعية القاصر حسب سنه :

* **إذا كان القاصر بالغا 17 سنة** فإن زواجه بمقتضى الإذن يؤدي الى **ترشيده بصفة قانونية و آلية** دون حاجة لأي إجراء (الترشيد أثر للزواج لا للإذن) فيكتسب كامل أهليته بالنسبة لكل التصرفات مع العلم أن هذا الترشيد نهائي لا يمكن الرجوع فيه حتى و لو إنتهى الزواج بطلاق أو وفاة القرين قبل بلوغ الشخص سن الرشد الأصلي " اذ أن معيار الترشيد يتعلّق بمؤسسة الزواج نفسها سواء كانت قائمة أو منحلّة " (حكم ابتدائي بقفصة في 23 مارس 1998).

* **إذا كان سنّ القاصر أقل من 17 سنة** فإن زواجه بمقتضى الإذن لن يؤدي الى ترشيده بصفة قانونية و آلية لأن الترشيد القانوني يُشترط فيه بلوغ 17 سنة كاملة فيمكن في هذه الصورة طلب **الترشيد القضائي** على معنى الفصول 158 و 159 م ا ش و الذي يُشترط فيه بلوغ 15 سنة كاملة و هذا يعني أنه إذا تم الإذن بالزواج لقاصر دون 15 سنة فإن زواجه لن يرشده لا قانونيا و لا قضائيا فيبقى قاصر رغم زواجه الى حين بلوغ 15 سنة.

فقرة 3: الشهادة الطبيّة السابقة للزواج

حاول المشرع من خلال **قانون 3 نوفمبر 1964** المتعلق بالشهادة الطبيّة للزواج الجمع بين متناقضين و ذلك بفرض نظام وقائي للحفاظ على صحة الزوجين، خاصة من الأمراض الوراثية والمعدية، لكن دون أن تكون هذه الشهادة وسيلة لتحديد حرية الزواج أو منعها.

أ- وجوبيّة الشهادة الطبيّة

1-المبدأ : وجوب تقديم الشهادة

ينص **الفصل 1 من قانون 1964** انه يمنع على المأمور العمومي المكلف بإبرام عقد الزواج إبرام هذا العقد إلا بعد أن يتسلم « **من كلا الشخصين العازمين على الزواج شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن الشهرين تثبت أن المعني بالأمر قد وقع فحصه قصد الزواج بدون أن تذكر بها إشارات أخرى** »

ويتمّ تسليم هذه الشهادة وفق الأنموذج الذي ضبطه قرار وزير الصحة العمومية المؤرخ في 16 ديسمبر 1995و الذي يوجب أن تتضمن الشهادة أنّ المعني بالأمر قد تمّ فحصه قصد الزواج دون ذكر بيانات أخرى لا يستوجبها الأنموذج المذكور.

وبالرجوع إلى هذا الأنموذج نجد انه يتضمن وجوب أن يقوم الطبيب بفحص سريري كامل وان يطلع على نتيجة تحديد فصيلة الدم، كما يقع التركيز

على لفت نظر المقبلين على الزواج إلى أهمية العوامل الوراثية خاصة المرتبطة بالقرابة بين الزوجين، والتأكيد على عوامل الخطر المُهيئة لبعض الأمراض وتقديم نصائح تتعلق بطرق تنظيم الولادات وبمراقبة الحمل وإجراء التلاقيح اللازمة.

فنستنتج إذن أن لهذه الشهادة صبغة وقائية بحتة، لأن الطبيب إن اكتشف مرضا بمناسبة هذا الفحص فهو ملزم بإعلام المعنى بالأمر فقط دون غيره بما في ذلك قرينه و إلا يكون قد ارتكب جريمة إفشاء السر المهني (الفصل 254 م ج) و يكون أمام الطبيب حلين في هذه الحالة :

*** يتمثل الحلّ الأوّل في أنه يسلّم الشهادة و يضمّن بها وقوع الفحص لكن دون الإشارة إلى نتائج الفحص** وهذا يعني أن الشهادة الطبية لا تمنع زواج المريض وأن السلامة الجسدية ليست شرطا لصحة الزواج لكن تبقى للشهادة قيمة قانونية كبرى تختلف بحسب ما إذا أعلم القرين المريض الطرف الآخر بحالته الصحية قبل الزواج أم لا :

- فإن كان أعلمه بحالته الصحية فهذا يجعل كل طرف يتحمل مسؤولية اتخاذ القرار في إبرام الزواج من عدمه و تعتبر حالة اكتشاف مرض الطرف الآخر مبررا شرعيا للعدول عن الزواج بالنسبة للطرف السليم.

- إن لم يُعلم القرين المريض قرينه بمرضه فهذا يُعطي للطرف الأخر بعد الزواج إمكانية إما طلب إبطال الزواج على أساس غلط في صفة جوهرية من صفات الشخص وهي صفة سلامته الصحية أو أيضا طلب الطلاق للضرر على

أساس الإخلال بواجب المصارحة، هذا إضافة إلى إمكانية تتبع القرين المريض جزائيا إن كان يعلم انه مصاب بمرض معدي كالسيدا مثلا وتسبب في نقله إلى قرينه وذلك حسب قانون 27 جويلية 92 المتعلق بالأمراض السارية (المُعدية).لكن نلاحظ هنا أن كل هذه الحلول تأتي بعد حصول الضرر و هذا يتنافى و الصبغة الوقائية و الحمائية لمؤسسة الزواج.

*** و يتمثل الحلّ الثاني** حسب الفصل 3 من قانون 64 في **رفض الطبيب تسليم الشهادة** إذا تبين له أن هذا الزواج غير مرغوب فيه أو يمكنه **تأجيل تسليمها الى أن يزول الخطر** .لكنها تبقى مجرد إمكانية وليس أمرا ملزما للطبيب بمعنى يمكن تجاوز رفض الطبيب بالالتجاء إلى طبيب آخر يقبل تسليم الشهادة.

2- الاستثناء : إمكانية الاعفاء من تقديم الشهادة

ينص **الفصل 5 من قانون 64** على انه « **يمكن للحاكم في الحالات الاستثنائية إعفاء الشخصين العازمين على الزواج أو احدهما من تقديم الشهادة الطبية. ولا تطلب الشهادة من كلا الشخصين العازمين على الزواج إذا كان أحدهما في حالة احتضار ».**

ويبقى تقدير هذه الحالات الاستثنائية خاضعا لاجتهاد القاضي، لكن المثال الذي أعطاه المشرع أثار الكثير من الجدل لأن إعفاء المحتضر من تسليم الشهادة يعني انه يمكنه الزواج، في حين أن حالته الصحية تهدد المتعاقد الآخر بالترمّل سريعا، لكن يبدو أن المشرع حسب الأستاذ **"الحبيب الشريف"** « يُحققّ حريّة الزواج إلى آخر رمق في الحياة.»

ب- جزاء الإخلال بشرط الشهادة الطبية

رغم أنه من الناحية العملية يحرص المأمور العمومي الذي يتولى ابرام عقد الزواج على وجود كل الوثائق المطلوبة و يمتنع عن ابرامه في غياب أي منها لكن الجزاء الذي يرتبه المشرع عن سهوه يعتبر تافه اذ ينص **الفصل 7** من قانون 64 على أنه يقع تتبع ضباط الحالة المدنية والعدول أمام المحكمة الابتدائية في صورة إبرامهم لعقد زواج دون تسلّم الشهادة الطبيّة اللازمة، ويعاقبون بخطية قدرها 100 د (مائة دينار).

وهنا تبرز قيمة الشهادة ليس كوسيلة للردع والزجر بقدر ماهي وسيلة للوقاية والتوعية فالعقوبة خفيفة و لا تتسلّط على الأطراف وإنما على السلطة التي تبرم العقد كما أنها لا تمس من صحة العقد فيبقى الزواج صحيحا في صورة عدم تسليم الشهادة مما يُفقد هذه الشهادة أهميتها القانونية و العملية هذا فضلا على تساهل الأطباء في تسليم هذه الشهادة بصورة شكليّة.

القسم الثاني: الشرط النفسي : الرضا في الزواج

يمكن تعريف الرضا بأنه تعبير عن إرادة حرة و واعية و إتجاه هذه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية معينة.

وبالرجوع إلى شروط إبرام العقود المدنية بصفة عامة، نجد أن الفصل 2 من م إ ع ينص على شرط الرضا كأحد الأركان الأساسية للعقد و في غيابه يبطل العقد مهما كان نوعه .

و مع ذلك حرص المشرع على مزيد التأكيد على شرط الرضا في عقد الزواج بصفة خاصة، فنص في الفقرة الأولى من **الفصل 3 من م أ ش على أنّه « لا ينعقد الزواج إلا برضاء الزوجين ».**

ويُعتبر الفصل 3 م أ ش ليس فقط تكريسا لمبدأ تعاقدي عام و هو مبدأ الحرية التعاقدية بل هو خاصة تكريس لمبدأ حرية الزواج باعتباره من الحريات الأساسية ومن الحقوق البشرية و كل شرط من شأنه أن يمنع أو يقيّد من حرية الزواج يعد باطلا و به يبطل العقد وفقا لأحكام الفصل 118 م ا ع .

وبتكريس الرضائية في الزواج، يكون المشرع قد وضع حدّا لما كان يسمى "حق الجبر" الذي كانت تكرسه بعض المذاهب في الفقه الإسلامي، وهو حق يُخوّل للوليّ إرغام منظوره على الزواج حتى دون رضاه و في بعض المذاهب كالمذهب المالكي تعتبر أهلية الزواج لدى المرأة معدومة تماما فلا تستطيع تزويج نفسها مهما بلغ سنها .

ولتدعيم مبدأ الرضائية في الزواج، صادقت البلاد التونسية بمقتضى قانون 21 نوفمبر1967 على **اتفاقية نيويورك المتعلقة بالرضا في الزواج والسن الأدنى للزواج والمبرمة في تاريخ 10 ديسمبر 1962.**

لكن هناك شروط قانونية يجب أن تتوفر في الرضا لكي يُعتدّ به كشرط من شروط صحة الزواج، فيجب أولا أن يكون موجودا (**الفقرة الأولى**)، ولكن وجوده لا يكفي بل لابدّ أيضا أن يكون صحيحا (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: وجود الرضا

يجب أن يصدر الرضا مبدئيا عن الزوجين باعتبارهم طرفي العقد، لكن نلاحظ في بعض الحالات أن رضاء الأطراف وان كان دائما شرطا لازما فإنّه أحيانا يكون غير كافي، بل لابد أن يقترن برضاء أطراف أخرى خارجة عن العقد.

أ - الرضا الصادر عن الأطـــــــــراف:

إشتراط رضا الزوجين كان مطلقا في القانون التونسي، فهو شرط لازم مهما كان جنس المتعاقد ذكر أو أنثى، ومهما كان سنه قاصرا أو راشدا.

و يُشترط في رضا الاطراف كي يعتد به من الناحية القانونية أن يكون صادرا عن شخص مميز و في شكل معين.

1- أساس شرط الرضا : شرط التمييز

يشترط في الرضا أن يكون صادرا ممن يصح له قانونا التعبير عنه عالما بنتائجه أي عن شخص متمتع بإرادة واعية وبصفة أدق متمتع بالقدرة على التمييز، وهو ما يثير مشكل بالنسبة لزواج بعض الأشخاص الراشدين لكن محجور عليهم . **فهل يمنعهم هذا الحجر من الزواج ؟**

والمشكل لا يطرح هنا بخصوص أهليتهم لأنّ مشكل الأهلية يمكن تجاوزه بالحصول على موافقة الوليّ، وإنما يطرح المشكل حول رضاهم في حد ذاته **هل يُعتدّ به أم لا ؟**

للإجابة لابد أن نُميّز حسب الحالات وحسب سبب الحجر:

*** زواج المجنـــــــون**

لم يتعرّض المشرع لهذه الصورة، لذلك لابد من الرجوع إلى القواعد العامة للأهلية، فنفرق بين حالتين :

- الجنون المطبق : حسب الفصل 160 م ا ش هو فقدان الشخص لعقله بصفة كاملة وفي جميع الأوقات، و في هذه الحالة لا يمكن للشخص إبرام عقد زواج بالمرّة، لا بنفسه ولا بواسطة وليّه لأنه فاقد تماما للتمييز، وبالتالي فاقد تماما للرضاء (الفصل 163).

وإذا ما ابرم هذا الشخص زواجا، فانه سيكون باطلا سواء كان هناك حكم في الحجر من اجل الجنون أم لا.(إذا كان هناك حكم في الحجر من أجل الجنون فإن إنعدام الأهلية هو الذي يكون أساس إبطال الزواج لكن في غياب حكم بالحجر لا يمكن اعتبار الأهلية منعدمة حسب الفصل 161 م ا ش و عندها

سيكون أساس الابطال هو انعدام القدرة على التصريح بالرضا تصريحا معتبرا نظرا لإنعدام القدرة على التمييز) علما أن معظم المذاهب الاسلامية تعتبر أنه لا يمكن تزويج المجنون إلا لحاجة ملحة و مصلحة ثثابتة في الزواج.

- الجنون المُتقطّع : هي الصورة التي يكون فيها الشخص في أوقات فاقد لعقله وفي أوقات أخرى يعود إلى رشده. وقد نشأ اختلاف حول هذه الوضعية ونجد في هذا الخصوص اتجاهين :

اتجاه أول يُسوّي بين الجنون المطبق والمتقطع وهو اتجاه القانون التونسي الذي يعتبر أن الجنون بنوعيه يؤدي دوما إلى انعدام الأهلية و ابطال العقد حتى وان استعاد المجنون عقله لفترات، وبتطبيق هذه القاعدة العامة على الزواج نستخلص أن الجنون المتقطع يمنع صاحبه من إبرام زواجه، وان ابرمه فهو باطل. وهو اتجاه يسانده أغلبية الفقهاء لأن العبرة ليست بصدور الرضا أثناء فترة يتمتع خلالها الشخص بمداركه العقلية بل العبرة في تحمل تبعات هذا العقد من واجبات ممتدة في الزمن وهو ما يتطلب إرادة واعية ومستمرة.

لكن هناك **اتجاه ثاني** ضعيف يقول بصحة زواج المجنون لو ابرم في فترة صحوه ولكن بشروط تتمثل خاصة في تقرير هيئة من الأطباء أن زواجه يفيد في علاجه وإطلاع الطرف الآخر على ذلك ورضاه به، وان لا يكون هذا المرض وراثي، كل ذلك إلى جانب الحصول على إذن القاضي والوليّ، وقد تبنت هذا الاتجاه عدّة تشريعات كالتشريع السوري والمغربي والمصري و هو أيضا موقف فقهاء الشريعة الإسلامية.

*** زواج ضعيف العقل**

حسب الفصل **160** من م إ ش "ضعيف العقل هو الشخص غير كامل الوعي، السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويُغبن في المبيعات". فهذا العيب لا يؤثر إذن على العقل و التمييز وإنما على قدرة الشخص على إدارة أمواله وعلى تعامله مع الناس، ولذلك لا يعتبر ضعيف العقل مُنعدم الأهلية وإنما فقط مُقيّد الأهلية (حسب الفصل 6 م إ ع والفصل 162 من م إ ش) فيمكنه التعبير عن رضاه و إبرام عقد زواج لكن بعد الحصول على إجازة وليّه بما أنه محجور عليه.

*** زواج السفيه**

السفيه حسب الفصل **164** من م إ ش هو " الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف "، فالسفه إذن عيب في التصرفات الماليّة لا في القدرات العقليّة. وقد تعرّض المشرع صراحة لهذه الصورة في الفصل 7 من م إ ش الذي ينص "زواج المحجور عليه لسفه لا يكون صحيحا إلا بعد موافقة المحجور له".

2 - شكل التعبير عن الرضا

*** الشكل المباشر للتعبير عن الرضا :**

يقع التعبير عن الرضا من طرف الزوجين أمام المأمور العمومي بصفة شخصيّة حينية وصريحة، فلا مجال لتأويل السكوت ولابد أن يقع التنصيص على التصريح بالرضا في العقد، ويكون هذا التصريح إما شفاهيا (بأي لفظ يدل

على الموافقة كقبلت أو رضيت...)، أوإذا كان احدهما يعاني من عاهة تمنعه من التصريح الشفاهي كأن يكون أخرس أو أصم فيكون ذلك عن طريق الإشارة (تحريك الرأس أو اليد..) أو الكتابة.

*** الشكل غير المباشر للتعبير عن الرضا :**

خلافا للقانون الفرنسي، فان القانون التونسي لا يفرض حضور الزوجين شخصيا بل يخول لكل منهما حق توكيل الغير للتعبير نيابة عنه عن رضاه بالعقد.

وقد نظم المشرع الوكالة في الزواج في **الفصول 9 و 10 من م إ ش** واشترط تحرير هذا التوكيل في حجة رسمية وأن يتضمن صراحة تعيين الزوجين أي تحديد هويتهما وإلا أعتبر باطلا. كما لا يحق للوكيل توكيل غيره دون إذن من موكله. و أضاف **الفصل 5 من قانون 9 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين** شرطا آخر لصحة التوكيل في الزواج وهو ضرورة أن يتضمن التوكيل رأي المُوّكل في مسألة الإشتراك من عدمه وإلا اعتبر باطلا.

ونستخلص من كل هذه الشروط أن المشرع منع إمكانية إستعمال التوكيل كوسيلة مُقنّعة لممارسة حق الجبر علما أنه يمكن الرجوع في الوكالة إلى آخر لحظة قبل إبرام عقد الزواج لأن الرضا بالوكالة هو نفسه الرضا بالزواج، فيجب أن يبقى حرا إلى حين إبرام العقد.

3 - جزاء إنعدام ركن الرضا

الرضا هو شرط لصحة عقد الزواج فقد نص **الفصل 21 م ا ش** صراحة على ان الزواج يعتبر باطلا اذا ما وقع الإخلال بالفقرة الأولى من الفصل 3 م ا ش التي تنص على وجوب الرضا و هو بطلان مطلق.

ب - الرضا الصادر عن الغير

إن شرط صدور الرضا عن الزوجين هو شرط لازم في كل الحالات لكن هذا الشرط لا يكون كافيا بذاته إلا إذا كان كلّ من الزوجين كامل الاهلية أما إذا كان أحد الاطراف ناقص الأهلية فإن رضاه لا يكفي و لابد من تدخل أطراف أخرى في العقد.

و يجب التنبيه منذ البداية أن إرادة الغير في عقد الزواج هي إرادة تكميلية تنضاف إلى إرادة الطرف المتعاقد ولا تعوضها بأي حال من الأحوال خلافا للوضع في الفقه الإسلامي الذي يعتبر أن إرادة الولي هي إرادة أصليّة بإمكانها إبرام الزواج في حق القاصر حتى دون رضاه.

ويتدّخل الغير في القانون التونسي في صور زواج ناقص الأهلية لحماية المحجور عليه في حد ذاته ويتمثل هذا الغير في الوليّ و الأمّ (و هو ما سمّاه الأستاذ محمد الحبيب الشريف ب « الإذن العائلي بالزواج ») و القاضي (الإذن القضائي بالزواج).

1- موافقة الوليّ

*** الصور التي أوجب فيها المشرّع مُوافقة الوليّ:**

وردت هذه الصور بالفصلين **6 و 7 من م أش** وهي تتمثل في :

- صورة القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد المدني أي 18 سنة (الفصل 6).

- صورة المحجور عليه لسفه فزواجه لا يكون صحيحا حسب الفصل 7 إلاّ بعد موافقة المحجور له وهو عادة وليّه (و يمكن القياس على الفصل 7 بالنسبة لضعيف العقل).

*** تحديد وليّ الـــــزواج :**

تنقسم الولاية العامة من حيث الموضوع إلى ولاية على المال (وهو سلطة يملك بمقتضاها الولي التصرف في أموال المُولى عليه و إدارتها) وولاية على النفس (وهي سلطة القيام بالتصرفات المتعلقة بشخص القاصر)، وتدخل مؤسسة الولاية في الزواج في إطار الولاية على النفس، وهي تقتصر على قبول أو رفض الزواج.

ويحدّد **الفصل 154 م إ ش** من هو الشخص الذي يتمتع بالولاية العامة على القاصر وهم على التوالي : الأب ثم الأم في صورة وفاة الأب أو فقدانه للأهلية ثم وصيّ الأب في صورة وفاة الأم أو فقدانها للأهلية، وإذا لم يوجد وصيّ وجب أن يُقدّم عليه الحاكم.

لكن نصّ هذا الفصل على وجوب مراعاة أحكام الفصل 8 من م إ ش المتعلق بالولاية على الزواج، لأنّ ولاية الزواج تعتبر ولاية خاصة ولها شروط خاصة حدّدها **الفصل 8** الذي ينص « **الوليّ هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا ذكرا راشدا والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليّه وجوبا أبوه أو من**

يُنيبه، والحاكم وليّ من لا وليّ له»

فيجب إذا أن يكون وليّ الزواج ذكرا عاقلا ورشيدا لا يشكو من أي تقييد للأهلية. ولكن قبل ذلك يجب أن يكون عاصب بالنسب يعني الأب أو من قرابة الأب.

وللتوفيق بين أحكام الفصل 8 و 154 م أ ش، يمكن القول أن الشخص الذي يتحمّل واجب الولاية العامة سيتحمّل أيضا واجب ولاية الزواج الخاصة إذا توفرت فيه شروط الفصل 8 والأصل هو أن يجمع الأب بين الولايتين، لكن يطرح مشكل في صورة إسناد الولاية العامّة للامّ (سواء في صورة الفصل 154 أو في صورة الفصل 67 الذي يسند في حالات خاصة الولاية العامّة للأمّ رغم وجود الأب على قيد الحياة) ففي هذه الحالة بما أنه لا يتوفر فيها شرط الذكورة ستُسند لها كامل مشمولات الولاية العامّة ما عدا ولاية الزواج التي ستسند في هذه الصورة إلى وصيّ الأب إن وُجد أو إلى أي ذكر عاصب بالنسب تتوفر فيه شروط الفصل 8 كالعمّ أو الجدّ وإلا فان القاضي وليّ من لا وليّ له.

*** جزاء إبرام العقد دون موافقة وليّ الزواج :**

لم يتعرض المشرّع لصورة زواج القاصر دون موافقة وليّه باعتبار أنّ هذه الصورة عمليا لا يمكن أن تقع لأنّ عيب القاصر و هو سنّه يُكتشف من مضمون الولادة والمأمور العمومي مطالب بالتثبت من موافقة الوليّ والامتناع عن إبرام العقد في صورة عدم وجودها.

لكن على فرض وقوع هذه الحالة، يتم تطبيق القاعدة العامة الواردة في

الفصل 325 م إ ع واعتبار أن هذا العقد باطل لخلوه من ركن من أركانه.

و في المقابل تعرّض المشرّع لصورة زواج المحجور عليه لسفه دون موافقة وليه في الفصل 7 و هي صورة يمكن أن لا يتفطن لها المأمور العمومي لأن حكم الحجر خلافا للسنّ قد لا يقع تضمينه بمضمون الولادة ونصّ على أنه يمكن في هذه الحالة للمحجور له أن يطلب إبطال العقد قبل الدخول، أما إذا حصل الدخول فلا يمكن الإبطال وهو ما يعني انه مجرد بطلان نسبي.

*** الحل في صورة رفض الوليّ وتمسّك القاصر بالزواج :**

في هذه الحالة يُرفع الأمر للقاضي حسب الفصل 6 م إ ش لكن بما أن زواج القاصر أصبح في كل الحالات يخضع لوجوب الإدلاء بالإذن القضائي السابق للزواج فهذا يعني نظريا أنه في صورة رفض الوليّ بعد أن أعطى القاضي إذنه بالزواج لابدّ من رفع الأمر للقاضي لكنّ القاضي سبق أن أذن بالزواج فما الفائدة من إعادة رفع الأمر لنفس القاضي خاصة و نحن نعلم أن الإذن بالزواج لا يُعطى إلاّ بشرط توّفر أسباب خطيرة و مصلحة واضحة و لا يُعطى إلاّ بعد إطلاع القاضي على موقف الوليّ كما أنّه لا يقبل الطعن.

نستنتج إذا أنه بعد توحيد سن الزواج مع سن الرشد المدني لم يعد لموافقة الولي سوى قيمة رمزية لأنّ رفضه لن يمنع الزواج بعد الإذن به من طرف القاضي.

لكن سابقا كان لموافقة الولي قيمة فعليّة أصليّة و مستقلّة عندما كان يتعلق الأمر بإبرام زواج القاصر الذي بلغ سن الزواج دون أن يبلغ سن الرشد فهذا

الزواج يكفي لإبرامه موافقة الولي دون حاجة لموافقة القاضي و رفض الولي له أثر لأنه لا يمكن تجاوزه إلا برفع الأمر الى القاضي و هي صورة الفصل 6 باعتبارها صورة مستقلة عن صورة الفصل 5 لكن من تاريخ توحيد سن الرشد المدني في 2010 لا يمكن أن توجد صورة الفصل 6 خارج مجال الفصل 5 فكل قاصر يحتاج في زواجه لإذن القاضي الذي يُعوّض في كلّ الحالات رفض الوليّ.

2- موافقة الأمّ

قبل تنقيح 12 جويلية 1993 كانت الأمّ مستبعدة تماما عن زواج ابنها القاصر حتى ولو كانت لها الولاية العامّة فأضاف تنقيح 1993 **للفصل 6** بان زواج القاصر يتوقّف على موافقة الأم زيادة على موافقة الوليّ .و هذه الموافقة مرتبطة بالصفة البيولوجية للأمّ فلا تنتقل إلى غيرها في صورة وفاتها.

وتدخل هذه الإضافة في إطار المساواة بين الجنسين تشريك الأم في تسيير شؤون الأسرة والتعويض عن حرمانها من ولاية الزواج. و الأهم أن في ذلك تدعيم لمصلحة القاصر بإشتراط موافقة شخصين راشدين في زواجه وهما الأمّ و وليّ الزواج، وهما بالضرورة شخصين مختلفين و من جنس مختلف (بالضرورة أنثى و هي الأمّ و ذكر و هو وليّ الزواج)، إذا لا يمكن الجمع بين الصفتين.

ويتساوى رفض الأمّ من حيث القيمة والآثار مع رفض وليّ الزواج،

فنظريا كلاهما يمنع إبرام الزواج ويستوجب رفع الأمر للقاضي لكن من تاريخ توحيد سن الزواج مع سن الرشد أصبح زواج كل قاصر مهما كان سنه خاضعا للإذن القضائي بالزواج الذي لا يمكن أن يعارضه لا الوليّ و لا الأمّ.

3- موافقة القاضي

*صور اشتراط الحصول على الإذن القضائي بالزواج

يتدخل القاضي في زواج القاصر و المحجور عليه ثلاث صور من الناحية النظرية :

- **الصورة الاولى** : صورة الحاكم وليّ من لا وليّ له

- **الصورة الثانية** : هي **صورة الفصل 5** أي صورة الإذن القضائي بالزواج دون السن الأدنى القانونية أي دون 18 سنة ورضا القاضي هنا أصلي و لازم باعتباره ترخيصا استثنائيا لمخالفة شرط تشريعي ،و الأهم أن رضا القاضي مُستقل عن رضا الوليّ أو الأمّ أي لازم حتى و لو كان كلاهما موافقا على الزواج ، وهذا الإذن لا يُعطى إلاّ في صورة توفر أسباب خطيرة ومصلحة واضحة للطرفين. والمشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية مطلقة ولم يشترط عليه تعليل موقفه سواء بالقبول أو بالرفض.

- **الصورة الثالثة** : هي **صورة الفصل 6** أي صورة عدم موافقة الوليّ أو الأمّ أو كلاهما على زواج القاصر مع تمسك القاصر برغبته في الزواج فلابدّ في هذه الصورة من رفع الأمر للقاضي و تدّخل القاضي في صورة الفصل 6 (خلافا

لصورة الفصل 5) استثنائي فقط فهو لا يتدّخل إلا ليُعوّض ارادة الطرف الرافض لزواج القاصر سواء كان الوليّ أو الأمّ فيكون القاضي بمثابة الفيصل في النزاع فيبحث في أسباب الرفض إن كان مبنيا على اعتبارات شخصية أو موضوعية ثم يُقدّر مصلحة القاصر في الإذن بهذا الزواج من عدمه.

لكن هذه الصورة و ان كانت نظريا لا زالت قائمة إلا أنها عمليّا انصهرت صلب الفصل 5 و لم يعد لها وجود مستقل بعد توحيد سن الرشد و تطابق سن الزواج مع سن الرشد فموافقة الوليّ و الأمّ لا تكون مستوجبة و فاعلة إلا إذا كانت موافقة القاضي غير مستوجبة و هذه الصورة كانت تنطبق قبل توحيد أحكام الأهلية على القاصر الذي اكتسب أهلية الزواج و لم يكتسب بعد الأهلية العامة (مثلا قبل تنقيح 2007 الفتاة التي بلغت 17 سنة يُشترط في زواجها موافقة الوليّ و الأمّ لأنها قاصر و لا يُشترط في زواجها الإذن القضائي بالزواج لتوفر شرط السن الأدنى للزواج فيها لكن في صورة رفض الوليّ أو الأمّ لابدّ عندها من الحصول على الإذن القضائي لتجاوز هذا الرفض) و هذا الصنف من القُصّر قد اندثر بموجب تطابق سن الزواج مع سن الرشد و بذلك أصبح القاضي يتدخل وجوبا في كل زواج للقاصر مهما كان سنّه و مادام زواج القاصر من أنظار القاضي في كل الحالات فلم يعد لموافقة الوليّ أو الأمّ أي قيمة لأن القاضي لا يلزمه موقف الوليّ و لا الأمّ سواء كانوا موافقين أو رافضين لهذا الزواج و إلا فلا معنى للسلطة التقديرية المطلقة التي يتمتع بها بما أن المشرع لم يلزمه بتعليل موقفه سواء كان بالإيجاب أو بالرفض.

كما أنه من الناحية العملية تبيّن أن القاضي في كل الحالات عندما ينظر في الاذن على أساس الفصل 5 فإنه يتأكد من مواقف الولي و الأم و إن وجد رفضا من أحدهما فإنه يبت في المسألتين بإذن واحد لا كمسألتين منفصلتين .

*إجراءات الحصول على الإذن القضائي بالزواج

في الأصل يتم تقديم مطلب في الإذن القضائي للزواج من طرف وليّ القاصر باعتباره الممثل القانوني للقاصر أمام القضاء لكن يمكن استثنائيا أن يُقدّمه القاصر في حدّ ذاته بصفة مباشرة إذا رفض وليّه تمثيله و ذلك تطبيقا للفصل 19 م م ت الذي يقبل القيام من طرف القاصر المُميّز في المادة الإستعجالية إذا كان هناك خطر مُلّمٌ فشروط هذا الاستثناء متوفرة في صورة الإذن بالزواج فالقاصر مميّز و الخطر مُلّمٌ و شرط الإستعجال و التأكد متوفرين. ويمكن لنفس الأسباب قبول تقديم المطلب من طرف الأمّ.

و يمكن تجاوز هذا الإشكال في صورة تقديم المطلب من طرف الشخص الذي يريد الزواج بالقاصر إذا توفرت فيه كل الشروط اللازمة من صفة و أهلية و مصلحة.

و قد أخضع فقه القضاء أذون الزواج إلى اجراءات الأذون على العرائض فيجب تقديم المطلب مرفوقا بالمؤيدات التي تُثبت الأسباب الخطيرة والمصلحة الواضحة و ما يفيد البلوغ و ما يفيد موافقة الوليّ و الأمّ وذلك في شكل إذن على عريضة يُقدّم من طرف من له مصلحة إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها القاصر (لا وجود لمطلوب) و ذلك تطبيقا لقاعدة الفصل 39 م م

م ت التي تُسند الإختصاص المبدئي للمحكمة الابتدائية في حالة غياب نصّ خاص يُسند الإختصاص لغيرها من المحاكم .

و حسب الأستاذ محمد الحبيب الشريف كان من الأجدى أن يُسند المشرّع الاختصاص بالنظر في أذون الزواج إلى قاضي الأسرة بإعتباره مُتخصّص في المادة.

و بما أن الأمر يتعلّق بقاصر فإنّه يتوّجب حسب الفصل 251 م م م ت عرض الملّف على النيابة العمومية لإبداء الرأي فيه و هو رأي لا يُلزم القاضي.

وعندما يبتّ القاضي في الإذن يعتبر هذا القرار حسب ما استقر عليه فقه القضاء عملا ولائيا (إداريا) وليس قضائيا فهو لا يحسم نزاعا بين أطراف و إنما ينتصب لفحص مطلب يتعلّق بتقييم مصلحة القاصر ويخضع الإذن لسلطة القاضي التقديرية وهو غير مطالب بتعليل إذنه سواء كان بالإيجاب أو الرفض .

أما بخصوص كيفيّة الطعن في هذا الإذن فقد تدخّل المشرع لحسم الخلافات الفقهية و القضائية و أضاف فقرة أخيرة للفصل 6 م إ ش في تنقيح 12 جويلية 1993 تنصّ على أن الإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه من الأوجه وذلك حفاظا على استقرار الأسرة ومصلحة القاصر.

لكن الإشكال هو أنّ التنصيص على عدم قابلية الطعن في الإذن بالزواج وردت صريحة في صورة الفصل 6 و لم يقع التنصيص عليها في الفصل 5 و هو ما أثار جدلا فقهيا لكنّ الإتجاه الفقهي الغالب و الأقرب إلى المنطق هو عدم قبول الطعن حتى بالنسبة للفصل 5 لأنّ عبارة « الإذن بالزواج » وردت مطلقة

فتجري على إطلاقها كما أن صدور الإذن لا يكون إلا في حالة ثبوت مصلحة واضحة و أسباب خطيرة و هذا يعني أن إبرام الزواج سيكون مُباشرة بعد حصول الإذن فلو قبلنا الطعن الذي هو بطبيعته لا يُعطّل تنفيذ الإذن (حسب الفصل 220 م م م ت) و افترضنا نقض هذا الإذن و رفض الزواج الذي تم إبرامه بمقتضاه فما هي قيمة و مآل الزواج الذي تم إبرامه ؟

و ربما كان من الأجدى تخصيص مبدأ عدم قابلية الطعن في الإذن بالزواج بفصل مُستقلّ يردُ مباشرة بعد الفصلين 5 و 6 لتفادي هذا الجدل.

في النهاية تجدر الإشارة إلى أن قرارات الرفض لا تتمتع بقرينة إتصال القضاء فيمكن تجديد المطلب عند الرفض.

4- موافقة الإدارة

هناك أصناف من الموظفين لا يكفي لإبرام زواجهم صدور الرضا عنهم، بل يجب الحصول على موافقة سلطة الإشراف الإدارية.

ويتعلق الأمر ببعض الوظائف الحسّاسة التي لها علاقة بسيادة الدولة مثل أعوان السلطة العسكرية (قانون 31 ماي 1967 يفرض الحصول على رخصة من كتابة الدولة للدفاع الوطني) أو أعضاء السلك الدبلوماسي (أمر 1973/04/06 يفرض الحصول على رخصة من وزير الشؤون الخارجية) أو قوات الأمن الداخلي (قانون 06 أوت 1982 يفرض الحصول على رخصة من وزير الداخليّة).

لكن نشير إلى أن هذه التراخيص هي من الوثائق اللازمة لابرام العقد و التي يتأكد المأمور العمومي من وجودها و يمتنع عن ابرام العقد في غيابها رغم أنه من الناحية القانونية الصرفة يفترض أن لا يعيق غيابها ابرام العقد و يؤثر على صحة العقد، فالعقد المبرم دون ترخيص يبقى صحيح لكن هناك عقاب تأديبي للمعني بالأمر في نطاق القوانين الداخلية المُنظمة لمهنته.

إذن، نستنتج في النهاية أنه لابد من وجود الرضا لينعقد الزواج صحيحا، لكن لا يكفي التعبير عن الرضا، بل يجب أيضا أن يكون هذا التعبير صحيحا أي أن يوجد تطابق بين الإرادة المصرح بها ظاهريا و الارادة الباطنية الحقيقية.

الفقرة الثانية : صحّة الـرضا

صحّة الرضا تعني توفر صفات معينة في الرضا لكي يعتدّ به قانونا، وهي أن يكون جديا وخاليا من العيوب.

-أ- جـــــدّية الرضا

مبدئيا، لا يوجد في م أ ش فصل يشترط هذه الجدّية فالفصل 3 يتعلق بوجوب توفر الرضا فقط، لكن عقد الزواج وإن كان عقدا من نوع خاص و يخضع لأحكام خاصة ، يبقى قبل كل شيء عقد مدني يخضع للأحكام العامة

وهذا يعني أنه لابدّ من الربط بين الفصل 3م أ ش الذي يشترط وجود الرضا والفصل 2 م أع المتعلق بأركان العقد والذي يشترط التصريح بالرضا بما ينبني عليه العقد تصريحا معتبرا أي جديا وواعيا.

وتعني جدية الرضا في الزواج الوعي بأهمية العقد المبرم من أنه عقد الدوام والاستمرارية وتوفر النيّة الصادقة في تحقيق كل غايات الزواج، وفي تحمّل كل الحقوق والواجبات المنجرة عنه، فتفترض الجديّة إذا التطابق بين الإرادة المصرح بها أمام المأمور العمومي و الإرادة الحقيقية الباطنية.

لكن أحيانا، لا نجد هذا التطابق ولا يكون الرضا جدي فيصبح الزواج زواجا صوريا، ويثير الزواج الصوري عدّة مشاكل:

1- تعريف الصـــــــوريّة في الزواج

الزواج الصّوري هو الزواج الذي يبرم مع احترام جميع الشروط القانونية ظاهريا لكن يرمي من ورائه الأطراف باطنيا إلى تحقيق أهداف معينة. ونجد في الواقع صورتين للزواج الصوري :

- إما أن إرادة الأطراف اتجهت إلى تحقيق إحدى غايات الزواج ولكن دون إرادة تحقيق كلّ غايات الزواج وتحمّل كل واجباته كالزواج مثلا فقط للتمتع بنفقة أو لإكساب ابن طبيعي وضعية الابن الشرعي.

- أو أن يكون الهدف من وراء الزواج الصّوري أجنبيا تماما عن الزواج كالزواج للحصول على جنسية القرين أو على تأشيرة أو على إقامة أو الإعفاء من الخدمة العسكرية أو على امتيازات عائلية أو اجتماعية أو جبائيّة لا يمكن أن تتحقق

إلا بالزواج.

2- إثبات الصوريّة في الزواج

يتمثل إثبات الزواج الصّوري في إثبات عنصر باطني وسلبي أي إثبات غياب نيّة جادّة في إبرام عقد الزواج هو أمر صعب جدا إثباته بطريقة مباشرة إن لم يكن مستحيلا، ولذا فان إثبات صورية الزواج سيكون بطريقة غير مباشرة وذلك بإعتماد **قرائن يمكن استنتاجها بالرجوع إلى الظروف والملابسات التي تكون قد حفت بإبرام العقد سواء كانت سابقة أو معاصرة أو لاحقة لإبرام ذلك العقد**، مثال الفارق الشاسع في السن قد يكون قرينة على الصوريّة أو الاتفاق على الطلاق بمجرد تحقق الغاية أو اشتراط عدم المساكنة أو عدم وجود محل زوجي، فكلها قرائن على الصورية لكنها تبقى مجرّد قرائن بسيطة يبقى تقديرها موكول لاجتهاد القاضي.

3- جزاء الصّورية في الزواج

المبدأ هو أن مآل هذا الزواج الصوري لا يمكن أن يكون سوى البطلان لكن هذا المبدأ ليس مطلق.

* المبدأ : بطلان الزواج الصوري

المشكل أن الزواج الصوري يرتكز على الرضا الذي يتم التعبير عنه بصورة رسمية أمام سلطة رسمية، فلا يمكن إذن الاعتماد على مخالفة الفصل 3 لإقرار البطلان لان الرضا موجود، لذلك فان الأساس القانوني للإبطال سيكون **الفصل 21 م أ ش** الذي يحدد صور الزواج الباطل ومن بينها **صورة الزواج**

المقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد، فالمشرع التونسي يعطي للزوجين مجالا واسعا للاتفاق على أي شرط يتعلق سواء بأشخاصهم أو بأموالهم عملا بما يسمى "خيار الشرط" الذي نظمه الفصل 11 م أ ش، كاشتراط الزوجة مثلا عدم مساكنة أهل الزوج أو اشتراط السكنى في منطقة معينة إلى غير ذلك.

لكن هذه الحرية ليست مطلقة فحدودها نجدها في الفصل 21 الذي يعاقب بالبطلان كل شرط مخالف لجوهر العقد.

والمقصود بجوهر العقد هو الغايات الجوهرية لعقد الزواج المنصوص عليها بالفصل 23 م أش وهي الواجبات الزوجية حسب ما يقتضيه العرف والعادة فلا يمكن مثلا اشتراط عدم المعاشرة أو عدم المساكنة أو عدم الإنفاق أو عدم الإنجاب، وبذلك فان الزواج الصوري يتمّ اعتباره زواج مقترن بشرط متنافي مع جوهر العقد بما أنه يرمي إلى إقصاء بعض أو كل غايات الزواج الجوهرية و يرمي إلى تحقيق غايات أجنبية عن جوهر العقد ، ويكون مآله بالتالي البطلان الآلي و المطلق ، فالمشرع التونسي لم يكتفي بإبطال الشرط وإنما نصّ على بطلان العقد برمته.

*** الاستثناء : صحّة الزواج الصوري**

مبدأ بطلان الزواج الصوري ليس مطلقا لوجود بعض الحالات الاستثنائية التي نص عليها المشرع في حد ذاته رغم أنها تمثل زواجا صوريا .

- صورة زواج الجاني بالضحيّة في جريمة مواقعة قاصر الذي يُوقف التتبّع الجزائي على أساس **الفصل 227 مكرّر من المجلة الجنائية**، فالغاية

الحقيقية من هذا الزواج لا تتمثل في تكوين أسرة وإنما الإفلات من العقاب الجزائي ومع هذا هو زواج صحيح بإرادة المشرع لأنه يُمثل وسيلة لحماية مصلحة القاصر (و ربما وعيا منه أن هذا الزواج فيه نوع من الإكراه المعنوي للجاني فإن المشرع نصّ على أنه إذا طلب الجاني الطلاق إنشاءا في ظرف عامين تُستأنف التتبعات).

لكن أمام الانتقادات الفقهية الشديدة لهذه الصورة تراجع المشرع و قام بإلغاء هذه الامكانية و تنقيح احكام الفصل 227 مكرر بمقتضى القانون عدد 58 المتعلق بالقضاء على العنف ضد المرأة المؤرخ في 11 اوت 2017 و الذي يدخل حيز النفاذ بعد 6 أشهر من تاريخ نشره بالرائد الرسمي.

- **صورة زواج المريض مرض الموت** : يُعتبر زواج المحتضر زواجا صوريا لأن من يبرم زواجه في مرض موته لا يهدف إلى تحقيق غايات الزواج وإنما إلى هدف معين، كتمتيع القرين بنصيب من الإرث أو لتسوية وضعية حمل غير شرعي.

ومع ذلك نجد أن **قانون 3 نوفمبر 1964 المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج** نص في **الفصل 5** على إعفاء المحتضر من تقديم هاته الشهادة وهو ما يعني الإقرار بصحة زواج المحتضر رغم انه زواج صوري و في ذلك تغليب لحريّة الزواج على صوريّة الزواج و في ذلك أيضا استثناء لمبدأ بطلان العقود المبرمة أثناء مرض الموت.

و نلاحظ في النهاية من باب الإثراء أنه خارج هذه الصور الاستثنائية

المُقرّرة لإعتبارات إنسانية فقد قضى القانون التونسي على عدّة صور للزواج الصوري موجودة في بعض البلدان العربية اعتمادا على اجتهادات مذاهب فقهية قابلة للنقاش مثل **الزواج المؤقت** الذي يتم فيه الإتفاق على الزواج لمدّة زمنية مُحدّدة أو **زواج المتعة** الذي يبرم فقط لغاية جنسية بحتة دون تحمل بقية الواجبات أو **زواج المسيار** الذي يعفى فيه الزوج من واجب المساكنة و الإنفاق أو **زواج التحليل** الذي يبرم لتحليل رجوع المطلقة ثلاثا لزوجها فكلّ هذه الصور تعتبر في القانون التونسي صورا لزواج مقترن بشرط متنافي مع جوهر العقد لأن الأصل أن الزواج هو رابطة أبدية تبرم لذاتها و لكلّ آثارها.

ب- سلامة الرضا من العيوب

لم يتعرض المشرع التونسي في م أ ش لعيوب الرضا في الزواج بخلاف المشرع الفرنسي الذي فضلا عن الفصل 1109 من المجلة المدنية المتعلق بعيوب الرضا في العقود عامة، فقد اوجب صلب الفصل 180 من نفس المجلة أن يكون رضا الزوجين خالي من العيوب، لكن هذا لا يعني أن المشرع التونسي لا يعتدّ بعيوب الرضا في عقد الزواج فهذا العقد رغم صبغته الخاصة يبقى أولا عقدا مدنيا خاضعا للنظرية العامة للعقود التي تستوجب أن يكون الرضا خالي من العيوب المنصوص عليها **بالفصول من 43 إلى 61 م إ ع.**

لكن عقد الزواج وان كان عقدا مدنيا، فهو عقد من نوع خاص لأنه لا يهم الزوجين فقط بل يُنشئ عائلة و بالتالي يهمّ الغير لذلك فان نظرية عيوب الرضا

لا يمكن تطبيقها بصورة مطلقة بل لابد من تطويعها مع خصوصية العقد لكي لا تنعكس سلبا على العائلة لذلك لن يقع اعتماد كل العيوب.

1 – العيوب التي لا تؤثر على الرضا في الزواج :

لابد من الاشارة في البداية أن الغبن الذي لا يعتبر حتى في النظرية العامة للالتزامات عيبا مستقلا للرضا لا يمكن أن يلعب أي دور في عقد الزواج لأنّ هذا العقد يهم الحالة الشخصية في حين أن الغبن له مفهوم اقتصادي، فهو يتمثل في الخسارة المالية التي تلحق بأحد المتعاقدين نتيجة عدم تكافئ الالتزامات التعاقدية.

أما بخصوص عيوب الرضا الأصليّة فقد طرح الإشكال حول إقصاء التغرير من العيوب المؤثرة على الرضا في الزواج.

يتمثل التغرير في استعمال حيل من شانها تضليل المتعاقد وحمله على الرضا بأمر لم يكن ليرضي به لو كان عالما بالحقيقة، وقد يتمثل التغرير أيضا في السكوت عمدا عن معلومة معينة لو علم بها المتعاقد الآخر لما رضي بالعقد فالتغرير هو إذا غلط مُستثار، وقد استقر فقه القضاء الفرنسي على أن التغرير في مادّة الزواج هو حق مشروع مسموح به ولا يُسبّب البطلان و نجد في هذا الصدد مقولة شهيرة في الفقه الفرنسي

« En mariage ,il trompe qui peut ».

لكن هل يجب تطبيق هذه النظرية بالضرورة في القانون التونسي ؟

في الواقع وبالرجوع إلى المعطيات الاجتماعية، يتبين أن التغرير يكاد يكون ملازم لكل عقد زواج و لكل العلاقات الانسانية باعتباره إظهارا لمحاسن قد تكون غير موجودة أو إخفاء لعيوب موجودة فان اعتبرنا التغرير مُوجبا لإبطال الزواج لفسحنا مجالا واسعا لإبطال عقود الزواج والمسّ من استقرار مؤسسة الأسرة ودوامها، في حين أن إرادة المشرّع تتمثل في التضييق إلى أقصى حدّ من مجال البطلان.

لكن من جهة أخرى، قد يتجاوز التغرير الحدّ المألوف من المبالغة والكذب ويصل إلى درجة من الجسامة تؤثر على رضا الطرف الآخر لذلك من الناحية النظرية، وفي غياب فقه قضاء تونسي في هذه المسألة و رغم إتجاه مُعظم الفقهاء إلى عدم تبنيّ التغرير ، لا شيء يمنع من الاجتهاد و امكانية مخالفة القانون الفرنسي و اعتماد عيب التغرير لكن لابدّ من التفريق بين التغرير "**المحمـــود**" أي المُغتفر الذي لا يؤثر على الرضا بالعقد، وبين التغرير "**المذمـــوم**" أي غير المشروع و الخطير الذي يؤدي إلى إمكانية إبطال الزواج.

2 – العيوب التي تؤثر على الرضا في الزواج :

قبل التركيز على هذه العيوب، يمكن أن نشير إلى حالة خاصة ونادرة نصّ عليها **الفصل 58 م إ ع** القانون الذي يوجب إبطال العقد إذا وقع في حالة سكر مُغيّر للشعور، وعمليا هذه الصورة معدومة لأن إبرام العقد يفترض إعداد وثائق تتطلب مُدّة من الزمن ويقع تقديمها قبل أجل معين. والقيام بكل هذه

الإجراءات هو تعبير عن إرادة واعية، فيصبح التعبير عن الرضا أمام المأمور العمومي هو مجرد تصديق لإرادة سابقة، ولكن على فرض وجود هذه الحالة فهي تقتضي وجوب بطلان الزواج.

أمّا العيوب المعتمدة على المستوى العملي، فتتمثل في عيب الإكراه من جهة، وعيب الغلط من جهة أخرى.

* الإكـراه :

حسب **الفصل 50 م إ ع**، الإكراه هو « إجبار احد بغير حق على أن يعمل عملا لم يرتضيه ».

ويمكن أن نميّز بين صورتين للإكراه في عقد الزواج :

- الاكراه المادي :

هي الحالة التي يُجبر فيها الشخص على التعاقد دون أن يكون له حرية الاختيار، ومثال ذلك مسك يد المتعاقد بالقوّة لوضع إمضاءه أو بصماته على العقد أو وضع المتعاقد في حالة لا وعي بواسطة التنويم المغناطيسي أو المخدّرات ليُمضي على العقد.

هذا الإكراه يُعدم الرضا تماما ولا يعيبه فقط ويؤدي إلى البطلان المطلق للعقد، لكن لا يمكن وجوده في عقد الزواج لأنّ إبرام الزواج يتمّ أمام سلطة رسمية التي سترفض إبرام العقد في حالة وجود إكراه.

- الاكراه المعنوي :

يتمثل هذا الاكراه حسب الفصل 51 من م إ ع في إبرام العقد تحت تأثير خوف شديد من ضرر فادح قد يُصيب النفس أو العرض أو المال. وهذا الإكراه لا يُعدم الرضا بل يعيبه فقط، لأنّ المُكره كان مُرغما على الاختيار بين أمرين: إما إبرام العقد أو تحمل نتائج التهديد فاختار التعاقد لكن رضاه لم يكن حرا.

هذه الصورة يمكن أن توجد في عقد الزواج، إلا انه نظرا للصبغة الخاصة لهذا العقد ورغبة المشرع في استقرار العائلة ينبغي عدم التوسع في هذا العيب، فالأمر يختلف حسب عدّة معايير :

* **معيار وسيلة الإكراه :** يجب أن تكون الوسيلة غير مشروعة لكي يكون هناك إكراه، فمثلا التهديد بالقتل المُوّجه من والد فتاة قاصر إلى الشخص الذي واقعها يعتبر وسيلة غير مشروعة وبالتالي مُكوّن لإكراه أدبي، في حين أن التهديد برفع أمره للقضاء لا يعتبر إكراه معنوي لأنها وسيلة مشروعة.

* **معيار مصدر الإكراه :** عادة الإكراه الصادر من الوالدين لا يُعتبر إكراه معنوي إلا إذا صحبه حسب الفصل 55 م ا ع تهديد قوي وضرب صيّر الابن فاقدا لإرادته .

* **معيار شخصيّة المُكرَه :** تأثير الإكراه على رضا المتعاقد يختلف بحسب الجنس ما إذا كان يتعلق بذكر أو أنثى، وبحسب السن والوضع الاجتماعي إلى آخر الاعتبارات التي يجب على القاضي مراعاتها لتقدير درجة تأثير الإكراه على إرادة المتعاقد المُكرَه.

* الغلط :

هو اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيصوّر له الأمور على غير حقيقتها و يدفعه إلى التعاقد في حين أنه لو كان عالما بحقيقة الأمر لما أقدم على التعاقد، ويؤدي الغلط حسب **الفصل 46 م إ ع** إلى إبطال العقد إذا كان هو الدافع الأساسي للتعاقد.

على الصعيد التطبيقي، لا نجد فقه قضاء تونسي متعلق بعيوب الرضا في الزواج بصورة عامة ربما نظرا لأن باب الطلاق مفتوح على مصراعيه للمتقاضين بأنواعه المتعددة بدون أن يكلفهم ذلك عبء إثبات إن المتعاقد ما كان ليتزوج لو كان عالما بالحقيقة.

لكن على الصعيد النظري يمكن أن نجد صورتين للغلط في عقد الزواج :

- الغلط في الذات المادية للشخص :

يعني عوضا عن الزواج ب « أ » تزوج ب « ب » و هي صورة خيالية لا يمكن أن توجد الآن بحكم الاختلاط قبل الزواج وهي صورة تُعدم الرضا ولا تعيبه فقط (من صور الغلط المانع).

- الغلط في صفة جوهريّة من صفات الشخص :

هي الصورة الأكثر حصولا على المستوى التطبيقي، وهذا الغلط لم يكن معتمدا لفترة طويلة في فقه القضاء الفرنسي حسب موقف الدوائر المجتمعة في قرار معروف بقرار "برتون Berthon" صادر في 24 أفريل 1862 الذي

تفيد وقائعه أن فتاة تزوجت بشخص كانت تعتقد بأنه شريف، لكنها اكتشفت انه استهدف لعقاب بالسجن لمدة 15 سنة من أجل القتل فرفعت دعوى في إبطال الزواج على أساس الغلط في الصفات الجوهرية للقرين، لكن محكمة التعقيب الفرنسية رفضت اعتماد هذا العيب.

ولقي هذا الموقف انتقادات فقهية شديدة مما دفع فقه القضاء الفرنسي إلى تغيير موقفه وقبول هذا الغلط كما تدخل المشرع الفرنسي بقانون 11 جويلية 1975 لينصّ بصفة صريحة على الإبطال في صورة الغلط في صفة جوهرية للقرين.

أما بالنسبة للقانون التونسي، فإن الفصل 46 م إ ع يشير صراحة إلى إبطال العقد إذا كان الغلط في صفة جوهرية للمتعاقد، وكان هذا الغلط هو الدافع الأساسي للرضا بالعقد.

و كأمثلة لهذا الغلط يمكن أن نذكر الغلط في الماضي الجنائي للقرين أو الغلط في القدرة الجنسية للقرين أو الغلط في السلامة الجسدية أو في المعتقد الديني أو الغلط في شرعية نسب القرين.....

ورغم انعدام فقه قضاء مباشر في خصوص الغلط في عقد الزواج إلا أنه نجد إشارة لهذه المسألة في فقه قضاء محكمة التعقيب في **القرار التعقيبي عدد 5929 الصادر في 15 ديسمبر 1981** وتفيد وقائعه اكتشاف الزوج إن زوجته مصابة بمرض أعصاب مزمن منعها من القيام بواجباتها الزوجية ، وبعد أن فشل في علاجها رفع دعوى في الطلاق للضرر، فاعتبرت محكمة التعقيب أنّ

المرض رغم أنّه يحدث ضررا ثابتا لما يترتب عنه ضرورة من إخلال بالواجبات الزوجية إلا أنّه لا يعتمد كسب للطلاق للضرر نظرا لإنتفاء الخطأ فيه فهو عبارة عن قوّة قاهرة و كان بإمكان محكمة التعقيب أن تقف في حدود المطلوب و هو تحديد موقفها من المرض كأساس للطلاق للضرر لكنها أثارت من تلقاء نفسها مسألة البطلان من باب التزيّد و أضافت « **أما العيوب الناتجة عن إصابة احد الزوجين بمرض مزمن إنما يمكن أن تكون سببا في طلب فسخ (المقصود إبطال) عقد النكاح إن وقع السكوت عن بيانها عند عقد الزواج غشّا وتدليسا ولم يحصل الرضا بها بعد العلم** ».

و نستنتج من هذا القرار أن عيب المرض أو غيره من العيوب لكي يعتمد كأساس للإبطال يجب أن تتوّفر فيه 3 شروط : أن يكون العيب موجودا زمن إبرام العقد ، أن يكون العيب معلوما من القرين صاحب العيب و أن يتعمّد إخفائه عن الطرف الأخر و أخيرا عدم الرضا بهذا العيب من طرف القرين السليم و هنا نلاحظ بعض الغموض على مستوى الشروط فهي تُحيل إلى عيب التغرير أكثر من عيب الغلط.

ورغم هذه المحاولات القضائية لفتح باب إمكانية الإبطال في صورة الغلط في صفة جوهرية، إلا أن دعاوى الإبطال مازالت مفقودة.

وتثير هاته الصورة إشكالية تتمثل في تحديد معيار الصفة الجوهرية : **فكيف يتم إثبات أن الصفة التي وقع بشأنها غلط هي صفة جوهرية؟**

تقدير معيار الصفة الجوهرية يكون من طرف القاضي وذلك بالمزج بين

معيارين : أولا معيار ذاتي (هل كان ذلك المتعاقد بالذات سيتزوج لو كان عالما بالحقيقة)، ثم يُضيف معيار اجتماعي موضوعي (الشخص العادي من نفس ظروف المتعاقد هل يعتبر تلك الصفة جوهرية أم لا ؟).

لابدّ أن نشير في النهاية أن كل عيوب الرضا تؤدي فقط إلى **بطلان نسبي للعقد** لأن حماية الرضا لا تهم النظام العام و إنما فقط مصلحة خاصة و هي مصلحة القرين الذي كان رضاه معيبا وهذا يعني أن القرين المتضرر الذي كان رضاه معيبا هو الوحيد الذي له حق إثارة دعوى البطلان أو التصديق على العقد، وذلك في أجل أقصاه سنة واحدة من تاريخ اكتشاف العيب أو من يوم زوال الإكراه.

القسم الثالث : الشروط الإجتماعيّة

تتمثل في شرط إيجابي وهو المهر وشروط سلبيّة هي موانع الزواج

الفقرة الأولى : الـــمهر

لابدّ من التمييز بين تسمية المهر ودفعه

أ - وجوب تسمية المهر

تنصّ الفقرة الثانية من الفصل **3 م إ ش** أنه « **يُشترط لصّحة الزواج**

إشهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة » واستمد المشرع شرط المهر من أحكام الشريعة الإسلامية.

ويمكن **تعريف المهر بأنه المال الذي يقدّمه الرجل للمرأة بقصد التزوّج منها** ويهدف المهر إلى التودّد للزوجة وطمأنتها على الوضع المادي للزوج.

وحسب الفصل **12 م أ ش « كلّ ما كان مباحا ومُقوّما بمال تصلح تسميته مهرا »** فالمهر إذا يمكن أن يتمثل في أي مال داخل في إطار التعامل سواء كان منقولا أو عقارا، و للأطراف حرية تحديد قيمته المالية، وقد جرت العادة على أن يكون المهر المُسمّي رمزيا .

و المهر هو ملك للزوجة وحدها فلا يجوز لوليّها الاستئثار بهذا المال كما هو معمول به في بعض المناطق كما أنّ هذا المال لا يدخل ضمن الأملاك المشتركة بين الزوجين في صورة اختيار نظام الإشتراك فيبقى خاصا بالزوجة وفق مقتضيات الفصل 4 من **قانون 9 نوفمبر 1998** المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

أمّا بالنسبة لجزاء عدم تسمية المهر، فبالرجوع لصيغة الفصل 3 نفهم أن تسمية المهر هي شرط لصحة العقد، وهذا يعني أن عدم تسميته تؤدي إلى بطلان العقد رغم عدم تنصيص المشرع بصفة صريحة على هذه الصورة ضمن صور بطلان الزواج التي حددها في الفصل 21 م ا ش .

لكن الإشكال يبقى في تحديد طبيعة هذا البطلان و هو الأمر الذي اختلف بشأنه الفقهاء : فمنهم من اعتبر أنه بطلان مطلق لخُلوّ الالتزام من ركن من

أركانه حسب الفصل 325 م إ ع، وهناك جانب آخر من الفقه وهو الغالب والأقرب إلى المنطق، اعتبر أن شرط تسمية المهر وُضع حماية لمصلحة خاصّة لا عامّة و هي مصلحة الزوجة فقط ، وبالتالي في صورة الإخلال به يكون البطلان نسبي فقط تقرّره الزوجة دون غيرها.

ب- دفع المهـــر

خلافا لتسمية المهر التي تعتبر شرطا لإبرام عقد الزواج، فان دفع المهر لا علاقة له بمرحلة إبرام العقد و إنما يدخل في مرحلة تنفيذه. ويُدفع المهر للزوجة باعتباره حسب الفصل 12 " ملكا لها وحدها " رغم أن العرف قد جرى في بعض المناطق على تسليم المهر لوالدي الزوجة.

و للزوجين الإتفاق على كيفيّة دفع المهر سواء كان دفعه مُعجّلا زمن إبرام العقد أو مُؤجلا.

وتختلف آثار عدم دفع المهر بحسب إذا ما تمّ البناء أم لا :

* **قبل البناء :**

حسب **الفصل 13 م أ ش**، ليس للزوج أن يجبر الزوجة على البناء إذا لم يدفع المهر، و هو ما يجعل من دفع المهر شرطا لنفاذ العقد و في صورة مُماطلة الزوج و إمتناعه عن دفع المهر يمكن للزوجة أن تطلب الطلاق للضرر.

* **بعد البناء :**

إذا ما تمّ الدخول بين الزوجين وامتنع الزوج عن دفع المهر فإنّ هذا الدين يبقى في ذمّة الزوج كأيّ دين مدني عادي لا يتسنى للزوجة إلاّ المُطالبة به فقط وفق الإجراءات العاديّة للمطالبة بالديون، ولا يمكن لها أن تتّخذ من هذا الامتناع سببا لطلب الطلاق حسب **الفصل 13** وحسب ما استقر عليه فقه القضاء (قرار تعقيبي مدني عدد 6246 مؤرخ في 1968/10/22) .

الفقرة الثانية : موانع الزواج

حسب **الفصل 14 م أ ش** تنقسم موانع الزواج إلى قسمين : موانع مُؤبّدة وموانع مُؤقتة.

أ – الموانع المُؤبّدة

حسب الفصل 14 الموانع المُؤبدة هي : القرابة و المُصاهرة و الرّضاع و التطليق ثلاثا. ويُضاف إلى هذه الموانع ما نصّ عليه الفصل 76 م ا ش المُتعلق بالتفريق الأبدي بين الزوجين.

و تتميز هذه الموانع المؤبدة بأنها دائمة ثابتة لا تزول بمرور الزمن أو تغير الأوضاع و هي مطلقة و قاطعة لا تتحمل أي استثناء.

1– مانع القرابة :

حسب **الفصل 15** المُحرّمات بالقرابة هم :

- أُصول الرجل : الأمّ والجدّة سواء من جهة الأمّ أو الأب

- فُصول الرجل : بناته أو بنات أبنائه
- فُصول أوّل أصوله : يمنع على الرجل التزوج بأخواته ويمنع على المرأة التزوج بإخوتها.
- أوّل فصل من كُلّ أصل وإن علا : يُمنع على الرجل الزواج بعمّاته أو خالاته ويُمنع على المرأة الزواج بأعمامها و أخوالها.

وهذه الموانع مُستمدّة مُباشرة من القران الكريم (سورة النساء).

2- مانع المُصاهرة :

نصّ **الفصل 16 م إ ش** على المُحرّمات بالمصاهرة وهو مانع ينشئ بسبب إبرام عقد الزواج فيحول دون زواج القرين ببعض أقارب القرين الآخر بعد انفصام الزواج وهم :

- أصول الزوجات بمجرّد العقد : يمنع على الزوج الزواج بأمّ زوجته وجدّتها.
- فُصول الزوجات بشرط الدخول بالأمّ : يعني إذا دخل الزوج بزوجته فلا يمكنه لاحقا الزواج ببنات زوجته أو بنات أبنائها.
- زوجات الآباء و إن علو بمجرّد العقد: يُحرّم الزواج بزوجة الأب أو زوجة الجدّ.
- وزوجات الأولاد وان سفلوا بمجرّد العقد : المقصود بذلك زوجة الابن وزوجة

ابن الابن أو زوجة ابن البنت.....

هذه الموانع أيضا مُستمدة من القرآن الكريم

3- مانع الرّضاع :

ينصّ **الفصل 17 م أ ش** على انه يُحرّم من الرّضاعة ما يُحرّم من النسب والمصاهرة ويُقدّر الطفل الرضيع دون إخوته وأخواته ولدا للمُرضعة وزوجها فكأنه من صلبهم.

ويجد هذا المانع جذوره في التشريع الإسلامي، ويشترط الفصل 17 في الرضاعة أن تتم في العامين الأولين كي تُشكّل مانعا للزواج .

وقد تعرضت محكمة التعقيب إلى مشكل إثبات مانع الرضاع، واعتبرت في قرارها عدد 319 الصادر في 17 جانفي 1961 و قرارها عدد 308 في 01 مارس 1977 أن وسائل إثبات الرضاع لا تخضع لقواعد وسائل الإثبات العامة الوارد بها الفصل 420 م إ ع، و إنما تخضع لـ م أ ش والفقه الإسلامي وانه من الممكن إثبات الرضاع بشهادة النساء إذا أفشين ذلك قبل إبرام عقد الزواج المراد إبطاله من أجل الرضاع فالمحكمة تشترط إذن ذيوع وتفشي خبر الرضاع قبل إبرام الزواج، فالشهادة لا تكفي لوحدها إذا لم يكن الرضاع معلوما لدى الأغلبية.

ويجب أن نلاحظ بخصوص الموانع السابقة الذكر، أن **قانون 4 مارس 58** المتعلق بالتبني نصّ على أنّ موانع الزواج المنصوص عليها بالفصول من

14 إلى 17 تبقى قائمة بين الإبن بالتبني وعائلته الأصليّة إن كان أقاربه معروفين، إضافة بطبيعة الحال لقيام هذه الموانع تجاه عائلته القانونية بمفعول التبني.

كما نصّ أيضا الفصل 5 من **قانون 28 أكتوبر 1998** المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، انه إذا ثبتت الأبوّة تنطبق القواعد الخاصة بموانع الزواج المنصوص عليها بالفصول من 14 إلى 17 م إ ش.

4- مانع التطليق ثلاثا :

نصّ **الفصل 19 م إ ش** على أنّه « **يُحجّر على الرجل أن يتزوّج مطلقته ثلاثا** » ومعنى ذلك أن الرجل إذا طلّق زوجته ثلاث مرات لم يعد بإمكانه الزواج بها مستقبلا مهما كانت الظروف.

ويعتبر هذا التحجير مخالفا لموقف التشريع الإسلامي الذي يعتبر التطليق ثلاث مانع مؤقت فقط يزول بتزوّج المرأة من رجل آخر ثم يقع الطلاق بعد البناء، حينها يجوز لها الرجوع لمطلقها.

ويمكن تبرير هذا التحجير المُطلق من طرف المشرع التونسي بأمرين:

أولهما يتمثل في رغبة المشرع إلغاء مهزلة زواج التحليل وتلافي الحيل الشرعية التي استنبطها بعض الفقهاء المسلمين بالالتجاء إلى شخص يلتزم بعدم الدخول أو شخص عاجز عن الدخول أو حتى بقاصر ليُحلل فقط الرجوع الى الزوج الاول ، في حين قد ورد عن **الرسول الكريم عليه أفضل الصلاة و السلام قوله " لعن الله المُحلل والمُحلل له ".**

أمّا **الأمر الثاني** الذي يبرر اعتماد التطليق ثلاثا كمانع مؤبد فهو حماية المشرع لمؤسسة العائلة من خلال فرض طور صلحي في دعوى الطلاق تتكرّر فيه المحاولة الصلحية 3 مرّات في صورة وجود أبناء ، فإذا ما فشلت المساعي الصلحية في 3 دعاوي طلاق بكلّ مراحلها فهذا يعكس فشل العلاقة الزوجية واستخفاف أطرافها بهذه المؤسسة.

و لابدّ من الإشارة أنّ الطلاق لا يُحتسب إلاّ إذا صدر حكم بات فيه أي أصبح غير قابل للطعن بأي وسيلة من الوسائل و إذا صرّحت المحكمة بالطلاق للمرّة الثالثة فإنها تصرّح في نفس الحكم بالتفريق الأبدي بين الزوجين.

5- الفراق الأبدي بين الزوجين :

لم يرد هذا المانع ضمن الموانع المؤبدة المذكورة في الفصل 14 وإنما ورد في الكتاب السادس المتعلق بالنسب، إذ نصّ **الفصل 76** « إذا أثبت الحاكم نفي الأبوّة (طبق أحكام الفصل السابق) ، فانه يُحكم بقطع النسب والفراق الأبدي بين الزوجين » وهذا يعني أنه إذا أثبت الزوج أن الطفل الذي ولدته زوجته ونسبته له لم يكن من صلبه، فإن القاضي يحكم صلب نفس الحكم بنفي النسب والفراق الأبدي بين الزوجين، وهو أمر منطقي لأنّ في نفي النسب ثبوت لزنا الزوجة، فلا يمكن قبول زواج بينهما مرة أخرى لأنّ الشك والريبة ستدّمر هذا الزواج لا محالة.

ب- الموانع المؤقتة

هي موانع مبنية على سبب قابل للزوال لذا تُسمّى مؤقتة فبمجرد زوال المانع يجوز إبرام عقد الزواج، وقد نصّ الفصل 14 على هذه الموانع، وتتمثل في تعلّق حق الغير بزواج أو بعدّة، لكن يُضاف إلى هذه الموانع الصريحة المتفق عليها مانع آخر اختلف الفقه وفقه القضاء في شأنه وهو المانع المُتعلق بالاختلاف في الدين.

1- تعلّق حق الغير بزواج :

يقوم هذا المانع في جانب الرجل والمرأة على حدّ السواء، فلا يستطيع الرجل أن يتزوج إلا واحدة، فقد نصّ **الفصل 18 م إ ش** على أنّ « **تعدّد الزوجات ممنوع** » ، ولا تستطيع المرأة أن تتزوج إلا واحدا، فقد نصّ **الفصل 20 « يُحجّر التزوج بزوجة الغير ».**

ويعتبر منع تعدد الزوجات مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تبيح الزواج بأربعة، ويتفرّد التشريع التونسي بهذا المنع المطلق فمعظم البلدان العربية تُنظم التعدّد وبعضها يقيده فقط ببعض الشروط كموافقة الزوجة الاولى أوموافقة القاضي، والهدف من هذا المنع هو الحفاظ على توازن الأسرة وعدم تشتيت الزوج في علاقات زوجية متعددة إضافة إلى سعي المشرع إلى تحديد النسل .

ومنع تعدّد القرين كان شاملا ومطلقا على جميع الأصعدة في القانون التونسي :

- فالمنع يشمل المرأة والرجل على حدّ السواء

- المنع يشمل كل زواج مهما كانت صيغة إبرامه، يعني سواء كان الزواج الأوّل رسميا أو عرفيا و سواء كان صحيحا أو باطلا ونفس الشيء بالنسبة للزواج الثاني.

- المنع يؤدي في صورة خرقه إلى جزاء مدني يتمثل في إبطال الزواج الثاني و أيضا إلى عقاب جزائي يتمثل في السجن لمدّة عام وخطية قدرها 240 دينارا أو بإحدى العقوبتين ، ولا يمكن تطبيق ظروف التخفيف المنصوص عليها بالفصل 53 من المجلة الجنائية.

كما يُعاقب بنفس العقوبات الشخص الذي يتزوّج بشخص مُرتكب لجريمة تعدّد القرين (مثلا امرأة غير مُتزوجة تتزوج برجل مُتزوّج) ، فلا وجود لتمييز على مستوى العقاب بين الفاعل الأصلي والشريك إلا إذا ثبت أن الشريك يجهل أن قرينه مُتزوّج فإنه ينتفي عنه ركن القصد و بالتالي تنتفي الجريمة.

وحسب الفصل 21 م ا ش إذا وقعت تتبعات جزائية تطبيقا لأحكام الفصل 18 فإنّه يقع البتّ بحكم واحد في الجريمة وفساد الزواج الثاني علما أنّ جريمة تعدّد الزوجات هي من إختصاص قاضي الناحية و هذا القاضي رغم أنه ينظر في الجريمة بوصفه قاضي جزائي إلاّ أنّه مُطالب كلما صرّح بالعقاب الجزائي في جريمة تعدّد الزوجات أن يصرّح بالعقاب المدني أي إبطال الزواج الثاني.

- هذا المنع يتبع المواطن التونسي في أي مكان يوجد فيه حتى ولو استقر في بلد يسمح بتعدّد الزوجات لأنّ **مجلة القانون الدولي الخاص تنصّ في فصلها 45**

على أنّه بالنسبة للشروط الأصليّة للزواج، بما فيها موانع الزواج، ينطبق القانون الشخصي للزوجين كلّ على حدة (إباحة أو منع تعدّد القرين هي مسألة تتبع الشروط الأصليّة للزواج و بالتالي يخضع فيها كل مواطن حامل للجنسية التونسية للقانون التونسي حتى و لو كان مُقيما في بلد يسمح بالتعدّد).

- كما يمنع القانون التونسي حتى المواطنين الأجانب من إبرام زواج على التراب التونسي يتسبب في تعدد الزوجات إذ تنص **مجلة قانون الدولي الخاص في الفصل 46** على انه إذا كان احد الزوجين من مواطني بلد يسمح بتعدّد الزوجات، فإن ضابط الحالة المدنية أو عدلي الإشهاد لا يمكن لهم إبرام عقد الزواج إلاّ إذا قُدّمت لهم شهادة رسميّة صادرة عن سلطة دولة هذا الأجنبي المعني بالأمر تُثبت أنه في حلّ من كُلّ رابطة زوجية أخرى.

2- تعلّق حق الغير بعدّة :

هذا المانع مُستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، وتمثل العدّة أجلا مفروض على المرأة تتربص فيه بنفسها و لا يمكنها خلاله أن تتزوج من جديد بعد انقضاء زواجها الأول بالطرق القانونية أو الطبيعية أي بالموت.

والغاية الأساسية من العدّة هي التأكد من براءة رحم الزوجة لتفادي اختلاط الأنساب، لكن للعدّة أيضا قيمة رمزية تتمثل في صورة الطلاق في إعطاء فرصة للتفكير في إمكانية إعادة العلاقة الزوجية المنحلّة، أما في صورة الوفاة فهي فترة حداد واحترام لذكرى الرّاحل.

أمّا بالنسبة لتحديد مدّة العدّة، فهي تختلف من صورة إلى أخرى حسب

الفصول 35 و 36 م إ ش :

- بالنسبة للمرأة **المطلقة** غير الحامل فعدّتها **ثلاثة أشهر** كاملة بشرط حصول الدخول، أما في صورة عدم الدخول فالمطلقة لا عدّة لها.و يبتدأ احتساب أجل العدّة من تاريخ صدور الحكم البات في الطلاق.

- بالنسبة للمرأة **المُتوفي عنها زوجها**، فعدّتها **4 أشهر و 10 أيام** تبتدأ من يوم الوفاة.

- بالنسبة للمرأة **الحامل** فعدّتها **وضع حملها** سواء في صورة الطلاق أو الوفاة وأقصى مدّة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

- بالنسبة لزوجة **المفقود** الذي صدر حكم قضائي بوفاته الحكمية يتم تطبيق **عدّة الأرملة** وتُحتسب من يوم صدور الحكم البات في الوفاة الحكمية .

- بالنسبة لـصورة **الزواج الباطل** فقد أوجب الفصل 22 م إ ش والفصل 36 من قانون الحالة المدنية على المرأة احترام أجل العدّة في صورة إبطال زواجها بشرط حصول الدخول ،لكن هذه الفصول لم تحدد أجل العدّة، فيقع القياس على مدة العدّة في الطلاق أي **3 أشهر** تُحتسب من يوم صدور الحكم البات في بطلان الزواج.

ويجب الإشارة إلى أن **هذه الآجال تهم النظام العام**، فلا يمكن اختزالها حتى ولو تمّ التأكد من براءة رحم المرأة بالوسائل العلمية الثابتة.

وتُرتّب العدّة **<u>حقوق و واجبات</u>** بالنسبة للمرأة المعتدّة.

فهي من جهة تتمتع بحق نفقة العدّة وهو حق قائم في كل صور العدّة حتى

و لو كان الزوج هو طالب الطلاق للضرر بما أن أساس استحقاقها ليس انحلال الزواج في حدّ ذاته و إنما هي مقابل احتباس المرأة في هذه الفترة على ذمّة مفارقها.

لكن نستثني صورة العدّة من زواج باطل فلا تستحق فيها المرأة نفقة بما أن النفقة ككل التزام تستوجب سببا قانونيا مشروعا حسب الفصل 67 م ا ع في حين أن البطلان هو جزاء و لا يصلح كسبب قانوني . كما أن آثار الزواج الباطل وردت على سبيل الحصر باعتبارها استثناء من مبدأ رجعيّة البطلان و لم تشمل حق النفقة فلا يمكن التوسع فيها.

و في المقابل فإن المُعتدّة مُطالبة بعدم إبرام أي زواج في فترة العدّة، وكلّ زواج تبرمه في هذه الفترة يُعتبر باطل إلاّ زواجها بمُفارقها فهو زواج صحيح لأنّ الفصل 20 حجّر فقط الزواج بمُعتدّة الغير كما لا يُخشى من هذا الزواج إختلاط الأنساب.

2- الإختلاف حول مانع التباين في الدين :

لم تتعرض م أ ش للاختلاف في الدين لا كمانع مُؤبد ولا كمانع مُؤقت، ولابدّ قبل كل شيء من التفريق بين وضعية المرأة والرجل : فبالنسبة للرجل، لا يطرح المشكل باعتبار أن التشريع الإسلامي يبيح له الزواج بغير المسلمة بشرط أن تكون كتابية (مسيحية أو يهودية) ، فينحصر إذن المشكل في معرفة **هل أن المرأة التونسية المسلمة يمكن لها الزواج من رجل غير مسلم أم أن الاختلاف في الدين يعتبر بالنسبة لها مانع مؤقت يزول باعتناق من ستتزوج**

به الإسلام ؟

و للإجابة عن هذا السؤال، لابدّ من التعرض إلى مختلف المُعطيات التي تتداخل في هذا الموضوع.

*** المُعطى الأوّل : مجلة الأحوال الشخصيّة**

خلافا لمُعظم المجلاّت العربية الإسلامية التي تنصّ صراحة على منع زواج المسلمة بغير المسلم، فإن م أ ش لم تنص على هذا المانع ضمن موانع الزواج التي ينظمها الفصل 14 وما بعده.

لكن طُرح المشكل بخصوص تأويل **الفصل 5 م إ ش** الذي ينصّ على أنه **« يجب أن يكون كُلّ من الزوجين خُلوا من الموانع الشرعيّة ».**

فهل أن المقصود بعبارة الموانع الشرعيّة هو الموانع القانونية المنصوص عليها صراحة في م ا ش أم المقصود هو الموانع المُستمدّة من التشريع الإسلامي ومنها الاختلاف في الدين ؟

وقد انشق الفقهاء في تأويل هذا النص إلى اتجاهين :

*** اتجاه أوّل : إتجاه منع زواج المسلمة بغير المسلم**

يعتبر أن المقصود من عبارة الموانع الشرعيّة هو اعتماد الموانع المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية ومنها منع زواج المسلمة بغير المسلم ، وللتدليل على مقصد المشرع يدّعى أصحاب هذا الاتجاه أن المشرع التونسي يستعمل كلمة "شرعي" عند تعرضه لما ينطبق عليه التشريع الإسلامي، فيقول

مثلا أحكام شرعية أو محاكم شرعية، ويستعمل كلمة "قانوني" للدلالة على ما جاء بالمجلة وبالقوانين الوضعية، وقد كان بإمكان المشرع في الفصل 5 استعمال عبارة الموانع القانونية أو المنصوص عليها بالمجلة.

وبصفة عامة، يعتبر هذا الاتجاه أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي لمجلة الأحوال الشخصية، ويجب التقيد بأحكامها لأنّ تونس حسب الفصل الأول من الدستور دولة دينها الإسلام.

*** اتجاه ثاني : إتجاه إباحة زواج المسلمة بغير المسلم**

يعتبر أن نيّة المشرع من عبارة الموانع الشرعيّة لا يمكن أن تكون إلاّ بالرجوع إلى موانع م ا ش في حدّذاتها وذلك اعتمادا على الحجج التالية :

- أولا : من الناحية اللغويّة :

يمكن البحث عن مقصد المشرع بالرجوع إلى الترجمة الفرنسية لعبارة الموانع الشرعية "Les empêchements prévus par la loi".و الإستعانة بالصياغة الفرنسية ليس لتغليبها على الصياغة العربية فلا وجود لتعارض بين الصياغتين و إنما فقط لتوضيح غموض الصياغة العربية.

كما أنه خلافا لإدعاءات اتجاه المنع فإن المشرع يستعمل مصطلح شرعي ليس للتدليل على الشريعة الاسلامية و إنما على القانون الوضعي فيقول مثلا وسائل الإثبات الشرعيّة أو الدفاع الشرعي أو مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في معنى « قانوني »

- ثانيا : من ناحية المنطق القانوني :

لو كانت نيّة المشرع اعتماد مانع الاختلاف في الدين، لإستعمل إحدى الطريقتين:

+ إما أن يُقرّ هذا المانع صراحة كما فعل بالنسبة لبقيّة الموانع وكما فعل معظم المشرعين العرب

+ أو لكان اقتصر على الفصل 5 و لم ينظم الموانع في الفصول من 14 إلى 20 وعندها سنكون مرغمين على الرجوع إلى موانع الشريعة الإسلامية باعتبار أن المشرع لم يُنظّم أصلا أي نوع من الموانع.

و أكثر من ذلك الحل المُعاكس ، يعني تأويل الموانع الشرعية على أنها موانع الشريعة الإسلامية ، يؤدي إلى نتيجتين سلبيتين لا يمكن قبولهما منطقيا وهما :

أولا : التكرار لأنّ الرجوع إلى التشريع الإسلامي يعني الرجوع إلى موانع نصّ عليها أيضا المشرع التونسي كالرّضاعة والقرابة والعدّة....

ثانيا : التضارب لأنّ الرجوع يعني اعتماد كلّ موانع الشريعة الإسلامية حتى التي تتضارب مع الأحكام الصريحة لـ م ا ش في مادة الموانع كالتطليق ثلاث أو الزواج بثانية.

وفي النهاية، إذا اعتمدنا موانع الشريعة الإسلامية، فإن الفصل 14 م إ ش يصبح مُجردا من كل معني فما هي الفائدة منه ؟

ـ ثالثا : من ناحية القواعد القانونية :

حسب الفصل 540 م إ ع، فإن الموانع يجب أن تكون منصوص عليها من

طرف القانون صراحة لأن الأصل في الأمور هو الإباحة ولا يجب التوسع في هذه الموانع (ما به قيدٌ أو استثناء من القوانين العمومية لا يجب أن يتجاوز القيد المحصور مُدّة و صورة).

*** المُعطى الثاني : المصادقة على اتفاقية نيويورك**

صادقت البلاد التونسية بمقتضى القانون المؤرخ في 21 نوفمبر 1967 على **اتفاقية نيويورك المبرمة في 10 ديسمبر 1962** التي تُقرّ بحرية الزواج للجنسين بدون أي اعتبار للجنسية أو الدين و تضمن بذلك للمرأة حرية اختيار شريكها حتى و لو كان من ديانة مختلفة.

وبذلك حتى لو افترضنا جدلا أن م ا ش تنص صراحة على منع زواج المسلمة بغير المسلم، فان المصادقة على اتفاقية نيويورك التي تبيح هذا الزواج تؤدي إلى تغليب الإتفاقية باعتبارها أعلى درجة من القانون الداخلي في ترتيب القواعد القانونية حسب الفصل 20 من الدستور الجديد (32 دستور قديم).

لكن وقع اختلاف فقهي في تحديد القيمة الالزامية لهذه الاتفاقية :

*** حسب اتجاه المنع هذه الاتفاقية غير ملزمة لسببين :**

- أوّلا لأن مبدأ حرية اختيار الشريك ورد في توطئة الاتفاقية و ليس في متنها و التوطئة لها قيمة أخلاقية فقط لا قانونية فهي مجرد تذكير بمبادئ انسانية .

- ثمّ ثانيا هذه الاتفاقية مخالفة لقاعدة أعلى منها درجة وهي الدستور الذي ينص خاصة في الفصل 1 على أن تونس دولة دينها الإسلام، إضافة إلى تعارض هذه

الاتفاقية مع ما اسماه هذا الاتجاه "**بالدستور الاجتماعي**" أي النظام العام الاجتماعي والموروث الثقافي والحضاري للمجتمع التونسي وهو موروث مُستمدّ أساسا من الشريعة الإسلامية.

*** حسب اتجاه الإباحة هذه الاتفاقية ملزمة لعدّة أسباب :**

- أوّلا لأن توطئة الاتفاقية حسب القانون الدولي و هو القانون واجب التطبيق في هذه الحالة ملزمة مثلها مثل المتن

- ثمّ أنّ الاتفاقية لا تتعارض مع الدستور و بالذات مع الفصل الأوّل منه الذي يحدّد الاسلام كدين للدولة التونسية فيجب إذا عند قراءة هذا الفصل القيام بتميزين :

يتمثل **التمييز الأول** في **التفريق بين دين الدولة و قانون الدولة** فالدولة كذات معنوية مستقلة تبنّت الإسلام كدين رسمي لها و هو من عناصر هوّيتها أما قانون الدولة فهو قانون وضعي.و يؤكد عدّة فقهاء على هذه الفكرة و أبرزهم الأستاذ محمد الشرفي قائلا « إن كان للدولة دين فإن المُشرّع ليس له دين ».

و يتمثل **التمييز الثاني** في **التفريق بين دين الدولة و هو الإسلام و دين الأفراد** الذين لهم حرية المعتقد حسب الدستور نفسه.

ويتمسك أصحاب إتجاه الإباحة بأن منع زواج المسلمة بغير المسلم هو الذي يتعارض مع عدة مبادئ منصوص عليها في الدستور نفسه وفي عدّة اتفاقيات دولية مصادق عليها أهمها مبدأ مساواة بين الجنسين ومبدأ العدل ومبدأ حرية المعتقد...

كما أن الرجوع إلى التشريع الإسلامي يتنافى مع مبدأ سيادة واستقلالية المشرع الوضعي وعدم تقيّده بأحكام الشريعة الإسلامية في مادة الأحوال الشخصية بصفة عامة وفي مادة موانع الزواج بصفة خاصة.

*** المُعطى الثالث : موقف السلطة الترتيبيّة**

رغم أن القاعدة واجبة التطبيق هي اتفاقية نيويورك، إلا أنّه على المستوى الواقعي، القاعدة المُطبقة فعلا هي قاعدة مخالفة تماما وتتمثل في منشورين: الأول صادر عن وزير الداخلية في **17 مارس 1962** مُوّجه إلى ضباط الحالة المدنية والثاني صادر عن وزير العدل في **5 نوفمبر 1973** مُوّجه إلى عدول الاشهاد ويقضي كلّ منهما بتحجير إبرام زواج تونسيّة برجل غير مسلم إلا بعد الإدلاء بشهادة من المفتي تفيد اعتناقه الدين الإسلامي.

ورغم أن هذه المناشير صادرة عن سلطة غير مختصة ويمكن الطعن فيها بدعوى تجاوز السلطة أمام المحكمة الإدارية، إلا أنها بقيت إلى حدّ قريب القاعدة المعمول بها وان كانت غير قانونية باعتبارها تخالف قواعد أعلى منها درجة سواء الاتفاقية أو المبادئ الدستورية ولأنها تُضيّق من حريّات أساسية مكفولة دستوريا كحرية المعتقد وحرية الزواج .

و نظرا لشدة الانتقادات الموجهة لهذه المناشير ليس فقط على صعيد محتواها و انما خاصة على صعيد قيمتها القانونية فقد صدر مؤخرا **قرار عن رئيس الحكومة بتاريخ 08 سبتمبر 2017** يقضي بإلغاء كل المناشير السابقة التي تمنع زواج المسلمة بغير المسلم و تطبيقا لهذا القرار **صدر منشور عن**

وزير العدل بتاريخ 08 سبتمبر 2017 و **منشور اخر عن وزير الشؤون المحلية و البيئة بتاريخ 11 سبتمبر 2017** يقضي كل منهما بإلغاء العمل باشتراط شهادة في اعتناق الدين الاسلامي بالنسبة لغير المسلمين.

*** المُعطى الرابع : موقف فقه القضاء**

في البداية استقرّ القضاء ، رغم قلّة القرارات في هذا المجال ، على اعتبار زواج المسلمة بغير المسلم زواجا باطلا، ومن أكثر القرارات المعروفة في هذه المسألة نجد قرار "حورية"، وهو قرار تعقيبي صادر في 31 جانفي 1966 ،وتتمثل وقائعه في أن والدة حورية تُوفيّت وتمسّك أحد أشقائها بأن حورية لا ترث والدتها المسلمة لأنها بحكم تزوجها بشخص فرنسي الجنسية صارت مرتدّة فلا توارث بين ملتين، فأجابت محكمة التعقيب بان زواج حورية بشخص غير مسلم هو حسب الشريعة الإسلامية من المعاصي العظمى، ويعتبر باطل من أساسه، لكنه لا يعتبر ردّة وإنما تجنّس حورية بجنسية زوجها هو الذي يجعلها مُرتدّة.

وبقطع النظر عن الأخطاء المرتكبة في هذا القرار من خلط بين الدين والجنسية، فإنّ ما يجب التأكيد عليه هو أن محكمة التعقيب في هذا القرار طبقت أحكام الشريعة الإسلامية لا أحكام القانون الوضعي (م ا ش) لأن زواج حورية ابرم سنة 1945 أي قبل صدور المجلة أي بطبيعته خاضع لأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون واجب التطبيق في تاريخ ابرام ذلك الزواج ، كما أن هذا القرار صدر قبل المصادقة على اتفاقية نيويورك، فلا يمكن اعتباره

مرجعا في المسألة، ومع ذلك استمرّ العمل بفقه قضاء "حورية " لفترة طويلة (مثلا قرار عقيبي عدد 10160 في 13 فيفري 1985 أو تعقيبي عدد 8488 في 14 جويلية 1993 أو عدد 3396 في 02 جانفي 2001 علما أن في كل هذه القرارات لم تقم المحكمة بتأويل الفصل 5 و انما ضمنيا اعتبرت بديهيا أن شرط الاسلام لازم لصحة الزواج و انحصر النقاش في وسائل اثبات اعتناق الاسلام و مدى اقتصارها على شهادة المفتي).

لكن أخذ فقه القضاء حاليا في التحوّل تدريجيا عن هذا الاتجاه، فقد صدر في مرحلة اولى **حكم ابتدائي عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 26855 مؤرخ في 29 جوان 1999 يؤكد « زواج المسلمة بغير المسلم هو زواج صحيح على معنى القانون الوضعي التونسي و ذلك عملا بأحكام الفقرة الأولى من الفصل 5 م ا ش .هذه الفقرة التي ينبغي تأويلها على ضوء الموانع القانونية و ليس بالرجوع الى الفقه الاسلامي كما ينبغي تفسيرها بالرجوع الى اتفاقية نيويورك ».**

ثم صدر في نفس الاتجاه **قرار عن محكمة الاستئناف بتونس في 6 جانفي 2004** اعتمد فيه الحكم على **الفصل 5 من الدستور** الذي يضمن الحرية الدينية و بالتالي يمنع من تكريس الدين كشرط للزواج فلكلّ شخص حق اختيار و ممارسة معتقده دون خشية من أن يكون لذلك تأثير على حقوقه الشخصية كحق الزواج أو حقوقه المالية كحق الارث . (و في نفس إطار حماية الحريّة الدينية اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها عدد7602 بتاريخ 18 ماي 2000 أنّ

اعتماد مانع الاختلاف في الدين يؤدي بالمحكمة إلى إجبار المتقاضين على التصريح بديانتهم و هو ما يتعارض مع واجب احترام الشعور الديني و ضرورة إبقائه في إطار الإيمان الباطني للفرد باعتباره من أهمّ مقوّمات الحياة الخاصّة. كما ورد في قرار محكمة الاستئناف بتونس في 2004/01/06 أنّ القضاء « ينأى بالعقيدة أن تكون مدار خصومات أمام المحاكم و أن تكون موضوع بحث و إثبات إلى أن ينتهي الأمر بالقاضي إلى محاولة البتّ فيما بالأفئدة و لا هو قادر و لا مُخوّل لذلك ») .

كما اعتبرت المحكمة أن إقحام المانع الديني بالفصل 5 من م إ ش يؤدي حتما إلى خرق الفصل السادس من الدستور الضامن لمبدأ المساواة، وذلك بجعل الأشخاص أصنافا مختلفين في الحقوق، فيكون للرجال حرية التزوّج بغير المسلمات بعكس النساء...

وقد أيدت محكمة التعقيب موقف محكمة الاستئناف وذلك في **قرارها عدد 3843 المؤرخ في 20 ديسمبر 2004** فقد اعتبرت « تأويل محكمة الموضوع لأحكام الفصل 5 م إ ش استنادا لأحكام الدستور جاء مُؤسسا ومُستساغا ونابعا من اجتهاد في فهم النصوص » و استقرت المحكمة على هذا الموقف و من آخر قرارتها القرار الصادر في 2009/02/05 المعروف بقرار ثريا.

وقد اعتبر بعض الفقهاء أن هذا التحوّل يُعتبر منهجا جديدا في قراءة أحكام م ا ش يقوم على مبادئ حقوق الإنسان كما وردت بالدستور والاتفاقيات الدولية و أن منع التمييز لإعتبارات دينية أصبح من صنف المبادئ العامة المُهيمنة على

النظام القانوني التونسي.

لكن يبقى التساؤل : هل أنّ هذا الإتجاه نهائي ؟

قطعا لا يمكن الجزم بذلك فبصفة غير منتظرة عادت محكمة الاستئناف بتونس للإتجاه التقليدي و لفقه قضاء قرار حورية في قرارها عدد 36737 المؤرخ في 26/جوان/2014 و سيبقى موقف فقه القضاء بخصوص هذا الموضوع على حالة التذبذب هذه ما دام سبب التذبذب قائما و هو عدم الحسم في علاقة التشريع الوضعي بالتشريع الإسلامي.

و يطرح التساؤل أيضا بخصوص مدى الزامية المناشير الوزارية الصادرة في 2017 و المتعلقة بإلغاء العمل بمانع الاختلاف في الدين بالنسبة للقاضي ؟

للإجابة لابد من التذكير أوّلا أّن فقه القضاء لم يلتفت أصلا للمناشير القديمة في تحديد موقفه من المسألة فهو لم يؤسس ابطاله لهذه الزيجات على هذه المناشير و لم يناقش صحة هذه المناشير عندما تحوّل موقفه و أصبح يعتبر هذه الزيجات صحيحة.

كما نعتقد أن إلغاء هذه المناشير لن يغيّر من الوضع قيد أنملة لأن القاضي غير ملزم لا بالمناشير القديمة و لا بالمناشير الحديثة لأن أساس المشكل ليس في المناشير و إنما في تأويل الفصل 5 من م ا ش و تحديد المقصود بعبارة وجوب خلو الزوجين من الموانع الشرعية و هذا يعني أننا سنجد أنفسنا أمام نفس التذبذب فقه القضائي و كل قاضي سيؤوّل العبارة حسب قناعته و سيجد له

حججا في دستور 2014.

و الأهم أنه من حيث المنطق و من حيث التقنية القانونية عندما يكون النص غامضا كما هو الحال بالنسبة للفصل 5 (لو سلمنا بذلك جدلا) فالأصل أن يتم إصدار قانون تفسيري كان سينهي النزاع و يلغي بطبيعته المناشير محل الجدل و لن يبقى لا للمأمور العمومي الذي يبرم العقد و لا للقاضي الذي يراقب صحة العقد أي سلطة في تقييم صحة العقد و ميزة النص التفسيري أنه يعبّر عن مقصد المشرع من طرف المشرع نفسه مما لا يدع مجالا للشك كما أن من مميزاته أن له نفس القوة الالزامية للقاعدة المراد تفسيرها مع اضافة آثر رجعي من تاريخ صدور القانون المراد تفسيره أي الفصل 5 من م ا ش الصادر صلب المجلة في 13 اوت 1956 (مع العلم أننا لسنا في حاجة إلى قانون أساسي جديد يبيح هذا الزواج بما أن الاباحة باعتبارها الاصل في الامور فهي لا تحتاج إلى نص و إنما المنع هو الذي يحتاج إلى نص صريح) .

الفرع الثاني :

الشروط الشكليّة لعقد الزواج

كان عقد الزواج في إطار التشريع الإسلامي يطغى عليه الطابع الرضائي مع وجود شكليّة بسيطة تتمثل في وجوب تبادل الرضا بين الطرفين بحضور شاهدين، ومن أبرز مظاهر التجديد التي تميزت بها م ا ش هو سيطرة الطابع الشكلي على عقد الزواج، إذ لم يعد رضا الزوجين كافي لإبرام الزواج، بل لابدّ من توفر شكليتين فيه وهما : الكتب الرسمي وشهادة الشهود.

والتميّز يتمثل أيضا في أن اشتراط المشرع التونسي لهذه الشكليّات لا يقتصر على إثبات عقد الزواج، و إنما هي مستوجبة لصحته وهو ما يعني أن الإخلال بها يؤدي إلى بطلان العقد.

القسم الأوّل : شهادة الشهود

تنصّ الفقرة الثانية من **الفصل 3 م إ ش « يُشترط لصحّة الزواج إشهاد**

شاهدين من أهل الثقة »، كما ينص **الفصل 31 من قانون الحالة المدنية** الصادر في غرة أوت 1957 على أن يبرم عقد الزواج « بمحضر شاهدين من أهل الثقة ».

ويثير شرط الشهادة عدّة مسائل تتعلّق بدورها و شروطها و جزاء الإخلال بها.

الفقرة الأولى : دور الإشهاد في الزواج

يُعتبر شرط الشهادة عنصر تواصل و تقليد للتشريع الإسلامي لكن مع اختلاف دوره فخلافا للتشريع الإسلامي، لا يمكن للشهادة أن تلعب دور وسيلة إثبات لأن المشرع يشترط الحجة الرسمية كوسيلة وحيدة لإثبات الزواج .

ولا تلعب الشهادة أيضا دورها كوسيلة الإشهار لأنّ الإشهار القانوني يتمّ عبر تسجيل عقد الزواج بدفاتر الحالة المدنية والتنصيص عليه برسم ولادة كل من الزوجين.

نستنتج إذا أنّ دور الشهادة يقتصر في القانون التونسي على التثبت من احترام مقتضيات الفصل 5 م إ ش المتعلق بخلوّ كل من الزوجين من الموانع الشرعيّة.

الفقرة الثانية : شروط الإشهاد في الزواج

بالرجوع إلى الفصول التي تشترط الشهادة، لا نجد سوى شرطين لصحتها

وهما **شرط التثنية** أي أن يشهد اثنان على الزواج **وشرط الثقة** أي أن يكون الشاهد معروف باستقامة سلوكه، لكن اضافة الى هذه الشروط الخاصة، يجب أن يكون الشاهد متمتعا بكامل أهليته وراشدا.

فنستنتج إذا أن المشرع التونسي قد تخلى ضمنيا عن بقية شروط الشهادة اللاّزمة في التشريع الإسلامي و هي خاصة شرط الذكورة فقد استعمل الفصل 3 عبارة مطلقة "شاهدين" فتجرى على إطلاقها لكن جرت العادة في تونس على أن يكون الشاهدين ذكرين. كما تمّ التخلي عن شرط الدين الذي يوجب أن يكون الشاهد مسلم.

الفقرة الثالثة : جزاء مخالفة شرط الإشهاد

يعتبر المشرع التونسي شهادة الشاهدين شرطا لصحّة الزواج، لذلك ينص **الفصل 36 من قانون الحالة المدنية** أن الزواج الذي يبرم دون حضور الشاهدين يكون مآله البطلان، وهو أيضا مُكوّن لجريمة التزوّج على خلاف الصيغ القانونية، لكن هذه الصورة لا يمكن أن توجد بصفة مُستقلة فهي عمليا تقترن بالضرورة بحالة غياب الحجّة الرسمية لأنّ المأمور العمومي المُكلف بإبرام العقد سيرفض إبرامه في غياب الشاهدين.

القسم الثاني : الكتب الرسمي

شكليّة الكتب الرسمي كانت موجودة قبل صدور م ا ش لكنها لم تكن وجوبية واعتمادها لم يكن شائعا بل كان الزواج العرفي أي الزواج الذي يبرم شفاهيا أو بكتب خطيّ هو الغالب، وعنصر التجديد الذي اعتمده المشرع التونسي هو أنه جعل من شكليّة الكتب الرسمي شرطا لصحّة عقد الزواج وذلك من جهة لحماية النظام العام لتنظيم الحالة المدنية ومراقبة احترام مبدأ منع تعدد الزوجات و من جهة أخرى حماية لحقوق الأطراف المتعاقدة بتسهيل عملية إثبات الزواج و بالتالي تجاوز سلبيات الزواج العرفي الذي انقلب على المستوى التطبيقي إلى رابطة هشّة يسهل انكارها فتضيع بالتالي حقوق الأطراف الضعيفة فيها خاصة الزوجة و الأبناء.

وبهذا الحكم، يكون المشرع التونسي قد تفرّد مقارنة بأغلب البلدان الإسلامية التي تعتبر الكتب مجرد وسيلة إثبات. ولم يكتفي المشرّع في قانون الحالة المدنية باشتراط الكتب، بل نظّم شكليّات إبرام هذا الكتب بصورة دقيقة (الفقرة الأولى) ورتّب عن الإخلال بشرط الكتب عقوبات مدنية وجزائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : شكليّات إبرام الكتب الرسمي

حدّد المشرع السلطة الرسمية المختصة بإبرام عقد الزواج وبيّن الشروط الواجب توفرها في الحجّة الرسمية.

أ-السلطة المختصّة بإبرام عقد الزواج :

تُميّز أحكام **الفصل 31 من قانون الحالة المدنية** بين صورة إبرام الزواج داخل البلاد أو خارجها.

1-حالة إبرام العقد داخل البلاد التونسيّة :

*** بالنسبة لزواج التونسيين :**

ترك القانون حرية الاختيار للزوجين لكتابة عقد زواجهما إما لدى عدلي إشهاد أو لدى ضابط الحالة المدنية، وقد ألزم قانون الحالة المدنية عدول الإشهاد قبل تسليم الزوجين نسخة من العقد بتوجيه إعلام بكل زواج يبرمانه في ظرف شهر من تحريره إلى ضابط الحالة المدنية بمنطقتهما، كما ألزم القانون ضابط الحالة المدنية بمكان إبرام العقد بإعلام ضابط الحالة المدنية بمكان ولادة كل من الزوجين لكي يقوم بالتنصيص على وقوع الزواج برسم ولادة كل من الزوجين (المضمون الأصلي).

*** بالنسبة لزواج الأجانب :**

حسب **الفصل 38 من قانون الحالة المدنية** نجد مبدأ و استثناء.

- **المبدأ :**

تتعلّق شكليّات الزواج بصفة خاصة وقانون الإجراءات عموما بسيادة الدولة ونظامها العام الداخلي ممّا يجعلها لا تقبل تطبيق اجراءات أجنبية على ترابها، بقطع النظر على الجنسية، فالشروط الشكلية تتبع دائما قانون مكان إبرام العقد، ولكن مع إضافة شرط جديد يتمثل في الإدلاء بشهادة من قنصلية الشخص الأجنبي تشهد له بإمكانية إبرام عقد الزواج (شهادة تثبت توّفر الشروط الأصليّة حسب قانونه الشخصي).

ويؤدي تطبيق هذا المبدأ إلى خضوع الزواج المبرم بين تونسي وأجنبي أو بين أجنبيين مختلفي الجنسية إلى شكليّات القانون التونسي.

- **الاستثناء :**

إذا تعلّق الأمر بزواج أجنبيين من نفس الجنسية، يمكن لهم إبرام زواجهم في التراب التونسي أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل الممثلين لبلدهم وفق قانونهم الشخصي. وفي هذه الحالة على العون الذي ابرم العقد أن يعلم ضابط الحالة المدنية الذي بمنطقته انعقد الزواج.

2-حالة إبرام زواج التونسيين خارج البلاد التونسيّة :

أعطى المشرع التونسي في **الفصل 31 من قانون الحالة المدنية** و في **الفصل 46 من مجلة القانون الدولي الخاص** للتونسيين المقيمين بالخارج الخيار بين طريقتين في إبرام زواجهم :

*** الخيار الأول: إبرام الزواج طبق شكليّات القانون التونسي :**

يمكن للتونسيين بالخارج إبرام زواجهم لدى السلط القنصلية أو الدبلوماسية التونسية وذلك حتى و لو كان أحد الأطراف فقط تونسيا، ويرجع هذا الخيار إلى عرف دولي أساسه حرص كل دولة على تطبيق قانونها الشخصي بخصوص الحالة المدنية لرعاياها.

*** الخيار الثاني : إبرام الزواج طبق شكليّات قانون مكان إبرام العقد :**

يُمكن للتونسيين بالخارج الزواج وفق شكليّات قانون البلاد التي يبرم فيها العقد، ويعتبر هذا الخيار تطبيقا لقاعدة مُستمدّة من القانون الدولي الخاص « المكان يسود السند ».

لكن يجب التأكيد على أنّ هذا الخيار الذي يمنحه **الفصل 31 ق ح م و الفصل 46 من مجلة القانون الدولي الخاص** لا يهمّ إلاّ الشروط الشكليّة يعني إبرام الزواج بطريقة رسمية أو غير رسمية ولا يشمل بأي حال الشروط الأصليّة للزواج التي تخضع دائما للقانون الوطني للشخص (**الفصل 45 من مجلّة القانون الدولي الخاص)**. فلو أخذنا مثال رجل تونسي مُستقر بالسعودية أو مصر فيمكنه من حيث شكل العقد الزواج وفق القانون السعودي أو المصري الذي يسمح بالزواج العرفي لكن لا يمكنه الزواج بأكثر من واحدة لأن موانع الزواج تهمّ الشروط الأصليّة ويخضع في شأنها للقانون التونسي وجوبا .

ولمراقبة زيجات التونسيين بالخارج، أوجب الفصل 37 من قانون الحالة المدنية على التونسيين اللذين أبرموا زواجهم طبق شكليّات البلد الذي وجدوا فيه ترسيم ذلك الزواج بدفتر الزواج بالقنصليّة التونسية الأقرب إليهم في ظرف

ثلاثة أشهر من تاريخ تحريره، و إلا فإنهما يكونان عرضة لخطيّة قدرها 10 دنانير.

ونلاحظ في النهاية أن تطبيق قاعدة المكان (قانون مكان ابرام العقد) في مادة شكليات الزواج على التونسيين المقيمين بالخارج قد يُولّد إمكانية تنازع بين القانون التونسي والقانون الأجنبي إذا كان هذا الأخير يُقرّ بصحّة الزواج العرفي الذي يعتبره القانون التونسي باطل. ولكن مع ذلك فإنّ هذا الزواج العرفي يكون مُعترف بصحته ومُرتب لكل آثاره في إطار القانون التونسي لأنّه لم يبرم وفق شكليات القانون التونسي و إنما أبرم طبق قاعدة المكان أي وفق القانون الأجنبي.

ب-الشكليّات المُتعلّقة بمحتوى حجّة الزواج

قبل كتابة العقد يجب على الأطراف تقديم الوثائق اللازمة للمأمور العمومي التي تثبت توفر كل الشروط القانونية، وأهم هذه الوثائق مضمون ولادة كل من الزوجين والشهادة الطبية، وما يثبت هوية الشهود إضافة إلى وثائق تطلب في حالات خاصّة كموافقة الولي و الأم والأذون القضائية بالنسبة للمحجور عليه والرخص الإدارية.

وبالنسبة للأجانب، لابدّ من تقديم وثيقة مُسلّمة من سلطهم القنصلية تشهد لهم بإمكانية ابرام عقد الزواج وفق الشروط الأصلية لقانونهم الشخصي وشهادة في عدم الارتباط بأي علاقة زوجية أخرى وشهادة في اعتناق الدين الإسلامي

إذا كان الزوج غير مسلم.

وبعد تجميع الوثائق اللاّزمة يُحرّر المأمور العمومي الرسم، ويجب أن يتضمن التنصيصات الوجوبية التي حدّدها **الفصل 32 من قانون الحالة المدنية** وأهمها هويّة الزوجين وتصريح الشهود وتسمية المهر.

الفقرة الثانية : جزاء الإخلال بشرط الكتب الرسمي

رتّب قانون الحالة المدنية عن عدم احترام شرط الكتب الرسمي جزاء مزدوجا على الصعيد المدني وعلى الصعيد الجزائي.

أ-الجزاء على الصعيد المدني

نصّ **الفصل 36 من قانون الحالة المدنية** أنّ الزواج المبرم دون كتب رسمي (أي ما كان يُسمى بالزواج العرفي) يُعتبر زواج مبرم خلافا للصيغ الرسميّة وبالتالي هو زواج باطل، لكنه مع ذلك ينتج بصفة استثنائية (بشرط الدخول) بعض الآثار التي حدّدها المشرّع على سبيل الحصر في **الفصل 36 مكرر ق ح م** ، وتتمثل في ثبوت النسب ووجوب العدّة على الزوجة وحُرمة المصاهرة.

ب-الجزاء على الصعيد الجزائي

اعتبر المشرّع أنّ الزواج دون كتب رسمي يشكل جريمة التزوّج على

خلاف الصيغ الرسمية، ولقيام هذه الجريمة لابدّ من إثبات توفر الركن المادي الذي يتمثل في الزواج دون كتب رسمي، ويجب أيضا توفر الركن المعنوي للجريمة المتمثل في نيّة ربط علاقة زوجية مستقرّة ودائمة على خلاف الصيغ القانونية.

لكن يبقى الاشكال في كيفية إثبات نيّة الاطراف هل اتجهت لإبرام زواج أم لإقامة علاقة اخرى مشابهة كالمُخادنة أو علاقة حرّة أو مجرّد وعد بالزواج لكن اقترن بمعاشرة.

حسب فقه القضاء إثبات نيّة الأطراف يكون بالرجوع الى ملابسات العقد إذ لابدّ من توفر كل مظاهر الزواج الصحيح من مساكنة و معاشرة متواصلة و إنفاق ... فقد أقرّ **القرار التعقيبي الجزائي الصادر في 9 أكتوبر 1986** أن مُجرّد الاتصال الجنسي لا يكفي لقيام جريمة التزوج على خلاف الصيغ القانونية وأنّ هذه الأخيرة " لا تثبت إلا إذا حصل بين الطرفين معاشرة كاملة كمعاشرة الزوج لزوجته بالمضاجعة والإنفاق وشراء الأكسية ....". و ورد أيضا في قرار تعقيبي جزائي عدد 3334 مؤرخ في 2001/01/09 « لقيام جريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية لابدّ أن تكون هناك مُعاشرة تامة بين الطرفين كمعاشرة الأزواج خاصة فيما يتعلّق بالمُضاجعة و الإنفاق و الإقامة تحت سقف واحد.» و ورد أيضا في قرار تعقيبي جزائي عدد 8952 في 07 مارس 1984 " جريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية لابد فيها من توفر حالات أخصّها استقرار القصد و النية لدى الزوجين على الارتباط و التراكن و بروز هذا

القصد في مختلف المصادر الدالة عليه التي منها المعاشرة و التراكن، و ما عدا ذلك من الارتباطات الاخرى في مختلف أشكالها فإنها تضبط و تحدّد حسب طبيعتها ."

وإذا توفرت هذه الأركان يكون عقاب الأطراف السجن مدّة 3 أشهر دون إمكانية تطبيق ظروف التخفيف، وإذا استأنف أو استمر الزوجان على المعاشرة رغم التصريح بإبطال زواجهما يتضاعف العقاب ويُعاقبان بالسجن مدّة 6 أشهر، وتتجدّد المحاكمة كلما تجدّد الاستمرار على المعاشرة.

وقد قرن المشرع في الفصل 36 بين البتّ في دعوى الإبطال والدعوى الجزائية، فيكون حاكم الناحية بوصفه حاكم جزائي ملزم ومطالب بالبتّ بحكم واحد في الجريمة وإبطال الزواج لأنّ المسألة تهمّ النظام العام.

الفصل الثاني:

كيفيّة إثبات عقد الزواج

بالنظر إلى خطورة وأهمية عقد الزواج، استثناه المشرع من وسائل الإثبات العامة وأخضعه لقواعد إثبات خاصة به.

وترتبط قواعد إثبات الزواج بقواعد إبرامه، فقبل صدور م أ ش، كان القانون التونسي يعتبر الزواج عقدا رضائيا يُبرم بتبادل الرضا أمام شاهدين، وينتج عن هذه الرضائية في الإبرام إقرار حرية إثبات هذا الزواج بكل الوسائل القانونية من إقرار و بيّنة بالشهادة وكتب عادي بخط اليد.

بعد صدور م أ ش، أصبح الزواج عقدا شكليا يجب تحرير حجّة رسمية فيه تكون في نفس الوقت شرط صحة ووسيلة الإثبات الوحيدة للزواج.

لكن أحكام هذه المجلة ليس لها تأثير رجعي على الماضي، وذلك لوجود حقوق مكتسبة لا يمكن النيل منها. ولحماية هذه الحقوق، تدخّل المشرع لتنظيم طرق إثبات الزواج العرفي الصحيح أي المبرم قبل دخول م أ ش حيز التنفيذ في 1 جانفي 1957.

نستنتج من مُجمل هذه الوضعيات أن المبدأ في إثبات الزواج هو اعتماد الكتب الرسمي لكن هذا المبدأ ليس مطلق في كل الحالات فله حدود ، إذ يمكن بصفة استثنائية إثبات الزواج بغير الحجّة الرسميّة.

الفرع الأول :

المبدأ : الزواج لا يثبت إلاّ بالكتب الرسمي

نصّ **الفصل 4 م أ ش** بأن الزواج لا يثبت إلا بحجّة رسمية يضبطها قانون خاص، وهو ما أتى به **قانون غرة أوت 1957 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية**. و أسلوب الحصر الذي استعمله المشرع في الفصل 4 م أ ش يُبيّن أن الحجة الرسمية هي الوسيلة الوحيدة لإثبات الزواج.

ويُبرّر هذا الموقف الحصري بأنّ الكتب الرسمي له عدّة فوائد، فهو من جهة أنجع وسيلة للإثبات ويُمكّن من تجاوز سلبيات الزواج العرفي الذي كان رابطة هشّة يسهل إنكارها وبالتالي يصعب المطالبة بالحقوق المترتبة عنها خاصة نفقة الزوجة أو الأبناء. كما أن الكتب هو من جهة أخرى أنجع وسيلة للإشهار بترسيمه في دفاتر الحالة المدنية، وهو ما يُمكّن السلطات من مراقبة احترام شروط الزواج و خاصة قاعدة منع تعدّد الزوجات.

وتتمتّع الحجة الرسمية بحجيّة مطلقة، فهي تُعتمد في إثبات الزواج إلى أن يقع الطعن فيها بالزور، و هذه الحجيّة تستمدها من السلطة الرسمية التي تبرمها، لكن هذه الحجيّة المُطلقة تقتصر فقط على الوقائع والبيانات التي شهدها المأمور العمومي بنفسه (كحضور الأطراف و تبادل الرضا و تصريح الشهود) ولا تشمل البيانات الصادرة عن الخواص أي الأشخاص العاديين الذين تفتقد تصريحاتهم لأدنى الضمانات و بالتالي لأي حجيّة مثل تصريحات الشهود بخلوّ الزوجين من الموانع الشرعية فهذا التصريح يتمتع من حيث وقوعه بالحجيّة المطلقة لأنه وقع أمام المأمور العمومي الذي عاين وقوعه بنفسه لكن نفس هذا التصريح يتمتع بحجيّة نسبيّة فقط من حيث مضمونه فلا يمكن للمأمور العمومي أن يضمن صحة محتوى التصريح الذي يمكن الطعن فيه بجميع الوسائل لأنّ حجيته غير مطلقة فقد يتبين لاحقا وجود مانع من موانع الزواج.

ويجب التأكيد على أن حجّة الزواج التي ينظمها قانون الحالة المدنية هي الحجّة الرسمية الوحيدة التي تثبت الزواج لأن المأمور العمومي عاين فيها بنفسه ابرام الزواج أمّا الحجج الرسمية الأخرى التي يُذكر فيها الزواج مثل مضمون ولادة الأبناء أو شهادة وفاة القرين فهي لا تتثبت الزواج رغم ذكره فيها لأن المأمور العمومي لم يعاين فيها بنفسه ابرام الزواج وهذا ما أقرته محكمة التعقيب في قرار 23 فيفري 1965.

الفرع الثاني : حدود المبدأ :

إمكانية إثبات الزواج بغير الكتب الرسمي

الحدود المتعلقة بهذا المبدأ يمكن تقسيمها الى نوعين : فهناك من جهة إستثناءات لهذا المبدأ تتعلق بالزواج المبرم بعد دخول م ا ش حيز التنفيذ و هناك أيضا من جهة أخرى حدودا لهذا المبدأ تتعلق بعدم رجعيّته بالنسبة للزواج المبرم قبل دخول المجلة حيّز التنفيذ.

القسم الأول : الاستثناءات المُتعلّقة بالزواج المبرم بعد دخول م ا ش حيّز التنفيذ

يُمكن استثنائيا اثبات الزواج المبرم بعد 57/1/1 بغير الكتب الرسمي و ذلك في الحالات التالية :

* الاستثناء الاوّل : حالة زواج التونسيين بالخارج وفق قانون إبرام العقد

يتم هنا تطبيق قاعدة « قانون الإبرام هو نفسه قانون الإثبات »، فإذا اختار التونسي المقيم بالخارج إبرام زواجه وفق شكليّات قانون البلد المُقيم فيه،

فسيعتمد لإثبات زواجه على الوسائل التي يُقرّها قانون ذلك البلد والتي قد تكون غير الحجّة الرسميّة.

*** الاستثناء الثاني : حالة زواج الأجانب من نفس الجنسيّة داخل تونس وفق قانونهم الشخصي**

في هذه الحالة أيضا إثبات الزواج يتمّ حسب الوسائل المعتمدة في قانونهم الشخصي تطبيقا لقاعدة قانون الابرام هو نفسه قانون الاثبات.

*** الاستثناء الثالث : حالة إتلاف الكتب**

هي صورة نظريّة بحتة لأنّه إذا ضاعت الحجّة الرسمية الموجودة لدى الاطراف بالإمكان استخراج نسخة من رسم الزواج بدفاتر الحالة المدنية، وإذا أُتلف الدفتر الموجود بخزينة البلدية، يمكن استخراج النسخة من الدفتر المُودع بخزينة المحكمة الابتدائية لكن على فرض إتلاف كل السجّلات بفعل قوة قاهرة أو أمر طارئ كفيضانات أو حريق ... فإنّ **الفصل 478 م إ ع** يقبل البيّنة بالشهادة.

*** الاستثناء الرابع : حالة اثبات الزواج الباطل لإبرامه خلافا للصيغ القانونية**

هذه الصورة تمثل أهم استثناء من الناحية التطبيقية، فقد اعتبر المشرع

الزواج المبرم على خلاف الصيغ الشكلية أي دون كتب رسمي باطل، لكنه منتج لبعض الآثار، وللتمتع بهذه الآثار لابدّ أوّلا من إثبات هذا الزواج الباطل.

لكن لم يُبيّن المشرّع كيفية إثباته، وأسهل طريقة لإثبات مثل هذا الزواج تتمثل في الإدلاء بالحكم الجزائي الصادر عن حاكم الناحية والذي يقضي في نفس الوقت بالعقاب الجزائي وببطلان الزواج.

لكن في غياب التتبع الجزائي (مثلا في صورة سقوط الدعوى الجزائية بمرور الزمن ...)، عندها يمكن إثبات الزواج الباطل الذي خرج من المجال العقدي وأصبح مجرّد واقعة قانونية بكل وسائل الإثبات ومن بينها البيّنة أو الشهادة، كما يجب إثبات أنّ العلاقة التي تربط الزوجين توصف قانونا بزواج على خلاف الصيغ القانونية، فلا يكفي إثبات مجرّد الاتصال الجنسي دون حصول نيّة الزواج و وجود مظاهر الزواج.

القسم الثاني : عدم رجعيّة المبدأ بالنسبة للزواج المبرم قبل دخول م ا ش حيّز التنفيذ

بما أن أحكام م أ ش ليس لها اثر رجعي، فلا يمكن إذن أن نشترط الكتب الرسمي لإثبات الزيجات المبرمة قبل غرة جانفي 57 ويمكن إثبات هاته الزيجات بطريقتين: إما بالحصول على شهادة في ثبوت الزوجية أو القيام بدعوى في ثبوت الزوجية.

الفقرة الأولى: الشهادة في ثبوت الزوجيّة

تدّخل المشرع بمقتضى **قانون 4 جويلية 1958** ليُسويّ وضعيّة الزيجات العرفيّة المبرمة قبل 1957 و ذلك من حيث وضعيتها على مستوى الاثبات و ليس على مستوى صحّتها التي لا يمكن المساس بها بصفة رجعية.

و قد منح هذا القانون إمكانية إثبات الزواج المبرم قبل غرة 57 بواسطة شهادة في ثبوت الزوجية مُسلّمة من ضابط الحالة المدنية لمكان الولادة أو للمقرّ الأخير للزوجين، وتتمّ العملية عن طريق تصريح بالزواج العرفي يقع من طرف الزوجين معا أو أحدهما إن كان الآخر ميتا أمام شيخ التراب أي العمدة بمحضر شاهدين.

ويتولّى هذا العون العمومي تحرير شهادة في ذلك التصريح يُسلّمها الاطراف إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بترسيمها بدفاتر الحالة المدنية، ويتولى تحرير شهادة في ثبوت الزوجية يُسلّمها للأطراف .

لكن هذا الإجراء كان محدود زمنيا بأجل تم التمديد فيه إلى يوم 30 جوان 1962

وبالنسبة لحجيّة هذه الشهادة، فقد اعتبرت محكمة التعقيب في قرار 25 جوان 1964 أن " الشهادة في ثبوت الزوجية هي حجّة رسميّة لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور"، ولكن انتقد بعض الفقهاء هذا الحل و اعتبروا هذه الشهادة حجّة رسميّة لكن لا يمكن لها أن تتمتع بنفس الحجيّة المطلقة لعقد الزواج لأن المأمور العمومي لم يعاين فيها بنفسه وقوع الزواج وإنما عاين فقط التصريح بالزواج

الصادر من الأطراف، فيبقى إذن التصريح من حيث وقوعه متمتعا بحجيّة مطلقة، لكن من حيث محتواه يتمتع فقط بحجيّة نسبية بمعنى أنّ الشهادة تُعفي الاطراف من عبء اثبات زواجهم لكن يمكن لمن يدعي العكس الاثبات.

الفقرة الثانية : الدعوى في ثبوت الزوجيّة

بما أن الإجراء المتعلق بشهادة ثبوت الزوجية كان مُحددا بأجل وأهمل معظم الأشخاص القيام به عمدا أو جهلا، فقد تدّخلت المحاكم وقبلت إثبات الزواج العرفي الصحيح المبرم قبل 1957 و ذلك بواسطة رفع دعوى أمام دائرة الأحوال الشخصية لدى المحكمة الابتدائية، ويتم الإثبات بكل الوسائل خاصة شهادة الشهود، ويعتبر الحكم القضائي الصادر بثبوت الزوجية حجّة رسميّة .

لكن وقع الاختلاف حول حجيّتها فهناك من اعتبرها حجيّة مطلقة لكن هناك من اعتبرها مجرد حجيّة نسبيّة لأنّ القاضي لم يعاين وقوع الزواج لكن مهما كانت الحجيّة يبقى للغير المتضرر من هذا الحكم حق الاعتراض عليه حسب الفصل 169 م م م ت.

الفصل الثالث:

جزاء الإخلال بشروط إبرام عقد الزواج

كسائر العقود المدنية، رتّب المشرع عن الإخلال بشروط إبرام الزواج جزاء البطلان، ويمكن تعريف البطلان بأنه جزاء مدني يتسلّط على العقد في صورة عدم احترام شروط تكوينه و هو ما يُميّزه عن الفسخ (و هو الطلاق في مادة قانون العائلة) الذي هو أيضا جزاء يتسلّط على العقد لكنّه يتسلّط على عقد تكوّن صحيحا لا يشكو من خلل في ابرامه و لكن طرأ عليه الخلل في تنفيذه لأن أحد الأطراف أخلّ بتنفيذ التزاماته التعاقدية .

ويتمثل جزاء البطلان مبدئيا في انعدام آثار العقد بصفة رجعيّة بحيث ترجع الأطراف المتعاقدة إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، فيعتبر العقد الباطل كأنه لم يوجد أصلا وهو ما يعرف بمبدأ الأثر الرجعي للبطلان.

لكن، بما أن الزواج هو عقد من نوع خاص وتمّ اعتباره كمؤسسة من حيث آثاره، فإن المشرع استثنى عقد الزواج من مبدأ رجعيّة البطلان ورتّب عنه بعض الآثار، لذلك سننظر في مرحلة أولى في أسباب أو صور التصريح ببطلان عقد الزواج (الفرع الأول) ثم في دعوى التصريح ببطلان عقد الزواج (الفرع الثاني)

الفرع الأول : صـور التصريح ببطلان الزواج

حدّد المشرع صور الزواج الباطل ضمن فصلين (علما أنّ المشرع التونسي خلافا للفقه الإسلامي لا يفرّق بين مصطلح الزواج الفاسد و الزواج الباطل فيستعمل المصطلحين بصفة مُترادفة) : من جهة **الفصل 21 مجلة الأحوال الشخصية** الذي ينصّ على صور الزواج الباطل لمُخالفة الشروط الأصليّة (الجوهرية) الواردة بالمجلة، ومن جهة أخرى **الفصل 36 من قانون الحالة المدنية** الذي ينصّ على صور الزواج الباطل لمُخالفة الشروط الشكلية التي حدّدها هذا القانون.

القسم الأول: الزواج الباطل لمُخالفة الشروط الجوهرية

حدّد **الفصل 21 من م.أ.ش** هذه الصور (الفقرة الأولى) لكنه لم يشمل كل

صور الإبطال لمخالفة الشروط الأصلية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى :صور الإبطال المذكورة بالفصل 21 م.أ.ش

نصّ الفصل 21 على بطلان الزواج في صورة عامّة ثم في صور مخصوصة :

1- الصورة العامّة : صورة اقتران الزواج بشرط متنافي مع جوهر العقد

لم يُعرّف المُشرّع جوهر عقد الزواج، لكن اتفق الفقه وفقه القضاء على أن المقصود هو الواجبات الزوجية التي يُحدّدها الفصل 23 م.أ.ش والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لأنها تهمّ النظام العام وحتى مؤسسة خيار الشرط المنصوص عليها في الفصل 11 م.أ.ش والتي تُعطي الأطراف حريّة اشتراط أي شرط يتعلق بذواتهم أو أموالهم تبقى مقيدة باحترام جوهر العقد فكلّ شرط مخالف لجوهر العقد كاشتراط عدم الإنفاق أو عدم المساكنة أو عدم الإنجاب يكون مآله البطلان ويؤدي إلى بطلان كامل عقد الزواج بطلانا مطلقا (خلافا للنظرية العامة التي تبطل الشرط فقط دون العقد).

2- الصّور الخاصّة للبطلان :

يتعلق الأمر هنا بخرق بعض شروط الزواج المنصوص عليها في فصول

قانونية معينة بذاتها فنصّ الفصل 21 على البطلان في الصور التالية :

* **صورة الزواج الذي انعقد دون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل3** أي الزواج المبرم دون توفر رضا طرفي عقد الزواج.

* **صورة الزواج الذي انعقد دون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل 5** أي الزواج المبرم دون احترام شرط السنّ القانونية.

* **صورة الزواج الذي ينعقد دون مراعاة الفصول من 15 إلى 20** أي الزواج المبرم دون احترام الموانع المؤقتة او المؤبدة.

الفقرة الثانية :صور الإبطال غير المذكورة بالفصل 21 م.أ.ش

تغافل الفصل 21 عن ذكر جزاء العقد المبرم دون احترام بعض الشروط الأصلية كشرط التباين في الجنس أو شرط تسمية المهر أو جزاء زواج من حكم بالتفريق الأبدي بينهما أو الزواج دون احترام شروط الوكالة فيكون أساس الإبطال في كل هذه الصور الفصل 325 م ا ع الذي ينصّ على البطلان في صورة خُلوّ الالتزام أي عقد الزواج من ركن من أركانه.

و يُمكن تأويل سكوت الفصل 21 عن هذه الصور بأنها إمّا صور بديهية أو صور يتفطن لها بالضرورة المأمور العمومي المُكلف بإبرام العقد بمناسبة تثبته من الوثائق المطلوبة أو عند تحريره للعقد.

القسم الثاني: الزواج الباطل لمُخالفة الشروط الشكليّة

ينصّ **الفصل 36 من قانون الحالة المدنية** أن الزواج الذي يُبرم خلافا للشروط الشكليّة المنصوص عليها بالفصل 31 من نفس القانون هو زواج باطل فتشمل تسمية الزواج المبرم على خلاف الصيغ القانونية أو الرسميّة صورتين من الناحية النظرية وهما صورة الزواج دون كتب رسمي (الزواج العرفي) وصورة الزواج دون حضور الشاهدين. لكن من الناحية الواقعية تقتصر هذه الصورة و هذه التسمية على الزواج المُبرم دون كتب رسمي لأنه لا يمكن تصوّر احترام شرط الكتب الرسمي والإخلال بشرط الشهود فالمأمور العمومي لن يبرم الزواج في غياب الشهود.

وإضافة إلى جزاء إبطال الزواج المُبرم على خلاف الصيغ الشكليّة، فإن المشرع رتّب عن هذا الزواج عقابا جزائيا.

لكن يجب التأكيد على أنّ كل من الجزاء المدني والعقاب الجزائي يتوّقف على إثبات أنّ العلاقة بين الطرفين تُشكّل زواجا بعناصره المادية (المُتمثّلة في القيام بالواجبات الزوجية من معاشرة ومساكنة وإنفاق ...) وأيضا بعنصره المعنوي (المُتمثل في وجوب توّفر نيّة ربط علاقة زوجية مستقرّة ودائمة لكن على خلاف الصيغ القانونية و هذا الركن المعنوي هو الذي يميز هذه الصورة عن غيرها من الصور المُشابهة كالمُخادنة أو الوعد بالزواج المُقترن بمعاشرة).

الفرع الثاني:دعوى التصريح ببطلان الزواج

لا يترتّب جزاء البطلان بصفة تلقائية بل لابدّ من تدخل القاضي للتصريح بإبطال الزواج (وذلك لأنه الوحيد المؤهل للإذن بالتنصيص على البطلان في دفاتر الحالة المدنية) و ترتيب الآثار المُنجرّة عن فكّ الرابطة الزوجيّة.

القسم الأول: إجراءات التصريح ببطلان عقد الزواج

الفقرة الأولى :تحديد المحكمة المُختصّة

*** المبدأ ﴿الإختصاص المبدئي﴾**

تُعتبر دائرة الأحوال الشخصية للمحكمة الابتدائية صاحبة الاختصاص المبدئي في مادة الأحوال الشخصية حسب **الفصل 40 م م م ت** فتنظر في كلّ الدعاوى المُتعلقة بالأحوال الشخصية عدا ما خرج عنها بنص صريح .

وتطبيقا لهذا المبدأ فإن كل دعاوى إبطال الزواج تكون مبدئيا من اختصاص هذه الدائرة رغم غياب نص خاص يُسند لها هذا الاختصاص.

• الإستثناء ﴿الإختصاص المُسند أو الاستثنائي﴾

هناك صورتين فقط من صور إبطال الزواج استثناهم المشرع من اختصاص المحكمة الابتدائية وأسندهم استثنائيا بمقتضى نصّ خاص إلى قاضي الناحية وهي الصور التي تقترن فيها دعوى الإبطال بجريمة جزائية أي صورة جريمة تعدّد الزوجات وجريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية.

وهذه الجرائم هي من اختصاص قاضي الناحية بوصفه قاضي جزائي فتمّ إلحاق اختصاص النظر في العقاب المدني بالعقاب الجزائي تطبيقا لقاعدة الفرع يتبع الأصل و توحيد الإختصاص لفائدة قاضي الناحية الذي يكون حسب **الفصل 21 م ا ش و الفصل 36 ق ح م** مُلزما إذا ما قضى بثبوت الجريمة أن يقضي صلب نفس الحكم بإبطال الزواج.(و يتمّ استئناف هذه الأحكام أمام الدائرة الجناحية لدى المحكمة الابتدائية يعني أن الاختصاص المدني يتبع دائما الاختصاص الجزائي).

الفقرة الثانية : تحديد طبيعة البطلان

بالرجوع إلى النظرية العامة للعقود، يتم تحديد طبيعة البطلان بالرجوع إلى تحديد الهدف الذي يرمي إليه المشرع من خلال وضعه لشروط صحّة العقد. فإذا كان المقصود من الشرط حماية النظام العام، فإن عدم احترامه يؤدي إلى **البطلان المطلق للعقد**. أما إذا كان الهدف من ذلك الشرط حماية مصلحة خاصة

لأحد المتعاقدين فإن جزاء الإخلال به يكون فقط **البطلان النسبي**.

أما بالنسبة لمادة الأحوال الشخصية، فقد اعتبرت محكمة التعقيب في قرار صادر في 17 جانفي 1961 أن " كلّ الدعاوى المتعلقة بحقوق الأسرة تهمّ النظام العام ... " و يتدّعم هذا الإتجاه بالنظر إلى استعمال المشرع في الفصل 22 م أ ش عبارة يبطل الزواج الفاسد « وجوبا » .

إذن حسب هذا الموقف سيكون البطلان دائما مطلقا ، لكن في الواقع هذا الموقف لا يمكن أن نأخذه على إطلاقه لأنّ هناك حالتين لا يمكن فيهما إقرار البطلان المطلق وإنما فقط البطلان النسبي لتعلقهم بمصالح خاصّة لا عامّة وهما حالة عيوب الرضاء التي لا تهمّ سوى مصلحة القرين الذي كان رضاه معيبا وحالة عدم تسمية المهر التي لا تهم سوى مصلحة الزوجة (إضافة إلى صورة زواج السفيه التي نصّ المشرّع بشأنها صراحة على سقوط حق المحجور له في طلب الإبطال بعد الدخول و هو ما يدل على أنها من صور البطلان النسبي).

ويترتب عن تحديد طبيعة البطلان عدّة آثار إجرائية تتعلق خاصة بأمرين:

1* **صفة القيام :**

في صورة البطلان المطلق، بما أن الأمر يهمّ النظام العام فإن كلّ من له مصلحة يمكنه إثارة الدعوى ثم تتعهد النيابة العمومية بالدعوى كطرف مُكلف بحماية النظام العام وعلى المحكمة إثارة هذا البطلان من تلقاء نفسها ولو بدون

طلب من الأطراف ولو أوّل مرة من طرف محكمة التعقيب و لا يُعدّ ذلك خرقا لمبدأ حياد القاضي. و بالرجوع الى الفصل 329 م ا ع هذا البطلان لا يمكن تصحيحه و هذا بديهي بما أن حق القيام لا يملكه شخص معين بذاته لكي يتنازل عنه.

أمّا في صور البطلان النسبي، فإنّ حق القيام بالدعوى لا يملكه سوى الطرف المتعاقد المتضرر الذي أراد المشرع حمايته وهو الوحيد الذي له الخيار إما طلب الإبطال أو التصديق على العقد أي تصحيحه.

2*آجال القيام :

لم تتعرّض م أ ش إلى هذه المسألة واختلف الفقهاء حول تأويل هذا السكوت فهل يعني تطبيق الأجل العام (الفصل 334 م ا ع) أي سقوط الدعوى بمرور 15 سنة أو اعتبار أن هذه الدعاوى لا تنقرض بمرور الزمن.

أمام سكوت م أ ش حول مسألة الآجال عموما ، اعتبرت محكمة التعقيب مثلا أن دعاوى النسب لا تسقط بمرور الزمن لتعلقها بحالة الأشخاص وهو ما يمكن القياس عليه بالنسبة لدعاوى البطلان المطلق.

لكن بالنسبة لصور البطلان النسبي، تنصّ م.إ.ع على سقوط الدعوى بمضي سنة تُحتسب من يوم إكتشاف الغلط أو من يوم زوال الإكراه.

الفقرة الثالثة : تحديد آجال الطعن في حكم البطلان

حدّد المشرّع في **الفصل 41 ق ح م** آجالا خاصّة بدعوى البطلان تتمثل في إمكانية الطعن في ظرف شهر من تاريخ صدور الحكم أو القرار لا من تاريخ الإعلام به و يُقدّم مطلب الطعن لكتابة المحكمة التي أصدرت الحكم أو القرار و إذا أصبح الحكم باتا على كاتب المحكمة توجيه نص الحكم إلى ضابط الحالة المدنية بالمكان الذي رُسّم فيه عقد الزواج لترسيمه بطرّة عقد الزواج و رسم ولادة كل من الزوجين.

القسم الثاني: آثار التصريح ببطلان عقد الزواج

في النظريّة العامة للعقود المبدأ هو أن البطلان له أثر رجعي يرجع الأطراف إلى الوضعيّة التي سبقت التعاقد فيُعدم العقد تماما. لكن نظرا لخصوصية عقد الزواج ومساسه باستقرار الأسرة و المجتمع ، فقد رتّب عنه المشرع بعض الآثار في صورة بطلانه.

الفقرة الأولى :شروط ترتيب الآثار المُنجرّة عن الإبطال

يتوقف ترتيب آثار الزواج الباطل على إثبات أمرين :

*** *أولا* : إثبات الزواج الباطل في حدّ ذاته**

أي اثبات أن العلاقة توصف قانونا بأنها زواج باطل وذلك بكل الوسائل بإعتبار هذا الزواج الباطل هو مُجرّد واقعة قانونية كالإدلاء بحكم قضائي في صورة التتبع الجزائي أو شهادة الشهود أو كتب الزواج في حدّ ذاته إذا كان سبب الإبطال يهم الشروط الجوهريّة لا الشكليّة (هنا الكتب موجود لكن باطل لمخالفته أحد الشروط الأصليّة لا الشكليّة مثلا لوجود مانع رضاع بين الزوجين فيعتبر بداية حُجّة)

****ثانيا* : إثبات الدخول الفعلي**

إذ لا يترتب على مُجرّد العقد أي اثر وهذا الشرط نصّ عليه المشرع بصفة صريحة في الفصل 22 م.أ.ش وبصفة ضمنيّة في الفصل 36 مكرر من قانون الحالة المدنية بما أن الآثار المنصوص عليها تفترض حصول الدخول.

الفقرة الثانية : تحديد الآثار المُنجرّة عن الإبطال

باعتبار أن الآثار التي رتبها المشرع عن إبطال الزواج هي استثناء من مبدأ رجعيّة البطلان فإنها مذكورة على سبيل الحصر لا يجوز التوّسع فيها .و لذلك استعمل **الفصل 22 م ا ش** عبارة « فقط » و **الفصل 36 مكرر ق ح م** عبارة « إلاّ النتائج التالية »

أ- آثار الزواج الباطل لمخالفة الشروط الأصلية :

حدّد المشرع آثار الزواج الباطل على معنى **الفصل 21 م.أ.ش في الفصل 22** وتتمثل في :

* استحقاق المرأة المهر المسمى أو تعيين مهر لها من طرف الحاكم
* ثبوت النسب
* وجوب العدّة على الزوجة
* حرمة المصاهرة

ب- آثار الزواج الباطل لمخالفة الشروط الشكليّة :

نظمها **الفصل 36 مكرر من ق ح م** و هي تقريبا نفس الآثار المتمثلة في

* ثبوت النسب
* وجوب العدّة على الزوجة
* حرمة المصاهرة

لكن نلاحظ أن اثر استحقاق المهر لا تتمتع به المرأة في صورة الزواج المبرم على خلاف الصيغ القانونية وذلك ربما كنوع من العقاب التكميلي للعقاب الجزائي.

كما نلاحظ أن كلّ من الفصل 22 م.أ.ش و36 مكرر من قانون الحالة المدنية لا ينص على استحقاق المرأة نفقة العدّة في صورة بطلان زواجها وذلك لسببين : أوّلا أنّ آثار الزواج الباطل هي استثناء من مبدأ رجعية البطلان، فلا يجوز التوّسع فيها. كما أن النفقة ككل التزام لا بد أن يكون مبنيا على سبب مشروع حسب الفصل 67 م ا ع في حين أن عقد الزواج الباطل لا يعتبر سببا مشروعا لإستحقاق النفقة بل هو عقاب مدني.

كما نشير في النهاية إلى أنّ المشرع نصّ على عقاب جزائي يتمثّل في السجن لمدّة 6 أشهر بالنسبة للزوجين اللذّين يستأنفان أو يستمرّان على المُعاشرة رغم التصريح بفساد زواجهما و ذلك مهما كان سبب فساد الزواج أي سواء تعلّق بمخالفة شرط جوهري (الفصل 21 م ا ش) أو شكليّ (الفصل 36 من ق ح م) و هي جريمة لا ينطبق عليها الفصل 53 من القانون الجنائي المُتعلّق بظروف التخفيف.

2018/2017

الباب الثالث: تنفيذ عقد الزواج :

نظام العلاقات الزوجيّة

يترّتب عن إبرام عقد الزواج قيام علاقة قانونية بين الزوجين و قد إهتمّ المشرع بتنظيم هذه العلاقة لكنّه خلافا للعقود المدنيّة الأخرى لم يترك للمتعاقدين حريّة تحديد مضمون العقد التي يقتضيها مبدأ سلطان الإرادة و إنّما نظمّ المشرع العلاقات الزوجية بمقتضى قواعد آمرة لا يستطيع الأطراف الاتفاق على مُخالفتها فلا يمكن لهم مثلا الإتفاق على استبعاد بعض الواجبات الزوجيّة لأن ذلك يعتبر شرط مخالف لجوهر العقد و يؤدي إلى البطلان المطلق لعقد الزواج حسب الفصل 21 م ا ش و المقصود بجوهر العقد هو نظام العلاقات بين الزوجين.

و قد حاول المشرع رسم الخطوط العريضة لهذا النظام في إطار **الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية** الذي يعتبره الفقهاء بمثابة **دستور أو ميثاق العائلة** الذي يُحدّد حقوق وواجبات الزوجين سواء تجاه بعضهما أو تجاه أبنائهم، لكن اقتناع المشرع بأنّ الصبغة الخاصة للعلاقات الزوجية و تأثرها بالمحيط الاجتماعي تجعل من إمكانية تحديد الواجبات الزوجية في إطار قانوني جامد و مُوّحد لكل الفئات الاجتماعية أمرا يصعب تحقيقه و هو ما دفعه في **الفصل 23** في حدّ ذاته

2018/2017

إلى التنصيص على أنّه « **و يقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف و العادة** » و هذا يعني أنّ نظام العلاقات الزوجية هو نظام مُتغيّر يختلف باختلاف الزمان و المكان وهو ما يعطي للقاضي دورا أساسيا و سلطة واسعة في تحديد هذا النظام فلكُلٍ عائلته و لكُلٍ قانونه حسب العميد "كاربونيه".

و بالرجوع للفصل 23 يمكن تقسيم العلاقات الزوجية إلى علاقات ذات صبغة شخصيّة و علاقات ذات صبغة ماليّة.

2018/2017

الفصل الأول :

نظام العلاقات الشخصيّة بين الزوجين

تعرّض الفصل 23 لبعض الواجبات الشخصيّة وهي واجبات مُشتركة يتحملها الزوجين معا و قد تميّز الفصل 23 بغموض مقصود في صياغته يرجع إلى تخلي المشرع عن تنظيم جزئيات العلاقة الشخصية بين الزوجين و ترك مجال تنظيمها إلى إتفاق الأطراف و في صورة عجزهم إلى سلطة القضاء.

و نظرا لعمومية صياغة الفصل 23 وإحالة المشرع للعرف و العادة فقد كان لفقه القضاء دور أساسي في تحديد هذه النوعية من الواجبات التي لا يمكن حصرها بصفة دقيقة، لكن يمكن أن نذكر أهمّها، كما يمكن أن نقسمها إلى واجبات صريحة و واجبات ضمنيّة.

الفرع الأوّل : الواجبات الصريحة

هي واجبات نصّ عليها المشرع في الفصل 23 صراحة و تتمثل في واجبين وهما واجب الاحترام المتبادل و واجب التعاون .

القسم الأوّل : واجب الاحترام المتبادل بين الزوجين

ينصّ **الفصل 23** جديد « **على كلّ واحد من الزوجين أن يُعامل الأخر بالمعروف و أن يحسن عشرته و يتجنب إلحاق الضرر به** » و بالرغم من عموميّة هذه العبارات و تعلقها بأمور أخلاقيّة و صعوبة الفصل بين الواجبات المذكورة فإنه يمكن القول أنّ واجب الاحترام يشمل :

أ – المعاملة بالمعروف:

المقصود هنا هو معاملة الطرف الآخر باحترام و تقدير و بالشكل الذي يُساير القيم الأخلاقية و الدينية السائدة و خاصة بالقول الحسن و الفعل الجميل.

ب – حسن المعاشرة :

2018/2017

المقصود هنا هو إضفاء الطابع الأخلاقي على تنفيذ الواجبات الشخصية و ذلك بإظهار الودّ في المعاملات و أيضا الصبر على القرين سواء في صورة مرضه أو خطئه. و قد اعتبر فقه القضاء التونسي أن الإعراض عن القرين بمفهومه الجنسي يُشكل إخلالا بواجب حسن المعاشرة، مثال قرار محكمة الاستئناف سوسة بتاريخ **30 أفريل 1997 « إعراض الزوج عن مباشرة زوجته لعدّة أشهر مُستمرّة و إهمال حاجتها إلى المعاشرة المرتقبة منه يلحق مضرة بالزوجة ».**

كما اعتبر فقه القضاء الإعراض بمفهومه الاجتماعي إخلالا بحسن المعاشرة مثال قرار محكمة الاستئناف بتونس في **14 جويلية 1966 « الزوج الذي يتّصل بعائلة أجنبية عنه في اجتماعاتها و تنزهاتها بمختلف الأماكن و عديد الأوقات مع عدم استصحابه لزوجته في تلك الاجتماعات و الانتقالات إلى أماكن النزهة و التسلية يعتبر مُعرضا عن زوجته و غير محسن لمعاشرتها ».**

ج – واجب تجنّب إلحاق الضرر بالقرين

يتمثل هذا الواجب في الامتناع عن كل ما يؤذي القرين من قول أو فعل سواء تسبب ذلك في ضرر مادي أو معنوي للقرين، مثال قرار تعقيبي في **31 مارس 1992 « الإخلال بواجب الوفاء و الأمانة من طرف الزوجة و اعتمادها الاستيلاء على مال و مصوغ الزوج من شأنه أن يجعلها مخطئة و خارقة لأحكام الفصل 23 م ا ش. ».**

أيضا قرار تعقيبي في **20 سبتمبر 1988 « إن إدانة الزوجة من أجل صفع زوجها على خدّه بمكان عمومي و من أجل الاعتداء عليه بالعنف الشديد أمام**

زملائه بمقر عمله ... يتنافى و واجب الاحترام و التزام عدم إلحاق الأذى بالقرين الذي أوجبهما الفصل 23 م.ا.ش ».

القسم الثاني : واجب التعاون بين الزوجين

تمّت إضافة هذا الواجب إلى الفصل 23 بمناسبة تنقيح 12 جويلية 1993 و يعتبر هذا التنقيح ثورة و تغييرا كاملا في نظرة المشرع لتوازن العلاقات داخل الأسرة تماشيا مع التطورات الاقتصادية و الاجتماعية و مع تطوّر وضع المرأة بصفة خاصة. و للإحاطة بهذه النظرة التشريعية الجديدة للعلاقات الأسرية لا بدّ من تحديد أساس واجب التعاون ثم تحديد مجاله.

الفقرة الأولى : أساس واجب التعاون

أ – إلغاء واجب الطاعة المحمول على الزوجة

كان الفصل 23 قديم ينص « و على الزوجة أن تــرعى زوجها باعتباره رئيس العائلة وتطيعه في ما يأمرها به في هذه الحقوق » و تعتبر هذه الصياغة القديمة تكريسا لموقف الفقه الإسلامي التقليدي الذي يُعطي للزوج سلطة رئاسة العائلة و هي سلطة مُطلقة في اتخاذ كل القرارات المُتعلقة بالعائلة و يُوجب على الزوجة الطاعة المطلقة فتمّ القضاء نهائيا على واجب الطاعة.

ب – إقرار المساواة بين الزوجين

قام تنقيح 1993 بتوزيع جديد للأدوار داخل الأسرة مبني على إنهاء مظاهر الإذعان و تكريس المساواة و تفعيل دور المرأة صلب الأسرة فأصبح **الفصل 23 جديد** يُوّجه الخطاب إلى الزوجين معا « **على كل واحد من الزوجين...**» فلم تعد بذلك العلاقة بين الزوجين تنازعية بل أصبحت علاقة تشاركية .

ويتجسّد مبدأ المساواة والتعاون من خلال تغيّر مفهوم رئاسة العائلة فقد كانت الصياغة القديمة للفصل **23** تقرن بين رئاسة لعائلة وواجب الطاعة لكنّ الصياغة الجديدة أصبحت تنص على رئاسة الزوج للعائلة بعد التعرّض لواجب التعاون بين الزوجين ومع ربط تلك الصفة بواجب الإنفاق : « **وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء....**»

وهذا التغيير نستنتج منه أمرين :

- **أولا** أن رئاسة العائلة بقيت نظريا بيد الزوج لكن عمليا لم تعد هذه الرئاسة سلطة فرديّة مُطلقة للزوج تفرض على الزوجة الطاعة وإنما أصبحت رئاسة تعاونية تفترض التشاور و التشارك بين الزوجين بحثا عن مصلحة العائلة كوحدة لا كأفراد .

- **ثانيا :** ربط الصياغة الجديدة لصفة رئاسة العائلة بواجب الإنفاق يعني أن هذه الصفة أصبحت واجبا محمولا على الزوج ولم تعد حقا من حقوقه فقد أصبحت حسب الفقيه الحبيب شريف « **رئاسة تكليف ومسؤولية وليست رئاسة تشريف وعلويّة.هي رئاسة وظيفيّة و ليست رئاسة شخصانية** » فالمشمولات التقليدية

التي كان ينفرد بها الزوج أصبحت تُمارس فعليا في إطار التعاون وهو ما سنتبينه في تحديد مجال التعاون.

الفقرة الثانية : مجال التعاون

نلاحظ من خلال الفصل 23 اتساع نطاق التعاون بين الزوجين إلى حدّ أفرغ مؤسسة رئاسة العائلة من كل محتواها فيشمل التعاون أمرين :

أ - التعاون في تسيير شؤون الأسرة

يهم هذا التعاون خاصة العلاقة بين الزوجين فيما بينهم و يبرز خاصة في **التشاور حول المسائل المتعلقة بالعيش المشترك** ومن أبرزها مسألة اختيار مقرّ الزوجيّة الذي يفترض أن يتم اختياره بالتشاور بين الزوجين .

كما أنّ من أهمّ مظاهر واجب التعاون حسب الفقهاء هو **واجب المساعدة المتبادلة بين الزوجين** الذي يقتضي مدّ يدّ العون للقرين الذي يوجد في وضعية حرجة ماليا أو صحيا أو مهنيا ومن الناحية العملية يشمل هذا الواجب المشاركة في النشاط المنزلي وخاصة العناية بالقرين في حالة المرض وقد استقر فقه القضاء على أن المرض لا يعطي حق طلب الطلاق للضرر بل يُوجب مُساعدة الطرف الآخر لتجاوز المحنة : مثال **حكم ابتدائي (تونس) صادر في 2003/12/01 :« وحيث يتبين أن الزوجة لم تقصد إضرار زوجها وأن الحياة الزوجية تعكرّت بسبب مرض الزوجة ويتعيّن في مثل هذه الحالة على الزوج الأخذ بيد زوجته**

ومُعالجتها حتى تشفى من مرضها ».

ب – التعاون في تسيير شؤون الأبناء

أرسى تنقيح 93 فكرة التشارك بين الزوجين في تصريف شؤون الأبناء سواء **شؤونهم الأدبية** (من تربية أخلاقية و دينية و تعليم و سفر و خاصة زواج القاصر) **أو شؤونهم المالية** (يشمل التعاون القيام بكل التصرفات اللازمة للمحافظة على أموال القاصر و يشمل أيضا واجب الإنفاق الذي كان محمول سابقا على الزوج بمفرده فقد نصّ الفصل 23 جديد على وجوب مساهمة الزوجة في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال).

الفرع الثاني : الواجبات الضمنيّة

هذه الواجبات لم ينصّ عليها المشرع صراحة صلب الفصل 23 لكنها مُلتصقة ضمنيا بعقد الزواج وكان لفقه القضاء دور كبير في تكريسها. و من أهم هذه الواجبات واجب المساكنة وواجب الاتصال الجنسي وواجب الإخلاص وواجب المصارحة.

القسم الأول : واجب المساكنة

هو من الواجبات التي لا تُحمل على الزوجين بمجرّد إبرام عقد الزواج و إنما بعد حصول الدخول الفعلي. و لم ينصّ المشرع التونسي على هذا الواجب لبداهته و

لاعتباره من النتائج الطبيعية لعقد الزواج.

و قد أكد فقه القضاء على الأهمية القصوى لهذا الواجب، مثال قرار تعقيبي مؤرخ في **23 ماي 1989** « **تُعدّ المساكنة من أهم الواجبات الزوجية و أجدرها بالاهتمام باعتبارها تُمثل الغرض الأصلي و الأساسي من عقد الزواج وتشكل بالتالي المصدر الذي ينطلق منه ما يصبح يتبادله الطرفان من حقوق وواجبات** ».

و لإبراز أهمية هذا الواجب لا بدّ من تحديد مفهومه ثم جزاء الإخلال به.

فقرة أولى : تحديد مفهوم واجب المساكنة

يمكن تعريف المساكنة بأنها **تعايش الزوجين معا بمحل الزوجية**. هذا الواجب هو واجب مشروط لكنه ليس بواجب مطلق فله حدوده .

أ- شروط واجب المساكنة

أوجب المشرع التونسي على الزوجين القيام بالواجبات الزوجية حسب ما يقتضيه العرف و العادة و اقتضى العرف و العادة أن يُوّفر الزوج محلّ الزوجية و أن تنتقل إليه الزوجة و تُساكنه فيه.

1- واجب توفير الزوج لمحلّ الزوجيّة

حسب فقه القضاء واجب توفير محل الزوجية يتحمله قانونا الزوج و بالتالي فله

سلطة اختيار محل الزوجية لكن ممارسة هذه السلطة تغيّرت :

- **فقبل تنقيح 1993** كانت سلطة الزوج كرئيس العائلة مطلقة مما يعطيه حق اختيار مقر الزوجية بصفة أحادية منفردة و يفرض في المقابل واجب الطاعة على الزوجة أن تُقيم بالمحلّ الذي عيّنه لها الزوج.

- **أمّا بعد تنقيح 1993** و فيما عدى صورة خيار الشرط الذي يمكن بمقتضاه لأحد الزوجين إشتراط السكنى في منطقة معينة فإن واجب التعاون يفرض أن يتمّ التشاور بين الزوجين لاختيار محل الزوجية.

لكنّ الفصل 23 لم يُعطى الحلّ في صورة تعذّر الاتفاق و هو ما دفع فقه القضاء إلى اعتبار أنّه في صورة الاختلاف، فإن الزوج بإعتباره مازال مُحتفظا بصفة رئيس العائلة له سلطة تحديد مقر العائلة حسب اختياره، و هو تقريبا الحق الوحيد المتبقي من رئاسة العائلة في مفهومها التقليدي، و لكنه بقي لسبب قانوني يتمثل في أن المسكن هو من مشمولات النفقة و النفقة مازالت واجبا محمولا على الزوج بصفة أصلية.

فقد اعتبرت المحكمة التعقيب مثلا في **القرار عدد 42048 الصادر في 6 جوان 1994 « مادام واجب الإسكان محمولا على الزوج فإنّ له أن يُسكن زوجته حيث شاء »** و باعتبار المسكن من مشمولات النفقة فيتم توفيره حسب الإمكانية المادية للزوج، لكن لا بد أن تتوفر فيه الشروط اللازمة ليكون مهيأ للعيش المشترك.

وإلى هذا الحد، يُعتبر موقف فقه القضاء تقليديا، لكن التجديد هو أنه لم يعد يعتبر سلطة الزوج في اختيار محل الزوجية سلطة مطلقة بل هي سلطة مُقيّدة بمعيار جديد أدخله فقه القضاء وهو **معيار مصلحة العائلة** ، فلا يمكن للزوج تحديد أو

تغيير مقر الزوجية بصفة تعسفية بل لا بدّ أن يكون اختياره مُبررا بمصلحة العائلة و ذلك تحت رقابة القاضي إن اقتضى الأمر لأن تقدير مصلحة العائلة هو مسألة واقعية يقدّرها القاضي حالة بحالة.

و من أهم القرارات التي إعتمدت هذا المعيار يمكن أن نذكر القرار التعقيبي في **16 أفريل 1996 « لمّا أوضح الزوج أن مصلحة العائلة تقتضى الإنتقال بالسكنى أين مقر عمله فإن رفض الزوجة مُساكنته و الإنتقال معه يمثل ضررا حاصلا له مُوجبا للطلاق طالما كان ذلك مخالفا لأحكام الفصل 23 م .ا . ش الذي اعتبر أنه من أوكد الواجبات الزوجية لزوجها القيام بمحل الزوجية الذي يُعيّنه لها ».**

القرار التعقيبي عدد 57766 المؤرخ في 19 ماي 2011 الذي ورد فيه « لا جدال أيضا أنّ اختيار محلّ الزوجية يعود للزوجين معا تكريسا للمكارمة و مبدأ التعاون الذي أقرّه المشرّع صلب الفصل 23 المشار إليه.لئن أقرّ المشرّع أنّ الزوج هو رئيس العائلة لكن تلك المؤسسة تُنظمها شروط عدم التعسّف و احترام المصلحة العامّة للأسرة في إطار التعاون الزوجي » .

القرار التعقيبي عدد 41298 المؤرخ في 4 فيفري 2010 : « لئن أرسى الفصل 23 من م ا ش مبدأ التعاون بين الزوجين على تسيير شؤون الأسرة فإنّه أبقى على مؤسسة رئاسة العائلة و أسندها للزوج المُطالب قانونا بالإنفاق على أسرته و هو من يُحدّد مقرّ الزوجية ما لم يثبُت تعسّفه في خياراته ممّا يجعل امتناع الزوجة عن مُساكنته بدون مُوجب يُشكّل إخلالا منها بواجباتها ».

2 – واجب تساكن الزوجين معا في محل الزوجية

2018/2017

يعتبر واجب المساكنة نظريا واجب محمول على الزوجين معا، و لكن عمليّا بما أن الزوج هو الذي يُوّفر محل الزوجية فإنه يفترض وجوده فيه و يصبح بالتالي واجب الإنتقال إلى محل الزوجية محمول بصفة أساسية و واقعية على الزوجة، فالمقصود بهذا الواجب هو العيش المشترك تحت سقف واحد، و إخلال أي واحد من الزوجين بهذا الواجب يُعفى الطرف الآخر من وجوب التقيد به، فقد أقرّت محكمة التعقيب في قرار **24 ديسمبر 1996 « إن من أوكد واجبات الزوجة التي أشار إليها الفصل 23 من م ا ش هو مساكنة زوجها بمحلّ الزوجية الذي يُعدّه لها، فإن هذا الواجب يقابله حق هو أن يساكنها الزوج في هذا المحل ضرورة أنه من أبرز مظاهر ترابط الزوجين بعقد الزواج هو تساكنهما معا بمحل واحد و إلاّ انتفت الغاية المقصودة من عقد الزواج الرّامية إلى تكوين أسرة تعيش تحت سقف واحد».**

و نستنتج من فقه القضاء أن واجب إنتقال الزوجة لمحل الزوجية مُقيد بضرورة أن يكون الزوج مُقيما فيه فإذا كان الزوج مثلا مقيما بالخارج فلا يمكن مثلا إجبار الزوجة على الإقامة مع والدي الزوج.

ب – حدود واجب المساكنة

واجب المساكنة ليس واجب مطلق فهناك مبررات شرعية لعدم المساكنة، فبالنسبة للزوج إذا سافر للعمل بالخارج فإن غيابه عن محل الزوجية يعتبر مبررا شرعيا، أما بالنسبة للزوجة إن أخلت بواجب المساكنة فإنها تعتبر **"ناشز".**

و يتمثل **النشوز** في **مفهومه الواسع** في إخلال الزوجة بأي واجب من واجباتها الزوجية، لكن فقه القضاء التونسي اعتمد **المفهوم الضيّق للنشوز** الذي يتمثل في

مغادرة الزوجة لمحل الزوجية دون إذن من زوجها و بغير وجه شرعي أو التي امتنعت عن الانتقال إليه بغير حق **فالنشوز إذن هو إخلال الزوجة بدون مبرر بواجب المساكنة بالذات** .

و قد استقرّ فقه القضاء على أنّ نشوز الزوجة إذا كان مُبرّرا فهو لا يُعدّ إخلالا بواجب المُساكنة و لا يُرتّب أي حق للزوج .

مثال **القرار تعقيبي عدد 17711 المؤرخ في 6 اكتوبر1987 « يجب على الزوجة مساكنة زوجها في المقر الذي يختاره و يقتضيه عمله بوصفه رئيس العائلة و إن امتنعت الزوجة من ذلك بدون مبرّر يُعتبر امتناعها نشوزا و إخلالا في القيام بواجباتها المفروضة عليها نحو زوجها » .**

القرار التعقيبي عدد 41298 المؤرخ في 4 فيفري 2010 « سعى فقه القضاء إلى تكريس مبدأ وجوب التقصّي وراء الدوافع الحقيقية التي تكمن وراء عدم المُساكنة فإذا ثبت أنّ عدم المُساكنة له مُبرّراته في مُقابل انتفاء السبب الجدّي الداعي له في جانب الزوج و تعسّفه برأيه فإنّ ذلك لا يُعدّ إخلالا بواجب المساكنة . »

و نستنتج من هذه القرارات أنّ مغادرة الزوجة لمحل الزوجية إذا كان لها مبرر قانوني فلا يُعدّ ذلك نشوزا منها و بالرجوع إلى فقه القضاء يمكن تصنيف المبرّرات القانونية للنشوز في نوعين :

1 – المُبرّرات المُتعلقة بإخلال الزوج بواجباته الزوجية

استقر فقه القضاء على اعتبار نشوز الزوجة مُبررا إذا ألحقت بها مساكنتها لزوجها ضررا ماديا أو معنويا بسبب التصرف المخطئ للزوج و يمكن أن يتمثل خطأ الزوج في الإخلال بأحد واجباته المالية (كعدم قيامه بالإنفاق أو عدم دفعه

المهر) أو أحد واجباته الشخصية (كالاعتداء بالعنف على الزوجة أو الامتناع عن الاتصال الجنسي بها أو الإخلال بواجب الإخلاص).

و لكن أهم صورة تطبيقية تبرّر نشوز الزوجة هو **إخلال الزوج بواجب توفير محل الزوجية فقد ورد مثلا في القرار التعقيبي عدد 49225 المؤرخ في 30 أفريل 1996 « عدم وجود مقرّ للزوجيّة ينفي النشوز المُدّعى به و لا يُعتبر معه تصرّف الزوجة إخلالا بواجباتها الزوجيّة المفروضة عليها بالفصل 23 من م أ ش يُوجب حرمانها من النفقة »**

أو أيضا تعسّف الزوج في اختيار المقرّ. فقد ورد في القرار التعقيبي عدد 66546 المؤرخ في 9 جانفي 2012 (غير منشور) أنّه : « لا ريب أنّ واجب المُساكنة يُعدّ أحد أهمّ الواجبات الزوجية فيكون على الزوجة مُساكنة زوجها في المقرّ الذي يختاره و يقتضيه عمله بوصفه رئيس العائلة المحمول عليه واجب الإنفاق فيجد بذلك واجب المساكنة سنده في الأساس الإقتصادي و يُعتبر امتناع الزوجة عن مساكنة زوجها في المقرّ الذي يختاره إخلالا منها بواجباتها تجاهه.

إلاّ أنّ المشرّع التونسي قد حافظ أيضا و في مقابل ذلك على مفهوم التعاون بين الزوجين على تسيير مصالح الأسرة و حمايتها و كرّس مبدأ التعاون الزوجي و عليه يمكن القول بأنّ سلطة الأب كرئيس للعائلة ليست مطلقة فإذا ثبت أنّ عدم مساكنة الزوجة لزوجها في المقرّ الذي يختاره له مُبرّراته في مُقابل انتفاء السبب الجدّي الداعي له في جانب الزوج و تعسّفه برأيه فإنّ ذلك لا يُعدّ إخلالا بواجب المساكنة ».و في هذا القرار اعتبرت المحكمة أنّ إصرار الزوج على الإنتقال من منطقة صفاقس إلى منطقة مُجاورة هو قرار تعسفي ليس له ما يبرره لأنّه لم يثبت عملا قارا له في هذه المنطقة في حين أثبتت الزوجة أن الزوج يملك

مسكنا آخر في صفاقس أين تعمل هي و أين تدرس ابنتها.

و قد يكون مبرّر نشوز الزوجة هو **سوء اختيار الزوج لمحلّ الزوجية** الذي لابدّ أن تتوفر فيه الشروط الموضوعية اللازمة ليكون مهيّأ للعيش المشترك و ذلك بأن تتوفر في المحلّ الاحتياجات المادية للزوجة (أي المرافق الضرورية من ماء وكهرباء وغيرها) و لكن أيضا الاحتياجات المعنوية للزوجة من ضرورة حماية صحتها وأمنها وكرامتها و خصوصياتها، فإذا ما أثبتت الزوجة ضررا لحقها من السكن في محل الزوجيّة سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا ينتفي عنها النشوز (كأن تثبت مثلا أن المسكن شديد الرطوبة أو في منطقة شديدة التلوث. وقد يرجع الضرر إلى موقع المحل كأن يكون مكان خال من الأجوار فلا تضمن الزوجة نجدتها عن الخطر أو أن يكون المحلّ في منطقة معروفة بالإجرام أو الانحطاط الأخلاقي و قد يرجع الضرر إلى عدم استقلالية المسكن أي أن الضرر ناتج عن مساكنة شخص آخر في المحلّ خاصة أهل الزوج فقد اعتبر فقه القضاء أن من حق الزوجة المطالبة بمسكن مستقل طالما كانت حالة الزوج الماديّة تسمح بذلك).

و طرح مثلا على فقه القضاء مشكل عدم تماشي المحلّ مع الوضع الصحّي للزوجة و اعتبره مبررا للنشوز و ذلك في **القرار التعقيبي عدد 8950 بتاريخ 13 أفريل 2006 الذي ورد فيه « إنّ سبب خروج الزوجة من محلّ الزوجية يعود إلى حالتها الصحيّة التي تقتضي توّفر بعض الخصوصيات في المنزل الذي تعيش به حتى تستطيع العيش فيه و خاصة منها تمكينها العيش بطابق سفلي نظرا لحالة الشلل النصفي التي أصبحت عليها بعد الحادث الذي تعرّضت له » .**

2 – المُبرّرات المتعلقة بممارسة الزوجة لأحد حقوقها

إذا ما وفّقت المرأة بين ممارسة حقوقها كحقها في الدراسة أو العمل و بين

واجباتها الزوجية فليس للزوج مطالبتها بالتخلي عن عملها و إلا كان طلبه « **مُجرّد تعسف لا يجاريه القاضي فيه » حسب الفقيه محمد الحبيب الشريف**. أما إذا أهملت الزوجة واجباتها الزوجية مُتعلّلة بعملها فإنها تصبح ناشز .

لكن يطرح الإشكال إذا ما تعارض حق الزوجة في العمل مع حق زوجها في العمل نظرا لتواجد مقرّ عمل كلّ منهما في مناطق مُتباعدة لا يمكن الجمع بينها وقد تطور فقه القضاء في حلّ هذا المشكل منسجما مع تطوّر العرف و العادة :

* في مرحلة أولى :

حسب محكمة التعقيب مثلا في قرار **8 جانفى 1980 « امتناع الزوجة من مساكنة زوجها متعللة بقيامها بشغلها يشكل إخلالا بواجباتها الزوجية المفروضة عليها بالفصل23 م ا ش »** و قد كانت الزوجة في وقائع هذا القرار رفضت الالتحاق بزوجها لعدم وجود خطتها الوظيفية في المنطقة التي انتقل للعمل بها ويعنى هذا الموقف أنه في صورة التعارض يتم تغليب عمل الزوج على عمل الزوجة لأنه هو المطالب أصالة بالإنفاق.

* في مرحلة ثانية :

مع إقحام معيار مصلحة العائلة يصبح القاضي مطالب في تقديره لنشوز الزوجة بسبب عملها أن يراعى مصلحة العائلة ككل وليس مصلحة الأفراد فقد ورد مثلا في **القرار التعقيبي عدد 18627 المؤرخ في 27 ديسمبر 2002 أنّه « يثبُت نشوز الزوجة من عدم رغبتها في مساكنة زوجها دون أي مبرّر معقول و هو ما يتعارض و وقائع قضيّة الحال و التي ثبت أنّ عدم مساكنة الزوجة لزوجها إنّما تبرّره مُواصلة هذه الأخيرة لدراستها بالخارج و التي لم يُنكر زوجها مُوافقته**

عليها » .

فقرة ثانية : جزاء الإخلال بواجب المساكنة

لا يمكن إجبار الزوجين على تنفيذ واجب المساكنة بالقوّة لكن الإخلال بهذا الواجب يُرتّب اثرين :

* يتمثل الأول في **حرمان الزوجة الناشز من حقها في النفقة**

* و يتمثل الاثر الثاني في **إمكانية اعتماد القرين المتضرر سواء كان الزوج أو الزوجة على هذا الإخلال كأساس لطلب الطلاق للضرر.**

لكن هذه الآثار لا تترتب إلاّ عن النشوز غير المبرّر و هو ما يعطي لإثبات النشوز أهمية كبرى

- فمن حيث **عبء إثبات النشوز**، فهو محمول على الزوج لأنه هو الذي يدّعى خلاف الأصل، و الأصل هو قيام الزوجة بواجباتها و إذا ما أثبت الزوج النشوز و إدّعت الزوجة أنه نشوز مبررا انقلب عليها عبء إثبات مُبرّرات النشوز.

و تجدر الإشارة إلى أنّ القاضي ليس مطالبا بالبحث في مبرّرات نشوز الزوجة بل الزوجة هي المطالبة بذلك تطبيقا لمبدأ حياد القاضي و مبدأ البيّنة على من إدّعى لذلك لا يمكن النعي على قاضي الأصل « **عدم التعمّق في الأسباب التي تكمن وراء مغادرة الزوجة لمحلّ الزوجيّة طالما أنّ هذه الأخيرة لم تعمل على إثبات و توفير السبب و الدافع للإخلال بواجب المساكنة » قرار تعقيبي عدد 75803 مؤرخ في 27 سبتمبر 2012 غير منشور .**

- أما من حيث **وسائل الإثبات**، فبإعتبار النشوز واقعة قانونية فإنه يمكن إثباته بكل

الوسائل القانونية، و جرى العمل القضائي على إثباته بواسطة محضر عدل تنفيذ تُستجوب فيه الزوجة عن سبب مغادرتها لمحل الزوجية و يتمّ التنبيه عليها بضرورة الرجوع إليه. و نفس الشيء بالنسبة لإثبات مبرّرات النشوز فهي تتعلّق وقائع قانونيّة يمكن إثباتها بكلّ الوسائل.

القسم 2: واجب الاتصال الجنسي

أكد فقه القضاء على أهمية هذا الواجب، مثال **القرار التعقيبي عدد 76008 المؤرخ في 22 نوفمبر 2012 (غير منشور) « لا شكّ أنّه و بالنظر إلى الإلتزام الطبيعي لعقد الزواج و المتمثل في العلاقة الجنسية بين الطرفين ، فإنّه يكون من أبرز أسباب ترابطهما بعقد زواج هو قيام حياة جنسية منتظمة تحفظ لهما الاستقرار العاطفي و النفسي لذلك تمثل عدم قدرة القرين على تحقيق مأرب قرينه إخلالا بتلك المعادلة بموجب ما يقتضيه عقد الزواج » .**

أيضا قرار تعقيبي في **23 جانفى 1990 « إنه من المُسلّم به فقها وواقعا و تشريعا أن من ابرز مُقومات الزواج و الواجبات المتبادلة بين الزوجين تحقيق الاتصال بينهما دون موانع اختيارية و لا خلقية تحول دونه باعتباره الغاية المقصودة من الزواج المُرتبة للنتائج المُؤملة منه و في طليعتها الإحصان و التعفف و الإنجاب ».**

لذلك استقر فقه القضاء على اعتبار أن الإخلال بهذا الواجب سواء كان إراديا بسبب إمتناع أحد الزوجين عن تنفيذه أو حتى غير إرادي بمفعول المرض أو العجز الجنسي الدائم ضررا يبيح في كل الحالات طلب الطلاق للضرر.

مثال **القرار التعقيبي عدد 12678 المؤرخ في 7 جوان 2007 « إنّ المرض**

2018/2017

الجنسي الذي تعانيه المرأة يُعدّ عائقا عن ممارسة الحياة الجنسية و بالتالي يُمثّل ضررا مُباشرا ».

القرار التعقيبي عدد 39218 المؤرخ في 26 نوفمبر 2009 « إنّ العجز الجنسي أو عدم المُعاشرة الجنسية يُلحق حتما ضررا بالقرين المُتمسك به باعتباره من لوازم الزواج التي تُحقّق غاياته من تحصين للزوجين و إنجاب للأبناء و بناء أسرة و متى ثبت و تحقّق فإنّه يُعتبر من الأسباب التي يمكن الإستناد إليها لطلب الطلاق للضرر سواء كان بسبب العجز أو الإمتناع أو عدم القدرة لأسباب نفسيّة عملا بأحكام الفقرة 2 من الفصل 31 من م ا ش » .

القسم الثالث : واجب الإخلاص

هذا الواجب محمول على الزوجين معا، و هناك صورتين لخرق هذا الواجب :

* الصورة الأولى : الانتهاك المادي لواجب الإخلاص

يتعلّق الأمر هنا بالزنا في مفهومه الجزائي الضيّق يعنى الاتصال الجنسي بغير القرين، و يُشكل هذا الفعل ليس فقط خرقا لأحد الواجبات الزوجية و سببا مُوجبا للطلاق للضرر بل هو أيضا جريمة يعاقب عنها جزائيا، و لقيام هذه الجريمة لا بد من ثبوت ركنها المعنوي و ركنها المادي المتمثل في الاتصال الجنسي الكامل بالغير، و في صورة ثبوت الجريمة جزائيا و تمسك القرين المتضرر بطلب الطلاق للضرر، فإن قاضى الطلاق ليست له أي سلطة تقديرية لرفض مطلبه تطبيقا لقاعدة حُجيّة الجزائي على المدني.

* الصورة الثانية : الإنتهاك المعنوي لواجب الإخلاص

لا يتعلق الأمر هنا بالزنا في مفهومه الجزائي الضيق و إنما بمفهومه المدني الواسع و ذلك عن طريق أيّ فعل يمسّ من سمعة و شرف القرين، فقد أخذ فقه القضاء بمجرد قيام علاقة عاطفية مشبوهة مع الغير و أعتبره خيانة زوجية و يبقى تحديد الأفعال المشكلة للزنا بمفهومه المدني الواسع أمرا موكولا لتقدير قاضي الطلاق.

مثال قرار تعقيبي في **12 جانفى 2006 « الضرر المُستمدّ من سلوك الزوجة المُشين تجاه زوجها لا يقتصر على الزنا الذي يتطلب إثباته تجاوز عدّة صعوبات بل أن تعمّد الزوجة مغادرة محل الزوجية في أوقات مُستراية و ركوب سيارات أشخاص غرباء في ساعات متأخرة من الليل و إجراء المكالمات الهاتفية المتعددة و المتكررة خلال فترات مختلفة أحيانا من نفس اليوم ولمدّة طويلة يُشكل إخلالا واضحا من الزوجة بشرف و سمعة زوجها و استهتارا بالقيم الاجتماعية مما يشكل ضرر حتميا ».**

فهذه الأفعال لا يعاقب عنها جزائيا ولكن يعاقب عنها مدنيا باعتبارها خيانة زوجية و بالتالي ضررا موجبا للطلاق.

القسم الرابع : واجب المصارحة

أثار هذا الواجب جدلا فقهيا كبيرا حول تاريخ تنفيذه، فهناك من اعتبر أن هذا الواجب بإعتباره من آثار عقد الزواج لا يصبح مُلزما إلاّ من تاريخ إبرام الزواج فيصبح كل طرف مطالب بإعلام الطرف الآخر بكل الأحداث الهامة التي تؤثر

على سير الحياة الزوجية، فقيام الزوجة مثال بعملية إجهاض دون إعلام زوجها يعتبر إخلالا بواجب المصارحة، لكن الجانب الغالب من الفقه يعتبر أن هذا الواجب محمول على الزوجين حتى من قبل إبرام العقد، فيكون كل منهما مطالب بإعلام قرينه قبل الزواج بكل الأحداث الهامة الحاصلة قبل الزواج و التي يهمّ الطرف الآخر معرفتها خاصة الأحداث المتعلقة بالسلامة البدنية كالمرض أو الأفعال المُخلة بالشرف كقضاء عقوبة سجن مثلا من أجل جريمة أخلاقية.

و قد طرح هذا المشكل أمام فقه القضاء التونسي بخصوص المرض السابق للزواج و تبنى الموقف القائل بان إخفاء المرض السابق للزواج يعتبر إخلالا بواجب المصارحة الذي يتحمّله الأطراف من قبل إبرام العقد.

و يمكن أن نذكر على سبيل المثال قضية طرحت أمام محكمة التعقيب تفيد وقائعها أن الزوجة أصيبت قبل الزواج بسرطان الثدي و تمّ استئصال أحد ثدييها و شفيت و أعلمت زوجها بأن سبب الاستئصال كان من مخلفات حادث مرور، و عندما اكتشف الحقيقة بعد إبرام العقد طلب الطلاق للضرر فإعتبرت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في **27 جوان 1986** أن الزوجة « **على علمٍ تامٍ بمرضها و أخفت ذلك على زوجها مُدعية أن حادث مرور حصل لها، الأمر الذي يجعل الزوج مُغررا به و تبعا لذلك فإنّ طلاقه منها من أجل المضرة كان طلبا وجيها** ».

و يعتبر هذا القرار تكريسا لفقه قضاء مُستقر عليه يتمثل في اعتبار أن المرض في حدّ ذاته لا يُوجب مبدئيا الطلاق للضرر لإنتفاء الخطأ فيه، لكن إخفاء المرض يعتبر خطأ و إخلالا بواجب المصارحة و هذا الإخلال هو أساس الطلاق للضرر.

كما يمكن أن نذكر موقف محكمة التعقيب بخصوص العجز الجنسي السابق للزواج وذلك من خلال قرارها المؤرخ في **1 اكتوبر 2004** الذي ورد فيه « **إنّ**

تضرّر الزوجة من العجز الجنسي لزوجها يخول لها حق طلب التعويض عن ذلك إذا كان ذلك العجز سابقا للزواج و أخفاه عنها الزوج، و الأمر خلاف ذلك عندما يحصل العجز بعد الزواج فلا مجال للتعويض لأنه أمر لا دخل لإرادة الزوج فيه و هو بلاء تسلط عليه و لا يتحمل وزره مرتين »

و نستنتج إذا أن العجز الجنسي سواء السابق أو اللاحق للزواج يعتبر دائما ضرر موجبا للطلاق رغم انتفاء الخطأ فيه لكنه لا يوجب التعويض حسب الموقف الحديث لفقه القضاء إلا إذا كان سابقا للزواج و أخفاه الزوج، و أساس التعويض هنا ليس العجز في حد ذاته و إنما الخطأ الذي ارتكبه الزوج بإخفاء مرضه و هذا يفترض بطبيعة الحال علمه بعجزه قبل الزواج و هو ما يصعب إثباته و يبقى الأمر في النهاية رهين السلطة التقديرية للقاضي.

و نذكر في النهاية بان إخفاء الأحداث الهامة التي لو علم بها القرين قبل الزواج لما أقدم على إبرام العقد تفتح المجال إضافة لطلب الطلاق للضرر على أساس الإخلال بواجب المصارحة لطلب الإبطال على أساس غلط في صفة جوهرية من صفات الشخص.

الفصل الثاني :

نظام العلاقات الماليّة بين الزوجين

تشمل العلاقات المالية بين الزوجين نظامين : نظام وجوبي يتمثل في واجب الإنفاق الذي يتحمله الزوج تجاه زوجته، و نظام اختياري يتعلق بنظام الأموال بين الزوجين.

فرع الأول: النظام الوجوبي واجب الإنفاق

ينص **الفصل 23** في صياغته القديمة « على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف ..... و أن ينفق عليها و على أولاده منها ..... و الزوجة تساهم في الإنفاق على العائلة إن كان لها مال » ثم أصبح ينص بمقتضى تنقيح 12 جويلية 1993 « **و على الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة و الأبناء ... و على الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال ».**

و يعبر هذا التنقيح عن خيارين لدى المشرع :

* **خيار تقليدي :** يتمثل في مواصلة تحميل الزوج واجب الإنفاق على الزوجة و الأبناء، و لكن الفرق أن المشرع حدّد بأكثر وضوح أنّ الزوج يتحمل هذا الواجب بصفته رئيس العائلة و في هذا الربط رجوع إلى المفهوم التقليدي للقوامة في التشريع الإسلامي.

* **خيار جديد :** أصبحت مساهمة الزوجة في الإنفاق وجوبية بعد أن كانت اختيارية، و يعتبر هذا الواجب تكريس على الصعيد المالي لمفهوم التعاون و المساواة في تقاسم أعباء الأسرة.

لكنّها مساواة ناقصة بما أن الأمر يقتصر على المساهمة فقط فهي مدينة ثانوية لا أصلية و هي مساهمة مرتبطة بشرط إن كان لها مال. كما أنّ المشرع لم يحدد جزاء لإخلال الزوجة بهذا الواجب، و الأهم من ذلك أن هذه المساهمة تهم الإنفاق على الأسرة لا على الزوج، لذلك سنتعمق في هذه المسألة لاحقا عند دراسة علاقة الزوجين بالأبناء و نقتصر الآن على نفقة الزوجة.

و قبل تفصيل أحكام النفقة، لا بد من تعريفها و قد عرفها الفقيه "مالورى" بأنها « **المال المُخصّص لمُواجهة المُتطلّبات الأساسيّة للشخص** ». أما المشرع التونسي، فقد عرّف النفقة من خلال مشمولاتها إذ جاء بال**فصل 50 م ا ش « تشمل النفقة الطعام و الكسوة و المسكن و التعليم و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ».**

ونظرا للصبغة المعاشية و الحيويّة للنفقة، لا بدّ من تحديد شروط حصول الزوجة على حق النفقة ثم ضمانات تنفيذ هذا الحق.

2018/2017

القسم الأول: شروط حصول الزوجة على النفقة

حددّ المشرع شروط استحقاق نفقة الزوجة ضمن الفصل38م.ا.ش لكن في حالات خاصة و رغم توفر الشروط اللازمة، قد تُحرم الزوجة من حقها في النفقة.

فقرة 1 : شروط إستحقاق الزوجة للنفقة

ينص **الفصل 38 م ا ش** أنّه « **يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها** » فشروط الاستحقاق إذن تتمثل في الزواج و الدخول.

أ- شرط الزواج

يشترط لاستحقاق النفقة وجود عقد زواج صحيح فالخطبة أو المخادنة أو حتى الزواج الباطل لا يُرتب حق النفقة لأن النفقة ككل التزام تتطلب سببا مشروعا و السبب المشروع الوحيد لإستحقاقها هو الزواج الصحيح.

ب- شرط الدخول

لا تستحق الزوجة نفقتها بمجرّد إبرام العقد و إنما من تاريخ الدخول، و في غياب تعريف تشريعي للدخول فقد اجتهد فقه القضاء في تعريفه و اعتمد نوعين من الدخول : الفعلي و الحكمي.

1 – الدخول الفعلي

مرّ فقه القضاء بعدة مراحل في تعريفه للدخول الفعلي

*مرحلة 1 :

اعتبر فقه القضاء أنّ الدخول هو الخلوة الصحيحة المُؤدية حتما إلى اتصال جنسي بين الزوجين (مثال : قرار تعقيبي عدد 5350 في **1968/04/02**) و هذا يعني أن إثبات الدخول يفترض ضرورة اثبات الاتصال الجنسي بين الزوجين.

*مرحلة 2 :

توّسعت محكمة التعقيب في مفهوم الدخول و اعتبرت مثلا في قرار **1973/02/20** أن « **الدخول بالزوجة لا يكون إلاّ إذا اختلى الزوج بالزوجة خلوة صحيحة أي غلق الباب وأرخى الستور وأشهر ذلك بما جرت به العادة ودرج عليه عرف كل جماعة حتى يعلم ذلك الخاص والعام, القريب والبعيد ويخرج بذلك عن نكاح الستر المنهي عنه... إنّ مجرّد وجود علاقة جنسية بين الطرفين لا يُعتبر بناء بالمعنى القانوني ولا يُعتدّ به** ».

فأصبح الدخول إذن مجرد شكليّة تتوفر بتوفر ركنين هما **الخلوة الصحيحة وإشهار هذه الخلوة** بما جرت به العادة و العرف بقطع النظر عن حصول الاتصال الجنسي من عدمه فهو عبارة عن دخول مُفترض.

لكن وقع انتقاد هذا الموقف لأنّ اشتراط الإشهار فيه تضييق على من يريد إثبات الدخول كما أنّ فيه تنصيصا على شرط لم ينصّ عليه المشرع الذي اشترط الاشهار عند ابرام الزواج لا عند الدخول.

*مرحلة 3 :

تخلّت محكمة التعقيب عن شرط الإشهار وذلك في قرارها المؤرخ فى **22 ماى 2003 « معنى الخلوة أن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان فيه عدم إطلاع الغير ولم يوجب المشرع الإشهاد على الدخول وإنما أوجبه عند عقد الزواج ».**

وحسب محكمة التعقيب فإنّ محكمة الاستئناف لمّا اعتبرت أن الدخول لم يتمّ لعدم إشهاره تكون بذلك « **قد وضعت شرطا لتحقق البناء لم يأتي به القانون الأمر الذي يستوجب النقض ».**

و ورد أيضا في **القرار التعقيبي عدد 1258 المؤرخ في 7 جويلية 2005 « إنّ العبرة في الدخول تتمثّل في الخلوة بين الزوجين و إسدال الستائر دون اشتراط حصول الإتصال الجنسي أو غيره » .**

2 - الدخول الحكمي

حسب محكمة التعقيب في قرار **15 جويلية 1977 « لا يُشترط الدخول الفعلي لاستحقاق الزوجة الإنفاق عليها بل أن الدخول الحكمي يُوجب على الزوج الإنفاق و ذلك إذا طلبت الزوجة من زوجها الدخول بها بواسطة عدل منفذ وامتنع هذا الأخير عن ذلك ».**

ويعتبر إقرار مفهوم الدخول الحكمي تبني لموقف الفقه الإسلامي الذي يعتبر النفقة واجبة إذا وضعت الزوجة نفسها على ذمّة زوجها أو عبّرت عن استعدادها لذلك و أيضا تطبيق للقواعد العامة لمُماطلة المدين الواردة في **الفصل 246 م ا ع** الذي ينصّ « **ليس لأحد أن يقوم بحق ناتج من الإلتزام ما لم يُثبت أنّه قد وفى من جهته أو عرَضَ أن يُوفي بما أوجبه عليه ذلك الإلتزام بمقتضى شروطه أو**

بمقتضى القانون أو العرف » فالزوجة التي تطالب زوجها بإتمام الدخول الذي هو شرط لإستحقاقها للنفقة تكون بذلك قد عرضت الوفاء بإلتزامها بواجب الدخول و رفضه لذلك لا يُعفيه من واجبه في الإنفاق عليها بل المشرّع سيفترض نظريا وقوع الدخول الحكمي ليُرتّب آثاره (تقنية الإفتراض) .

لكن لا بد من التأكيد أنّ الدخول الحكمي ليس له من أثر سوى إستحقاق النفقة باعتبار صبغتها المعاشية ولا يترتب عنه بقية آثار الدخول الفعلي كثبوت النسب ووجوب العدّة.

الفقرة الثانية : صور حرمان الزوجة من النفقة

يعفى الزوج من واجب الإنفاق على زوجته في صورتين : صورة نصّ عليها المشرع وهى حالة إعسار الزوج و صورة أقرها فقه القضاء وهى حالة نشوز الزوجة.

أ - حالة إعسار الزوج

حسب الفصل **39 م.ا.ش** يعفى الزوج العاجز عن الكسب من الإنفاق لكن مدّة الإعفاء وآثاره تختلف، فإذا لم تكن الزوجة عالمة بعسر زوجها عند إبرام الزواج فالقاضي يعطيه مدة شهرين، وإن بقى بعد انتهاء المهلة عاجزا عن الإنفاق يحق للزوجة طلب الطلاق. أما إذا كانت عالمة بعسره حين إبرام العقد فلا حق لها في طلب الطلاق.

ب- حالة نشوز الزوجة

إستقرّ فقه القضاء على إعتبار إخلال الزوجة بواجباتها الزوجية سببا لحرمانها من النفقة، وقد أقر فقه القضاء فكرة الترابط و التقابل في الواجبات الزوجية حيث يربط بين حق الزوجة في النفقة وواجبها في المساكنة. وإعفاء الزوج من النفقة لا يكون إلا نتيجة إخلال الزوجة بالواجب الذي يقابله أي واجب المساكنة بصرف النظر عن إخلالها بالواجبات الأخرى.

وأساس هذا الترابط بين الإلتزامات نجده في القاعدة العامّة التي ينص عليها الفصل 246 م ا ع و التي مفادها أنّه ليس لأحد أن يُطالب بحق ناتج عن التزام ما لم يُثبت أنه وفى من جهته أو عرض الوفاء بالتزامه و هو ما يسمى بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ.

و قد كنّا رأينا سابقا مفهوم النشوز و مُبرراته، لكن ما يجب التأكيد عليه بخصوص النفقة أنّ النشوز غير مبرر فقط هو الذي يؤدى إلــى حرمان الزوجة من حقها في النفقة.

و في صورة إثارة نشوز الزوجة أمام قاضى النفقة من طرف الزوج للدفع بعدم استحقاقها للنفقة، فإن عدّة مشاكل تُطرح أهمها **تحديد الاختصاص القضائي للنظر في مسألة النشوز.**

و قد تطوّر موقف فقه القضاء في هذا الشأن :

- فسابقا جرى العمل على تمكين قاضى الناحية بوصفه قاضى النفقة من النظر في مسألة النشوز، لكن تمّ انتقاد هذا الموقف لأنّ النشوز مسألة موضوعية و من قبيل المسائل غير المُقدّرة التي تخرج بطبيعتها عن اختصاص قاضى الناحية و هو

2018/2017

اختصاص مُسند مُقيّد بالنّص، لذلك يجب أن يترك لمحكمة الأصل البتّ في النشوز و هو ما دفع محكمة التعقيب إلى تغيير موقفها.

- أصبحت محكمة التعقيب تعتبر « **إن نظر حاكم النفقة يقتصر على موضوع النفقة الواجبة على الزوج طبقا للفصل 38 م.ا.ش و بالتالي فهو غير مختص للنظر في موضوع النشوز الذي يتطلب أبحاث و تحريّات تطول و تتنافى مع الصبغة المعاشيّة و المتأكدة للنفقة فهو من اختصاص حاكم الطلاق دون غيره » (قرار تعقيبي مؤرخ فى 30 أفريل 1996)**

و يعنى هذا الموقف أنه إذا ما أثيرت أمام قاضي النفقة مسألة النشوز فإنه يتجاهلها و يقضى بالنفقة نظرا لصبغتها المعاشية وما على الزوج إلا أن يرفع دعوى أصلية في إثبات النشوز أمام محكمة الابتدائية التي لها الاختصاص المبدئي في مادة الأحوال الشخصية و ذلك سواء في اطار دعوى أصلية يقتصر موضوعها فقط على إثبات النشوز أو في اطار دعوى موضوعها طلب الطلاق للضرر المُتمثل في نشوز الزوجة. لكن إذا ما سبق استصدار حكم يثبت النشوز قبل رفع دعوى النفقة عندها يصبح قاضى الناحية ملزم برفض دعوى النفقة.

- و لكن يبدو أن فقه القضاء عاد إلى التذبذب ففي سنة **2009** صدرت عن محكمة التعقيب قرارات متناقضة فقد صدر عنها بتاريخ **2009/03/26** قرار اعتبرت فيه « **يتوجب على حاكم الناحية الذي يرجع له بالنظر بصفة مُطلقة البتّ في مادة النفقات التثبت من مدى توفر شروط استحقاق الزوجة للنفقة متى دفع الطرف الاخر بإخلالها بواجب المساكنة المفروض عليها لإرتباط حقها في النفقة بثبوت عدم إخلالها بواجب المساكنة و المعاشرة .... و هو أمر مادي موكول لمطلق اجتهاده و لا يخرج عن نطاق اختصاصه الحكمي.....** » لكن **بتاريخ**

2009/07/02 أصدرت المحكمة قرار عدد 34803 رجعت فيه للموقف السابق اعتبرت فيه أنّ فقه القضاء « **استقرّ على اعتبار أنّ البتّ في مسألة النشوز تستوجب القيام بأبحاث و تحرّيات من طرف المحكمة تستغرق بطبيعتها وقتا لا يستهان به و هو الأمر الذي يتعارض مع الصبغة المعاشية المتأكدة للنفقة لذلك استقرّ فقه القضاء على اعتبار أنّ النظر في مسألة النشوز و البتّ فيها هو من أنظار دائرة الأحوال الشخصيّة دون سواها فضلا عن كون مسألة النشوز هي من باب الدعاوي غير المُقدّرة التي تخرج بطبيعتها عن اختصاص محكمة الناحية و تعود بالنظر إلى المحكمة الإبتدائية حسب الفصل 40 م م م ت خلافا عن دعاوى النفقة الراجعة إختصاص حاكم الناحية حسب صريح الفصل 39 م م م ت مما يجعل محكمة الحكم المنتقد حين بتّت في مسألة النشوز قد تجاوزت مرجع نظرها الحكمي ».و يبدو في النهاية أنّه منذ ذلك الوقت استقرّ فقه القضاء على هذا الاتجاه الأخير.**

و يجب أن نشير في النهاية إلى أن يُسر الزوجة لا يحرمها من حقها في النفقة حتى ولو كان دخلها أعلى من دخل زوجها فيبقى هو المدين بنفقتها لكنّ يُسرها له تأثير على تقدير النفقة.

كما نشير أيضا إلى أن مساهمة الزوجة في الإنفاق على العائلة التي أصبحت وجوبية بمقتضى تنقيح 93 لا تُعفى الزوج من واجب الإنفاق عليها.

القسم2 : إجراءات أو ضمانات حصول الزوجة على النفقة

أحاط المُشرّع دعوى النفقة بجملة من الضمانات على الصعيدين المدني و الجزائي نظرا لما تكتسيه من صبغة معاشية.

الفقرة الأولى :

الضمانات على مستوى استصدار حكم بالنفقة

أو إجراءات القيام بدعوى النفقة

تبرز الضمانات على عدّة مُستويات :

- **قاعدة الاختصاص الحكمي** : حسب **الفصل 39 م.م.م.ت** النفقة هي اختصاص مطلق لقاضى الناحية مهما كان المبلغ المطلوب وفى ذلك تبسيط للإجراءات، خاصة و أن إنابة المحامى غير وجوبية (كما أنها أقرب للمواطن).

- **قاعدة الاختصاص الترابي :** القاعدة العامة هي رفع الدعوى أمام المحكمة التي يُوجد بها مقرّ المطلوب أي الزوج ، لكن **الفصل 36 م.م.م.ت** أعطى استثنائيا

للزوجة الخيار بين المحكمة التي يوجد بها مقرّ المدين أي الزوج أو مقرها هي بوصفها دائنة إذا كانت غادرت محلّ الزوجية.

- **قاعدة الفصل 42 م.ا.ش** تقضى بأنّ نفقة الزوجة **لا تسقط بمضي المدّة** وهي استثناء للمبدأ العام الوارد في الفصل 402 م ا ع القاضي بسقوط حق رفع الدعاوى الناشئة عن تعمير الذمّة بمرور الزمن (15 سنة) .

- **قاعدة الفصل 378 م.ا.ع** التي **تُحجّر المُقاصّة** (تعويض دين بدين) إذا كان أحد الدينين نفقة نظرا لصبغتها المعاشية الخاصّة.

- **النفقة تهمّ النظام العام فلا يمكن الاتفاق على إعفاء الزوج من واجب الإنفاق** و مثل هذا الاتفاق يُعتبر شرط مُخالف لجوهر العقد على معنى الفصل **21 م ا ش** و في نفس السياق ينصّ **الفصل 1464 م ا ع** أنّه « **لا يجوز الصُلح على النفقة و إنّما يجوز في كيفية دفعها أو فيما تأخر دفعه منها ».**

- **قواعد تقدير النفقة** : تُقدّر النفقة حسب **الفصل 52 م ا ش بقدر حال المُنفق أي الزوج وحال المُنفق عليه أي الزوجة و حال الوقت و الأسعار**، و يملك قاضى الناحية سلطة تقديرية واسعة في اعتماد هذه العناصر.

كما أن الحكم الذي يصدره حاكم الناحية يعتبر حكما وقتيا بما أنه يعتمد على عناصر مُتغيّرة، لذلك فهو حكم قابل للمراجعة ارتفاعا أو انخفاضا حسب تغيّر المعطيات. قد جاء في **القرار التعقيبي عدد 26654 المؤرخ في 30 أفريل 1991 « إنّ الترفيع في النفقة المحكوم بها للمنفَقِ عليه ممكن كلّما ازدادت حاجيات هذا الأخير أو ضعفت لديه القدرة الشرائية تبعا لتغيير ملحوظ في الحياة الإقتضادية و**

2018/2017

ارتفاع الأسعار أمّا مجرّد تضاعف دخل المُنفِقِ في حدّ ذاته فلا يُبرّر الترفيع اذ المنفق عليه ليس شريكا للمنفق و لا محاصصا فيما زاد من أمواله »

الفقرة الثانية :

الضمانات على مستوى تنفيذ حكم النفقة

- حكم النفقة يقع تنفيذه حسب **الفصل 39 م.م.م.ت بقطع النظر عن الاستئناف** و هو استثناء من المفعول التعليقي للاستئناف.

- تُـعدّ النفقة بصفة عامة **من الديون الممتازة** حسب **الفصل 199 م ح ع** ومن بين دائني النفقة الزوجة لها الأفضلية في استخلاص دينها إذ ينص **الفصل 53 م ا ش « إذا تعدّد المُستحقون للنفقة و لم يستطع المُنفق القيام بالإنفاق عليهم جميعا قُدّمت الزوجة على الأولاد و الأولاد الصّغار على الأصول » .**

- يمكن للزوجة المحكوم لها بالنفقة **إجراء عقلة على مكاسب الزوج** لخلاص دينها و ذلك وفق الفصول **302- 324 و330 م م م ت** فيمكن لها مثلا أن تتحصّل على حكم بعقلة مُرتّب الزوج أو على ثمرة عمله.

- يتمتع دين النفقة رغم أنه **دين مدني بحماية جزائية**، فالزوج الذي يرفض بصورة إرادية دفع النفقة لزوجته يكون مرتكب لجريمة الامتناع عن أداء نفقة المنصوص عليها بالفصل **53 مكرر م ا ش** و يعاقب بالسجن لمدة تتراوح بين 3 أشهر و عام و خطية من 100د إلى 1000د .

و لقيام هذه الجريمة، لا بدّ من توفر **شروط أوليّة** تتمثل في صدور حكم قضائي

باتّ يقضى بدين النفقة مع ضرورة إعلام المدين بالحكم الصادر ضده.

أمّا **الشروط الأصليّة** لهذه الجريمة فتتمثل من حيث **الركن المادي** في امتناع المدين عن أداء النفقة بعد مرور شهر كامل من تاريخ الإعلام.

و من حيث **الركن المعنوي** لابدّ من توفر إرادة المدين في عدم تسديد الدين فهي إذن جريمة قصدية، و هذا يعنى أنّه إذا كان المدين في حالة عسر فإنّه ينتفي عنه ركن العمد و يُعفى من العقاب الجزائي لكن يبقى الدين قائما من الناحية المدنية.

و قد خفّف المشرع في تنقيح 1993 من شدّة العقاب و ذلك بجعل الأداء أي دفع الدين مُوجب لإيقاف التتّبع أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب حسب الفصل53 مكرر.

- يجب أن نلاحظ في النهاية أن صندوق ضمان مال النفقة و جراية الطلاق الذي تمّ إحداثه بمقتضى قانون 5 جويلية 1993 لا يتدخل لدفع نفقة الزوجة محلّ الزوج أي أثناء قيام الحياة الزوجية، فهو لا يتدخل إلاّ بعد انفصام الرابطة الزوجية بصدور حكم بات في الطلاق.

الفرع الثاني : النظام الاختياري:

نظـــــــــام الأمـــــــوال

كرّس المشرع التونسي الإستقلالية الماليّة للزوجة إذ ينصّ **الفصل 24 م ا ش** « **لا ولاية للزوج على مال زوجته** » و هو تكريس لموقف الشريعة الاسلامية . فالأصل إذن هو نظام الفصل بين أموال الزوجين.

لكنّ هذا المبدأ لا يهم النظام العام فيجوز للأطراف الاتفاق على نظام الاشتراك في الأموال.

و قد اقر المشرع في البداية إمكانية اختيار نظام الاشتراك في البداية عن طريق مؤسسة خيار الشرط التي ينص عليها الفصل 11 م ا ش ، ثم عن طريق **القانون عدد91 المؤرخ فى9 نوفمبر1998 المُتعلّق بنظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين،** و يجب التأكيد منذ البداية على أن هذا النظام لا يمس من قواعد الميراث.

القسم الأوّل : قيام الاشتراك

يتميّز نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين بعدة خصائص :

• **خاصية1 هو نظام اختياري :** و اختيار هذا النظام يجب أن يكون **صريح**

إما زمن إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق للزواج بواسطة كتب رسمي يتم إشهاره بدفاتر الحالة المدنية. و في صورة ابرام عقد الزواج بمقتضى توكيل يجب أن يتضمن التوكيل رأي المُوّكِل حول مسألة الاشتراك و إلا عُدّ باطلا.

• **خاصية 2 هو نظام تعاقدي :** نظام الاشتراك في الأملاك هو عقد و

بالتالي **يخضع للشروط العامة للتعاقد** خاصة شرط الأهلية و الرضا لذلك فقد نصّ الفصل 6 من القانون المتعلق بنظام الاشتراك انه إذا تعلق الأمر بقاصر فإنّ الأطراف المطلوب موافقتها لإبرام زواج القاصر يُشترط أيضا موافقتها على اختيار القاصر لنظام الاشتراك في الأملاك و المقصود هو موافقة الوليّ و الأمّ و القاضي في الحالات الخاصّة.

• **خاصية 3 : مجال الاشتراك محدود :** يقتصر مجال اشتراك حسب

قانون 1998 على **العقارات دون المنقولات،** كما يشترط في العقار أن يكون مكتسبا بعد اختيار نظام الاشتراك أي بعد الزواج و أن يكون **مُخصصا لإستعمال العائلة** أو لمصلحتها، فيقتصر الأمر إذن على العقارات التي لها **صبغة سكنية** دون العقارات المُعدّة للاستغلال المهني.

كما أقصى المشرع من مجال الاشتراك العقارات التي إنجرّت ملكيتها لأحد الزوجين بوجه الإرث أو الهبة أو الوصيّة، كما لا يدخل المهر في الأملاك المشتركة.

* **خاصية 4 : مجال الاشتراك مرن :** تتجسد هذه المرونة في قابلية نظام الاشتراك الذي حدده المشرع (النظام القانوني) للتوّسع، فيمكن للأطراف توسيع مجال الاشتراك (يصبح نظام إتفاقي) **سواء على الصعيد الموضوعي** (بإعطاء الاتفاق مفعول شامل لجميع العقارات مهما كان استعمالها و مهما كان مصدر اكتسابها أي سواء بالشراء أو الهبة أو الإرث و يمكن حتى إدخال المنقولات في هذا الاشتراك) **أو على الصعيد الزمني** بإعطاء الاتفاق على الاشتراك مفعول رجعي يشمل حتى الأملاك المكتسبة قبل الزواج.

قسم2 : إدارة الاشتراك و إنهاؤه

أثناء قيام الاشتراك، لكل واحد من الزوجين القيام **بالأعمال النافعة** (تحسين المال المشترك) و أيضا **بأعمال الإدارة** (المقصود الحفظ و الصيانة)، لكن إذا تبين أن احدهما أساء التصرف يمكن للآخر أن يطلب من القاضي الاستعجال رفع يد قرينه مؤقتا. أمّا بالنسبة لبقية الأعمال سواء كانت من **أعمال التصرّف** (كالبيع أو إنشاء حقوق عينية على العقار كالرهن) أو من **أعمال التبرّع،** فإنها لا تصحّ إلا برضاء كلا الزوجين.

و ينتهي الاشتراك إما باتفاق الأطراف أو بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق أو بالحكم بفقدان أحدهما أو بتفريق أملاكهما قضائيا.

2018/2017

الباب الرابع: انحلال عقد الزواج

ينحلّ عقد الزواج إما بالوفاة سواء كانت وفاة طبيعية أو وفاة حكمية (الفقدان)، أو بالطرق القانونية التي تخضع لها العقود و المتمثلة في بطلان العقد أو فسخه، و قد سبق تحليل صورة إنحلال الزواج بالبطلان لذلك سيقتصر التحليل في هذا المستوى على صورة فسخ عقد الزواج .

و مصطلح **"الفسخ"** في النظرية العامة للعقود يوازيه في مادة قانون العائلة مصطلح **"الطلاق"**. و يمكن **تعريف الطلاق بأنه حلّ عقدة زواج صحيح و الزوجان على قيد الحياة** ،و هذا التعريف يُميّز الطلاق عن الوفاة من جهة و عن البطلان من جهة أخرى، فالبطلان كما سبق تعريفه هو جزاء للإخلال بأحد شروط تكوين العقد، في حين أن الطلاق هو جزاء للإخلال بأحد شروط تنفيذ العقد ،و هو ما يفترض أنّ العقد قد تكوّن أوّلا صحيحا لكن طرأ خلل في تنفيذه .

ونظرا لخطورة الطلاق، فقد نظّم المشرع بدقّة أحكام الطلاق وذلك بتحديد صوره و أجراءته و أثاره.

2018/2017

الفصل الأول : صـــــور الطـــلاق

حدّد المشرع في **الفصل31 م ا ش** صور الطلاق وهى صور حصرية لا يمكن التوّسع فيها مع إقرار المساواة بين الزوجين في حق الطلاق على أساس هذه الصور (بعد أن كان هذا الحق أساسا بيد الزوج وحده فالزوجة لم يكن بإمكانها الحصول على الطلاق إلاّ بصعوبة عن طريق ما يُعرف اصطلاحا بالخلع مقابل مبلغ مالي تدفعه للزوج) .

و ينص **الفصل31 م ا ش** على أنه يحكم بالطلاق :

1- بتراضي الزوجين

2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر

3- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به

فنلاحظ إذن أن هناك صورتين يكون فيهما الطلاق مبني على الإرادة أي على سبب ذاتي (الطلاق انشاء و الطلاق بالإتفاق) و صورة يكون فيها الطلاق مبنى على سبب موضوعي و هو الضرر.

الفرع الأوّل: الطلاق المبنى على الإرادة

يمكن أن يكون أساس الطلاق إمّا الإرادة المشتركة للزوجين معا و هي صورة الطلاق بالإتفاق أو الإرادة المُنفردة لأحد الزوجين و هو ما يُسمّى بالطلاق انشاء.

القسم الأوّل : الطـــلاق بالاتفـــاق

في هذه الصورة، يتّفق الطرفين معا على الطلاق و حلّ العقد الذي توافقت ارادتهما المشتركة سابقا على ابرامه و هو ما يعتبر تجسيد للأساس التعاقدي للزواج فلا يبقى لهما سوى الالتجاء إلى القضاء لإضفاء صبغة رسميّة و قانونية على هذا الاتفاق و هي أقلّ صورة تثير مشاكل لأنه عادة ما يتفق الطرفين على أصل الطلاق و أيضا على آثاره، لكن إذا كان اتفاق الأطراف حول أصل الطلاق يُلزم القاضي، فإنّ إتفاقهم حول آثار الطلاق لا يلزمه إذا ما تعارض مع مصلحة الأبناء القُصّر، فيجري رقابته على اتفاق الأطراف ويمكن له تعديله.

و ميزة الطلاق بالاتفاق أنّ المحكمة، كما في صورة الطلاق انشاءا، لا تملك سلطة تقديرية في تقرير أصل الطلاق و لا يحتاج الزوجان إلى الإفصاح عن سبب طلب الطلاق ، فإذا ما فشلت المحاولة الصُلحيّة و أصرّ الطرفان على طلبهما

عليها أن تصرح وجوبا بالطلاق.

لكن تطرح هذه الصورة **إشكال في صورة تراجع أحد الزوجين أو كلاهما عن الاتفاق.**

فما هو الحل؟

الاتجاه الغالب في فقه القضاء هو أنّه إذا صدر الحكم الإبتدائي بالطلاق بموجب اتفاق الزوجين فلا يمكن لأحدهما الرجوع في ذلك الإتفاق بالطور الإستئنافي دون موافقة الطرف الثاني و في ذلك تكريس لمبدأ الرضائية في الإتفاق و اعتبار أنّ ما انعقد على الوجه الصحيح بين الطرفين يقُوم مقام القانون بينهم و لا ينقضي إلاّ برضائهما فالإتفاق على الطلاق الذي عقدته ارادتين لا يمكن أن تفُكّه إرادة واحدة.

مثال **ذلك القرار التعقيبي عدد 6190 المؤرخ في 12 جانفي 1982 « إذا اتفق الزوجان على الطلاق و وقع رفع الدعوى من أجله و ثبت إصرارهما عليه بجلسة المُصالحة و جلسة الحكم فوقع القضاء به ابتدائيا عملا باتفاقهما فإنّ ما أظهرته الزوجة بعد ذلك من النّدم و استئناف الحكم مُدّعية الإكراه بشهادة البينة التي سمعتها محكمة الدرجة الثانية و لم تُقدّر شهادتها و أقرّت الحكم الإبتدائي فإنّ ذلك الحكم يكون في طريقه و لا مطعن فيه »**

أو القرار التعقيبي عدد 34146 المؤرخ في 18 جوان 2009 الذي ورد فيه « إنّ الزوجين حضرا لدى قاضي الأسرة و أعربا عن إرادتهما المُشتركة في حلّ الرابطة الزوجية بموجب الإتفاق و اعتبارا لإلتقاء إرادتيهما فلقد انعقد بينهما بمثابة العقد لا يمكن لأحدهما الرجوع فيه دون موافقة الثاني و هو ما استقرّ عليه فقه قضاء محكمة التعقيب ».

القسم الثاني : الطـــلاق إنشـــــاء

أعطى المشرع للزوجين بصفة مُتساوية حق طلب الطلاق انشاءا أي حق وضع حدّ للعلاقة الزوجية بإرادة منفردة من احد الزوجين حتى ولو كان الطرف الآخر قائما على الوجه الأكمل بواجباته الزوجية. و ميزة هذه الصورة أنّ الشخص الذي يطلب الطلاق غير مُطالب بتعليل مطلبه أي بتوضيح الأسباب الموضوعيّة التي دفعته لطلب الطلاق.

وميزة صورة الطلاق انشاءا أيضا أن دور القرين المُدّعَى عليه و دور القاضي محدود جدّا، فهي صورة ناشئة عن إرادة منفردة صادرة عن أحد الزوجين و نافذة الأثر وجوبا بحكم القانون.

و بناءا على ذلك، فإنّ الطرف المُقابل أي القرين المُدّعَى عليه لا يملك أيّ حق في التصدّي لهذه الإرادة و معارضة رغبة قرينه و أقصى ما يمكنه القيام به هو رفع دعوى مُعارضة لطلب التعويض عن الضرر الناتج عن تعسف قرينه في إنشاء الطلاق.

كما أنّ المحكمة لا تملك أي سلطة في تقدير وجاهة المطلب من عدمها و يقتصر دور القاضي في مرحلة أولى على مُعاينة إرادة إنشاء الطلاق و التأكد منها و ذلك بإجراء المُحاولة الصّلحيّة بين الزوجين ، ثم في مرحلة ثانية في صورة فشل المُصالحة، لا يملك إلا الاستجابة لطلب الطلاق و التصريح به.

الفرع الثاني : الطــلاق للضــرر

نصّ المشرّع على هذه الصورة في الفقرة الثانية من الفصل 31 م ا ش وهى أهمّ صورة على مستوى التطبيقي والصورة التي تثير أكثر مشاكل.

و رغم أهميّة هذه الصورة، لم يعرّف المشرع التونسي الضرر خلافا للمُشرّع الفرنسي الذي عرّف الضرر في الفصل 242 من المجلة المدنية الفرنسيّة بأنّه خرقٌ خطير و مُتكرّر للواجبات الزوجيّة و الذّي من شأنه أن يجعل مُواصلة الحياة الزوجية أمرا غير محتمل إن لم يكُن مُستحيلا.

و قد تبنىّ فقه القضاء التونسي هذا التعريف فقد ورد مثلا في **القرار التعقيبي عدد 62581 المؤرخ في 16 فيفرى 1998 « و حيث أنّ المشرع التونسي ولئن لم يُعرّف الضرر الموجب للطلاق، فإنّه يُؤخذ من روح الفقرة الثانية من الفصل31 و القانون المقارن كالقانون الفرنسي أنّ الضرر المُعتبر يُشترط فيه أن يكون ثابتا و مُحققا و من شأنه أن يجعل إستمرار المُعاشرة الزوجية بين الزوجين أمرا مُستحيلا ».**

و يمكن أن نورد في هذا الشأن تعريفا فقهيا لمفهوم الضرر في العلاقة الزوجيّة بأنّه « **كلّ سوء يحدث بِبَدن القرين أو بماله و كلّ ألم نفسي أو خدش لعاطفته نتيجة فعل صادر بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن قرينه سواء كان ذلك الفعل مُتعمدًا أو عن غير عمد » .**

و لتحديد الضرر المُوجب للطلاق، لابدّ أن نحلّل في مرحلة أولى الجانب النظري في هذا الضرر أي مفهوم هذا الضرر، ثم في مرحلة ثانية سنُحلّله من ناحية

جوانبه العمليّة أي سنحدّد خصائصه العمليّة.

القسم الأوّل : مفهوم الضرر المُوجب للطلاق

تحديد مفهوم الضرر المُوجب للطلاق يتطلّب أوّلا تحديد أساسه ثمّ تحديد صوره و أخيرا تحديد طبيعته.

الفقرة الأولى : الأســاس النظري للضرر

يتمثل الإشكال هنا في معرفة هل أنّه يكفى إثبات الضرر للحصول على الطلاق للضرر أم أنّه يجب على طالب الطلاق للضرر أن يثبت إضافة للضرر، خطأ أو تقصيرا في جانب القرين ؟

أ – موقف الفقه

نجد في هذه المسألة نظريّتين :

1 – النظريّة التقليديّة : نظريّة الطلاق جزاء أو عقاب

حسب هذه النظريّة، الطلاق هو عقوبة للمخالفة التي يرتكبها أحد الزوجين للالتزامات المُترتبة عن عقد الزواج فهذه النظريّة تشترط أن يتأسس الضرر الذي وقع إثباته على سلوك مخطئ في جانب القرين يتمثل إمّا في خطأ إيجابي أو تقصير قصدي.

2– النظريّة الحديثة : نظريّة الطلاق علاج أو الضرر المُجرّد

حسب هذا الإتجاه، الطلاق هو علاج لزواج فاشل فيكفى ثبوت الضرر المُجرّد للحصول على الطلاق دون حاجة لإثبات السلوك المخطئ للقرين.

ب – موقف المُشرّع التونسي

لم يتخذ المشرّع موقفا صريحا، فاعتبر البعض أن الفصل 23 م ا ش الذي يُحدّد الواجبات الزوجيّة يُكرّس نظريّة الطلاق عقاب لأنه ينصّ على واجب تجنب إلحاق الضرر بالقرين، فعبارة « **تجنّب** » توحي بأنّ الضرر المؤدى للطلاق يجب أن يكون قصدي.

في حين اعتبر البعض الآخر أن الفصل 31 م ا ش يُكرّس نظرية الضرر المُجرّد إذ ورد في صيغة عامة حين نص على حق كل طرف في طلب الطلاق « **بسبب ما حصل له من ضرر**» ، فعبارة الضرر وردت مطلقة فتجري على إطلاقها.

ج – موقف فقه القضاء

في غياب موقف تشريعي حاسم، يبدو موقف فقه القضاء ظاهريا متذبذب بين النظريتين، لكن بالتعمق في مختلف القرارات المُتعلقة بالطلاق للضرر يُمكن أن نستخرج من موقف فقه القضاء التونسي مبدأ و إستثناءا يُكملاّن بعضهما و لا يتعارضان.

• المبدأ : اشتراط الخطأ في الضرر المُوجب للطلاق

استقر فقه القضاء على اعتبار أنّ الإخلال بالواجبات الزوجية يُلحق ضررا بالقرين لكنّ هذا الضرر غير كافي لإيقاع الطلاق، بل لا بدّ أن يكون ناتجا عن

خطأ، أمّا إذا كان الإخلال بالواجبات الزوجية ناتجا عن قُوّة قاهرة خارجة عن إرادة الطرفين كالمرض، فيُعتبر الضرر في هذه الحالة مُبرّرًا و غير موجب للطلاق.

ومن أبرز القرارات التي كرّست نظرية الطلاق عقاب أو جزاء، يمكن أن نذكر **القرار التعقيبي عدد 5929 المُؤرخ فى 15 ديسمبر1981** الذي تتمثل وقائعه في اكتشاف الزوج منذ تاريخ الزواج أنّ زوجته كانت تعانى من مرض عصبي مُزمن حال دون قيامها بواجباتها الزوجية فطلب الطلاق للضرر، فاعتبرت محكمة التعقيب « **و حيث يُؤخذ من هذا النصّ (الفصل 23 من م ا ش) أنّ الإخلال بالطاعة و الواجبات الزوجية المفروضة على الزوجة لا يكون سببا من أسباب الطلاق للضرر إلاّ إذا كان ناتجا عن فعل الزوجة استهتارا منها بحقوق زوجها و استخفافا بعقد الزواج المبني على المحبّة و المودّة و الرّحمة ... أمّا العيوب الناتجة عن إصابة أحد الزوجين بمرض مزمن يترتب عنه إخلال بالواجبات المذكورة كمرض الأعصاب المُصابة به الزوجة فإنها لا تكون مبنى للطلاق للضرر لأنّه لا دخل للمُصاب بها في النتائج المُترتبة عليها** ».

و بذلك تكون محكمة التعقيب قد وضعت مبدأ عاما يتمثل في أن الضرر الموجب للطلاق يشترط فيه الخطأ. و بتطبيق هذا المبدأ على صورة المرض وجدت أن المرض، رغم أنّه يؤدى إلى الإخلال بالواجبات الزوجية و بالتالي فهو ضرر ثابت، إلاّ أنّه نظرا لانتفاء الخطأ فيه فهو لا يُبرّر الطلاق للضرر فهو حسب المحكمة « **مُصيبة من الله حلّت بالزوجة و ذلك يعني أنّه لا دخل لها في الإخلال بالواجبات الزوجية بمُوجب تلك المُصيبة** ».

وقد استقر فقه القضاء على عدم اعتماد المرض كأساس لطلب الطلاق للضرر بل

اعتبره صورة تفرض تطبيق واجب التعاون و التآزر بين الزوجين في المحن فقد ورد مثلا في **القرار التعقيبي عدد 17977 المؤرخ في 1987/09/29** أنّ « **المرض حالة من الحالات التي يمكن أن تصيب كل آدمي كبيرا كان أو صغيرا و لا يمكن بحال أن يكون سببا يُعتمد لطلب الطلاق بموجب الضرر».**

و من بين تطبيقات هذا المبدأ يمكن أن نذكر رفض اعتماد حالة مرض السرطان كسبب للطلاق (تعقيبي في 17 جوان 1986) كحالة الأمراض العصبيّة (تعقيبي 15 ديسمبر1981 أو أيضا تعقيبي عدد 147 بتاريخ 2005/04/28) أو حالة عدم اكتمال الجهاز التناسلي للزوجة (تعقيبي في 2 أفريل 1974) .

* الاستثناء الاكتفاء بالضرر المُجرّد لإيقاع الطلاق

في بعض الحالات، اكتفى فقه القضاء بالضرر المُجرّد لإيقاع الطلاق و ذلك **في الحالات التي يستحيل فيها مواصلة الحياة الزوجية مع وجود هذا الضرر**، لذلك قلنا منذ البداية أن المبدأ و الإستثناء يتكاملان و لا يتعارضان لأنّ كلاهما تكريس لشرط أساسي يدخل في جوهر تعريف الضرر باعتباره يُشترط فيه أن يجعل استمرار المعاشرة الزوجية أمرا مستحيلا.

و يتعلّق هذا الإستثناء بصفة خاصة ببعض الأمراض التي رغم انتفاء الخطأ فيها إلاّ أنها تُشكل مانعا لمواصلة الحياة الزوجية.

و يشترط في هذه الأمراض أن تكون خطيرة و خاصة ميؤوس من شفائها كصورة **الأمراض الخطيرة المُعدية** التي تشكّل خطرا على صحّة القرين، أو **الأمراض المُزمنة** التي لا يُرجى شفاؤها والتي تُشكّل ضررا ماديا لتحمّل مصاريف علاجها و معنوي لتسببها في عدم استقرار الأسرة و نجد خاصة على الصعيد القضائي صورة **الأمراض المانعة من الاتصال الجنسي**، فمن أبرز صور تكريس نظرية

الطلاق علاج هي صورة العجز الجنسي للزوج الذي استقرّ فقه القضاء على اعتباره ضررا يلحق بالزوجة موجبا للطلاق سواء كان سابقا أو لاحقا للزواج، و سواء كان الزوج عالما به أو غير عالم، فهو كضرر مجرّد يوجب الطلاق لأنه يمنع من مواصلة الحياة الزوجية.

و تُعتبر صورة العجز الجنسي للزوج من أكثر الصّور التي أربكت فقه القضاء لأنّ الحكم فيها بالطلاق للضرر يعني الحكم على الزوج بالتعويض عن أمر خارج عن إرادته و في ذلك إجحافٌ بحقوقه بتحميله مُصيبة التعويض بالإضافة إلى مُصيبة العجز و لكن من جهة أخرى الحلّ المُعاكس يعني عدم اعتبار العجز سببا للطلاق للضرر فيه إجحافٌ بحقوق الزوجة بإجبارها على البقاء في علاقة زوجيّة لا تفي بحاجياتها الشرعيّة و هو ما دفع مثلا محكمة الإستئناف بتونس في قرارها عدد 66471 بتاريخ 12 جوان 1986 إلى استنباط حلّ يُوّفق بين مصالح الطرفين و هو الحكم بالطلاق لإستحالة استمراريّة الحياة الزوجية دون تعويض لكنّ هذا الموقف و إن كان يستجيب إلى قواعد العدل و الإنصاف إلاّ أنّ محكمة التعقيب قامت بنقض هذا القرار في **قرارها عدد 16285 بتاريخ 1986/11/18** لأنّه اعتمد صورة غير مذكورة في الفصل 31 و لا تصلح كسند قانوني للطلاق و لأنّه لم يعتبر العجز ضررا موجبا للطلاق « **اقتضى الفصل 31 م أ ش أنّه يُحكم بالطلاق بالتراضي أو إنشاء أو للضرر فإذا لم تعتمد المحكمة أحد هذه الأسباب الثلاثة تكون قد خالفت أحكام هذا الفصل و أحكام الفصل 123 م م م ت من حيث إهمال السند القانوني في الطلاق** » .

طُرح الإشكال أيضا بخصوص مرض العقم الذي تذبذب بشأنه فقه القضاء و اعتبره في البداية مرضا لا يمنع مواصلة الحياة الزوجية و بالتالي لا يُشكّل ضررا

مُوجبا للطلاق(قرار تعقيبي فى 17 ماي 1966) و هو موقف يثير الإستغراب مقارنة بالموقف تجاه العجز الجنسي فكلاهما قوّة قاهرة و مصيبة طبيعيّة لا يتسبب فيها القرين عمدا و اختيارا و ربما يقع تبرير هذا الإختلاف بأن الحياة الزوجية تتعذّر مواصلتها بدون اتصال جنسي لكن يمكن أن تتواصل دون ابناء و هذا هو معيار اعتماد الضرر (مدى تعذّر مواصلة الحياة الزوجية) لكن تغيّر مُؤخرا موقف فقه القضاء من العقم فورد في قرار صادر عن **محكمة الإستئناف بالمنستير : « و حيث بالرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي يُعدّ من أهمّ المصادر لمجلة الأحوال الشخصية .... نجد في السُنّة ما جعل الولود مُفضّل عن العقيم .....وحيث أنّ إصابة أحد الزوجين بالعقم ....ينتج عنه انهدام أسمى أهداف الزواج ومقاصده فتنقلب مصالح الزواج إلى مفاسد و قد يُصبح التوافق بين الزوجين تنافرا .....و تفريعا على ذلك فإنّ عقم أحد الزوجين يُعتبر ضررا حسب مفهوم الفصل 31 م ا ش فقرة 2 لتبني المشرع لفظة الضرر بصفة مطلقة و أنّ مجرّد حصول الضرر لأحد الزوجين هو سبب كافي لإمكانية تأسيس طلب الطلاق و الحكم به و لا شيء بذلك النصّ يشترط وجوب تأسيس الضرر على الخطأ لوُروده بصفة عامّة » .**

و قد تبنّت محكمة التعقيب نفس الموقف في قضية أخرى تعلّقت بإستئصال رحم الزوجة و عدم قدرتها على الإنجاب اعتبرت أنّه « **و بقطع النظر عن علم الزوجة به من عدمه فإنّ هذا الأمر من شأنه أن يُلحق ضررا بالزوج باعتباره يحرمه من حقّ الأبوّة الذي يطمح إليه كلّ شخص قد تزوّج و من تكوين أسرة و هو الغاية الأساسية من الزواج » (قرار تعقيبي عدد 36422 مؤرخ في 22 أكتوبر 2009 غير منشور) .**

الفقرة الثانية : صـــــور الضـــــرر

بصفة عامة، يمكن أن يشمل الضرر كلّ سلوك ايجابي (صدور أفعال ماديّة) أو سلبي (الإهمال أو الإمتناع عن القيام بواجب) يُضرّ بالطرف الآخر ، و يشمل الضرر كلّ صور الإخلال بالواجبات الزوجية سواء الواجبات الماليّة أو الواجبات الشخصيّة و بالتالي لا يمكن أن نعطى قائمة حصرية في الصور التي تُجسّم الضرر و قد كانت الصياغة الأولى للفصل 31 تحصر صور الطلاق للضرر في « الأسباب المُبيّنة بفصول المجلّة » لكن بموجب تنقيح 1981 تمّ التخلي عن هذه الصياغة الحصرية لفائدة صياغة أعمّ **« بسبب ما حصل له من ضرر »** التي تترك مجالا أوسع للقضاء في تحديد صور الضرر و الذي يمكن أن نعطي له بعض الأمثلة فقط على سبيل الذكر :

أ- صور الضرر المذكورة بالمجلّة :

يمكن أن نذكر :

- **صورة الفصل 11** : وهي صورة الإخلال بخيار الشرط الذي يمكن أن يتعلّق سواء بنظام العلاقات الشخصيّة أو الماليّة بين الزوجين فبمُجرّد عدم تحقّق هذا الشرط أو مُخالفته يُمكن للطرف الذي اشترطه طلب الطلاق للضرر.
- **صورة الفصل 13 :** صورة إخلال الزوج بواجب دفع المهر.
- **صورة الفصل 23 :** صورة الإخلال بالواجبات الشخصية المحمولة على الزوجين معا (المعاملة بالمعروف و حسن المعاشرة و تجنب إلحاق الضرر و واجب التعاون في تسيير شؤون الأسرة) أو الواجبات الماليّة (واجب الزوج في

الإنفاق و واجب الزوجة في المُساهمة في الإنفاق).

- **صورة الفصل 39 :** صورة إعسار الزوج و عجزه عن الإنفاق لمدّة تفوق الشهرين ممّا يعطي الزوجة حق طلب الطلاق للضرر إذا لم تكن عالمة بعسره زمن العقد.

- **صورة الفصل 40 :** وهي صورة الطلاق للغيبة (إذا غاب الزوج عن زوجته و لم يكن له مال و لم يترك لها نفقة و لم يقم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلا مُدّة شهر عسى أن يظهر ثمّ طلّقها عليه بعد ثبوت ما سلف و حلف المرأة على ذلك) و قد توّسع فقه القضاء في هذه الصورة بإعطاء الزوجة الحق في طلب الطلاق حتى و لو ترك لها الزوج مالا تنفق منه.

ب- صور الضرر المُعتمدة في فقه القضاء :

بما أنّ الضرر ينتج عن كلّ إخلال بالواجبات الزوجية و بما أنّ المشرع لا يمكنه أن يُحدّد قائمة حصريّة في الواجبات الزوجية لذلك نصّ صلب الفصل 23 على أنّ الزوجان يقومان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف و العادة و يترتّب عن هذه الإحالة إلى مفهوم العرف و العادة إعطاء سلطة تقديرية واسعة للقاضي لتحديد الواجبات الزوجية و تحديد صور الضرر الناجم عن الإخلال بهذه الواجبات و من بين صور الضرر المعتمدة على مستوى فقه القضاء يمكن أن نذكر :

- الإخلال بواجب الإخلاص
- الإخلال الإرادي أو غير الإرادي بواجب الاتصال الجنسي سواء كان من جانب الزوج أو الزوجة
- الإخلال بواجب المساكنة غير المُبرّر

- الاعتداء بالعنف المادي أو اللفظي

الفقرة الثالثة : طـــبيعـــة الضـــــرر

ينقسم الضرر إلى نوعين :

- **ضرر مادي :** هو ما يصيب عادة المال أو الجسم و يترتب عنه إمّا إلحاق خسارة مالية بالقرين أو تفويت ربح مالي عليه.

- **ضرر معنوي:** هو ما يترتب عن إيذاء الشخص في شعوره أو عاطفته أو المسّ بكرامته أو شرفه.

القسم الثاني : الخصائص العمليّة للضـــــــرر

يجب أن تتوفر في الضرر المُدعّى به بعض الشروط و الخصائص العملية لكي يؤدى فعليا للطلاق أمام القاضي، و تتمثّل شروط اعتماد الضرر أوّلا في إثبات الضرر ثم تقدير جسامة هذا الضرر و أخيرا تحديد أطراف الضرر.

الفقرة الأولى : إثبـــات الضـــــرر

لا يثير تحديد عبء إثبات الضرر إشكالا فالبيّنة على من إدّعى لكن مسألة وسائل إثبات الضرر تكتسي صعوبة خاصة فرغم أنه على الصعيد النظري يعتبر الضرر واقعة قانونية يمكن إثباتها بكلّ الوسائل إلا أنه يصعب على الصعيد العملي ذلك لتعلقه بأمـور خاصّة داخلية فالخلافات الزوجية تكون عادة في إطار ضيّق لا يطلع عليها الغير لذلك نجد بعض الخصوصية في إثبات الضرر الموجب للطلاق.

تتجسّد هذه الخصوصية مثلا في قبول شهادة الأقارب رغم أن شهادتهم مقدوح فيها

فقد نصّ **الفصل 98 م م م ت** على أنّه : « **يمكن للحاكم عند الإقتضاء سماع الشهود المقدوح فيهم على سبيل الإسترشاد و خاصة إذا كان الأمر يتعلّق بالخلافات العائليّة التي تقع بين الزوجين و التي من شأنها أن لا يطّلع عليها غالبا إلاّ الأقارب** » **(قرار تعقيبي عدد 39103 في 1996/01/17) .**

و تتجسّد هذه الخصوصية أيضا في إمكانية **الالتجاء للتحكيم** و هي وسيلة نصّ عليها **الفصل 25 م.ا.ش** و تتمثّل في تعيين حكمين من أهل الزوجين لتقصّي أسباب الضرر و محاولة الإصلاح . و هي وسيلة مستلهمة من تعاليم القرآن الكريم لكنها بقيت وسيلة مهجورة.

و فيما عدا هذه الأحكام الخاصة، يبقى الضرر واقعة قانونية يمكن إثباتها بكل الوسائل من أهمها الشهادة (مثلا إثبات الإعتداء بالعنف) أو البحث الاجتماعي أو القرائن أو الشهادة الطبية (خاصة في حالة الاعتداء بالعنف أو المرض) أو بمحضر عدل التنفيذ (لإثبات النشوز مثلا) أو الأحكام القضائية (في صورة صدور حكم قضائي يثبت الفعل المُشكّل لضرر سواء كانت أحكام مدنية كما في صورة عدم الإنفاق مثلا أو أحكام جزائية تثبت مثلا الإعتداء أو الزنا) .

و طرح مشكل بخصوص الأفعال المزدوجة التي تشكّل في نفس الوقت خطأ مدنيا موجبا للطلاق للضرر و خطأ جزائيا مُعاقبا عنه **فهل يشترط لاعتمادها كأساس للطلاق الإدلاء بحكم جزائي يثبتها ؟**

القاعدة في هذا الشأن تتمثل في ضرورة التمييز بين صورتين :

✓ **إذا صدر حكم جزائي بالإدانة** : فهو يشكّل وسيلة إثبات قاطعة تطبيقا لقاعدة حجيّة الجزائي على المدني لكن يشترط لاعتماده أن يكون باتا أي استوفى كل طرق الطعن (ثبوت الخطأ الجزائي = ثبوت الخطأ المدني) .

✓ **إذا صدر حكم جزائي بالبراءة أو قرار بحفظ التهمة لأي سبب** : فذلك لا يقف حائلا دون اعتماد بقيّة وسائل الإثبات لأنّ أحكام الرفض ليس لها قوّة الشيء المقضي به (لا تتمتّع بقوّة إتصال القضاء) ، فقد اعتبرت **محكمة التعقيب في قرار عدد 6535 المؤرخ في 06 أفريل 1982** أن « **عدم توفر ما يُوجب تتبّع المُعقِّب عليها جزائيا لا ينفي بالضرورة سوء سلوكها و إخلالها بواجباتها الزوجية وفقا للمبدأ القانوني القاضي بأنّ انتفاء الخطأ الجزائي لا يستتبع بالضرورة انتفاء الخطأ المدني** » .كما اعتبرت في **قرار آخر عدد 51701 صادر في 1996/10/15** أنّه « **يتمّ إثبات الضرر بسائر الطرق القانونية كمحاضر الأبحاث الجزائية أو شهادة الشهود دون الإقتصار على الأحكام الجزائية** » .

و يبقى في النهاية تقدير قبول الحجج المُقدّمة لإثبات الضرر بسائر الطرق القانونية أمرا خاضعا لوجدان القاضي و اقتناعه.

الفقرة الثانية : تقدير جســـامة الضرر

استقرّت محكمة التعقيب على اعتبار أنّ تقدير الضرر المُوجب للطلاق هو « **أمر موضوعي موكول لاجتهاد قاضي الموضوع و لا رقابة عليه في ذلك مادام اجتهاده مُعلّلا تعليلا سائغا و مُؤديا للنتيجة التي انتهى إليها** » (**قرار تعقيبي عدد 23643 مؤرخ في 12 ديسمبر1989**) .

لكنّ محكمة التعقيب مع إقرارها سلطة قضاة الأصل في تقدير الضرر فإنّها لا تنفي دورها في مُراقبة حُسن تطبيق القانون لأنّها تعتبر أنّ **الضرر في الطلاق هو « أمرٌ له وجه قانوني أكثر منه موضوعي »** (**قرار عدد 20425 مؤرخ في 1988/12/07**) لذلك على قاضي الأصل أن يبرز الأسانيد الواقعية و القانونية

للضرر و أن يثبته بصفة قاطعة لكي تتمكن محكمة التعقيب من إجراء رقابتها على حسن تطبيق القانون.

و تعني السلطة التقديرية لمحكمة الأصل أنّ الضرر رغم ثبوته يمكن أن لا يُقنع القاضي بأنه سبب موجب للطلاق و **المعيار العام** الذي اعتمده فقه القضاء **في تقديره للضرر** هو أن **تتعذّر معه مواصلة الحياة الزوجية**، مثال ذلك **قرار تعقيبي عدد 62581 مؤرخ في 16 فيفري 1998 « الضرر المعتبر يُشترط فيه أن يكون ثابتا و محققا و من شانه أن يجعل استمرار المعاشرة الزوجية بين الزوجين أمرا مستحيلا و لا يُعدُّ نتيجة ذلك الخلاف البسيط أو الانزعاج الظرفي ضمن ماهية الضرر الموجب للطلاق ».**

و **معيار تعذّر مواصلة الحياة الزوجية** هو المعيار العام و يتجزأ عمليّا لعدّة معايير يعتمدها القاضي في تقديره للضرر إمّا بصفة مُتظافرة أو بصفة مُستقلّة حسب اجتهاده و من أهمّ هذه المعايير :

1/خطورة أو جسامة الفعل الضّار:

يُشترط في الضرر ان يكون ناتجا عن فعل خطير، فالزنا أو الاعتداء بالعنف الشديد تعتبر أفعال خطيرة، أمّا العنف الخفيف فهو يُحدث ضررا لكنه لا يُعتبر خطيرا موجبا للطلاق للضرر.

مثال : **قرار تعقيبي في 02/16/ 1998** محكمة الأصل اعتبرت أنّ دفع الزوج لزوجته يُشكّل خطأ مدني مُوجب للطلاق للضرر لكنّ محكمة التعقيب نقضت هذا الموقف مُعتبرة أنّ « **مُجرّد دفع الزوج لزوجته ليتمكّن من الذهاب إلى عمله لا يُعدّ ضررا مُستوجبا للطلاق و ما ينجرُّ عنه من مساوئ تلحق بكامل أفراد الأسرة** ».

كما اعتبرت في **قرار آخر عدد 13875 مؤرخ في 1985/12/17** أنّ « **العنف المُسلّط على الزوجة لا يشكّل ضررا جسيما ، بل هو عنفٌ خفيفٌ يحدث أحيانا بين الأزواج لسببٍ أو لغيرهِ إذ أنّه لم يترك أثرًا من شأنه أن يُكدّر الحياة الزوجية و لذلك فلا يمكن للزوجة أن تعتمده سببًا حاسمًا في مُفارقتها لزوجها و القضاء على روابط جميع أفراد العائلة و مُستقبلهم و في ذلك الأبناء الذين لا ذنب لهم** » .

و في المقابل اعتبرت محكمة التعقيب في **القرار عدد 20476 بتاريخ 20 سبتمبر 1988** أنّ « **إدانة الزوجة من أجل صفع زوجها على خدّه بمكان عمومي أمام زملائه بمقرّ عمله و مُؤاخذتها جزائيا من أجل ذلك يتنافى و واجب الاحترام و التزام عدم إلحاق الأذى بالقرين الذي أوجبهما الفصل 23 م ا ش** » .

2/ تكرار الفعل الضّار:

إذا كان الفعل الضّار غير خطير و لم يتكرّر فإنّ فقه القضاء يعتبره مجرّد خطأ عابر لا يُعتمد لهدم كيان الأسرة و يمكن غفرانه لكنّ تكرار هذا الفعل قد يؤدي الى الطلاق (و يجب التذكير أنّه إذا كان الفعل خطيرًا فلا يُشترط تكراره).

مثال : في **قرار 16 فيفري 1998** اعتبرت محكمة التعقيب أنّ « **مُجرّد دفع الزوج لزوجته للذّهاب إلى عمله بصرف النظر عن أنّ ذلك تمّ بلطف أو بعكسه لا يُمثل مسًا من كرامة الزوجة ..... ضرورة ان ما يحصل لم يتكرّر ..... فالضرر مفقود و الإخلال بحسن المعاشرة لمجرّد تصرّف واحد حصل في ظلّ مُعاشرة دامت عشرين عاما أو أكثر لا يجعل الزوج مخلاّ بواجبه طبقًا للفصل 23 م.ا.ش .**»

3/تواصل الفعل الضّار أو مُدّة الضرر

حسب محكمة التعقيب يجب ان يتواصل الضرر الى آخر مرحلة من مراحل دعوى الطلاق، و طُرح الاشكال بصفة خاصة بالنسبة للنشوز فالنّشوز لفترة قصيرة لا يُعتبر ضررا مُوجبا للطلاق فقد اعتبرت **محكمة التعقيب مثلا في قرار 1996/10/15 أنّ « مُغادرة الزوجة لمحلّ الزوجية لمُدّة شهرٍ واحدٍ و استقرارها بمحلّ والديها أثناء سفر زوجها لا يُعدّ نشوزا موجبا للطلاق »** كما اعتبرت في **قرار اخر عدد 9410 مؤرخ في 10 جويلية 1973 أن « إعراب الزوجة عن استعدادها للرجوع لِمحلّ الزوجية بعد أن غادرته و استقرت لمدّة طويلة بمنزل والديها يرفع عنها صفة الناشز و يرفع الضرر السّابق للزوج ». و اعتبرت أيضا في قرار آخر عدد 64883 مؤرخ في 01 جوان 1998 إنّ « قضاء محكمة الموضوع بإيقاع الطلاق بين الزوجين بناء على تضرّر الزوج من مغادرة زوجته لمحلّ الزوجية دون مناقشتها ما برّرت به الزوجة من أنّ مُغادرتها لمحلّ الزوجية كان نتيجة لما تعانيه من أعراض الحمل و استعدادها اللامشروط لإستئناف المعاشرة باعتباره تبريرا ينفي الضرر المُؤسسة عليه الدعوى يكون فاقدا للسند و قاصرا للتعليل » .**

كما تُطرح مدّة الضرر في صورة المرض الجنسي الظرفي أو القابل للعلاج فهو يُشكّل ضررا ثابتا لكنه لا يعتمد لإيقاع الطلاق لأنّه وقتي.

4/شخصيّـــــة القرين المُتضرّر

حسب **محكمة التعقيب في قرار 16 فيفري 1998** يجب مراعاة **« تأثير الضرر وجنس من وقع عليه الضرر (إذا كان ذكرًا أو أنثى) و سنّه و ظروفه و حالته**

الإجتماعية و الصحيّة و كل ظرف آخر من شأنه أن يبرز هذا الضرر » .

و نفهم من هذا أنّ نفس الفعل الضّار يمكن أن يُعتبر أو لا يُعتبر ضررًا موجبًا للطلاق بحسب شخصيّة من وقع عليه الضرر لمعرفة هل يتعذّر على هذا الشخص مُواصلة الحياة الزوجية أم لا.

و يمكن أن نستنتج في النهاية مقارنةً بصورة الطلاق انشاءا، فإنّ دور القاضي في صورة الطلاق للضرر هام جدا فدوره لا يقتصر على معاينة إرادة طالب الطلاق و إجراء الصلح بل هو يشمل أيضا التأكدّ من وجود الضرر و ثبوته ثم تقديره يعني مدى كفايته لإيقاع الطلاق للضرر فالقاضي إذا هو الذّي يقرّر الطلاق و لا يقتصر على مجرّد التصريح به.

الفقرة الثالثة : أطـــــراف الضـــرر

يطرح تحديد أطراف الضرر عدّة مشاكل :

1 - مصدر الضرر

يجب أن يصدر مبدئيا الضرر عن الفعل الشخصي المباشر للقرين.

لكن قبل فقه القضاء استثنائيا اعتماد الضرر الناتج عن فعل الغير خاصّة في صورة تضرّر الزوجة من مساكنة أهل الزوج فالضرر هنا صادر مباشرة عن فعل الغير لكن ساهم فيه الزوج بصفة غير مباشرة لأنّ من واجبه حماية زوجته من الغير بما في ذلك والديه.

2-المُستهدَف من الضرر

يجب أن يتسلّط الضرر مبدئيا على القرين بصفة مباشرة، لكن اعتمد فقه القضاء

استثنائيا حالة الضرر اللّاحق بأهل القرين، ومنها مثلا حالة اعتداء الزوج على والد زوجته بالعنف فقد اعتبرت محكمة التعقيب في **قرارها عدد 2153 المؤرخ في 10اكتوبر1978** أنّ « **اعتداء الزوج بالعنف على والد الزوجة يعتبر مسًا بشعورها و ضررا معنويًا ينالها و يُخلّ بواجب حسن المعاشرة و بذلك تكون مُحقّة في فكّ العصمة للضرر مع التعويض".**

3-الأضرار المتبادلة

هل أنّ ثبوت الخطأ في جانب كلّ من الزوجين يؤدي إلى انتفاء الضرر و بالتالي لا يمكن لأيّ منهما طلب الطلاق للضرر أم يؤدي بالعكس إلى تضاعف و إعطاء كل منهما حقّ الطلاق للضرر؟

تعتبر هذه الصورة نادرة على مستوى فقه القضاء، و لكن من بين القرارات النادرة التي يمكن أن نذكرها، **قرار محكمة الاستئناف بتونس في 4 فيفري 1971**، و كان منطلق الدعوى هو قيام الزوج بدعوى في الطلاق للضرر من أجل نشوز زوجته غير المبرر، و قامت الزوجة أيضا بدعوى أخرى في الطلاق للضرر من أجل إهمال زوجها لها و اعتداءه عليها بالعنف، فقُضيَ ابتدائيا لفائدة الزوج فاستأنفت الزوجة الحكم و اعتبرت محكمة الاستئناف أن كلا الطرفين اضر بصاحبه فقضت **بالطلاق للضرر و تنصيف المصاريف بينهما دون أن تورد أي ذكرٍ للغرامات المنجرّة عن الطلاق.** فيمكن إذن القول أنّ الضرر المُتبادل يؤدي للطلاق لكن لا يؤدي منطقيا للتعويض.

و قد طُرح مؤخرا هذا الإشكال على محكمة التعقيب بمناسبة دعوى في إكساء حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية و اعتبرت المحكمة في **قرارها عدد 34827 المؤرخ في 11 مارس 2010 « إنّ إكساء الحكم الأجنبي القاضي بالطلاق للضرر المُتبَادل**

مع الحرمان من التعويض لا يمكن اعتباره مُخالفا للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص لأنّه لا يُشكّل خرقا للمبادئ الأساسيّة التي تقوم عليها السياسة التشريعيّة للبلاد التونسيّة ».

الفصل الثاني : إجـــراءات الطـــلاق

قبل صدور م أ ش لم يكن الطلاق خاضع لأيّ شكليّات، فقد كان بإمكان الزوج أن يُوقعه شفاهيا في أيّ وقت و دون رقابة. و لتجاوز هذه الهشاشة على مستوى انحلال الرابطة الزوجية و تدعيم صبغتها كمؤسسة ، جعل المشرع التصريح بالطلاق من أنظار القضاء وحده حتى و لو كان الطلاق بإتفاق الطرفين . و لضمان حقوق جميع الأطراف، تمّ تأطير أحكام الطلاق بجملة من الإجراءات، و ميزة هذه الإجراءات :

أولا: أنّ لها **صبغة ملزمة** سواء للزوجين أو للقاضي نفسه فلا يمكن الاتفاق على مخالفتها.

و ثانيا: أنّ لها **صبغة مزدوجة** فنزاع الطلاق بصفته نزاع مدني فهو يخضع للإجراءات المدنية العامة الواردة بمجلة المرافعات لكنه نزاع مدني من نوع خاص لتعلّقه بالحياة الخاصة للشخص، لذلك نصّ المشرع صلب م أ ش على بعض الإجراءات الخاصة المتعلقة بدعوى الطلاق بالذات.

و يخضع حكم الطلاق كغيره من الأحكام لمبدأ التقاضي على درجتين لذلك سنتعرض الى صدور حكم الطلاق (فرع1) ثمّ إلى طرق الطعن في حكم الطلاق (فرع 2).

الفرع الأوّل : صدور حكم الطلاق

حسب الفصل 32 م أ ش يمرّ حكم الطلاق وجوبا بمرحلتين : المرحلة الصُلحيّة ثم المرحلة الحكميّة.

القسم الأوّل : المـــرحلة الصُلـــحـــيّـــة

الجلسة الصلحيّة هي إجراء وجوبي يُفتتح به نزاع الطلاق و يحاول من خلاله القاضي الصلحي الإصلاح بين الزوجين. و نظرا لأهميّة الصلح و خطورة الطلاق، حدّد المشرع إجراءات هذه الجلسة ثم مضمونها.

الفقرة الأولى : إجراءات الجلسة الصلحيّة

أ- كيفيّة تبليغ الإستدعاء

تُرفع دعوى الطلاق وفق القواعد العامة بموجب عريضة دعوى يتمّ فيها تحديد الجلسة الصلحية مع احترام كلّ الشروط و الاجراءات العامّة و المتمثّلة في :

شرط الإختصاص الحكمي فيجب أن يتمّ الاستدعاء أمام دائرة الأحوال الشخصية لدى المحكمة الابتدائية صاحبة الإختصاص المبدئي في جميع المسائل المُتعلقة بالأحوال الشخصيّة.

شرط الإختصاص الترابي : من حيث مرجع النظر الترابي فإنّ المحكمة المختصّة

هي التي يوجد بدائرتها مقر المطلوب. و مقرّ المطلوب من الناحية القانونية هو مقرّ الزوجية بإعتباره مقرّ إلزامي لكلّ من الزوجين نظرا لوجود واجب المُساكنة بين الزوجين .

لكنّ مسألة الاختصاص الترابي لا تهمّ النظام العام و لا يُعتدّ باثارتها إلاّ إذا وقع التمسك بها قبل الخوض في الأصل و إذا ما أثيرت أمام قاضي الأسرة في الجلسة الصلحيّة فإنّ هذه المسألة تخرج عن اختصاصه المُقيّد فيوقف الجلسة و يحيل المسألة إلى أنظار الهيئة الحكميّة التي تتولىّ البت فيها و إذا ما قضت بعدم الاختصاص و ترفض الدعوى شكلا و إذا قضت بالاختصاص فإنّها تعيد الملف إلى القاضي الصلحي لإتمام مهامه.

شرط الصفة و المصلحة : لا يتوفر شرط المصلحة في حلّ عقد الزواج إلاّ لدى أطراف عقد الزواج وحدهم دون سواهم. و كذلك بالنسبة لشرط الصفة الذي يفترض أن لا يتوفرّ إلاّ في الزوجين لكن لا يطرح هذا الشرط إشكالا إلا إذا كان أحد الزوجين قاصرا و بصفة أدّق قاصر لم يتمّ ترشيده آليا بالزواج و هذا يعني أنّه أبرم زواجه دون 17 سنة و هي السن المطلوبة للترشيد القانوني بالزواج ففي هذه الصورة سيبقى القاصر قاصرا رغم زواجه بمقتضى إذن قضائي و لا يمكنه القيام أمام القضاء إلاّ بواسطة ممثلّه القانوني و هو وليّه و الذي يبقى دوره محدود يقتصر اجرائيا على رفع الدعوى باعتبار أنّ القاضي لن يستمع إلى إرادة هذا الوليّ في أي طور فهو يُعتبرُ غيرًا بالنسبة لعقد الزواج و إنما يتأكدّ القاضي من رغبة الزوج في طلب الطلاق أو مُعارضة ذلك.

شرط احترام الآجال : الآجال المُعتبرة في القضايا المدنية لا يجب حسب **الفصل 70 م م م ت** أن تقلّ عن 21 يوم إذا كان المطلوب مقيما في التراب التونسي و عن

60 يوم إذا كان المطلوب مقيما خارج التراب التونسي.

لكن إضافة لهذه القواعد العامّة يتميّز تبليغ الإستدعاء في دعوى الطلاق بخاصيتين :

*دور فاعل لقاضي الأسرة في تبليغ الاستدعاء

لم يعد دور القاضي يقتصر على التثبت من تبليغ الاستدعاء من الناحية القانونية فقط، بل أصبح يتأكد من تبليغ الاستدعاء كذلك من الناحية الواقعيّة الفعليّة إذا كان المطلوب معلوم المقرّ، أو الحرص على معرفة مقره إذا كان مجهول المقرّ إذ ينصّ **الفصل 32** بموجب تنقيحه سنة 1993 **« و إذا لم يحضر المدعَى عليه و لم يبلغ الاستدعاء لشخصه فإنّ قاضي الأسرة يُؤجل النظر في القضيّة و يستعين بمن يراه لإستدعاء المعني بالأمر شخصيًّا أو لمعرفة مقرّه الحقيقي و استدعائه منه ».**

و يعتبر هذا الدور استثناءا من مبدأ حياد القاضي و ذلك نظرا لأهميّة حضور الأطراف في إجراء المحاولة الصلحية، و يبقى للقاضي سلطة تحديد من هم الأشخاص الذي يمكنه الاستعانة بهم كشهود عقد الزواج أو عمدة المنطقة أو الشرطة. و للقاضي أيضا اعتماد مُختلف طرق التبليغ سواء عن طريق المكتوب المضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة أعوان المحكمة أو السلطة الإداريّة و ذلك حرصا على إيصال العلم إلى الشخص المعني بالأمر بالإجراءات المُتّخذة ضدّه لِيُمكنه الدفاع عن حقوقه . كما أنّ للقاضي سلطة تحديد عدد مُحاولات التبليغ و إعادة الإستدعاء.

*آثار التحيّل لعدم تبليغ الاستدعاء

2018/2017

خلافا للقواعد العامة، فإنّ التحيّل لعدم تبليغ الاستدعاء إلى الطرف الآخر لا يُوجب فقط عقابا مدنيا يتمثل في بطلان عريضة الاستدعاء بل يُوجب أيضا عقابا جزائيا حسب الفصل 32 مكرّر (الذي تمت إضافته في تنقيح 1993) بالسجن مدّة عام.

و يرجع هذا التجريم إلى خصوصيّة آجال الطعن في حكم الطلاق التي تنطلق من يوم صدور الحكم لا من يوم الإعلام به لذلك يعتبر تبليغ الاستدعاء الوسيلة الوحيدة للعلم بوجود الدعوى و لممارسة حق الطعن في الحكم في الآجال.

ب- تأثير حضور الأطراف

تجري الجلسة الصلحية في كنف السرية للحفاظ على أسرار العائلة فلا يحضرها سوى الزوجين و قاضي الأسرة و هو قاضي فردي و يتم ذلك بمكتب القاضي. و جرت العادة على عدم السماح للمحامين بحضور هذه الجلسة لتفادي تصعيد الخلاف.

و إذا لم يحضر المُدعِي بهذه الجلسة فإنّ قاضي الأسرة ينصّ بمحضر الجلسة على فشل المحاولة الصلحية نظرا لتخلّف المُدعِي و يحيل الملّف إلى الهيئة الحكمية (مجلس القضاة بتركيبة ثلاثية ينعقد في إطار جلسة علنيّة عموميّة) التي تقوم بطرح القضية.

أمّا إذا لم يحضر المُدّعَى عليه فإنّ القاضي الصلحي ينظر في مدى احترام إجراءات التبليغ فإذا لم يقع احترامها من الناحية القانونية فإنّ مآل الدعوى هو الرّفض شكلا الذي تصرّح به الهيئة الحكميّة أمّا إذا تمّ احترام الإجراءات من الناحية القانونية و لم يحضر المُدّعَى عليه فإنّ القاضي يقوم بالجُهد المطلوب منه

لتبليغ الاستدعاء لِشخص المطلوب من الناحية الواقعية، و إذا لم يحضر المطلوب رغم كلّ ذلك فإنّ القاضي الصلحي ينصّ على فشل المحاولة الصلحية نظرا لغياب المطلوب و يحيل القضيّة إلى الهيئة الحكمية التي تُواصل النظر في الدعوى دون أن يكون لغياب المطلوب أيّ أثر قانوني.

لكن طُرح الإشكال سواء بالنسبة للمُدّعِي أو للمُدّعَى عليه في خصوص أمرين :

***الأمر الأوّل :** يتعلق بمدى إمكانية توكيل الغير للحضور بالجلسة الصلحية في صورة تعذّر الحضور شخصيا و قد استقر فقه القضاء على رفض الوكالة لحضور الجلسة الصلحية لأنها جلسة تخاطب مشاعر و أحاسيس الزوجين و حضور الغير نيابة عنهم **« يُصيِّر تلك الجلسة الصلحيّة عمليّة مسرحيّة صوريّة لا روح فيها و محكوم عليها بالفشل مسبقا » (تعقيبي عدد 8914 مؤرخ في 8 ماي 1973) .**

و ورد أيضا في القرار التعقيبي عدد 32372 المؤرخ في 16 أفريل 2009 أنّه « لا يمكن للمسعى القضائي في إصلاح ذات البين أن يُكلّل بالنجاح في غياب الزوجين لأنّ القاضي يحاول خلال الجلسة الوقوف على الأسباب الحقيقية للشقاق التي تُمكنه من التوّفق إلى اقتراح الحلول الممكنة لتجاوز الأزمة التي تمر بها العلاقة الزوجية مُستعملا في ذلك خبرته القضائيّة خاصة في مجال الأسرة لذلك حرص القضاء على حضور كلا الزوجين بصفة شخصيّة في الجلسة الصلحيّة و اتخذ في ذلك مواقف مُستقرّة كوّنت فقه قضاء راسخ » .

***الأمر الثاني :** يتعلّق بمدى إمكانية تمسك القرين الذي تعذّر عليه الحضور بالجلسة الصلحيّة بعد إحالة القضيّة إلى الهيئة الحكمية بوجود عذر شرعي حال دون حضوره كحالة سفر أو مرض أو قوّة قاهرة، و استقر فقه القضاء على أن

2018/2017

الأمر يبقى موكول لتقدير المحكمة التي يمكن لها قبول العذر الشرعي و إرجاع القضية للطور الصلح.

الفقرة الثانية : موضوع الجلسة الصلحيّة

يتمثل دور القاضي الصلحي في إجراء المحاولة الصلحية و في اتخاذ القرارات الفورية.

أ- إجراء المحاولة الصلحية

- إجراء المحاولة الصلحية **هو إجراء وجوبي مُلزم** فإذا وقع الإخلال به يُعدّ حكم الطلاق باطلا بل أكثر من ذلك رفضت محكمة التعقيب في **قرارها عدد 1230 المؤرخ في 29 سبتمبر 2005** إكساء الأحكام الأجنبية الصادرة في مادّة الطلاق بالصبغة التنفيذية إذا لم تكن مسبوقة بمحاولة اجراء الصلح بين الطرفين فأقرّت أنّه « **طالما لم يثبُت أنّ الحكم الشخصي المُراد إكساءه بالصبغة التنفيذية قد احترم مبدأ المواجهة بين الخصوم أو تضمّن سعي الهيئة التي أصدرته إلى إجراء الصلح بين الطرفين فإنّه أضحى مُتعارضا مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون التونسي في مادّة الأحوال الشخصيّة و هي تهمّ النظام العام و لا يمكن التغاضي عنها** ».

- **الهيكل المختص بإجراء المحاولة الصلحية هو قاضي الأسرة** و هي مؤسسة تم إحداثها في تنقيح 1993 و قد نصّ **الفصل 32** على أنّ « **رئيس المحكمة يختار قاضي الأسرة من بين وكلائه** » فالمشرع إذن يشترط أن يكون قاضي الأسرة في

رتبة وكيل رئيس المحكمة الابتدائية (قضاة الرتبة الثانية لهم أقدميّة 10 سنوات عمل على الأقلّ) ، لكنه لم يشترط أن يكون مختصا في مادة الأحوال الشخصية.

و جرى العمل القضائي على أنّ القضاة بهذه الرتبة يتولوّن هذه المهمّة بالتداول بينهم، و هذا يعني أن القاضي الصلحي يمكن أن يكون في الأصل مختص في الدائرة الجزائية أو التجارية أو غيرها و يتولى استثنائيا مهمة قاضي صلحي و هذا لا يضمن نجاحه في محاولته الصلحية لعدم إلمامه بخصوصيات العلاقة الزوجية لذلك تمّ تنقيح الأمر المتعلّق بضبط الوظائف التي يمارسها القضاة من الصنف العدلي بموجب الأمر عدد 1011 المؤرخ في 27 ماي 1996 و أصبحت وظيفة قاضي الأسرة خطّة مُستقلّة بذاتها لقضاة الرتبة الثانية و بذلك أصبح قضاء الأسرة قضاء مستقلا بذاته و عمل المشرّع على توسيع نطاق مشمولاته في ما يتعلّق بنزاعات الأسرة و أسند له بمناسبة إصدار مجلّة حماية الطفل مهمة النظر في وضعيات الأطفال المهدّدين و بذلك أصبحت له ولاية شبه عامة على قضاء الأسرة.

لكن إن كان آليّة التخصّص في النزاعات الأسريّة من شأنها أن تضمن الخبرة و الكفاءة اللازمة لإجراء الصلح بين الزوجين فإنّ جمع قاضي الأسرة بين وظيفتين : وظيفته القضائية كرئيس دائرة الأحوال الشخصيّة بحكم رتبته و وظيفته الإجتماعية كقاضي الأسرة من شأنه أن يُؤثّر على مردوديّته فكان على المشرّع أن يُقرّ إضافة إلى آليّة التخصّص آليّة التفرّغ للقضاء الصلحي . علما أنّه واقعيا و نظرا لكثرة القضايا فإنّ قاضي الأسرة غالبا ما يقوم بتكليف قضاة بالنيابة لإجراء الجلسة الصلحية قد لا يتوّفر فيهم شرط الرتبة أو حتى الإختصاص للقيام بمهمة القاضي الصلحي.

- **كيفية إجراء الصلح :** بصفة عامّة يحاول القاضي الصلحي تقصّي الأسباب الحقيقيّة للنزاع و محاولة إثناء المدعي عن طلب الطلاق و توعية الأطراف بخطورة الطلاق و آثاره. و قد خوّل تنقيح الفصل 32 في 12 جويلية 1993 إمكانيّة الإستعانة بمن يراه للإصلاح بين الزوجين لكنّه تدّخل مرّة أخرى بموجب **القانون المؤرخ في غرّة نوفمبر 2010** ليُلغي عبارة « و يستعين بمن يراه في ذلك » و ينّص على أنّه « **لقاضي الأسرة بناء على مُوافقة الزوجين المتنازعين أن يستعين بمُصالح عائلي يُعيّن من ضمن إطارات هياكل النهوض الإجتماعي للإصلاح بينهما و المساعدة على التوّصل إلى حلّ يُنهي النزاع محافظة على الترابط الأسري** » و بذلك تمّ إحداث مؤسسة المُصالح العائلي في نزاعات الحالة الشخصيّة الذي يستعين به قاضي الأسرة للإصلاح بين الزوجين لكنّ هذه المؤسسة لم يتمّ تفعيلها إلى حدّ اليوم .

- **عدد المُحاولات الصلحيّة :** بعد تنقيح 1993 في صورة وجود أبناء قصّر أصبح القاضي ملزم بإجراء **ثلاث** محاولات صلحية يفصل بينها على الأقلّ 30 يوم.أما في صورة عدم وجود أبناء قصّر، فتكرار الجلسة غير وجوبي.

كما أن تكرار الجلسة غير وجوبي حتى في صورة وجود ابناء قصّر إذا كان الطلاق بالتراضي ما لم يُؤثّر ذلك على مصلحة الأبناء ففي هذه الحالة يبقى الأمر موكول لإجتهاد القاضي.

و من بين الإنتقادات التي يمكن أن تُوجّه إلى هذا الإجراء هو قصور الجانب العملي لهذا الإجراء عن تحقيق الغاية المنشودة منه و ذلك نظرا لضيق الوقت المُخصّص فعليا لإجراء الجلسة الصلحية و تكاثر القضايا مقارنة مع عدد القضاة وهو ما جعل من هذه الجلسة مُجّرد محاولة شكليّة للصلح . و هذا الوضع دفع

العديد إلى المناداة بمشروع محكمة أسرة مُتخصّصة في القضاء العائلي.

لكن مع ذلك تبقى لهذه المحاولة أهميّة قصوى في محاولة تلافي الطلاق فإذا ما نجح القاضي الصلحي في مساعيه انتهى النزاع بموجب الصلح أمّا إذا فشل في محاولته فعليه اتخاذ القرارات الفورية.

ب- اتخاذ القرارات الفوريّة

1- تعريف القرارات الفوريّة

في صورة فشل الصلح لابدّ من اتخاذ القرارات الفوريّة أو الوسائل المُتأكدّة وهي قرارات وقتيّة تنظم حقوق وواجبات الزوجين مؤقتا خلال فترة سير دعوى الطلاق إلى حين صدور الحكم في الأصل من طرف الهيئة الحكمية فهي إذا عبارة عن تنظيم وقتي لعلاقة زوجيّة مُتنازعة و متوترة على الصعيد الواقعي لكنها قانونا مازالت قائمة.

2- مُحتوى القرارات الفوريّة

هي مسائل تتعلّق بحقوق و واجبات الأطراف.

* النفقـــة

لا بدّ من اتخاذ قرار في النفقة سواء نفقة الزوجة أو نفقة الأبناء إذا أسندت حضانتهم للأمّ و لكن لا يبتّ القاضي الصلحي في النفقة إذا كانت هناك قضية في النفقة منشورة أمام حاكم الناحية، أو إذا سبق أن صدر حكم اتصل به القضاء عن حاكم الناحية و ذلك لأنّ حكم الناحية هو صاحب الاختصاص الأصلي في النفقة.

أمّا في صورة عدم وجود قضية أصليّة أمام حاكم الناحية فإنّ القاضي الصلحي يبُتّ في النفقة لكن ليس من اختصاصه البحث في المسائل التي تمّس الأصل كإثارة الزوج أمامه عدم استحقاق الزوجة للنفقة لنشوزها فعليه أن يتجاهل هذا الدفع و يقضي بالنفقة نظرا لصبغتها المعاشية.

و يقوم القاضي الصلحي بتقدير النفقة بناءا على ما تجمّع لديه من عناصر بالملف، و عادة ما يكون تقديره عشوائيا و يُنفذّ قرار النفقة من تاريخ تقريره أو اتخاذه إلى حين صدور الحكم في الأصل.

علما و أن هذا القرار لا يصلح لتدخل صندوق ضمان مال النفقة و جراية الطلاق كما لا يصلح كأساس للتتبّع الجزائي.

* سكنى الزوجين

يُقرّر القاضي الصلحي إذا كان من الأجدى التفريق في السكنى بين الزوجين أم لا عادة حسب مصلحة المحضون و حسب حدّة التوتّر في العلاقة الزوجية و إذا قرّر التفريق في السكنى فإنّه غالبا ما يطلب من الزوج مُغادرة المحل أو إلزام الزوج بتوفير محلّ سكن للزوجة أو بأداء منحة سكن لها ، و قرار التفريق يعفي قانونيا الزوجين من واجب المساكنة لكن لا يعفيهم من بقيّة الواجبات خاصة واجب الإخلاص فكلّ اتصال بأجنبي يُعتبر زنا.

* الحضانة و زيارة المحضون

يُقرّر القاضي الصلحي لمن ستسند حضانة الابناء على أساس معيار مصلحة المحضون و يمكن له لتقدير هذه المصلحة الإذن بالقيام بالبحث الاجتماعي (تعيين مرشدة).

و يعطي القاضي للطرف الآخر حق زيارة المحضون و له سلطة تحديد وقت الزيارة و تقرير امكانيّة الاستصحاب من عدمها.

3- مصدر القرارات الفوريّة

- يمكن أن تكون قضائية فالقاضي ملزم باتخاذها و لو بدون طلب من الأطراف و هذا استثناء من مبدأ حياد القاضي.

- ويمكن أن تكون اتفاقيّة إذ أعطى المشرّع للزوجين إمكانية الاتفاق على فروع الطلاق لكن حتى في هذه الحالة يمكن للقاضي أن يتدّخل لتعديل أو إلغاء اتفاق الأطراف إذا كان لا يُراعي مصلحة الابناء القصّر.

4- تنفيذ القرارات الفوريّة

تُنفذ هذه القرارات على المسودّة نظرا لصبغتها المعاشية و المتأكدة أي لا يقع انتظار تلخيص القرار و رقنه بل يتمّ تسليم الاطراف نسخة من محضر الجلسة مُمضى من كتابة المحكمة و هذا ما يجعل من القضاء الصلحي ذو صبغة استعجالية أكثر من القضاء الاستعجالي ذاته .

و لكن نظرا لصبغتها الوقتية فإنّ هذه القرارات تُنفذ من تاريخ اتخاذها إلى حين صدور الحكم في الأصل الذي يمكن أن يُقرّها أو يُعدّلها و عندها يتمّ تنفيذ القرارات الصادرة عن الهيئة الحكمية و الواردة في الحكم في الأصل و هي تهمّ نفس المسائل.

5- طرق الطعن في القرارات الفوريّة

هذه القرارات لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف أو التعقيب بصفة مُستقلّة لأنها وقتيّة

و لكنها تقبل المراجعة سواء من طرف القاضي الصلحي نفسه (في الجلسات الموالية للجلسة التي تمّ اتخاذها فيها)، أو من طرف الهيئة الحكميّة في أيّ جلسة لكن قبل صدور الحكم في الأصل الذي يُنهي مفعولها .

و هذه المُراجعة مُمكنة حتى و لو كانت هذه القرارات اتفاقية و ذلك إذا لم يحترم أحد الأطراف الإتفاق أو طرأت ظروف جديدة.

القسم الثاني : المـرحلـــة الحكميّـــة

عند انتهاء المحاولة الصلحية بالفشل يحيل القاضي الصلحي ملف دعوى الطلاق إلى الهيئة الحكميّة بتركيبتها الثلاثية التي تتولىّ تهيئة القضية للحكم فيها.

و الجدير بالذكر أن نيابة المحامين في الطور الابتدائي غير وجوبية على خلاف الطور الإستئنافي و ذلك لتسهيل التقاضي ثمّ بعد إجراء الأبحاث اللازمة و بعد فترة تأملّ تدوم وجوبا على الأقلّ شهرين قبل طور المرافعة تصدر المحكمة قرارها الذي يجب أن يشمل أولاّ البتّ في أصل أو مبدأ الطلاق أي مصير الرابطة الزوجية هل ستبقى قائمة أم تنفصم ، ثم إذا ما قررت الطلاق يجب البتّ ثانيا في فروع الطلاق أو آثاره سواء المالية (كالتعويض أو النفقة) أو غير المالية خاصة حضانة الأبناء.

الفرع الثاني : الطعن في حكم الطلاق

مبدئيا يخضع هذا الطعن إلى الإجراءات العامة، لكن يخضع بصفة استثنائية إلى بعض القواعد الخاصة نذكر من أهمها :

*** أجل الطعن في حكم الطلاق سواء بالاستئناف أو بالتعقيب** يختلف عن الآجال العامة، فهو **حسب الفصل 41 من قانون الحالة المدنية شهر من تاريخ صدور الحكم أو القرار** لا من تاريخ الإعلام به وذلك لضمان استقرار الحالة المدنية كي لا تبقى هذه الوضعية رهينه للقيام بالإعلام.

و يُقدّم طلب الطعن حسب نفس الفصل إلى كتابة المحكمة التي أصدرت الحكم أو القرار و في ذلك استثناء أيضا من الأحكام العامّة و يرجع تبرير هذه الخصوصية إلى أنّ قانون الحالة المدنية حمّل كتابة المحكمة التي أصدرت الحكم الأخير في النزاع واجب إعلام ضابط الحالة المدنية بالمكان الذّي رُسّم فيه عقد الزواج و لذلك فإنّ كتابة المحكمة الابتدائيّة تكون هي المُطالبة بتلقي الطعون بالاستئناف ضد الاحكام الصادرة عنها فإذا تمّ الطعن في الآجال تُحيل الملف إلى محكمة الاستئناف و إن انتهى أجل الطعن يصبح الحكم نهائيا فتكون هي المطالبة بتوجيه الإعلام إلى ضابط الحالة المدنيّة و نفس الشيء تتلقى محكمة الاستئناف الطعون

بالتعقيب ضد الاحكام الصادرة عنها في أجل 30 يوم و تُحيل الملف إلى محكمة التعقيب و إن انتهى الأجل دون طعن تُعلم ضابط الحالة المدنيّة بمضمون الحكم ليقع ترسيمه بدفاتر الحالة المدنية.

* **مطلب الاستئناف** يمكن أن يشمل كامل الحكم المطعون فيه، كما يمكن أن يشمل جزءا منه فقط، فيمكن الطعن فيه إما في خصوص مبدأ الطلاق فقط أو في خصوص آثار الطلاق فقط. و في كل الحالات، لا يشمل نظر محكمة الاستئناف نظريا إلا ما تسلّط عليه الطعن.

* **إجراء الجلسة الصلحية في الطور الاستئنافي غير وجوبي** لكنه أمر ممكن و يبقى موكول لاجتهاد المحكمة.

* **الطعن سواء بالاستئناف أو بالتعقيب يوقف تنفيذ أصل الطلاق** يعني يُرجع العلاقة الزوجية قائمة. و الهدف من إقرار الأثر التوقيفي للطعن بالتعقيب خلافا للمبدأ المعمول به في مادّة الاجراءات المدنية من أنّ الطعن بالتعقيب هو طعن غير عادي لا يوقف التنفيذ (الاستئناف بطبيعته يوقف التنفيذ) هو تلافي صورة صدور قرار استئنافي قاضي بالطلاق و تزوّج أحد الطرفين بعد صدور ذلك القرار لكن الطرف الاخر يطعن بالتعقيب و تقرّر محكمة التعقيب النقض فيصبح الطرف الأوّل مُتزوّجا مرتين لذلك لابدّ من ترّقب مآل القضية في الطور التعقيبي.

لكنّ الطعن سواء بالاستئناف أو بالتعقيب لا يُوقف تنفيذ فروع الطلاق المُتعلّقة بالحضانة و النفقة و الجراية فهي تُنفذّ منذ الحكم بها في الطور الإبتدائي.

* **مميزات الطعن على صعيد مبدأ الطلاق** يثير الطعن في أصل الطلاق مشكلتين : يتمثل المشكل الأول في معرفة هل أنه يمكن استئناف كل صور الطلاق بخصوص أصل الطلاق و يتمثل المشكل الثاني في معرفة مدى إمكانيّة إنهاء مفعول الحكم

الصادر بالطلاق بطرق أخرى غير طرق الطعن العاديّة المُتمثّلة في الإستئناف و التعقيب ؟

- المشكل الأوّل : حق استئناف أصل الطلاق

تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين يمكن مبدئيا و نظريا استئناف كل صور الطلاق كما أنّ الفصل 41 من قانون الحالة المدنيّة نّ على « **أنّه تجري آجال الطعن في الأحكام و القرارات الصادرة في مادّة الطلاق في ظرف شهر من تاريخ الحكم أو القرار و ذلك بالنسبة إلى جميع ما اشتمل عليه بما فيه الغرامة** » و تستنتج محكمة التعقيب من هذه الأحكام **في قرارها عدد 43656 المؤرخ في 11 جويلية 1995 « ترتيبا على ذلك فإنّ المشرع قد نصّ على اجراءات خاصة للطعن في أحكام الطلاق دون استثناء أي فرع من فروعها لورود عباراته في صيغة العموم فوجب أخذها على إطلاقها عملا بالفصل 533 من م ا ع »**

و لا يثير مبدأ التقاضي على درجتين أي إشكال في صورة الطلاق للضرر بما أنّ تقدير قاضي الدرجة الأولى للضرر هو أمر يخضع لسلطته التقديرية و هو اجتهاد يمكن أن يخطئ و يمكن أن يصيب و هذا التقدير خطير لأنه ينشئ وضعيّة قانونية جديدة للأطراف فهو الذي يُقرّر الطلاق و لا يقتصر دوره على التصريح به لذلك من البديهي أن يكون هذا التقدير محلّ إعادة نظر من طرف محكمة الدرجة الثانية.

لكن يُطرح الإشكال بالنسبة لصور الطلاق المبني على الإرادة سواء المُشتركة أو المُنفردة للأطراف حول الجدوى من الطعن ما دامت محكمة الدرجة الثانية مُقيّدَة كمحكمة الدرجة الأولى بالإرادة المُنشئة للطلاق و يقتصر دورها بعد التأكد من هذه الإرادة و محاولة الإصلاح على التصريح بالطلاق.فماذا كان موقف فقه القضاء من هذه المسألة ؟

قبل فقه القضاء استئناف الحكم الصادر ابتدائيا بالطلاق بالاتفاق سواء كان الاستئناف من الطرفين معا أو من احدهما فقط (قرار 51728 في 1996/12/03 أو تعقيبي 619 في 1982/01/12).

لكن تميّز فقه القضاء التونسي لفترة طويلة برفضه استئناف مبدأ الطلاق إنشاءا، فإذا ما طلب احد الزوجين الطلاق انشاءا فلا يمكن للطرف الآخر استئناف أصل الطلاق انشاءا ، فاستئنافه مرفوض شكلا.

و من بين القرارات التي بينت أسباب هذا الرفض نجد **القرار التعقيبي عدد 7065 المؤرخ في 1982/12/07** (المعروف بقرار الخيّاط) و الذي قدّمت فيه محكمة التعقيب الحجج التالية :

تتمثل الحجّة الأولى و هي مرتبطة بالأصل في خصوصيّة و طبيعة الطلاق انشاءا إذ أن إرادة إنشاء الطلاق تعتبر نافذة الأثر وجوبا، لا يملك القرين الآخر و لا المحكمة التصدي لها.

وتتمثل الحجّة الثانية و هي مرتبطة بالإجراءات (و ناتجة عن الحجّة الأولى) في انعدام المصلحة في الاستئناف إذ أن « **الطرف الواقع عليه الطلاق لا فائدة ينتظر حصولها من استئناف الحكم الصادر به مادام أن محكمة الدرجة الثانية لا تملك أن تغير من الأمر شيئا** » فمحكمة الاستئناف إذا مُقيّدة مثل محكمة البداية بإرادة إنشاء الطلاق فتنعدم إذا المصلحة من الاستئناف و هي شرط أساسي لسماع الدعوى ممّا يُوجب رفض الإستئناف شكلا.

لكن تغيّر بعد ذلك موقف محكمة التعقيب و أقرّت حق استئناف الطلاق انشاء و من بين القرارات التي تقرّ ذلك يمكن أن نذكر **القرار التعقيبي عدد 57439 المؤرخ في 14 أفريل 2011 الذي ينصّ أنّه « لا وجود لنص تشريعي صريح**

يمنع الزوج لو بقي حيّا أن يُغيّر موقفه لدى الإستئناف و يُعرب عن رغبته في مواصلة المعاشرة الزوجية ما دام حكم الطلاق قد انحلّ بمجرّد الإستئناف و انتقلت القضية للبت في موضوعها من جديد خاصة و أنّ الأحكام القاضية بالطلاق على اختلاف مبناها قابلة للطعن بالاستئناف دون استثناء بصريح أحكام المرسوم عدد 20 لسنة 1962 المؤرخ في 1962/08/30 (المرسوم المُشار إليه هو المرسوم الذي بموجبه تمّ تنقيح الفصل 41 من قانون الحالة المدنيّة و المُصادق عليه بالقانون عدد 40 المؤرخ في 22 أكتوبر 1962) » .

و كذلك القرار التعقيبي عدد 72468 المؤرخ في 14 جوان 2012 (غير منشور) الذي تمثلت وقائعه في رفع الزوج ابتدائيا دعوى في الطلاق انشاءا وصدور حكم ابتدائي بالطلاق انشاءا فطعنت فيه الزوجة بالإستئناف و اثناء الطور إستئنافي تُوفي الزوج فقضت محكمة الإستئناف بانقراض الدعوى بموجب الوفاة و اعتبار أن المُدَّعَى عليها في الأصل تُعتبر مُفارقة بالوفاة لا بالطلاق فطعن ورثة الزوج في ذلك القرار بالتعقيب مستشهدين بالموقف القديم لفقه القضاء (نفس وقائع قرار الخيّاط) فكان ردّ محكمة التعقيب كالآتي :

« اعتبارا لخصوصيّة دعاوي الطلاق فإنّ مصلحة الزوجة في الطعن في حكم الطلاق تُعدّ قائمة لأنّ الزوجيّة لا تزال قائمة و لابدّ من تصريح المحكمة وفق القانون بالحالة الشخصيّة للطرفين وفق ما اقتضته أحكام الفصل 30 م ا ش بما يجعل استئنافها الذي تمّ قبوله شكلا مُستوفيا لشرط المصلحة.

إنّ القول بأنّ مُعارضة المُعقَّب ضدّها الطلاق انشاء فاقد لكلّ جدوى هو أمرٌ ليس من شأنه أن يطال ولاية المحكمة على مسألة فكّ الرابطة الزوجية و التي تبقى قائمة أصلا من خلال رابطة النزاع باعتبار أنّ انعقاد الخصومة يفترض قيام

النزاع و استمراره بتواصل الخصومة في كل مراحل التقاضي.

طالما أنّ الإستئناف يُعطّل الحكم المطعون فيه و ينقل الدعوى إلى محكمة الدرجة لبثانية على الحالة التي كانت عليها قبل صدور الحكم المُستأنَف على معنى أحكام الفصلين 144 و 146 من م م م ت فإنّه بوفاة الزوج المُستأنَف عليه قبل صدور حكم بات في الطلاق فإنّ العلاقة الزوجية تُعدّ لازالت قائمة و تبقى حقوق الزوجة كاملة باعتبار أنّ دعوى الطلاق أصبحت غير ذات موضوع و هو الموقف الذي اتخذه فقه القضاء الذي اعتبر أنّه بوفاة الزوج أثناء نشر قضية الطلاق تعتدّ الزوجة عدّة الوفاة و تبقى على حقوقها في الميراث و تزول دعوى الطلاق و هو ما انتهى إليه عن صواب الحكم المطعون فيه لمّا اعتبر أنّ الدعوى قد انقضت بموجب وفاة أحد طرفيها دون ضعف في التعليل أو خرق للقانون و تعيّن لذلك رفض المطلب » . (نفس الموقف في قرار تعقيبي عدد 45151 مؤرخ في 18 أكتوبر 2012 غير منشور).

و نستنتج من جملة هذه القرارات أنّ حق استئناف كُلّ صور الطلاق هو حق مطلق حتى في صور الطلاق المبنيّة على الإرادة و المصلحة من هذا الطعن تتمثّل في أمرين :

- إمّا إمكانيّة رجوع القائم بالدعوى في دعواه بصفة آحاديّة و من حقّه ذلك فهو مُحرّك الدعوى و بالتالي « مالكها »

- أو إمكانيّة وقوع صلح و وجود إرادة مشتركة في إنهاء النزاع (الأمل في وقوع صلح و إن كان في الأصل لا يعتدّ به لأنّه يُمثّل مصلحة مُحتملة و غير ثابتة لكن نظرا لخصوصيّة نزاع الطلاق يُعتدّ بها) .

لكن في الواقع لن يغيّر هذا الطعن فعليّا من مضمون الحكم الصادر ابتدائيا

بالطلاق إلاّ بإرادة الطرف القائم برفع الدعوى (سواء إرادته المنفردة بالرجوع في الدعوى أو تلاقي إرادته مع أرادة القرين في إجراء الصلح) .

و هذا الموقف ايجابي إذا كان كلّ من الطرفين **على قيد الحياة** لأنّه يُوّفر فرصة للصلح أو للرجوع في الدعوى من طرف القائم بها لكن في المقابل قد يكون في هذا الموقف تعسّف على إرادة القائم بالدعوى **في صورة وفاته** أثناء الطور الاستئنافي أو التعقيبي ففي الحالتين قبول الاستئناف أو التعقيب شكلا يُرجع العلاقة الزوجية قائمة رغما عن إرادته و لو توفي قبل استنفاذ كلّ هذه الطعون فستبقى الزوجيّة قائمة رغم أنّه كان مُتمسك بانهائها في قائم حياته .

- المشكل الثاني : إمكانيّة إنهاء مفعول الحكم الصادر بالطلاق بطرق أخرى غير طرق الطعن العاديّة

رغم صدور حكم ابتدائي أو حتى قرار استئنافي يقضي بالطلاق فإنّه يمكن أن يتمّ إنهاء مفعول هذا الحكم و القضاء من جديد بإرجاع العلاقة الزوجيّة قائمة بطرق أخرى غير طرق الطعن العادية من استئناف أو تعقيب و ذلك بطريقتين : إمّا برجوع المُدّعي في دعواه أو وقوع صلح بين الزوجين و ذلك مهما كان الطور الذي وصل إليه النزاع مع التأكيد على أنّ الفرق بين الصورتين هو أنّ رجوع المُدّعي في دعواه لا يشترط موافقة الطرف الآخر و لا يعني بالضرورة صلحا في حين أنّ الصلح هو اتفاق بين الطرفين على انهاء النزاع و الرجوع إلى العلاقة الزوجية بموجب ارادة مُشتركة .

+ إقرار حقّ مُطلق للمُدّعي في الرجوع في دعواه

اعتبرت محكمة التعقيب في عدّة قرارات أنّ المُدّعي هو صاحب الدعوى يتحكم

فيها كما شاء و يمكن له الرجوع فيها مهما كان الطور و خاصة مهما كان أساس الطلاق .

فمثلا **بخصوص الطلاق انشاء** اعتبر محكمة التعقيب في **قرارها عدد 60758 المؤرخ في 17 جويلية 2011 « كما أنّ طلب الطلاق انشاء هو حق مُطلق لا يمكن للمحكمة سوى الإستجابة له بعد فشل جهودها في إصلاح ذات البين فإنّ الرجوع في دعوى الطلاق من المُدّعي أيضا حق مطلق لا يمكن للمحكمة سوى الإستجابة له سيما أنّ ذلك يحقق مصلحة الأسرة و خاصة الأبناء »**

كذلك قبلت محكمة التعقيب هذا الرجوع حتى **بخصوص الطلاق بالإتفاق** و ذلك رغم أنّ الأصل هو عدم إمكانيّة الرجوع بإرادة منفردة في الإتفاق على الطلاق المبرم بموجب الإرادة المشتركة للطرفين و ذلك **في قرارها عدد 40563 المُؤرخ في 12 نوفمبر 2009 الذي ورد فيه « إنّ قضايا الأحوال الشخصيّة هي كغيرها من القضايا المدنيّة تُنظّم اجراءاتها مجلة المرافعات المدنية و التجارية و التي تُخوّل أحكامها للمُدّعي طلب الرجوع في دعواه باعتبار أنّ هذا الأخير هو من قام بتحريك الدعوى و بالتالي له الحق في التحكّم فيها إمّا بمواصلة التقاضي أو بالعدول عنه .**

خلافا لما وقع التمسك به من قبل الطاعن من أنّه لا يمكن الرجوع في الاتفاق على الطلاق فإنّ مركز المطعون ضدّها لدى محكمة البداية كان بوصفها مُدّعية .....مُتحكّمة في القضية و لها الحق في طلب العدول عن الطلاق عملا بالمبدأ الأصولي من ترك ترك .

لئن كانت مادّة الطلاق تحكمها قوانين مضبوطة إلاّ أنّ المشرع حرص في هذه المادة على المُحافظة في جميع مراحل التقاضي أساسا على كيان الأسرة و بذلك

فإنّ طالب الطلاق و لو إنشاء منه يمكنه الرجوع في دعواه حتى أمام محكمة التعقيب و قد صدرت عدّة قرارات تعقيبية تماشيا مع الإتجاه الرامي إلى المُحافظة على وئام الأسرة و عدم تشتُّتها » .

و يعتبر هذا الموقف مُتماشيا مع رغبة المشرع في الحدّ من قضايا الطلاق و الحفاظ على كيان الأسرة لكن في الواقع هذا الموقف يخلق تمييزا بين الزوجين في تطبيق قاعدة إلزامية الإتفاق على الطلاق فهذا الإتفاق يبقى مُلزما للمُدّعَى عليه و لا يمكنه الرجوع فيه و حتى لو مارس حقه في الإستئناف الذي يبقى من حقه قانونا و تمسّك الطرف الأخر بالاتفاق على الطلاق فإنّ القاضي مُلزم بالتصريح بإقرار الحكم الإبتدائي القاضي بالطلاق لكن في المقابل يُمكن للمُدّعي الذي رفع الدعوى ابتدائيا أن يتراجع في الإتفاق فيقوم بممارسة حقّه في الإستئناف و هو مقبول قانونا و يقوم في الطور الإستئنافي بالرجوع في دعواه فيكون القاضي ملزما بطرح دعوى الطلاق و ارجاع العلاقة الزوجية قائمة.

+ إقرار مفعول مطلق للصلح في مختلف أطوار الطعن

استقر فقه القضاء في هذا الشأن على إعطاء مفعول مطلق للصلح يتم بموجبه إنهاء نزاع الطلاق و إرجاع العلاقة الزوجية قائمة مهما كان الطور الذي وصل إليه النزاع، و مهما كان أساس طلب الطلاق و حتى و لو أدى الأمر إلى خرق الإجراءات القانونية و ذلك باعتبار دور القاضي هو الحفاظ على الرابطة الزوجية ما استطاع إلى ذلك سبيلا.

و قد **أقرّت محكمة التعقيب في قرارها عدد 6921 المؤرخ في 26 أفريل 2012** (غير منشور) أنّه « **من مبادئ الإجراءات الأساسيّة للخصومة المدنيّة أنّ النزاع ملك الخصوم و أنّ القاضي لا يعهد نفسه و تبعا لذلك يبقي للأطراف مُطلق الحقّ**

2018/2017

في انهاء النزاع و قطع الخصومة و بالتالي رفع يد القاضي عنه بإرادتهم كأن يتمّ ذلك بالصلح بين المتخاصمين أو برجوع المدّعي في دعواه.

من آثار قيام أحد هذه الأسباب فقدان الخصومة لعنصرها الأساسي و هو وجود النزاع و استمراره أيا كان طور التقاضي و لو في مرحلة التعقيب.

إنّ الصُلح هو من الوسائل غير التنازعيّة الوفاقيّة لقطع النزاعات و انهائها و هو يُقدَّم على الحلّ النزاعي و التخاصمي عملا بمبدأ الحق في العدالة التصالحيّة و مبدأالصلح في القضاء.

إنّ السياسة التشريعيّة للمُشرّع التونسي تأخذ بهذين المبدأين كمبدأين توجيهيين خصوصا في مجال القضاء الإجتماعي و منه قضاء الأحوال الشخصيّة حفاظا على الرابطة الزوجية و مؤسسة الأسرة.

طالما ثبت أنّ الزوجين قد اتفقا على مواصلة الحياة الزوجية و عبّر الزوج المُعقَب ضدّه عن تمسكه باستئناف العلاقة الزوجية و رجوعه في طلب الطلاق و عبّرت الزوجة الطاعنة عن نفس الموقف فإنّه يتعيّن نقض القرار المطعون فيه لوقوع العدول عن طلب الطلاق لدى هذه المحكمة من طرف الزوج المُدّعي في الأصل » . (في نفس الإتجاه اتخذت محكمة التعقيب نفس الموقف مستعملة نفس العبارات بخصوص الطلاق انشاء في قرار عدد 36247 المؤرخ في 2009/10/01)

و من بين صور تغليب الصلح على احترام الإجراءات، يمكن أن نذكر مثلا أنّه في الأصل **من الناحية الإجرائية** نظر محكمة الاستئناف يقتصر على ما تسلط عليه الطعن، فإذا ما تم استئناف فروع الطلاق دون أصل الطلاق فهذا يعني أن مبدأ الطلاق قد أصبح باتا و لا يمكن إعادة النظر فيه، إلاّ أنّ فقه القضاء استقر على

2018/2017

قبول الصلح في هذه الحالة و إعادة العلاقة الزوجيّة قائمة فقد أقرّت **محكمة التعقيب في قرارها عدد 36156 المؤرخ في 22 أكتوبر 2009 « لئن كانت مادّة الطلاق تحكمها القوانين المضبوطة بالنصّ القانوني إلاّ أنّ المشرّع حرص على أن تكون لهذه المادة إجراءات خاصّة لتعلّقها بالعائلة سعيا للمحافظة عليها في جميع مراحل التقاضي فالعبرة أساسا في هذا النوع من القضايا المحافظة على كيان الأسرة و ليس سرعة فصلها.فيمكن لطالب الطلاق الرجوع في دعواه حتى أمام محكمة التعقيب و قد صدرت عدّة قرارات تعقيبية تماشيا مع هذا الإتجاه الرامي إلى المحافظة على وئام الأسرة و عدم تشتتها، هذا من ناحية و من ناحية أخرى فإنّ الأحكام الشخصيّة في مادة الطلاق قابلة للطعن بالإستئناف دون استثناء و لا تصبح باتّة إلاّ إذا استنفذت جميع وسائل الطعن بما في ذلك التعقيب حيث نصّ الفصل 194 من م م م ت على إيقاف مفعول حكم الطلاق عند الطعن بالعقيب استثناء للقاعدة العامة التي جاء بها هذا الفصل من أنّ التعقيب لا يوقف التنفيذ و لا شيء يمنع الزوج طالب الطلاق انشاء أثناء الطور الإستئنافي أن يتراجع في طلب الطلاق حتى و لو كان استئنافه مقصورا على طلب الحطّ من من الغرامات المحكوم بها عليه »** .

كما أنّه نذكر **من بين صور تغليب الصلح على احترام الإجراءات** قبول محكمة التعقيب **اعطاء مفعول للصلح حتى في الطور التعقيبي** رغم أنّ الصلح من الوقائع و هي محكمة قانون و يكون ذلك عبر رجوع المدّعي في الأصل عن دعواه .فقد أقرّت محكمة التعقيب في **قرارها عدد 67388 المؤرخ في 5 فيفري 1999 أنّه « طالما ثبت أنّ الزوجين قد اتفقا على مواصلة الحياة الزوجيّة و حرّرا كتب صلح بينهما و بما أنّ الأحكام الصادرة في مادّة الطلاق تنشئ وضعيات قانونية جديدة**

و لا يكون ذلك إلاّ بعد استنفاذ كلّ الطعون أو انقضاء آجالها و بما أنّ الأمر يتعلّق بالطلاق فإنّه يحقّ للطرف الذي رفع الدعوى أن يتراجع في ذلك لدى التعقيب و قبل صدور قرار في ذلك » .

و اتخذت نفس الموقف في **دعاوى الطلاق للضرر « طالما تبيّن من كتب الصلح و التنازل رجوع المُعقب ضدّه في دعوى الطلاق للضرر بين الطرفين و تصادقهما على المعاشرة من جديد و بذلك انتفى موضوع الحكم المُعقّب بعقد الصلح الحاسم للنزاع الواقع بين الطرفين العامل بينهما و المُنتج لآثاره التعاقدية و القانونية طبقا للفصل 1458 و ما بعده من المجلة المدنية » (قرار تعقيبي عدد 9200 مؤرخ في 06 أفريل 2006).**

الفصـــل الثالث : آثـــــار الطـلاق

يصبح حكم الطلاق باتا عندما يستنفذ كل طرق الطعن، و يترتّب عن ذلك انفصام الرابطة الزوجية فيُصبح الزوجين أجنبيين عن بعضهما البعض و بالتالي لا وجود لتوارث بينهما و كلّ اتصال جنسي يتمّ بينهما يعتبر من قبيل العلاقة الخنائية.

و إن كان الطلاق للمرّة الثالثة، يترتب عنه التفريق الأبدي بين الزوجين.

و يترتب عن حكم الطلاق، إضافة إلى انفصام الرابطة الزوجية، عدّة آثار منها آثار تهمّ المفارقين فقط و هي آثار ذات صبغة مالية، و منها آثار تهم الابناء كنفقة الابناء و الحضانة و الولاية و هي مسائل تقع دراستها لاحقا في الجزء المُتعلّق بعلاقة الوالدين بالأبناء لذلك سنركّز فقط على الآثار التي تهم المفارقين و هي آثار مالية فقط تتمثل في نفقة العدّة و غرم الضرر و متاع البيت و الهدايا و المهر .

* نفقة العدّة

لا تكون العدّة واجبة إلاّ إذا تمّ الدخول و بما أن العدّة هي فترة تبقى فيها المفارقة مُحتبسة على ذمّة مفارقها و لا يمكنها الزواج بغيره، فإنها تتمتع مقابل هذا الإحتباس بحق النفقة الذي يتحمّله مفارقها حسب الفصل38 م.ا.ش و ذلك من تاريخ صدور الحكم البات في الطلاق إلـى حين انتهاء مدّة العدّة.

نفقة العدّة واجبة مهما كانت صورة الطلاق و مهما كان وضع الزوجة سواء كانت مُدّعية أو مُدّعى عليها و يتمّ تقدير هذه النفقة وفق نفس شروط نفقة الزوجيّة.

* الهدايا و المهر

نظّم المشرع مآل الهدايا في صورة الطلاق في **الفصل 28 م ا ش** الذي يفرّق بين صورتين : فإذا تمّ الطلاق قبل البناء فإنّه يمكن استرجاع ما بقي قائما من الهدايا إذا كان الطلاق بسبب من الطرف الآخر.أمّا بعد الدخول فلا يتمّ استرجاع شيء.

أمّا بالنسبة للمهر فقد نصّ **الفصل 33 م ا ش** أنّه إذا وقع الطلاق قبل الدخول فللزوجة نصف المُسمّى من المهر و هذا يعني أنّه إذا تمّ الطلاق بعد البناء يتمّ تطبيق أحكام الفصل 13 م ا ش فيعتبر المهر بعد البناء دينا في الذّمة لا يتسنّى للمرأة إلاّ المُطالبة به فقط وفق الإجراءات المدنيّة العاديّة.

* متاع البيت أو العارفة

ينصّ **الفصل 26 م ا ش** أنّه إذا اختلف الزوجان في متاع البيت و لا بيّنة لهما فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال و للزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أمّا في المعتاد للرجال و للنساء معا فيحلف فيه كلّ منهما و يقتسمانه.

و يبقى **أهم أثر مالي للطلاق و هو التعويض عن الضرر** لذلك سنتعمّق أكثر في هذا الأثر و نبحث في أساس التعويض ثم في نظامه.

الفرع الأوّل: الأساس القانوني للتعويض

يُحكم بالتعويض في إطار دعوى الطلاق في صورتين : للمُتضرّر في صورة الطلاق للضرر و هو المُدّعِي و للمُتضرّر في صورة الطلاق إنشاء و هو المُدّعَى عليه.

القسم الأوّل : الأساس القانوني للتعويض في صورة الطلاق للضرر

أساس التعويض هو حسب الفصل **31 م.ا.ش « الضرر الواقع أثناء الزواج و المؤدي إلى الطلاق »**، فالمُدّعِي هنا هو المتضرّر فيمكنه إضافة إلى طلب الطلاق للضرر طلب التعويض عن هذا الضرر صُلب نفس الدعوى الأصليّة ، **فالأساس القانوني للتعويض** إذا هو الفصل31.

لكن الفصل 31 لم يُبيّن ما هو **الأساس الفعلي للتعويض** : هل هو الضرر في حدّ ذاته أم الخطأ الذي أحدث هذا الضرر ؟

و لهذا المشكل أهميّة عمليّة قصوى لأنّ فقه القضاء اعتمد في حالات استثنائية الضرر المُجرّد كأساس للطلاق للضرر، فهل يُحكم في هذه الصورة بصفة خاصة بالتعويض إضافة إلى الحكم بالطلاق للضرر أم لا ؟ و بصفة عامّة هل أنّ التعويض وجوبي في كلّ صور الطلاق للضرر؟

طُرح هذا المشكل أمام فقه القضاء في صورتين : صورة الضرر المُجرّد و صورة الضرر المُتبادل .

الفقرة الأولى : صـــورة الضـــرر المُـجـــرّد

طُرح هذا المشكل أمام فقه القضاء خاصة في صورة الطلاق من أجل العجز الجنسي للزوج لأنّ الحُكم في هذه الصورة بالطلاق للضرر يعني حسب ظاهر الفصل 31 الحُكم على الزوج بالتعويض عن أمر خارج عن إرادته، لم يرتكب فيه خطأ، و في هذا الحلّ إجحافٌ (تعسف) بحقوقه بتحميله مصيبة قانونية تتمثل في التعويض بالإضافة إلى المصيبة الطبيعيّة المتمثلة في العجز.

و لكن أيضا الحلّ المُعاكس أي عدم اعتبار العجز سببا مُوجبا للطلاق للضرر فيه إجحافٌ بحقوق الزوجة بإجبارها على البقاء في علاقة زوجيّة لا تفي بحاجياتها الشرعيّة.

و للخروج من هذا المأزق، حاول بعض قضاة الأصل في قرارات نادرة استنباط حلّ وسط يوّفق بين مصالح الطرفين يتمثل في الحكم بالطلاق لكن دون تعويض : مثال **قرار محكمة الاستئناف بسوسة عدد 1101 صادر في 27 جوان 1990** و الذي اعتبرت فيه المحكمة أن عجز الزوج ضررٌ ثابتٌ في حق الزوجة لكن « **لئن كان ثبوت الضرر يؤدي حتما إلى ضرورة الحكم بالطلاق، فإنّ الأمر خلافُ ذلك بالنسبة للتعويض إذ لا يُحكم به إلاّ إذا توافرت شروطه و عناصره الواجب الرجوع في شأنها إلى قواعد القانون العامّة، ذلك أن بين شروط التعويض الأساسيّة أن يكون المُطَالَبُ به قد تسبّب فيه سواء عن خطأ أو عمدا تطبيقا لأحكام الفصلين 82 و83 من م.ا.ع ».**

لكنّ محكمة التعقيب كان موقفها مخالفا إذ استقرت لفترة طويلة على اعتبار أنّ العجز ضرر يبيح طلب الطلاق و طلب التعويض أيضا باعتبار وجود ارتباط آلي

2018/2017

بين المسألتين بالرجوع إلى الفصل 31 بمعنى أنّه كُلّما حُكم بالطلاق للضرر يُحكم بالتعويض إذا طالب به المُتضرّر و مثال ذلك **القرار التعقيبي عدد 16285 بتاريخ 18 نوفمبر 1986** « **إن لم يُعرّف المُشرّع عقد الزواج، إلاّ أنّ النظر إلى لازمه الطبيعي و هو العلاقة الجنسيّة أمرٌ حتميٌ لذلك فإنّ محكمة الأصل لمّا اعتبرت العجز الجنسي سببا يحول دون استمرار العلاقة الزوجيّة و لم تعتبره ضررا يبيح طلب التعويض تكون قد أساءت تطبيق القانون** » .

لكن تدريجيا تراجعت محكمة التعقيب عن هذا الموقف المُتشدّد لتتّخذ موقفا يستجيب أكثر لقواعد العدل و الإنصاف و ذلك بداية من تاريخ **القرار عدد 2523 الصادر في 01 اكتوبر 2004** الذي اعتبرت فيه أنّ إخلال الزوج بواجبه الجنسي سواء كان ذلك بصفة إراديّة أو غير إراديّة بسبب عجزه « **يُشكّل ضررا في جانب الزوجة لا جدال فيه يُخوّلها طلب الطلاق للضرر** » و لكنها اعتبرت أيضا : « **و حيث أنّ مثل ذلك الضرر يُخوّل التعويض إذا كان سابقا للزواج و أخفاه عن الزوجة و الأمر خلاف ذلك عندما يحصل العجز بعد الزواج، فلا مجال للتعويض لأنّه أمرٌ لا دخل لإرادة الزوج فيه بل بلاء تسلّط عليه و لا يتحمّل وزره مرّتين** ».

ثمّ استقرّت محكمة التعقيب على هذا الرأي مُوّضحة الأسس القانونية لهذا الموقف : « **أثارت مسألة تحديد مدى اعتبار المرض المُعيق للعلاقة الزوجيّة مُوجبا للطلاق للضرر و مدى الأخذ بخطأ القرين في تقدير الضرر جدلا فقهيا و اتجه التمييز بين وضعيتين فأمّا الوضعيّة الأولى فهي التي يكون فيها العجز قائما قبل ابرام عقد الزواج و في هذه الحالة يُخوّل طلب الطلاق للضرر و التعويض عنه باعتباره ناتجا عن خطأ يتمثّل في إخفاء الحقيقة عن القرين و يُكوّن تقصيرا على معنى الفصل 82 من م ا ع الذي تقتضي أحكامه أنّ من تسبّب في مضرّة غيره**

عمدا و اختيارا سواء كانت المضرّة حسيّة أو معنويّة فهو مسؤول عن فعله إذا ثبت أنّه السبب المُوجب للمضرّة مباشرة ، أمّا الوضعيّة الثانية فهي التي يطرأ فيها العجز في ظلّ الحياة الزوجية ففي هذه الحالة و خلافا لحالة المرض العادي الذي يستوجب المُساندة و المُؤازرة من طرف القرين فإنّه يُخوّل فيها طلب الطلاق للضرر و لكن بدون تعويض » .

و نستنتج بالتالي أنّ العجز في حدّ ذاته هو ضررٌ مجرّدٌ يوجب دائما الطلاق للضرر لكنّه لا يوجب التعويض لإنتفاء الخطأ فيه، و إذا ما اقترن بخطأ كما في حال حصوله قبل الزواج و إخفائه عمدا، فإنّ هذا الخطأ هو الذي يُوجب التعويض.

و كذلك الأمر بالنسبة لمرض العقم فقد اعتبرت **محكمة الإستئناف بالمنستير « و حيث في خصوص ما تمسّكت به المستأنفة من طلب الحكم لها بالتعويض عن ضررها المادي و المعنوي فإنّه يجب التمييز بين أساس الطلاق و بين أثر الطلاق فبالنسبة لأساس الطلاق فإنّه ليس من الضروري أن يقترن الضرر بالخطأ إذ يكفي أن يتوّفر عنصر الضرر لتقضي المحكمة بالطلاق بقطع النظر عن توّفر عنصر الخطأ من عدمه في حين أنّه بالنسبة لأثر الطلاق أي ما تقضي به المحكمة من تعويض فإنه من باب العدل و الإنصاف يتجه التفريق بين الضرر الذي يوجب في بعض الحالات الحكم بالطلاق بدون تغريم و بين الضرر الناتج عن خطأ القرين فإنّه يمكن للمتضرر من الحصول على الطلاق مع التعويض و ذلك طبقا للفصل 31 م ا ش**

و حيث تبيّن من مظروفات الملّف أنّ عقم الزوج مردّه انعدام الحيوانات المنوية بمنيّه و هو أمر خارج عن إرادته و لا حول و لا قوّة له فيه إضافة أنّه قام بعديد التحاليل الطبية و لم يثبُت بالملف أنّه رفض تلقّي العلاج فلا يمكن معاقبته

بتغريمه عن ضرر لم يكن مُتسببا فيه ممّا يتجه معه رفض الطلب في خصوص التعويض عن الضرر المادي و المعنوي » .

و ذهبت محكمة التعقيب في نفس الإتجاه في حالة العقم فقد اعتبرت في القرار تعقيبي عدد 36422 مؤرخ في 22 أكتوبر 2009 (غير منشور) أن عقم الزوجة ضرر يوجب لا محالة الطلاق سواء كانت الزوجة عالمة أو غير عالمة به « لكنّه ضرر لا يُعوّض عليه في صورة ثبوت عدم علم الزوجة به باعتبار أنّ أساس التعويض هو الخطأ و قيام المسؤوليّة التقصيريّة و ليس حصول الضرر في حدّ ذاته » .

و يمكن من مختلف هذه المواقف أن نُعمّم و نستخرج **مبدأ عاما يتمثل في أنّ أساس التعويض هو الخطأ** و هذا يعني عدم إلزامية التعويض في صورة انتفاء الخطأ أي في صورة الضرر المُجرّد. (الضرر المُجرّد يمكن أن يصلح كأساس للطلاق لكنّه لا يمكن أن يصلح كأساس للتعويض).

و في النهاية يمكن أن نستنتج بخصوص المرض بصفة خاصة أنّه قد يعتمد كأساس للطلاق للضرر رغم كونه ضرر مجرّد بشرط أن تتعذّر معه مواصلة الحياة الزوجيّة و بشرط أن يكون دائم أي ميؤوس من شفائه لكنه لا يؤدي إلى حق طلب التعويض إلا إذا اقترن بخطأ كأن يكون القرين هو المُتسبب فيه أو رفض تلقي العلاج أو كان على علم به قبل ابرام عقد الزواج وأخفاه عن قرينه و هو ما يشكل إخلالا بواجب المصارحة.

الفقرة الثانية : صـــورة الضـــرر المُـتبـــادل

إذا كان كلّ واحد من الزوجين يدعي أنّ قرينه أضرّ به، ففي هذه الحالة تكون

النتيجة إيقاع الطلاق للضرر المتبادل لكن منطقيا لا يقع الحكم بالتعويض، و هذا هو الموقف الذي اتخذته مثلا محكمة الاستئناف بتونس في 4 فيفري 1971 الذي تمسك فيه الزوج بالطلاق من أجل نشوز الزوجة و تمسكت فيه الزوجة بالطلاق من أجل اعتداء زوجها عليها بالعنف، فقضت المحكمة بالطلاق للضرر دون أن تقضي بأي غرامة.

القسم الثاني: الأساس القانوني للتعويض في صورة الطلاق إنشاءا

في صورة طلب أحد الزوجين الطلاق إنشاء، فإنّ القرين المُدَّعَى عليه سيلحقه ضررٌ من هذا الطلاق، فالضرر هنا لم يكن أثناء الحياة الزوجيّة وإنّما هو ناتج عن الطلاق في حدّ ذاته، لذلك أعطى الفصل 31 للقرين المتضرر من استعمال قرينه لحق إنشاء الطلاق حق طلب التعويض عن هذا الضرر و يكون ذلك عن طريق دعوى مُعارضة صلب الدعوى الأصليّة للطلاق إنشاءا.

فمن الناحية القانونية إذا ، أساس التعويض في صورة الطلاق إنشاء هو الفصل 31 الذي يعتبر ضمنيا أنّ هناك **قرينة قانونية مُطلقة مفادها أنّ الطلاق الإنشائي هو طلاق بطبيعته تعسّفي** دون حاجة لإثبات توّفر أركان نظريّة التعسف في استعمال الحق الواردة في الفصل103 م.ا.ع، فيكفي إذا لاستحقاق التعويض الحكم بالطلاق إنشاء بصرف النظر عن أسباب إنشاء الطلاق (إثبات نيّة الإضرار أو إثبات حصول ضرر فادح ناتج عن مُمارسة الحق كان من الممكن إجتنابه بلا خسارة على صاحب الحق و لم يفعل) ، فلا يمكن مثلا للقرين طالب الطلاق

2018/2017

إنشاء أن يتمسك بعدم استحقاق قرينه للتعويض حتى و لو اثبت أنّ طلبه لإنشاء الطلاق لم يكن تعسفيّا و إنما اضطراريا .فقد جاء **بالقرار التعقيبي عدد 10851 المؤرخ في 02 ماي 1974** أنّه « **إذا أنشأ أحد الزوجين الطلاق وجب الحكم عليه بالغرامة المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من الفصل 31 من م ا ش و لو كان الباعث على إنشاء الطلاق دوافع تُنسبُ للطرف الآخر أهمل المُنشئُ الإعتماد عليها في طلبه للطلاق** » .

الفرع الثاني: النظام القـــــانوني للتعويض

يشمل هذا النظام مسألتين : تقدير التعويض و شكله.

القسم الأول: تقدير التعويض

فقــرة أولى: سلطة التقدير

حسب محكمة التعقيب يتمتع قضاة الأصل بسلطة تقديريّة واسعة في تقدير التعويض عن الضرر لكن بشرط التعليل لكي تجري محكمة التعقيب رقابتها على هذا التعليل « **إنّ تقدير غرامات الطلاق من الأمور الموضوعيّة الموكولة لإجتهاد محكمة الأصل التي تعتمد في تقديرها على ما يتوافر لديها في القضيّة من**

الظروف و الملابسات الحافة بالطلاق بما يُجسّم أهميّة الضرر الناجم عنه إلاّ أنّ ذلك الأمر لا يكون إلاّ بشرط التعليل المستساغ قانونا و المستمد ممّا له أصل ثابت بالأوراق » .

فقرة ثانية : عناصر التقدير

يتمّ تقدير غرامة الطلاق وفق معايير خاصة تختلف عن المعايير الواردة في م.ا.ع، و المبدأ العام في تقدير التعويض يتمثل حسب محكمة التعقيب في ضرورة وصول القاضي إلى **« ملائمة الضرر و عدل التقدير » (قرار تعقيبي عدد 14648 مؤرخ في 13 ديسمبر 2007)**، فيجب أن يكون هناك تناسب بين الضـــرر و التعويض، و بصفة عامة يجب أن لا تكون الغرامة تافهة بحيث تجعل المُستحِق لها في خصاصة، كما لا يجب أن تكون فاحشة بحيث تُرهق كاهل المدين بها و تجعله غير قادر على بناء أسرة جديدة، فاجتهاد القاضي في التقدير يجب أن يكون في إطار احترام مبادئ العدالة و الإنصاف.

وتنقسم معايير التقدير سواء بالنسبة لغرم الضرر المادي أو المعنوي و سواء بالنسبة للضرر المُنشئ (المُؤدي) للطلاق أو الضرر الناشئ عن الطلاق إلى نوعين :

أ- المعايـــــر الموضوعـــيّـــة

يرتكز التقدير هنا على **أهمية الضرر الحاصل في حدّ ذاته و مدى تأثيره المُجرّد على المُتضرر و هذا هو المعيار الأساسي و الأهمّ** ، فيشمل ما فات المُتضرّر من ربح و ما حصل له من خسارة فعليّة، فالطلاق يعني مثلا بالنسبة للزوجة حرمانها

من ربح كانت تتمتع به و هو النفقة.

كما يُلحق الطلاق بالمُتضرِّر منه ألاما معنوية و شعورا بالخيبة في استقرار حياته الأسرية.

ومن بين المعايير الموضوعية نذكر أيضا **الوضع الاقتصادي العام**، فلا بد أن يواكب التعويض تطوّر الأسعار.

2- المعايير الشخصيّة

لتقدير التعويض، يجب أن يُراعي القاضي الوضعيّة الخاصة بالزوجين، و أهم العناصر التي تساعده في ذلك هي (علما أنّها كلّها مجرّد عناصر ثانوية في التقدير) :

* الحالة الاجتماعيّة للزوجين

فوقع الطلاق يختلف حسب الوضعيّة الاجتماعية فالمرأة المُثقفة مثلا لا ترى في الطلاق خيبة كبرى خلافا للمرأة الجاهلة و في الأوساط المُحافظة وقع الطلاق يكون أشدّ مقارنة بالأوساط المُتحرّرة.

* الحالة الماديّة للزوجين

لا بدّ من مراعاة دخل الدائن و دخل المدين فلا يجب أن تكون الغرامة سببا للإثراء بدون سبب على حساب الأخر فهذا المعيار ليس هو المعيار الأساسي أو الأهمّ للتقدير بل هو « **عنصر تكميلي** » من جملة المعايير يُساعد المحكمة في تقدير أهمية الضرر خاصة لمعرفة مستوى العيش الذي كانت عليه الزوجة في إطار الحياة الزوجية لكنّ هذا المعيار لا يمكن أن يُعطي للزوجة « **الحق في مُحاسبة**

الزوج على ما يملك أو مشاركته في ذلك ، إذ المنظور له في مثل هذه الحالة إنّما هو ذات الضرر نفسه و مدى وقعه على المتضرّرة » (قرار تعقيبي عدد 33748 مؤرخ في 15 /12/ 1992).

* طول أو قصر مُدّة الزواج

فالطلاق بعد عِشرة استمرت لسنوات طويلة وقعه أشدُّ من الطلاق الذي يقع بعد مدّة وجيزة.

* سنّ المُستحِق للغرامة

يُعتمد هذا المعيار لمعرفة حظوظ الشخص في الزواج ثانية خاصّة بالنسبة للزوجة فالزوجة صغيرة السنّ لها حظوظ أوفر في الزواج ثانية فيكون ضررها أقلّ من الزوجة المُتقدّمة في السنّ.

* إثمار الزواج لأبناء من عدمه

يُعتمد هذا المعيار أيضا لتقدير حظوظ الزواج ثانية.

* جنس المُستحِق للغرامة

فضرر المرأة من الطلاق يكون أكبر من ضرر الرجل.

القسم الثاني : شكل التعويض

كان الفصل 31 قديم لا يُفرّق بين الغرامات المادية و الغرامات المعنويّة و كان الشكل الوحيد للتعويض هو رأس المال لكن بعد تنقيح الفصل31 بموجب قانون 18 فيفري 1981 يمكن أن نفرّق بين شكلين في التعويض : رأسمال أو جراية عمُريّة.

الفقرة الأولى : التعويض في شكل رأس مال

يُحكم بالتعويض في شكل رأس مال أي مبلغ جملي يُدفع مرّة واحدة في الحالات التالية :

- التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق يكون دائما في شكل رأس مال بغضّ النظر عن جنس المُتضرّر من الطلاق أي للمرأة و الرجل على حدّ السواء
- التعويض عن الضرر المادي للزوج لا يكون إلاّ في شكل رأس مال .
- بالنسبة للزوجة إذا وقع الطلاق قبل البناء الفعلي فإنّ التعويض يكون في شكل رأس مال سواء بالنسبة لـضررها المعنوي أو المادي أمّا إذا وقع الطلاق بعد البناء فإنّ لها الخيار في شكل التعويض عن ضررها المادي إمّا في قالب رأس مال أو في قالب جراية عمرية.

الفقرة الثانية : التعويض في شكل جراية عُمريّة

بمناسبة تنقيح فيفري 1981 أدخل المشرّع شكلا جديدا للتعويض يتمثل في الجراية العمرية التي يمكن تعريفها بأنها مبلغ مـــالي شهري يدفعه المُفارق لمفارقته كتعويض عن الضرر المادي في صورة حصول طلاق للضرر لفائدتها أو حصول الطـــلاق إنشاءا لفائدة زوجها فهذا الشكل يهم إذا المـرأة فقط و يهم التعويض عن ضررها المادي فقط و هو شكل اختياري لكنه الغالب على المستوى التطبيـــــقي لذلك سننظر في إسناد هذه الجراية ثم تنفيذها.

أ- نظام إسنـــاد الجرايـــة

1- شروط استحقاق الجراية

في صورة حصول طلاق مرتبط بضرر على معنى الفقرة 2 و3 من الفصل31، فإنّ الشرط الوحيد اللازم هو حصول الدخول الفعلي لأنّ الجراية هي تعويض على ما اعتادته الزوجة من العيش في الحياة الزوجية، فإذا لم يتمّ الدخول فلا وجود لتعوّد على مستوى من العيش، و إذا توفرّت هذه الشروط، فالمرأة لها مبدئيا حريّة اختيار شكل الجراية.

لكن فقه القضاء حدّ من هذه الحرية في صورتين هما صورة المطلقة التي تعمل و صورة قصر مدّة الزواج

*** حرمان المطلقة التي تعمل من خيار الجراية**

إعتبر فقه القضاء أنّ المطلقة التي تعمل لا تستحق جراية شهريّة بل تستحق

التعويض في شكل رأس مال لأنّ مقصد المشرع هو تخصيص هذا الشكل للمرأة التي تكون في حاجة إليه و التي بفقدانها للنفقة بموجب الطلاق تفقد مستوى العيش الذي كانت عليه، أمّا المرأة العاملة فعملها يوّفر لها دخل قار يُغنيها عن الجراية، فلا يمكن إذا حسب ما استقر عليه فقه القضاء الجمع بين دخلين قارين. مثال : ورد في **القرار التعقيبي عدد 62404 المؤرخ في 09 فيفري 1998 « إنّ الخيار الذي منحه المُشرّع في التعويض عن الضرر المادي المُتأتي من الطلاق يخصّ المرأة التي ليس لها دخلٌ قار و أمّا إذا كانت تعمل و لها دخل قارّ فإنّه لا يمكنها المُطالبة بجراية عمريّة حتى لا تجمع بين دخلين قارين » .**

و للتدليل على مقصد المشرّع بالرجوع لعبارات الفصل 31 م ا ش في حدّ ذاته فتبيّن محكمة التعقيب في **قرارها عدد 5812 المؤرخ في 12 جانفي 2006 « لئن كان ما تعرّض إليه الفصل 31 المذكور يخُصّ مراجعة الجراية بعد حكم الطلاق و شروط إسقاطها فإنّ الفهم السليم للفصل المذكور يقتضي أنّ الخيار للزوجة مرتبط بمدى احتياجها للدخل القار ضرورة أنّه إذا كانت المفارقة تفقد حقّها في التمتع بجراية إذا ما تغيّر وضعها الإجتماعي بزواج جديد تُصبح بمقتضاه نفقتها محمولة على الزوج الجديد أو بتغير حالها و وضعها المادي بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجراية فإنّه من الفهم السليم تبعا لذلك و من باب أولى و أحرى أن يكون استحقاقها للجراية مرتبط أساسا بحاجتها للدخل القار سيما و أنّ أساس الجراية هو ضمان استمرارية الدخل للمفارقة » .**

لكن تجب ملاحظة أنّ العمل الذي يُسقط حق المُطلّقة في اختيار شكل الجراية هو العمل القار أمّا العمل الوقتي محدود المدّة أو الموسمي فهو لا يحرمها من هذا الخيار لأنّه لا يُشكّل مورد دخل قار يجعلها في غنى عن الجراية قرار تعقيبي عدد

18149 المؤرخ في 13 ديسمبر 2002.

*** حرمان المُطلقة من خيار الجراية في صورة قصر مُدّة الزواج**

صدرت بعض القرارات في هذا الإتجاه على أساس أنّه في صورة قصر مُدّة الزواج فإنّ المرأة لم تتعوّد بعد على مستوى مُعيّن من العيش فأقرّت محكمة التعقيب مثلا في **القرار عدد 34434 المؤرخ في 02 جويلية 2009 أنّه « لئن لم يشترط المشرّع صراحة مُعاشرة زوجية طويلة لإستحقاق المطلقة لجراية فإنّه يُستشّف من صياغة الفصل 31 أنّ الجراية سُنّت لعدم حرمان المُطلقة من نمط عيش اعتادته في ظلّ الرابطة الزوجية و بذلك فلا يُقضى بها إلا إذا تعوّدت الزوجة نمطا من العيش مع زوجها و هو الأمر الذي لا يتوّفر إلا إذا عمّرت المعاشرة بين الزوجين فترة كافية لتتعوّد فيها الزوجة على مستوى مُعيّن من العيش أمّا إذا كانت على خلاف ذلك فإنّ التعويض لا يكون إلا في شكل راس مال جملي يُدفع إليها صُبرة واحدة » .**

2- كيفيّة تقدير الجراية

هي نفس تقدير معايير الغرامة بصفة عامة، فقد نصّ المشرّع في صلب الفصل 31 على بعض معايير تقدير الجراية و هي بصفة أساسية معيار ما اعتادته الزوجة من مستوى العيش بما في ذلك المسكن، فالجراية إذا هي تعويض عن النفقة، لكن عنصر المسكن لا يحكم به إلاّ إذا كانت المُفارقة لا تملك مسكنا.

ثم أضاف فقه القضاء عدّة معايير و هي التي رأيناها سابقا سواء المعايير الموضوعيّة كأهميّة الضرر و الوضع الإقتصادي العام أو المعايير الشخصيّة كالحالة الماديّة و الاجتماعية للأطراف و مدّة المعاشرة و إنجاب الابناء و سنّ

الزوجة و ذلك لتقدير مدى تقلص حظوظ الزوجة في الزواج ثانية.

و تؤكد كل هذه المعايير على الطبيعة المعاشية للجراية.

ب- نظام تنفيـــذ الجرايـــة

يتميّز هذا النظام بخاصيتين : له صبغة حمائيّة و صبغة وقتية

1- الصبغة الحمائية لنظام تنفيذ الجراية

تُدفع الجراية حسب الفصل 31 مشاهرة و بالحلول (أي في بداية كلّ شهر) بعد صيرورة حكم الطلاق باتا و انقضاء العدّة و ذلك لأنه خلال فترة العدّة تتمتع المفارقة بالنفقة و لا يمكن الجمع بينهما، و قد وّفر المشرع ضمانات خاصة لتنفيذ حكم الجراية تشبه إلى حدّ كبير ضمانات تنفيذ حكم النفقة و ذلك لتشابه المؤسستين في صبغتهما المعاشية :

*الضمانات على المستوى المدني :

- لا يمكن عقلة مبلغ الجراية
- لا يمكن المقاصّة إذا كان أحد الدينين جراية
- لا يجوز الإتفاق على الإعفاء من الجراية
- لا تسقط الجراية بمضي المدّة
- يمكن اعتماد حكم الجراية كسند للعقلة على مكاسب المفارق
- خلافا لحكم النفقة، في صورة عدم دفع المدين بدين الجراية العمريّة، يُمكن للمفارقة الإلتجاء إلى صندوق مال النفقة و جراية الطلاق الذي يشترط فقط حكما باتا في الطلاق و شهادة نشر في قضية جزائية ثمّ يقوم الصندوق بدفع المبالغ

المستحقة لفائدة المطلقة نظرا لصبغتها المعاشية ثم يحلّ محلّها في استحقاق الدين.

*الضمانات على المستوى الجزائي :

رتّب المشرع في **الفصل 53 مكرر** عقابا جزائيا يتمثّل في **3 أشهر سجنا** في صورة عدم دفع الجراية لكن بعد توّفر أركان الجريمة و هي تتمثل في صدور حكم بات في الجراية ثم الإعلام به بواسطة عدل تنفيذ و امتناع المدين عن الدفع لمدّة شهر منذ الإعلام مع ضرورة توفرّ ركن العمد الذي ينتفي في صورة إعسار المدين.

كما جعل المشرع من الأداء موجبا لإيقاف التتبع أو المحاكمة أو التنفيذ.

2- الصبغة الوقتيّة لحكم الجراية

حكم الجراية قابل للمراجعة أو الإلغاء :

* مُـراجعـــة الجـــرايـــة

تأكيدا لصبغتها المعاشية، جعل المشرع من الجراية قابلة للمراجعة ارتفاعا أو انخفاضا و ذلك في صورة ارتفاع مصاريف أحد المفارقين أو انخفاض في مواردهم، و استقر فقه القضاء على إسناد الاختصاص للمحكمة الابتدائية.

* إلـغـــــاء الجـــرايـــة

أسباب الإلغاء ترجع بصفة أساسية إلى الصبغة التعويضية للجراية و تتمثل في :

- صورة وفاة المفارقة فينتهي مفعول الجراية لأنّها تعويض شخصي فلا تنتقل لورثتها

- صورة زواج المفارقة و يُشترط هنا الدخول و ذلك لأنّها تصبح مُستحقة للنفقة من زوجها الجديد.

- صورة حصول المفارقة على ما تكون معه في غنى عن الجراية كالعمل أو الإرث...

- صورة وفاة المفارق فتنقلب الجراية إلى رأس مال يصبح دينا على التركة، و يتمّ تحديد المبلغ إمّا بالتراضي مع الورثة أو بالتقاضي (لكنّ الجراية ليست من الديون الممتازة بل العاديّة).

بصفة موازية للعلاقة الأفقية بين الزوجين يقوم قانون العائلة على علاقات عمودية بين الوالدين و الأبناء و نقطة انطلاق هاته العلاقات هي ثبوت رابطة البنوّة التي يترتب عنها مجموعة من الحقوق سواء المالية كالنفقة أو غير المالية كالولاية و الحضانة. لذلك سنتعرض في باب أول إلى كيفية قيام رابطة البنوّة ثم في باب ثاني إلى آثار قيام رابطة البنوّة.

الباب الأول : كيفيّة قيام رابطة البنوّة

يمكن تعريف ***البنوّة la Filiation*** بأنها الرابطة بين الطفل ووالديه و ينظم القانون التونسي 3 أنواع من البنوّة : **البنوّة الشرعية La Filiation Légitime و البنوّة الطبيعية La Filiation Naturelleوالبنوّة بالتبني La Filiation Adoptive .**

الفصل 1 : البنوّة الشرعيّة أو النسب

النسب هو « **العلاقة الشرعيّة التي تربط الطفل بأبيه** » و لا يشمل هذا المصطلح علاقة الطفل بأمه وهي رابطة الأمومة لأنها رابطة تقوم بمجرد الولادة فهي رابطة بيولوجية يسهل إثباتها من الناحية القانونية لكن علاقة النسب هي علاقة لا تقوم فقط على إثبات الرابطة البيولوجية بل خاصة على إثبات الرابطة القانونية و الشرعية بين الطفل و أبيه.وقد نظم المشرع التونسي وسائل إثبات النسب كما نظم وسائل نفيه.

الفرع 1 : كيفيّة إثبات النسب

حسب الفصل 68 م أ ش « **يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة** » فالمشرع إذا نص على 3 وسائل مستقلة عن بعضها لإثبات النسب لكن لئن كان

تطبيق الوسيلة الأولى المتمثلة في الفراش بديهيا فإن فقه القضاء رفض إعتماد بقية الوسائل و كانت له قراءة خاصة للفصل 68.

القسم الأوّل : الوسيلة المتفق عليها : قرينة الفراش

من الناحية الإصطلاحية الفراش هو كل إتصال جنسي يستند إلى زواج صحيح أو فاسد ينسب بمقتضاه المولود للزوج صاحب الفراش أما مصطلح القرينة فهو يعني إستنتاج وجود واقعة مجهولة يصعب إثباتها مباشرة من خلال واقعة معلومة فالقرينة هي وسيلة إثبات غير مباشرة.

و من خلال هذا التحديد الاصطلاحي يتبين لنا أن قرينة الفراش هي وسيلة إثبات غير مباشرة للنسب تتمثل في استنتاج واقعة مجهولة و هي أن الطفل من صلب الزوج (أي نسبة المولود للزوج صاحب الفراش) من خلال واقعة معلومة و هي وجود رابطة زواج بين الأم و الأب فالمشرع يفترض أو يستنتج إذا ثبوت النسب من خلال وجود الفراش سواء الصحيح أو الفاسد.

و قرينة الفراش هي في الواقع مبنيّة على قرينتين : تتمثل القرينة الأولى في أن الزوجة محمولة على الاتصال جنسيا بزوجها حسبما يقتضيه واجب المساكنة و واجب الاتصال الجنسي و تتمثل القرينة الثانية في أن الزوجة محمولة على أن لا تتصل إلا بزوجها حسبما يقتضيه واجب الإخلاص فإذا ما وضعت هاته الزوجة مولودا فيفترض أن يكون من صلب زوجها و بذلك تجتمع في علاقة الطفل و أبيه في نفس الوقت الرابطة البيولوجية و الرابطة الشرعية أو القانونية و يصبح هناك تطابق بين الحقيقة البيولوجية و الحقيقة القانونية. لكن لاعتماد قرينة الفراش كوسيلة لإثبات النسب لابد من إثبات توفر 3 شروط : شرط الفراش و شرط الدخول و شرط المدة القانونية للحمل.

فقرة 1 : شرط الفراش

لابد من إثبات الفراش لإثبات النسب و يتوفر الفراش في صورتين :

- **صورة الفراش الصحيح :** المقصود هو إثبات عقد زواج صحيح مستوفي لكل الشروط القانونية حسب الوسائل المعتمدة قانونا (الفصل 4 م أ ش).

- **صورة الفراش الفاسد :** المقصود هو إثبات وجود علاقة زواج باطل أي مبرما خلافا للشروط القانونية سواء كانت الشروط الأصلية (صورة الفصل 21 م أ ش) أو الشكلية (صورة الفصل 36 ق ح م) و قد توسع فقه القضاء في فترة زمنية محدودة (تقريبا بين 1968 و 1973) في مفهوم الفراش الباطل وجعله يشمل كل الصور الأخرى من وعد بالزواج مقترن بمعاشرة أو مخادنة و وصل الأمر إلى حد تكييف جريمة مواقعة قاصر على أنها زواج فاسد و ذلك لتمتيع الطفل الناتج عن هاته العلاقات بالنسب.

لكن تراجع فقه القضاء عن هذا الموقف و استقر على اعتماد المفهوم الصحيح الضيق للزواج الباطل باعتباره يفترض أولا عنصرا ماديا يتمثل في القيام بالواجبات الزوجية من معاشرة و مساكنة و إنفاق و غيرها و ثانيا عنصرا معنويا يتمثل في وجوب توفر نية ربط علاقة زوجية مستقرة و دائمة و هذا العنصر المعنوي هو الذي يميز صورة الزواج الباطل عن بقية الصور المشابهة له ظاهريا كالوعد بالزواج أو المخادنة التي تنتفي فيها نية الزواج.ويتم إثبات هذه النية بصفة غير مباشرة لتعلقها بأمر باطني و ذلك بالبحث في مدى متانة العلاقة بين الطرفين و توفر مظاهر الزواج.

فقرة 2 : شرط الدخول

لا يكفي إثبات مجرد عقد الزواج بل لابد من إثبات الدخول و الدخول المشترط في النسب هو الدخول الفعلي فقط فلا يمكن اعتماد الدخول الحكمي .

و قد مرّ فقه القضاء بعدّة مراحل في تعريفه للدخول الفعلي :

*** مرحلة 1** :

اعتبر فقه القضاء أنّ الدخول هو الخلوة الصحيحة المُؤدية حتما إلى اتصال جنسي بين الزوجين﴾ مثال : قرار تعقيبي عدد 5350 في **1968/04/02**﴿ و هذا يعني أن إثبات الدخول يفترض ضرورة اثبات الاتصال الجنسي بين الزوجين.

*** مرحلة 2 :**

توّسعت محكمة التعقيب في مفهوم الدخول و اعتبرت مثلا في قرار **1973/02/20** أن «**الدخول بالزوجة لا يكون إلاّ إذا اختلى الزوج بالزوجة خلوة صحيحة أي غلق الباب وأرخى الستور وأشهر ذلك بما جرت به العادة ودرج عليه عرف كل جماعة حتى يعلم ذلك الخاص والعام, القريب والبعيد ويخرج بذلك عن نكاح الستر المنهي عنه... إنّ مجرّد وجود علاقة جنسية بين الطرفين لا يُعتبر بناء بالمعنى القانوني ولا يُعتدّ به**».

فأصبح الدخول إذن مجرد شكليّة تتوفر بتوفر ركنين هما **الخلوة الصحيحة و إشهار هذه الخلوة** بما جرت به العادة و العرف بقطع النظر عن حصول الاتصال الجنسي من عدمه فهو عبارة عن دخول مُفترض.

لكن وقع انتقاد هذا الموقف لأنّ اشتراط الإشهار فيه تضييق على من يريد إثبات الدخول كما أنّ فيه تنصيصا على شرط لم ينصّ عليه المشرع الذي اشترط الاشهار عند ابرام الزواج لا عند الدخول.

*** مرحلة 3 :**

تخلّت محكمة التعقيب عن شرط الإشهار و ذلك في قرارها المؤرخ فى**22ماى2003** « **معنى الخلوة أن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان فيه عدم إطلاع الغير ولم يوجب المشرع الإشهاد على الدخول وإنما أوجبه عند عقد الزواج ».**

وحسب محكمة التعقيب فإنّ محكمة الاستئناف لمّا اعتبرت أن الدخول لم يتمّ لعدم إشهاره تكون بذلك « **قد وضعت شرطا لتحقق البناء لم يأتي به القانون الأمر الذي يستوجب النقض** ».

و ورد أيضا في **القرار التعقيبي عدد 1258 المؤرخ في 7 جويلية 2005 «إنّ العبرة في الدخول تتمثّل في الخلوة بين الزوجين و إسدال الستائر دون اشتراط حصول الإتصال الجنسي أو غيره .»**

و استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على التخلي على شرط إشهار وقوع الخلوة من ذلك قرارها المؤرخ في 2008/12/04 تحت عدد 27651 " أن الدخول يستوجب توفر الخلوة بين الزوجين و هو ما عبر عنه فقه قضاء محكمة التعقيب بإرخاء الستائر.و حيث أن الخلوة هي أن يجتمع الزوجان و لو لمرّة واحدة في مكان يؤمنان فيه عدم إطلاع الغير و لا لزوم فيها للإشهار بين الناس." و اعتبرت المحكمة أن اشتراط الإشهار يحمل الطرفان عبء إثبات لم يشترطه المشرع.

و شرط الدخول لازم سواء تعلق الأمر بالفراش الصحيح أو الفراش الفاسد رغم وجود تناقض بين صيغة الفصل 22 م ا ش الذي يشترط لترتيب الزواج الفاسد لأثاره ثبوت الدخول و صيغة الفصل 71 م ا ش الذي يحدد تاريخ انطلاق احتساب أدنى مدة الحمل من تاريخ العقد إلا أن فقه القضاء مستقّر منذ البداية على اشتراط الدخول.فقد اعتبرت محكمة التعقيب مثلا في قرار 1961/03/31 أن مجرّد العقد لا يمكن أن يعتبر دخولا و لا حتى قرينة على الدخول.

فقرة 3 : شرط المدّة القانونية للحمل

حدد المشرع أدنى مدة الحمل و أقصاها :

- أدنى مدة الحمل :

حسب الفصل 71 م أ ش لا يتمتع الطفل بقرينة الفراش أي بالنسب إلاّ إذا ولد على الأقل بعد 6 أشهر كاملة من تاريخ الدخول.و قد تم الاعتماد في تحديد هذه المدة على أحكام الشريعة الإسلامية و بالذات على ضوء الآيات القرآنية الكريمة "و وصيّنا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها و وضعته كرها و حمله و فصاله ثلاثون شهرا " (الآية 15 سورة الأحقاف) و قول الله تعالى " و وصيّنا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن و فصاله في عامين " (الآية 14 من سورة لقمان) و أخذا من مجموع الآيتين تكون مدة الحمل 6 أشهر .

و نلاحظ أن المشرع في تحديده لأدنى مدة الحمل و تبنيه لموقف التشريع الإسلامي دون غيره من القوانين أراد توسيع مجال شرعية النسب من الناحية القانونية لأن هاته المدة من الناحية العلمية غير ممكنة فلا يمكن أن يولد طفل الستة أشهر حيا خاصة أمام تواضع الإمكانيات الطبية زمن صدور المجلة لكن ربما افترض المشرع أن الطفل الذي يولد بعد 6 أشهر تم الحمل به قبل فترة وجيزة من الزواج فهو في غالب الأحيان ابن الخطيبين.

و ما يجب التنبيه إليه أنه إذا وُلد الطفل قبل تمام مدّة الستة أشهر فهو لا يتمتع بقرينة الفراش و لا يحتاج الأب إلى إثبات ما يخالف القرينة لأنها غير قائمة أصلا.

- أقصى مدة الحمل :

حدّدت الفصول 35 و69 م ا ش أقصى مدة الحمل و هي سنة على أقصى تقدير من تاريخ غيبة الزوج أو الوفاة أو من تاريخ صدور حكم بات في الطلاق أو البطلان.و هاته المدة لا تستجيب أيضا للمعطيات العلمية فلا يمكن أن يبقى المولود هاته الفترة في بطن أمه لكنها تعبر أيضا عن رغبة المشرع في توسيع مجال النسب.و لكن يبقى هذا التحديد معقولا مقارنة بالمذاهب الإسلامية التي تصل إلى حدّ إقرار مدّة 4 سنوات كأجل أقصى للحمل كالمذهب المالكي و الشافعي و الحنبلي علما أن هذا التحديد لا ينم عن جهل بل عن رغبة في تفادي ظهور الطفل بمظهر ابن الزنا لكن هذه الحلول فيها شطط قد يدفع إلى التعسف و الاستغلال من قبل المرأة.

القسم الثاني : الوسائل المختلف بشأنها : الإقرار و الشهادة

فقرة أولى : النظام القانوني للإقرار

الإقرار هو إعتراف الأب بنسب الطفل إليه و قد حدد المشرع شروط الإقرار و آثاره :

1- شروط الإقرار:

تستوجب صحة الإقرار استيفاءه لشروط موضوعية و شروط شكلية:

أ- الشروط الموضوعية :

نظم المشرع هاته الشروط في الفصول 68 و 70 م ا ش :

- الشروط المتعلقة بالمُقرّ:

لا يمكن أن يصدر الإقرار عن غير الأب حسب الفصل 68 فحتى الإقرار الذي يصدر عن الغير لا يترتب عنه ثبوت النسب إلا إذا صادق عليه الأب.وحسب الأحكام العامة للإقرار (الفصل 439 م ا ع) يجب أن يصدر الإقرار عن إرادة حرة و واعية وأن يكون المُقرّ مُكلفا رشيدا و عاقلا.

- الشروط المتعلقة بالمُقرّ له :

يجب **أن يكون الطفل الواقع الإقرار بنسبه مجهول النسب** عملا بالفصل 70 م ا ش فلا يمكن الإقرار بنسب طفل معلوم النسب أي متمتع بقرينة الفراش و هو شرط بديهي باعتبار أن المُقر له هو طفل ولد من علاقة غير شرعية في حين أن الطفل المتمتع بقرينة الفراش متمتع بالشرعية فلا يمكن إخراجه من وضعية شرعية إلى وضعية غير شرعية كما يبرر الأستاذ ساسي بن حليمة هذا الشرط بضرورة الحرص على استقرار الحالة المدنية للأشخاص و السلم العائلي.

- الشروط المتعلقة بالإقرار في حد ذاته :

يشترط ***عدم ثبوت ما يخالف قطعيا الإقرار*** فقد نص الفصل 70 م ا ش " لا عمل على الإقرار إذا ثبت قطعيا ما يخالفه " و قد أعطى المشرع مثالا لذلك فيجب أن يكون الطفل ممّن يولد مثله للمقرّ فالمشرّع يفترض ضمنيا وجود فارق منطقي في السن بين الطفل و الأب ويمكن القياس على الفارق المشترط في حالة التبني أي 15 سنة على الأقل.

كما أن المقرّ يجب أن لا يكون لديه مانع بيولوجي يحول دون الإنجاب كالعقم أو مانع مادي يحول دون إمكانية التلاقي بين المقر و والدة الطفل كبعد المسافة بينهما أو لوجود أحدهما في السجن فلا عمل على الإقرار في كل هذه الحالات لثبوت ما يخالفه قطعيا.

و يبقى عبء الإثبات محمولا على من يطعن في صحة الإقرار بالنسب لأن الأصل في الأمور الصحة و المطابقة للقانون ما لم يثبت خلافه.

وقد أضاف فقه القضاء شرطا أخر لقبول الإقرار يتمثل في ***ضرورة عدم إبراز الإقرار لعلاقة خنائية.*** فحسب المحاكم التي قبلت بالإقرار كوسيلة لإثبات النسب فانه يكفي أن يقر الأب بأن الطفل من صلبه حتى يثبت نسبه منه إلا أنه يجب على المُقرّ أن لا يذكر أن الطفل من زنا و أن لا يظهر من ظروف الحال أنه كذلك.فالمقرّ لا يكون مُطالبا بالإعلان عن طبيعة العلاقة التي تربطه بوالدة الطفل و ليس على المحكمة أن تبحث في هاته الطبيعة طالما أن الأصل في الأمور الصحة و المطابقة للقانون و على من يدعي خلاف ذلك الإثبات.

وما يبرر هذا الشرط حسب فقه القضاء هو الحفاظ على النظام العام و الأخلاق الحميدة فالإقرار بالزنا مخالف للنظام العام و لأحكام التشريع الإسلامي الذي يبيح الإستلحاق و هو الإقرار بالنسب لكن بشرط أن لا يبرز أنه حاصل من زنا . و نجد في هذا المجال عدّة قرارات منها مثلا القرار الإستئنافي سوسة عدد 5332 مؤرخ في 2 نوفمبر 1978 الذي ورد به "اعتراف الأب ببنوّة ولد مجهول النسب كاف لإلحاقه به إلّا إذا صرّح المعترف بأنه من الزنا أو ثبت قطعيا ما يخالف ذلك الاعتراف " أو القرار التعقيبي عدد 1352 المؤرخ في 02 جانفي 1979 " الإقرار بالعلاقة الخنائية يجعل البنت ثمرة هذه العلاقة بنت سفاح و لا يمكن إثبات نسبها للزاني لانتفاء الفراش الشرعي ".

لكن هذا الموقف الغالب ضيّق في الواقع من تطبيق الإقرار كوسيلة لإثبات النسب وخالف رغبة المشرع في حماية مصلحة الطفل الذي يعتبر نتيجة العلاقة الخنائية لا سببا لها.وربما مدفوعة بهذه الاعتبارات أصدرت المحكمة الابتدائية بقفصة حكما بتاريخ 21 فيفري 1994 يعتبر ثورة على الموقف المتشددّ لفقه القضاء لأنه أقرّ بإمكانية إثبات الإقرار لنسب متولّد عن علاقة خنائية وتتمثل وقائع هذا القرار في تتبع رجل متزوج و امرأة من أجل جريمة الزنا و أدين الطرفان جزائيا ابتدائيا و استئنافيا و نتج عن هاته العلاقة ابن فرفع الأب دعوى مدنية طالبا إلحاق الطفل بنسبه فقررّت المحكمة التحرير على الطرفين فاعترف المدعي أن الابن من صلبه و أكدت الأم ذلك طالبة بدورها إلحاق نسب والده فأقرت المحكمة أن " الإقرار المعتمد يعتبر أحد وسائل

الإثبات الأساسية المعتمدة في مادة النسب إذا ما توفرّت شروط اعتماده عملا بأحكام الفصل 68 م ا ش و الإقرار المعتمد جاء صريحا و واضحا بما أنه تم أمام القاضي المُقررّ و يعتبر إقرارا حكميا حسب الفصل 428 م ا ع و لذلك فان الإقرار الصريح و الناتج عن إرادة واعية يكفي لثبوت نسب الابن المذكور و يتجه و الحالة تلك الحكم لصالح الدعوى." لكن يبقى هذا الموقف استثنائيا بالنسبة لفقه القضاء.

ب- الشروط الشكليّة

لم يحدد المشرع في م ا ش شكلا معينا للإقرار بالنسب خلافا للمشرع الفرنسي الذي يشترط أن يكون الإقرار بالبنوة بحجة رسمية.لكن بالرجوع للأحكام العامة للإقرار ينصّ الفصل 428 م ا ع أن "الإقرار قد يكون حكمياّ أو غير حكميّ "

- بالنسبة للإقرار الحكمي:

فهو الاعتراف الصادر لدى الحاكم سواء بصفة صريحة أو يستنتج من سكوت المعني بالأمر إذا دعاه الحاكم ليجيب عن الدعوى الموجّهة إليه و أصرّ على سكوته و لم يطلب أجلا للجواب (الفصل 429 م ا ع).و هذا يعني أنه يمكن اعتماد الإقرار الصادر عن الأب أمام القاضي سواء بمناسبة النظر في دعوى إثبات النسب أو بمناسبة البت في نزاع أخر فلا يطرح مشكل اختصاص القاضي.فنستنتج إذا أن الإقرار الحكمي بالنسب يتمثل في إقرار الأب أمام القاضي بأن الطفل المراد إثبات نسبه هو ابنه فعلا.

لكن بالرجوع إلى الأحكام الصادرة في مادة ثبوت النسب نلاحظ أنه نادرا ما يصدر الإقرار عن الأب بصفة تلقائية بل غالبا ما يؤخذ في إطار تصريحاته أثناء البحث الجزائي (خاصة في صورة مواقعة قاصر) و في هاته الحالة فان الإقرار من شأنه أن يبرز العلاقة الخنائية بين والدة الطفل و الأب المزعوم و بالتالي لن يقع قبوله أمام المحكمة المدنية المتعهدة بدعوى إثبات النسب لتعارضه مع ما استقر عليه فقه القضاء التونسي من أن الإقرار المثبت للعلاقة الخنائية لا يعتمد لإثبات نسب الطفل الناتج عن هذه العلاقة.

ـ أمّا بالنسبة للإقرار غير الحكمي :

فهو الاعتراف الذي يصدر عن الأب خارج المحاكم بأي وسيلة من الوسائل و قد قبلت المحاكم التونسية هذا النوع من الإقرار و اعتبرت محكمة التعقيب أنه يمكن استنتاجه من كل تصرف أو فعل يمكن نسبته للمقّر (مثال قرار تعقيبي مدني عدد 6143 مؤرخ في 1968/07/18 أو عدد 3187 مؤرخ في 1964/06/25).

و الإقرار غير الحكمي يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيّا :

ويكون ***الإقرار غير الحكمي صريحا*** إذا وجد كتب بخطّ اليد أو حجة رسمية تُنسب بصفة قاطعة للأب المزعوم كأن يكون قد أبرم عقد هبة أو وصية ذكر فيه صفة الموهوب له أو الموصى له .لكن الصورة الغالبة للإقرار الصريح بالنسب على المستوى التطبيقي هي صورة قيام الأب بالتصريح بولادة الطفل و طلب ترسيمه لدى ضابط الحالة المدنية في الآجال المحددة قانونا علما أنه غير مطالب بالإدلاء بعقد زواج لإثبات شرعية علاقته بأم المولود أو بالخوض في طبيعة هذه العلاقة.وبهذه الطريقة يثبت نسب الطفل نحو أبيه من خلال مضمون ولادته الذي يحتوي إقرارا صريحا و رسميا بذلك النسب إلى أن يثبت العكس.

لكن يجب التنبيه إلى أن التصريح بالولادة الذي يقوم به غير الأب لا يمكن اعتماده كإقرار غير حكمي في مواجهة الأب المزعوم إلاّ إذا صدّقه الأب.

و قد يكون ***الإقرار غير الحكمي ضمنيا*** إذا دأب الأب على معاملة الطفل معاملة الأب لولده كدفع مصاريف الولادة و مصاريف الدراسة و الإنفاق عليه....و قد تبنّت محكمة التعقيب هذا الإقرار الضمني المثبت للنسب في بعض قراراتها أبرزها القرار التعقيبي عدد 24480 المؤرخ في 13 جوان 1989.

إذا توفرت شروط الإقرار فانه سيرتّب آثاره القانونية.

2- آثار الإقرار

يترتّب عن الإقرار كوسيلة لإثبات النسب أثرين هامين و هما المفعول الرجعي و عدم إمكان الرجوع فيه.

أ- المفعول الرجعيّ للإقرار

يؤدي إلحاق الطفل بنسب الأب المقر إلى مجموعة من الحقوق و الالتزامات المتبادلة بين هذا الابن الشرعي و أبيه كالنفقة و الإرث و الحضانة و الولاية...و تعتبر رابطة النسب قائمة بينهما من تاريخ الحمل بالطفل لا من تاريخ الإقرار بالنسب و هذا المفعول الرجعي للإقرار له فوائد عمليّة بالنسبة لبداية تمتع الطفل المعترف له بالنسب تجاه الأب المُقرّ خاصة فيما يتعلّق بحق الإرث الذي يتمتع به من تاريخ الحمل لكن حسب الفقهاء يتم استبعاد هذا المفعول الرجعي للإقرار بالنسبة لحق النفقة لأنه يهددّ الأب بدفع مبالغ ماليّة طائلة قد يعجز عن الوفاء بها.

ب- عدم إمكانية رجوع الأب في إقراره

لم يتناول المشرع التونسي مسألة الرجوع في الإقرار إلا من جهة الميراث فقد اهتم الفصل 74 م ا ش بحالة إستلحاق الولد ثم إنكاره فيما بعد من طرف المُستلحق فنصّ على أنّه إذا توفي المُستلحق قبل الابن فان الابن يرثه بالإقرار الأوّل لكن إن توفيّ الولد قبل المُستلحق فلا يرثه الأب في هذه الحالة و يبقى المال موقوفا فإن مات المُستلحق صار المال لورثته.فنفهم من هذا النص أنه لا تأثير للرجوع في الإقرار على الحقوق التي اكتسبها المُقرّ له بالنسب بموجبه فهو يرث رغم الرجوع في الإقرار الذي يمثل أساس اكتساب هذه الحقوق و أنّ هذا الرجوع لا يتحمل تبعته إلاّ المقرّ الذي تراجع و ذلك بحرمانه شخصيا دون ورثته من الميراث وهذا الموقف يعكس رغبة المشرع في ضمان وضعيّة مستقرّة للطفل المقر له بالنسب.و قد أكدت محكمة التعقيب على أن " الإقرار بالنسب غير قابل للرجوع فيه سواء كان إقرارا حكميا أو غير حكمي " (قرار 25 جوان 1964).

لكن لئن كان هذا الموقف يوفر حماية كاملة للطفل ضد الأب فهو قد يضر بالأب الذي قد يكون الإقرار الصادر عنه مبنيا على تغرير من الأم التي قد تكون أوهمته بأن الطفل من صلبه ويكتشف الأب لاحقا خلاف ذلك.

لكن يمكن تجاوز هذه الصعوبات التطبيقية بطريقة أخرى فلا يجب أن ننسى أن الإقرار و أن كان لا يمكن الرجوع فيه إلا أنه يمكن إثبات ما يخالفه أو إثبات أنه كان نتيجة غلط أو إكراه فلن تكون للإقرار قوة ثبوتيّة أقوى من قرينة الفراش التي يمكن دحضها بإثبات العكس.

الفقرة الثانية : النظام القانوني للشهادة

نص الفصل 68 م ا ش على الشهادة بوصفها من الوسائل المثبتة للنسب و يُفترض أن تكون أيضا كالإقرار وسيلة مُستقلّة بذاتها لكن لابد أن توفر فيها جملة من الشروط المتعلقة بالشهود من جهة و بالشهادة في حد ذاتها من جهة أخرى:

1- الشروط المتعلقة بالشهود

بالرجوع للفصل 68 م ا ش يتمثل الشرط الأول لصحة الشهادة في ***النصاب*** فقد اشترط المشرع التونسي أن لا يقل عدد الشهود عن إثنين و رغم سكوت المشرع عن جنس الشاهدين إلا أن التمشيّ العام للقانون التونسي في مختلف المجالات نحو تحقيق المساواة يفرض عدم التفريق حسب الجنس بحيث تقبل شهادة اثنين حتى و لو كانا امرأتين.

أمّا الشرط الثاني فيتمثل في شرط ***الثقة*** و مادام الأصل في الإنسان الاستقامة و سلامة النيّة فعلى من يدعي العكس (أي أن الشهود ليسوا من أهل الثقة) الإثبات فهي قرينة بسيطة يمكن دحضها بإثبات أن الشاهد قد استهدف مثلا لعقوبة جزائية من أجل أفعال منافية للأخلاق كالزنا أو شهادة الزور و يبقى في النهاية تقدير مدى توفر هذا الشرط في الشاهد خاضعا لسلطة القاضي.

2- الشروط المتعلقة بالشهادة

- من حيث مضمون الشهادة

لا يمكن من الناحية التطبيقية أن تثبت البينة النسب بصورة مباشرة لأنها حتى و إن أثبتت الاتصال الجنسي الواقع بين والدة الطفل و الأب المزعوم فذلك لا يفيد بصورة قطعية أن الطفل هو نتيجة ذلك الاتصال.لذلك فإن محتوى الشهادة يقتصر على ***الإدلاء بما يقوم قرينة على حصول الوطء*** و ما يفيد وجود علاقة حميميّة و وطيدة بين الوالدين المفترضين للمولود تتجاوز مجرد التعارف السطحي.

و كما هو الأمر بالنسبة للإقرار فإن فقه القضاء أضاف شرطا أخر لقبول الشهادة لم يشترطه الفصل 68 و يتمثل في ***ضرورة عدم إبراز الإقرار لعلاقة خنائية بين الوالدين المفترضين.***فحسب القرارات القليلة التي قبلت الشهادة كوسيلة إثبات مستقلّة للنسب فانه يكفي أن يدلي الشهود بما يفيد وجود علاقة متينة بين الوالدين أثناء فترة الحمل و قرائن تقنع القاضي أن الطفل من صلب الأب دون كشف القناع عن طبيعة العلاقة الرابطة بينهما و ليس على المحكمة أن تبحث في هذه الطبيعة طالما أن الأصل في الأمور الصحة و المطابقة للقانون و على من يدعي خلاف ذلك الإثبات.

- من حيث شكل الشهادة وإجراءاتها

بالرجوع إلى الأحكام العامة المنظمة لإجراءات تلقي الشهادة يقتضي الفصل 92 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية أن يتم سماع الشهود من طرف القاضي المتعهد بالدعوى المدنية و هي في هذا الإطار دعوى النسب أو قاضي ينيبه و إلا عدت الشهادة باطلة لكن مع ذلك رأت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 63341 بتاريخ 1972/01/13 أنه يمكن للقاضي المدني في إطار دعوى إثبات النسب اعتماد شهادات وقع تلقيها بمناسبة تتبعات جزائية من أجل جريمة مواقعة قاصر مثلا و ذلك إذا صدر حكم جزائي بات مرتكز على تلك الشهادة فلا حاجة عندها لإعادة سماع الشهادة من طرف قاضي النسب (موقف يتزامن مع الفترة الذهبية للابن الطبيعي) .

و تجدر الإشارة إلى أن الشهادات الواقع تلقيها من طرف عدلي إشهاد أو المضمّنة بكتب خطيّ ممضى من طرف الشاهد لا يمكن اعتمادها لعدم تلقيها طبق الإجراءات القانونية المنصوص عليها بالفصل 92 م م م ت.

الفقرة الثالثة : القيمة القانونية للإقرار و الشهادة

يتضح من قراءة الفصل 68 م ا ش أن المشرّع التونسي قد وضع وسائل ثلاث لإثبات النسب و هي الفراش أو إقرار الأب أو شهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر و استعمال أداة العطف "أو" التي تفيد لغة التنويع لا الجمع تعني أن صياغة الفصل من الناحية اللغوية لا تدع مجالا للشكّ في أن المشرّع التونسي قد اتجهت إرادته إلى اعتماد وسائل ثلاث في إثبات النسب كل واحدة منها مختلفة و بالضرورة مستقلّة عن الأخرى.

و يُفترض أن تطبيق هذه الاستقلالية يؤدي إلى توسيع مجال إثبات النسب خارج الفراش وبالتالي إمكانية إثبات نسب الابن الطبيعي بمقتضى الوسائل الأخرى أي الإقرار أو شهادة الشهود لأن الطفل إن كان متمتعا بالفراش فهو ليس في حاجة لبقيّة الوسائل .لكن رغم بداهة هذا التحليل إلاّ أنّ تطبيق هذه الاستقلالية لم يكن بديهيا بل بالعكس مستبعدا.وبالرجوع إلى التطبيق القضائي نجد اتجاهين في هذا المجال لم يكن لهما نفس الوزن :

- الاتجاه الغالب : عدم استقلالية الإقرار و الشهادة عن الفراش

حسب هذا الاتجاه الإقرار بنسب طفل خارج الزواج سواء كان صحيحا أو فاسدا يعني الإقرار بأن الطفل ناتج عن علاقة خنائية و يصبح بالتالي مُخالفا لقاعدة أصوليّة مستمدة من التشريع الإسلامي مفادها أن "نعمة النسب لا تأتي عن طريق محرم " و مُخالف لقول الرسول الكريم " الولد للفراش و للعاهر الحجر " .فهذا الإقرار بالزنا مخالف للنظام العام و لا يعتمد.

و كذلك الأمر بالنسبة للشهادة فهي إذا أثبتت أن المولود ناتج عن علاقة زنا فهي لا تصلح كسند لإثبات النسب. مثال : القرار التعقيبي عدد 51346 مؤرخ في 1996/11/26 ورد به " الشهادة أدرجت بالفصل 68 بقصد إثبات البنوّة الشرعيّة لا غير و بالتالي فإن البنوّة الطبيعية غير واردة

أصلا ضمن النصوص الوضعيّة لمادة إثبات النسب و هو ما درج عليه فقه قضاء هذه المحكمة ضمن عديد قراراتها." أو القرار التعقيبي عدد 26431 بتاريخ 2 / 6/ 1992 " طالما أن الشهادة التي استندت عليها المدعية لا تفيد قيام فراش صحيح و لا فاسد فلا تصلح سندا للنسب".

لكن السؤال الذي يفرض نفسه على هذا الاتجاه هو لماذا نصّ المشرّع على الإقرار و الشهادة إذا كان لا يمكن اعتمادهم كوسائل لإثبات النسب و ما هو دور هذه الوسائل ؟

حسب هذا الاتجاه للإقرار والشهادة دور لكنه ليس بدور مستقل عن الفراش بل يقتصر دورهم على إثبات الفراش و بالذات الفراش الفاسد (لأن الفراش الصحيح لا يثبت إلا بالحجّة الرسميّة حسب الفصل 4 م ا ش). مثال القرار التعقيبي عدد 54585 المؤرخ في 25 مارس 1997 : " وحيث أنّ مجلة الأحوال الشخصية لم ترتب أحكاما لنسب ابن الزنا و لا تقرّ النسب المتوّلد عن علاقة سفاح لا تستند إلى علاقة زواج شرعي أو فاسد و هذا الأخير يثبت بالإقرار و الشهادة ".

أيضا القرار التعقيبي عدد 49089 مؤرخ في 7 ماي 1996 " و حيث يؤخذ من الفصل 68 من م ا ش و ما درج عليه الفقه الإسلامي و فقه قضاء هذه المحكمة و عمل المحاكم أن النسب لا يثبت من اتصال جنسي غير شرعي واقع على وجه الزنا و أن وسائل الإثبات الثلاثة الواردة بذلك الفصل يلتجأ إليها في الابن المنخلق من علاقة زواج شرعية و لو كانت مختلة الأركان أو الشكليات القانونية...."

و على ضوء هذا الموقف تصبح قراءة فقه القضاء للفصل 68 كالأتي : " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب المُثبت للفراش أو بشهادة الشهود المُثبتة للفراش " أي "يثبت النسب بالفراش أو بالفراش أو بالفراش " في حين أن من أبرز المبادئ العامة للقانون أنّ أعمال المشرع منزّهة عن العبث و التكرار.

ـ الاتجاه الضعيف : استقلالية الإقرار و الشهادة عن الفراش

نجد بعض القرارات النادرة التي طبقت مبدأ استقلالية وسائل الإثبات الواردة في الفصل 68.مثال :

. القرار التعقيبي عدد 15709 المؤرخ في 03 مارس 1987 " لا ضرورة لاقتران حجة الإقرار بوجود علاقة زوجية قائمة .....و حيث أنه لو كان مقصد المشرع ربط الإقرار بقيام العلاقة الزوجية وقت الحمل لاستغنى عن صورة الإقرار بالصورة الأولى و هي الفراش ..."

. القرار التعقيبي عدد 16757 بتاريخ 18 أكتوبر 2002 " وحيث يستشّف من هذا الفصل القانوني (الفصل 68 م ا ش) أنّ كل واحدة من وسائل الإثبات الثلاثة التي نصّ عليها تنهض لوحدها حجة كافية لإثبات النسب دون أن تكون مقرونة بتوفر أي شرط أخر لأن تلك الوسائل جاءت معطوفة ب"أو" التي تفيد لغة التنويع" و قد اعتبرت محكمة التعقيب في هذا القرار أن محكمة الأصل " قد أخطأت في تطبيق و تأويل أحكام الفصل 68 إذ أضافت شرطا لم يقتضيه البتّة و هو اقتران شهادة الشهود بوجود علاقة زوجية قائمة....." وفي نفس الاتجاه القرار التعقيبي عدد 7332 بتاريخ 13 أفريل 2006 .

لكن هذه القرارات نادرة و الأغلب هو الاقتصار على وسيلة الفراش كوسيلة وحيدة لإثبات النسب.

و يمكن الإشارة في النهاية إلى بعض المسائل الإجرائية المتعلقة بدعوى إثبات النسب :

* تتمثل المسالة الأولى في تحديد **المحكمة المختصة بالنظر في دعوى إثبات النسب** و هي دائرة الأحوال الشخصية لدى المحكمة الابتدائية التي تتمتع باختصاص مطلق في هذا المجال و إذا ما طرح الموضوع أمام حاكم الناحية بمناسبة دعوى نفقة مثلا فلا يمكنه البت في مسألة النسب وإذا كان النسب ثابتا بمقتضى مضامين الحالة المدنية للأبناء ولكن الزوج يطعن في صحة هذه المضامين فعلى قاضي الناحية أن يقضي بالنفقة نظرا لثبوت النسب ظاهريا و مراعاة للصبغة المعاشيّة للنفقة و ما على الأب إلا أن يرفع دعوى في نفي النسب أمام المحكمة المختصة.

* ثم تثير إجراءات الدعوى مسألة أخرى تتعلق بتحديد **صفة المدعي** فهاته الصفة يملكها في الأصل الطفل الذي يطالب بإثبات النسب و هذه المطالبة إذا كانت بعد بلوغ سن الرشد فهي لا تثير إشكالا لأنه قانونا يستطيع أن يمثل نفسه أمام القضاء.

لكن طرح الاشكال بالنسبة للابن القاصر فممثله القانوني هو وليّه أي الأب في حين أن أصل الدعوى موضوعها تحديد من هو هذا الأب فمن المتجه في هاته الحالة تقديم شخص أخر و بما أن الأم هي أقرب شخص للقاصر و تهمها الدعوى لأن فيها مساسا بشخصها فقد اعتبر فقه القضاء أن " الأم تمثل ابنها في قضايا النسب إثباتا و نفيا " (تعقيبي عدد 27777 بتاريخ 1993/01/26) لكن في اتجاه ضعيف جدا استبعدت بعض محاكم الأصل الأم معتبرة أنه يجب تعيين مقدم وقتي للنزاع نظرا لاستقلالية الشخصية القانونية للطفل عن شخصية الأم لكن هذا الحل فيه تطويل و تعقيد للإجراءات بما لا يخدم مصلحة القاصر.

* وتثير الإجراءات أخيرا مسألة هامة تتعلق بمدى **سقوط الدعوى بمرور الزمن** و قد اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها عدد 23480 بتاريخ 13 جوان 1989 أن "دعوى نفي النسب تتعلق بالحقوق الشخصية المحضة فلا ينالها التقادم مثل الدعاوي الناشئة عن تعمير الذمة التي جاءت بها أحكام الفصلين 384 و 402 م إ ع." و يمكن تطبيق نفس الحل بالقياس على دعاوي إثبات النسب و كل الدعاوي المتعلقة بالأحوال الشخصية.و قد وقع إنتقاد هذا الحلّ لأنه يحول دون استقرار الحالة المدنية للأشخاص.

الفرع الثاني : كيفيّة نفي النسب

أقرّ المشرع إمكانية نفي النسب في صورتين : صورة الفصل 69 و صورة الفصل 75 م ا ش. لكن يجب التنبيه إلى أن هذه الفصول تتعلق فقط بنفي النسب الثابت بمقتضى قرينة الفراش و لا تشمل بقيّة الوسائل التي يمكن بطبيعة الحال نفيها بإثبات ما يخالفها فلا يمكن أن تتمتع هاته الوسائل بقوة ثبوتية أكثر من قرينة الفراش في حد ذاتها.

القسم الأوّل : صورة الفصل 69 م أ ش

يمكن نفي النسب الثابت بالفراش بإثبات عدم التلاقي بين الزوجين في الفترة القانونية للحمل كوجود الزوج بالخارج أو بالسجن أو بالمستشفى أو في صورة إصابته بمرض يحول دون الحمل كالعقم مثلا....

و صورة الفصل 69 مجالها مفتوح إذ أن القائم بالدعوى يمكن أن يكون أيّ شخص له مصلحة.

القسم الثانى : صورة الفصل 75 م أ ش

ينصّ الفصل 75 م ا ش " إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلاّ بحكم الحاكم و تقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعيّة."

تهم صورة هذا الفصل الزوج وحده فبإمكانه أن ينفي النسب الثابت له بمقتضى قرينة الفراش لأنها مجرد قرينة بسيطة قائمة على مجرد افتراض قانوني يتمثل في افتراض تطابق الحقيقة البيولوجية مع الحقيقة القانونية أي أن الطفل المنسوب قانونا للزوج هو فعلا من صلبه لكن هذا التطابق هو مجرد افتراض يمكن أن يكون مخالفا للواقع إذ يمكن للزوجة أن تتصل بغير زوجها و أن يكون الطفل من صلب شخص أخر لذلك مكّن المشرع الزوج من دحض هاته القرينة و ذلك بكل الوسائل و من أهمها التحليل الدموي أو الجيني.وإذا ما ثبت أن الطفل ليس من صلب الزوج فانه يحكم حسب الفصل 76 م ا ش بقطع النسب و الفراق الأبدي بين الزوجين.

الفصل الثانى : البنوة الطبيعيّة

الإبن الطبيعي هو الإبن المولود خارج إطار الزواج و بالتالي فهو لا يمكن بأي حال أن يتمتع بقرينة الفراش فهل يمكن أن يتمتع بإحدى الوسائل إثبات النسب الأخرى المنصوص عليها بالفصل 68 ؟

مرّت وضعيّة الإبن الطبيعي بوصفه إبنا مولودا خارج إطار الزواج بعدّة مراحل متقلّبة و يمكن أن نُقسّم هذه الوضعيّة إلى 4 مراحل:

- **مرحلة 1: الإبن الطبيعي هو إبن زنا**

منذ صدور " ***مجلة الأحوال الشخصية*** " إلى حد سنة 1968 تقريبا إستقر فقه القضاء على أن الإبن الطبيعي هو إبن غير شرعي ناتج عن علاقة خنائية لا تثبت النسب و ذلك تطبيقا لقاعدة شرعية مستمدة من الفقه الإسلامي مفادها «***نعمة النسب لا يمكن أن تتأتى عن طريق محرم***» و بالتالي فهو " ***إبن زنا*** " ليست له أية علاقة شرعية بوالده بل له فقط علاقة قانونية بأمه و ينطبق عليه فقط الفصل 152 من مجلة الأحوال الشخصية (ابن الزنا يرث أمه و قرابتها و ترثه أمه و قرابتها)

و رغم أن المشرع في الفصل 68 م أ ش وسّع من مجال إثبات النسب و إستعمل صياغة واضحة لا تدع مجالا للشك في أن وسائل الإثبات الواردة في الفصل 68 هي وسائل مستقلة عن بعضها فيمكن أن يثبت النسب إما " ***بالفراش*** " أو " ***إقرار الأب*** " أو " ***شهادة الشهود*** ". فهذه ال «**أو**» لغويا تفيد التنويع و التعدد و هو ما يعني أنه يمكن **<u>على الصعيد التشريعي و النظري</u>** إثبات نسب الإبن الطبيعي رغم أنه مولود خارج الفراش و ذلك إما " ***بإقرار الأب*** " أو " ***بشهادة الشهود*** ".

إلا أنه **<u>عمليا و على الصعيد التطبيقي</u>** فقه القضاء كان و لازال إلى اليوم متشددا في تطبيق الفصل 68 رافضا إعتماد الإقرار و الشهادة كوسائل مستقلة لإثبات النسب لأن الإقرار بالنسب خارج الزواج يعني حسب فقه القضاء إقرارا بالزنا فيصبح بذلك الإقرار مخالفا للنظام العام و الأخلاق الحميدة و لا يجوز قبوله طبقا للفصل 439 من مجلة التزامات و عقود و نفس الشيء بالنسبة للشهادة و هذا ما يُفسّر بقاء الإبن الطبيعي خارج دائرة الفصل 68 و خارج دائرة النسب.

- **مرحلة 2 : الإبن الطبيعي هو إبن شرعي**

امتدّت هذه المرحلة تقريبا بين 1968 و 1973 و أعتبرت المرحلة الذهبيّة للإبن الطبيعي بصفة عامة فقد طغى العامل الإنساني على عمل فقه القضاء و دفعه إلى خرق القانون لتمتيع الإبن

الطبيعي بوضعيّة الإبن الشرعي و ذلك بتكييف العلاقة الرابطة بين الأم و الأب على أنها علاقة زواج لكنه زواج باطل لأنه لم يحترم شكلية الكتب الرسمي.

و من بين آثار هذا الزواج رغم أنه باطل هو ثبوت نسب الطفل المترتّب عن هذه العلاقة.

مثال: قرار 2 أفريل 1968 « **إن القانون التونسي يعتبر علاقة الزواج قائمة بتراضي الطرفين و إتفاقهما على ذلك الزواج فإذا وُلد للزوجين قبل إتمام ذلك العقد بالصيغة التي فرضها الفصل 4 من مجلة الأحوال الشخصية فإن الولد ينسب لهما** ».و أيضا قرار 1972/11/14 « **و حيث أنّ الزواج ينعقد بمجرّد رضاء الطرفين حسب أحكام الفقرة 1 من الفصل 3 م ا ش أمّا تحرير الحجّة الرسميّة التي جاء بها الفصل 4 هو شرط لصحّة الزواج و حيث أن عدم اتمام ذلك الشرط يترتّب عنه ثبوت النسب حسب أحكام الفصل 36 مكرر من قانون 1 أوت 1957** »

لكن رغم أن هذا الموقف كان على الصعيد الإنساني يُحقّق بعض العدالة تجاه الإبن الطبيعي الذي لا ذنب له في الخطأ الذي إرتكبه والديه فإنه تمّ إنتقاده بشدّة على الصعيد القانوني لخرقه عدّة قواعد قانونية أهمها أن الزواج خلافا لما ذهب إليه فقه القضاء لا يكفي فيه الرضاء بل لا بدّ من إحترام كل الشروط الآمرة التي نصّ عليها المشرع سواء الشروط الأصلية أو الشكليّة.

لكن الأهمّ من ذلك أن هذا الموقف خاصة بالنسبة لإبن الخطيبين يتعارض مع صريح الفصل 1 من مجلة الأحوال الشخصية الذي يميّز بصورة واضحة بين الزواج و الوعد بالزواج و أبرز معيار يميّز بين الصورتين حتى لو وجد ظاهريا تشابه كوجود معاشرة و مساكنة و حتى إنفاق في الحالتين هو نيّة الأطراف ففي الوعد بالزواج تتجه نيّة الأطراف إلى الدخول في الحياة الزوجية في المستقبل في حين تتجه نيّة أطراف عقد الزواج إلى الدخول في الحياة الزوجية على الفور فتختلف آثار هذين الصورتين ولا مجال إذن لإعتبار الوعد بالزواج زواجا و لو كان زواجا باطلا.

- **مرحلة 3: الإبن الطبيعي هو إبن زنا**

أمام شدّة الإنتقادات الموجهة لفقه القضاء تراجعت المحاكم بداية من سنة 1973 و عادت لموقفها الأوّل الذي يعتبر الإبن الطبيعي هو إبن ناتج عن علاقة خنائية. مثال: قرار تعقيبي عدد

26431 بتاريخ 2 جوان 1992: «**إن الفصل الأوّل من مجلة الأحوال الشخصية لم يرّتب عن الخطبة زواجا و لا يقضي بأحكام الزواج فيما بين الخطيبين فكل من الوعد بالزواج و المواعدة به لا يعتبر زواجا و لا يُقضي به فلا يحلّ و لا يحق للخطيبين تجاوز حدود الخطبة إلى الإتصال الذي يعتبر بالنسبة لهما إتصالا غير مشروع و لا يشكّل إلا علاقة خنائية لا ترتّب نسبا**».

- **مرحلة 4: قانون 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المُهملين أو مجهولي النسب:**

أمام تذبذب فقه القضاء في تنظيم وضعيّة الطفل المولود خارج الزواج تدّخل المشرع بمقتضى قانون 98 ليُوحّد هذه الوضعية و يُسوّيها من الناحية القانونية.

و لابدّ من التأكيد أن هذا القانون لا يتعلّق بإثبات نسب الإبن المولود خارج الزواج لأنّ النسب و هو الرابطة الشرعية التي تربط الطفل بأبيه يُنظمه الفصل 68 من م ا ش (وقد إقتصر تطبيق هذا النص على الزواج وحده كوسيلة لإثبات النسب) و إنما يتعلق هذا القانون بإثبات الرابطة البيولوجية بين الطفل و أبيه أي إثبات أن الطفل هو من صلب ذلك الأب و هو ما يسمى بإثبات "***البُنوّة الطبيعية***" و يتمّ إثبات هذه الرابطة البيولوجية حسب الفصل 1 من قانون 98 إمّا بإقرار الأب أو شهادة الشهود أو التحليل الجيني و هذه الوسيلة الأخيرة هي أهمّ وسيلة لأنها وسيلة علميّة قاطعة.

و قد إعتمدت المحاكم هذه الوسيلة في معظم القضايا المُتعلقة بتطبيق قانون 98 و وصل الأمر إلى حدّ إجراء التحليل الجيني على جُثة (قرار محكمة الإستئناف بصفاقس 19 جانفي 2000).

و لكن طُرح مشكل في تطبيق هذه الوسيلة إذا ما رفض الأب إجراء هذا التحليل و له الحريّة في ذلك عملا "***بمبدأ حرمة الجسد***" و قد إعتبرت محكمة التعقيب في مرحلة أولى أنّ رفض إجراء التحليل الجيني يمثل إقرارا يعني قرينة آلية لإستخلاص الأبوّة: "***فنكوله يُمثل إعترافا ضمنيا بالإبن***" قرار بتاريخ 12 ديسمبر 2001.

لكن تمّ إنتقاد هذا الحلّ لأنه لا يُمكن إعتبار الرفض المُجرّد إقرارا حكميا في ظل غياب قرائن جديّة و قويّة تجعل من إمتناع المطلوب إمتناعا غير مشروع و قد تبنى المشرع هذا الحل كما هو معمول به في القانون الفرنسي و قام بتنقيح قانون 98 بمقتضى قانون 7 جويلية 2003 وأصبح ينصّ في الفصل 3 " ***و تبت المحكمة في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر بإجراء التحليل الجيني بالإعتماد على ما يتوّفر لديها من قرائن متعدّدة و متضافرة وقويّة و منضبطة***".

و في صورة إثبات هذه الأبوة يصبح لهذا الإبن وضعية قانونية تُعطيه بعض الحقوق على أساس ثبوت الرابطة البيولوجية تجاه والده وأهمها التمتع باللقب العائلي فلا ينسب لأمّه كإبن الزنا و يتمتع أيضا بالنفقة و الحضانة و الولاية.

لكن بما أن هذه الرابطة هي بيولوجية فقط و ليست شرعيّة لأنها خارج الزواج فإن هذا الإبن لا يتمتع بحق الإرث الذي يبقى أثرا يمتاز به الإبن الشرعي. فيصبح بمُقتضى هذا القانون الإبن الطبيعي في مرتبة وسطى : مرتبة أعلى من إبن الزنا الذي لا يتمتع بأي حق تجاه والده و لكنها مرتبة أدنى من الإبن الشرعي.

و يجب التذكير في النهاية أن الابن المولود خارج الزواج الذي لم يتمكن من إثبات الرابطة البيولوجية تُجاه والده سيبقى ابن زنا.